

TÜRKİYE’DE UYGULANAN KÜRTAJDA EŞİN RIZASINI ALMA ZORUNLULUĞU VE AMERİKAN YARGISINDAN BİR ÖRNEK: PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PENNSYLVANIA V. CASEY KARARI

*Arş. Gör. Tansu SAYAR** / *Uzm. Dr. Yasemin KILIÇ ÖZTÜRK***

Öz

Türk Hukuk Sistemi gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar, başka bir sebep aranmaksızın, salt gebe kadının kürtaj yaptırma yönündeki talebi ile kürtaj yapılmasına izin vermektedir. Mevzuat uyarınca gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar salt kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi nedeniyle kürtaj yapılabilmesi için, kadın evli ise eşinin rızasının da alınması şarttır. Günümüzde dünyadaki hukuk sistemleri arasında kürtajda eş rızası alınması şartını yalnızca birkaç hukuk sistemi aramaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey Kararı, kürtaj için eşin rızasını arayan kanun hükmünün Anayasa’ya aykırı bulunduğu kararlara örnektir. Kararda, eşinden şiddet gördüğü için veya eşinin cinsel saldırısı sonucu gebe kaldığı için kürtaj yaptırmak isteyen kadınların, eşlerinin rızasını alma zorunluluğunu, şiddet görme korkusuyla yerine getiremediklerinden bahisle eş rızası şartının kadınların kürtaj haklarını kullanmalarına engel olduğu anlatılmaktadır. Ayrıca evli kadın ile evli olmayan kadın arasında günümüz evlilik anlayışına aykırı bir statü farkı oluşturması, eşin rızasını alma zorunluluğunun Anayasa’ya aykırı olduğuna karar verilmesine gerekçe olarak verilmiştir. Hacettepe Üniversitesi tarafından hazırlanan 2015 tarihli Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması’na göre ülkemizde de eşlerinden veya birlikte oldukları erkeklerden şiddet gören kadın sayısı oldukça fazladır. Kürtajda eşin rızasını alma zorunluluğu, dünyadaki örneklerinin birkaç ülke haricinde ortadan kalkmış olması, şiddet gören kadınların kürtaj haklarını kul-

* İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi (e-posta: sayar.tansu@gmail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 14.06.2017-14.06.2017/Makale Kabul Tarihleri: 02.04.2018-02.04.2018)

** S.B.Ü. İzmir Tepecik Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Aile Hekimliği Kliniği (e-posta: dryko38mail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 14.06.2017-14.06.2017/Makale Kabul Tarihleri: 02.04.2018-02.04.2018)

lanmalarına engel olması ve evli olmayan kadın ile evli kadın arasında eşitsizlik yaratması nedenleriyle günümüz koşullarına ve hukuka aykırıdır.

Anahtar Kelimeler

Kürtaj, Eşin Rızası, Nüfus Planlanması Hakkında Kanun, İnsan Hakları, Kadına Yönelik Şiddet

THE REGULATION OF SPOUSAL CONSENT IN ABORTION IN TURKEY AND AN EXAMPLE FROM AMERICAN JURISDICTION: CASE OF PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PENNSYLVANIA V. CASEY

Abstract

Turkish Law System allows terminate pregnancy without searching for any other reason other than the pregnant woman's will, until the end of the tenth week of pregnancy. According to the regulations, in order to terminate her pregnancy, only because of her will, married woman must take her spouse's consent for abortion. Today, only a few law systems are looking for spousal consent to terminate pregnancy. Case of Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey of U.S. Supreme Court is an example of the decisions which has ruled to find the law about spousal consent unconstitutional. In the case, the law about mandatory spousal consent is found unconstitutional because of the facts that it prevents the women who are victims of physical violence and became pregnant as a result of her spouse's sexual assault to use the right of abortion and the law is not suitable for today's view of marriage since it causes inequality between married and unmarried woman. According to the Research on Domestic Violence Directed to Women in Turkey of Hacettepe University, there are a lot of women who are victims of spousal violence also in Turkey. Necessity of taking spousal consent prevents the women who are victims of spousal violence to use their right to have an abortion. Necessity of spousal consent in abortion is outdated and against law because its examples in the World has wiped out except a few countries and it prevents women who are victims of spousal violence to have an abortion and it creates inequality between married and unmarried women.

Keywords

Abortion, Spousal Consent, Family Planning Code, Human Rights, Violence Against Women

GİRİŞ

Türk Hukuk Sistemi’nde kürtaj konusu 24 Mayıs 1983 tarihli 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPK)¹ ve 18 Aralık 1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük (Tüzük)² ile düzenlenmektedir. Hukuk sistemimizde gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar başka bir sebep aranmaksızın, salt gebe kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi ile kürtaj yapılması mümkündür. Öte yandan NPK madde 6/1-son cümle ve Tüzük madde 13/1-d uyarınca gebeliğin onuncu haftasına kadar salt kadının bu yöndeki talebi nedeniyle kürtaj yapılabilmesi için, kadın evli ise eşinin rızasının da alınması şarttır. Günümüzde dünyadaki hukuk sistemleri arasında kürtajda eş rızası alınması şartını yalnızca Türk, Güney Kore, Tayvan ve Kuveyt dahil birkaç Hukuk Sistemi aramaktadır³. Bu çalışmada, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin kürtajda eş rızasının alınması şartına ilişkin kanun maddesinin anayasaya aykırı olduğuna karar veren *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* Kararı (Casey Kararı)⁴ gerekçesi incelenerek eş rızası şartının kaldırılması konusu tartışılacaktır.

I. TÜRK HUKUKU’NDA KÜRТАJ

A. Kürtajın Tanımı

Türk Hukukunda kürtaj, kanunî düzenlemelerde ve öğretide farklı kavramlarla ifade edilmektedir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 5. maddesinde “gebeliğin sona erdirilmesi” ifadesi kullanılırken, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ün 3. ve 9. maddeleri arasında “rahim tahliyesi” ifadesi kullanılmaktadır.

¹ **Nüfus Planlaması Hakkında Kanun**, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2827.pdf>, (Erişim Tarihi:19.07.2016).

² **Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük**, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.837395.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.07.2016).

³ **The World’s Abortion Laws 20**, <http://worldabortionlaws.com/map/> (Erişim Tarihi: 19.07.2016). **Cook**, Rebecca/ **Dickens**, J./**Bernard**, M.: “International Developments in Abortion Laws: 1977-88”, *American Journal of Public Health*, Kasım 1988, S. 78, No: 10, s. 1307.

⁴ **505 U.S. 833 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey**: (Nos. 91-744, 91-902), June 29, 1992, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/833> (Erişim Tarihi: 19.07.2016).

Öte yandan, eylemin suç oluşturduğu durumlar için Türk Ceza Kanunu'nun 100. maddesinde “çocuk düşürme”, 99. maddesinde “çocuk düşürtme” ifadeleri tercih edilmiştir. Hafizoğulları ve Özen'e göre, ceza hukukunda çocuk düşmesi, gebeliğin fizyolojik seyrinin istenerek kesintiye uğramasının sonucu olarak, cinsel ilişkiden meydana gelen ürünün, cenin denen varlığın ölmesidir⁵. Bir başka tanıma göre, gelişim sürecine devam eden ve yaşayan bir cenine yönelen ve onu, gebe kadın ile olan yaşamsal bağlantısına son vererek bu sürecin dışına çıkarmaya çalışan her türlü müdahale, TCK madde 99 anlamında “çocuk düşürtmedir”⁶.

Doktrinde ise gebeliğin sonlandırılması, “kürtaj, düşük veya abortus” terimleri ile de ifade edilmektedir⁷. Bunların yanı sıra, Çakmut “gebeliğe tıbben son verilmesi”⁸, Yurtcan ise “gebeliğin durdurulması” ifadelerini kullanmaktadır⁹.

Kürtaj, ana rahminde yerleşmiş bulunan ceninin tıbbi bir nedenle ya da gebenin isteği üzerine alınması veya çıkmasının sağlanması biçiminde tanımlanabilir¹⁰. Dölen, kürtaj teriminin halk arasında gebeliğin erken dönemde istemle sonlandırılması durumu için kullanıldığını belirtmektedir¹¹. Aslında tıpta uygulanan bir yöntemin adı olan *kürtaj* (*küretaj*) terimi, vücut boşluğundaki sağlıklı ya da fazla dokuları *küret* adı verilen metallerle kazıyarak dışarı alma anlamına gelmektedir¹². Kürtaj sadece gebeliğin sonlandırılması için kullanılmamakla birlikte, erken dönemdeki gebeliklerin

⁵ **Hafizoğulları**, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, Ocak 2015, s. 138.

⁶ **Özbek**, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017, s. 297.

⁷ **Uyumaz**, Alper/Avcı, Yasemin: “Türk Hukuku’nda Gebeliğin Sonlandırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, S. 1, 2016, s. 18.

⁸ **Çakmut Yenerer**, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2003, s. 131.

⁹ **Yurtcan**, Erdener: Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, 2. Baskı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1990, s. 19.

¹⁰ **Gökcan**, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2014, s. 348.

¹¹ **Dölen**, İsmail: “Tıbbi Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?”, (Ed. Cahid Doğan, Pınar Aksoy Gülaslan), Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-2 Kasım 2013, Ankara, ss. 35-40, s. 37.

¹² **Altıparmak**, Saliha/Çiçeklioğlu, Meltem/Yıldırım, Gülay: “Abortus ve Etik”, Cumhuriyet Tıp Dergisi, S. 31, 2009, ss. 84-90, s. 85.

sonlandırılması amacıyla sıklıkla kullanılan bir yöntemdir¹³. Bu çalışmada, sık kullanılabilirliği ve dolayısıyla anlaşılır olması nedeniyle “kürtaj” terimi kullanılacaktır.

B. İlgili Mevzuat

NPK madde 5 ve Tüzük madde 3, 5 ve 7 uyarınca ülkemizde kürtaj; gebe kadının bu yöndeki talebi nedeniyle gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar, gebeliğin suç sonucu oluşması durumunda gebeliğin yirminci haftasının sonuna kadar, gebeliğin devamının annenin hayatını tehdit ettiği, edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde ve derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde her zaman yapılabilir. Çalışmamıza konu olan eşin rızasının alınması zorunluluğu, NPK madde 5/1 ve Tüzük madde 3’te yer alan, gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar ve salt kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi nedeniyle yapılan kürtajda karşımıza çıkmaktadır.

NPK madde 6/son cümle uyarınca gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliyesi yapılabilmesi için, gebe kadın evli ise eşinin de rızası gerekir. Eşin rızasının alınması gereği Tüzük’te madde 13’ün d bendi uyarınca, “on haftayı geçmeyen gebeliklerde yapılacak rahim tahliyesinde, gebe kadının, evliyse eşinden Tüzük ekinde örneği bulunan izin belgesinin alınması gerekir” şeklinde düzenlenmiştir. NPK madde 6’da “eşin rızası” kavramı kullanılırken Tüzük madde 13’ün “İzin Belgesi” başlığı ile düzenlenmesi ve madde metninde “izin belgesi” kavramının kullanılması dikkat çekicidir. Tüzük’teki bu terminoloji temel alındığında söz konusu zorunluluğun salt gebeliğin sonlandırılması kararının eşe bildirilmesinden ibaret olmadığı, ayrıca eşin gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermesinin, buna izin vermesinin de gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Tüzük ekinde yer alan “Rahim Tahliyesi İçin İzin Belgesi” başlıklı belge metnindeki “...rıza ve izin olmaksızın bu işlemin yapılamayacağı, rızanın ve iznin kapsam ve konusu, sterilizasyon yaptıracak kişiye, eşine ya da vasiye anlatıldı...”, “...rahim tahliyesini kabul ettiğimizi... gebeliğe son verme işlemine rıza gösterdiğimizi beyan ederiz.” ve “getirdiğim belgedeki imzanın eşime, vasime ait olduğunu ve bundan doğacak hukuki sorumluluğun bana ait bulunduğunu beyan ederim” ifadelerinden de evli kadının eşinin izni olmaksızın salt isteği üzerine kürtaj yaptıramayacağı anlaşılmaktadır.

¹³ Uyumaz/Avcı, s. 19; Altıparmak/Çiçeklioğlu/Yıldırım, s. 85.

“Sonraki kanun önceki kanunu ilga eder ilkesi” gereği NPK madde 6’nın 2004 tarihli 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 99. maddesi ile ilga edildiği düşünülebilir. Zira Türk Ceza Kanunu’nun 99. maddesi, eşin rızasının alınmamasını suç olarak düzenlememektedir¹⁴. Ancak Türk Ceza Kanunu’nun 99. maddesinin NPK madde 6’yı ilga etmediği kanaatindeyiz. Zira kanunların ilgasındaki bir başka temel kural olan “önceki tarihli özel kanun, sonraki tarihli genel kanun ile yürürlükten kalkmaz” kuralı buna engeldir¹⁵. Dahası, NPK madde 6 sadece cezai sorumluluk yüklemekte¹⁶, hukuki sorumluluk ve disiplin sorumluluğu da yüklemektedir. Öyleyse NPK madde 6’nın ceza hukuku anlamında uygulanamaz olduğunu¹⁷ ancak hukuk

¹⁴ *Çocuk düşürtme*

Madde 99- (1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

(6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.

¹⁵ **Gözübüyük**, A. Şeref: Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 67.

¹⁶ **Güven**, Kudret: “Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin Rızası Sorunu”, <https://jurix.com.tr/article/5372>, (Erişim tarihi: 17.07.2017), s. 15.

¹⁷ Aynı yönde bakınız; **Hakeri**, Hakan: Tıp Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2015, s. 869. İçten Keskin, Amerika ve Türkiye’de Kürtaj Politikaları ve Feminizm, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Temmuz 2014, (Erişim Tarihi: 01.09.2017), s. 58.

ve disiplin sorumlulukları bakımından yürürlüğünün devam ettiğini ve dolayısıyla maddenin mülga olmadığını kabul etmek daha uygundur. Öte yandan maddenin yürürlükte olması uygulamada tereddütlere neden olabileceğinden¹⁸ bu maddenin yürürlükten kaldırılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir. Salt kadının talebi üzerine gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar yapılan kürtajın yasak olduğu zannıyla hekimler ve diğer sağlık çalışanları, kürtajı yapmaktan çekinebilmekte veya böyle bir kürtajı yaptıkları zaman hukuki sorumluluk oluşabileceği endişesiyle kürtajı yapmamak için danışanlarını, bunun yasak olduğu yönünde yanlış yönlendirebilmektedir. Öyle ki Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Merkezi’nin yaptığı araştırmaya göre; kadın doğum bölümü bulunan dört yüz otuz bir devlet hastanesinden sadece yüzde yedi virgül sekizi, elli sekiz eğitim ve araştırma hastanesinden ise sadece yüzde on yedi virgül üçü salt kadının rızasıyla kürtaj hizmeti vermektedir¹⁹. Seksen bir ilden elli üçünde salt kadının talebiyle kürtaj yapan devlet hastanesi veya eğitim ve araştırma hastanesi bulunmamaktadır²⁰. Görüldüğü gibi NPK madde 6, kanun koyucunun kastettiğinin çok ötesinde sonuçlarla yürürlüğünü devam ettirmektedir. Bu yanlış anlaşımaların yarattığı tereddüt ve yanlış bilgilendirmelerin önüne geçmek adına maddenin yürürlükten kaldırılması ciddi bir şekilde düşünülmelidir.

C. Kürtaj Sebepleri

Yurtcan’a göre kürtaj sebepleri, mevzuatta iki model olarak öngörülmektedir. Bunlar “süre modeli” ve “endikasyon modeli”dir. Bazı endikasyonlar olağan, bazıları olağanüstü niteliklere sahiptir. Olağan endikasyonlarda zamanında ve bir süreçten geçerek müdahale edebilme olanağı vardır ve bu nedenle bunlar olağan sayılabilir²¹. Olağanüstü endikasyonlarda ise gebe kadının hayatını ya da hayati organlarından birisini tehdit eden yakın bir tehlike nedeniyle derhal müdahale zorunluluğu, yani “aciliyet” söz konusudur²². Gökcan, kürtaj sebeplerini; isteğe bağlı kürtaj, zorunlu kürtaj

¹⁸ Aynı yönde bakınız, **Keskin**, s. 71.

¹⁹ **O’Neil**, Mary Lou/**Aldanmaz**, Bahar/ **Quirant Quiles**, Rosa Maria/**Kılınç**, Fatih Resul: Yasal Ancak Ulaşılabilir Değil: Türkiye’deki Devlet Hastanelerinde Kürtaj Hizmetleri, Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi, İstanbul, Ekim 2016, s. 2.

²⁰ **O’Neil/Aldanmaz/Quiles Quirant/Kılınç**, s. 2.

²¹ **Yurtcan**, s. 53.

²² **Yurtcan**, s. 56.

ve acil durumlarda kürtaj olmak üzere üçe ayırmaktadır²³. Hakeri de kürtaj sebeplerini “üç cezasızlık sebebi” olarak incelemiş ve “süre esaslı isteğe bağlı rahim tahliyesi”, “çocuk ve takip edecek nesiller açısından ağır maluliyet” ve “zorunluluk hali” olmak üzere üçe ayırmıştır²⁴. Uyumaz ve Avcı da kürtaj sebeplerini “gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılması”²⁵, “sorunlu gebelikler açısından gebeliğin sonlandırılması”²⁶ ve “cinsel saldırı nedeniyle gebeliklerin sonlandırılması”²⁷ olmak üzere üç başlık altında incelemiştir.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 5. maddesinde kürtaj sebepleri gebelik süresinin gözetildiği haller ve gebelik süresinin gözetilmediği, gebeliğin her aşamasında kürtaj yapılmasına izin verilen haller olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir. Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar “salt gebe kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi” sebebiyle kürtaj yapılabilir. “Gebeliğin devamının annenin hayatını tehdit ettiği veya etmesi” veya “doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması” ve “derhal müdahale edilmediği takdirde gebe kadının hayatını veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde” gebelik süresi gözetilmeden, gebeliğin her aşamasında, müdahalede bulunulabilmektedir. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ün 3., 5. ve 7. maddelerinde de kanundaki kürtaj sebeplerine sadık kalındığı görülmektedir. Öte yandan Türk Ceza Kanunu’nun 99. maddesinin 6. fıkrasında, gebelik süresinin gözetildiği bir başka kürtaj sebebine daha yer verilmiştir. Buna göre, “kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması” bir kürtaj sebebi olup, gebeliğin yirminci haftasının sonuna kadar bu sebeple kürtaj yapmak mümkündür²⁸. Öyleyse Türk hukukunda geçerli olan beş kürtaj sebebi bulunmaktadır. Bunlar, “salt gebe kadı-

²³ **Gökcan**, s. 349.

²⁴ **Hakeri**, s. 868. Aynı yönde bakınız; **Gencer**, Zafer Adem: Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 107.

²⁵ **Uyumaz/Avcı**, s. 25.

²⁶ **Uyumaz/Avcı**, s. 29.

²⁷ **Uyumaz/Avcı**, s. 32.

²⁸ Özalp bu kürtaj sebebini, “şartları belirlenmiş cezasızlık nedeni olarak özel bir zorunluluk hali” olarak tanımlamıştır, bakınız; **Özalp**, Tuba/**Özalp**, Faruk: Hekimin Cezai Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 146. Yine Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, bu durumu cezasızlık nedenleri arasında incelemiştir, bakınız **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 303. Hakeri, aynı durumu zorunluluk hali kapsamında incelemiş olmakla birlikte “suç endikasyonu” olarak da adlandırılabileceğini belirtmiştir, bakınız; **Hakeri**, s. 876. Gencer ise “sürenin esas olduğu bir başka durum” olarak nitelemiştir, bakınız; **Gencer**, s. 109.

nın kürtaj yaptırmak yönündeki talebi”, “gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması”, “gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması”, “gebe kadının hayatını veya hayati organlarından birini tehdit eden acil bir durumun bulunması” ve “gebeliğin suç sonucu oluşmasıdır”. Bu beş sebepten “salt gebe kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi” ile “gebeliğin suç sonucu oluşmasında” gebelik süresi önemlidir. “Salt gebe kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi” ancak gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar bir kürtaj sebebi olarak uygulanabilirken, “gebeliğin suç sonucu oluşması” ancak gebeliğin yirminci haftasının sonuna kadar uygulanabilmektedir. “Gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması”, “gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması” ve “gebe kadının hayatını veya hayati organlarından birini tehdit eden acil bir durumun bulunması”, Yurtcan’ın “endikasyon modeli” olarak adlandırdığı durumlar olup²⁹, bunlar arasındaki fark, kürtajda izin konusu bakımından önemlidir.

D. Kürtajda İzin

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 6. maddesine göre; kürtaj yapılabilmesi için gebe kadının izni şarttır. Küçüklerde küçüğün rızası ile velinin izni, vesayet altında bulunup reşit veya mümeyyiz olmayanlarda reşit kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesi gerekir³⁰. Akıl maluliyeti nedeniyle şuuru yerinde olmayan gebe hakkında kendi rızası aranmaz³¹.

Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe’ye göre gebe kadın fiil bakımından mümeyyiz bir küçük veya vesayet altındaki kişi ise gebe kadının kürtaj için verdiği rıza gerekli olup, aynı zamanda yeterli de sayılmalıdır. Zira temyiz kudretine sahip bir gebe kadının küçük veya vesayet altında olması, onun şahsına sıkı sıkıya bağlı olan kürtaja rıza gösterme veya rıza göstermeme hakkını kullanmasına engel olmaz³².

²⁹ Yurtcan, s. 53.

³⁰ Gökcan, s. 350; Yurtcan, s. 57, 58; Çakmut, s. 134; Kırımhoğlu, Nurdan: “Aile Planlaması, Gebeliğin Sonlandırılması ve Türkiye’deki Nüfus Politikaları Hakkında Yasalar ve Etik Yaklaşımlar”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, S. 6, 1998, ss. 24-32, s. 28.

³¹ Gökcan, s. 350; Yurtcan, s. 57, 58.

³² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 300.

Veli veya sulh hakiminden izin alınmanın zamana ihtiyaç gösterdiği olaylarda izin aranmayacaktır³³. Derhal müdahale edilmediği takdirde, hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde de izin aranmayacaktır³⁴. Bu son haller Yurtcan'ın kürtaj sebeplerini gruplandırırken bahsettiği “olağanüstü endikasyon” halleridir³⁵.

Ayrıca gebe kadının evli olması halinde eşinin rızasını alınması gereği de söz konusudur. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine yapılan kürtajda, yani yukarıda “salt kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi nedeniyle” yapılan kürtajda, eşin de rızasının alınması gerekmektedir. Doktrinde eş rızasının sadece “salt kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi” nedeniyle yapılan kürtajda değil, “gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması” ve “gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması” nedenleriyle yapılan kürtajda da arandığını belirten görüşler bulunmaktadır. Örneğin, Uyumaz/Avcı'ya göre Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde öncelikle 5. maddedeki durumlardan bahsedildiği için kadının rızasıyla birlikte kocadan rıza alınması gereken durumlara sorunlu gebeliklerin sonlandırılması, yani “gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması” ve “gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması”, durumları da dahildir³⁶. Yine Yurtcan'a göre gebeliğin ilk on haftası içinde, başka bir nedene dayanmaksızın, salt kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebiyle yapılan kürtajda olduğu gibi, tıbbi nedenlerle ve olağanüstü durumlarda yapılan kürtajda da eşin rızasının alınması gerekmektedir³⁷. Yurtcan, bu iki diğer durum için de eşin rızası alınmasının olayın şartları göz önüne alındığında mümkün olduğunu, çünkü durumun buna müsait olduğunu, dolayısıyla da yasa koyucunun bunları düşünerek bu düzenlemeyi yaptığını belirtmiştir³⁸. Aynı şekilde Güven'e göre de kanunun lafzından, gebe kadının evli olması halinde, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5.

³³ Yurtcan, s. 59.

³⁴ Aynı yönde bkz; Özalp/Özalp, s. 145; Gencer, s. 109.

³⁵ Yurtcan, s. 59.

³⁶ Uyumaz/Avcı, s. 34.

³⁷ Yurtcan, s. 58.

³⁸ Yurtcan, s. 58.

maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen, derhal müdahale edilmemesi halinde gebe kadının hayatını veya hayati organlarından birini tehdit edecek acil hallerde ve doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır sakatlığa sebep olacak hallerde, gebelik onuncu haftayı aşmışsa dahi kürtaj eşin iznine bağlı olduğu anlaşılmaktadır³⁹. Güven, eşin rızasının alınmasının zaman alacağı, eşin yurt dışında olması veya gaip olması gibi durumlarda bile eşin rızasının alınmasının zorunlu tutulmasını eleştirmiştir⁴⁰. Güven’e göre, veli veya sulh hakiminden iznin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği acil hallerde izin şartının sınırlandırılmasına rağmen eş rızasının alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği durumlar için düzenleme yapılmaması tartışmaya açık ve olumsuz sonuçlar yaratma potansiyeline sahiptir⁴¹.

Yurtcan ve Güven’in bu görüşlerine katılmıyoruz, çünkü fikrimizce kanunun lafzından eş rızası hükmünün yalnızca gebeliğin ilk on haftası içinde, kadının bu yöndeki talebi hariç başka hiçbir kürtaj sebebi öne sürülmemeksizin kürtaj yapılacağı durumlarda aranacağı anlaşılmaktadır. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun madde 6’nın 2. fıkrasında, 5. maddenin 1. fıkrasında belirtilen kişiler yani “*gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine*” rahmi tahliye edilecek kişiler evli iseler eşlerinin de rızasının gerektiği belirtilmiştir. 6. maddenin 1. fıkrasında tüm kürtaj sebepleri için alınması gereken izinler sayılmıştır. 6. maddenin 2. fıkrasında ise yalnızca 5. maddenin 1. fıkrası için, gebe kadın evli ise eşinin rızasının da alınacağı belirtilmiştir. Yani gebe kadın gebeliğinin onuncu haftasına kadar salt kürtaj yaptırmak yönündeki talebi nedeniyle kürtaj yaptıracaksa gebe kadının rızası, gebe kadın küçükse velisinin, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan bir kişiye reşit olmayan gebe kadının ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izni gerekmektedir. Bunlara ek olarak gebe kadın evli ise, ayrıca eşinin rızası da gerekmektedir. Fikrimizce ilk fıkrada öncelikle tüm kürtaj sebepleri için gerekli izin sisteminin sayılmış olmasından, derhal müdahale gerektiren haller dışında tüm kürtaj hallerinde eş rızasının gerektiği gibi bir anlam çıkmamaktadır. Nasıl ki ilk fıkrada tüm kürtaj sebepleri için eş rızası dışındaki izin sistemi düzenlenmiş ve 3. fıkrada derhal müdahale gerektiren haller için özel bir durum getirilerek zaman gerektirmesi halinde veli veya sulh mahkemesinden izin alınmasının şart olmadığı belirtilmiştir; aynı şekilde 2. fıkrada da yalnızca “salt kadının kürtaj yaptırmak

³⁹ **Güven**, s. 12.

⁴⁰ **Güven**, s. 12, 13.

⁴¹ **Güven**, s. 12, 13.

yönündeki talebi” nedeniyle yapılan kürtaj için özel bir durum getirilerek bu durumda eşin de rızasının gerektiği düzenlenmiştir⁴². Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon İşlemlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ün 13. maddesinde de aynı şekilde eş rızası, on haftayı geçme-yen gebeliklerde kadının evli olması durumunda tamamlanması gereken bir şart olarak düzenlenmiştir⁴³.

⁴² Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

Gebeliğin sona erdirilmesi:

Madde 5 – Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.

Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorludur.

Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak tüzükte belirtilir.

Gebeliğin sona erdirilmesinde izin:

Madde 6 – 5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir. Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir. (<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.aspx?MevzuatKod=1.5.2827&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=2827>, Erişim Tarihi: 14.09.2017).

⁴³ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon İşlemlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük
İzin belgesi:

Eş rızası hükmünün, savunduğumuz gibi, yalnızca “salt kadının kürtaj yaptırmak yönündeki talebi” nedeniyle yapılan kürtaj için düzenlendiğinin kabulü halinde Güven’in acil hallerde eş rızasının alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği durumlarda iznin alınmasına gerek olmadığı durum düzenlenmişken, “gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması” ve “gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması” sebepleriyle yapılacak kürtajda rızanın alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği hallerde iznin alınmasına gerek olmadığına ilişkin eleştirisi de cevap bulacaktır. “Gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması” ve “gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması” durumları için eş rızası zorunluluğu olmadığından eş rızasının alınmasının zaman gerektirdiği durumlar için düzenleme de yapılmamıştır. Acil hallerde ise eş rızası zorunluluğu öngörülmediği gibi, acil hallerin özelliği gereği derhal müdahalede bulunma zorunluluğu sebebiyle, alınması zaman gerektiren hiçbir iznin alınması zorunlu tutulmamıştır.

E. Türk Doktrininin Eş Rızası Konusuna Yaklaşımı

Türk doktrinde kürtaj konusu değişik açılardan sıklıkla işlenmiş olmakla birlikte kürtajda eş rızası konusu üzerinde durulmadığı görülmektedir. Son dönemde eş rızası alınmasına karşı olanlar tarafından konuya değinilmekle birlikte eş rızası alınmasını normal gören veya önemsemeyen yazarların eserlerinde bu konuya değinirken çoğunlukla herhangi bir yorum yapmadıkları tespit edilmiştir. Dolayısı ile eş rızasının alınması gerektiğini düşünen veya bunu normal gören yazarların ne sebeple eş rızası alınmasını destekledikleri veya bunu ne sebeple normal gördükleri konusunda çoğun-

Madde 13 – On haftayı geçmeyen gebeliklerde yapılacak rahim tahliyesinde, gebe kadın,

- a) Reşitse kendisinden,
 - b) Küçükse kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinden,
 - c) Vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse, kendisinden ve vasisinden (Bu halde ayrıca sulh hakiminden de izin alınması gerekir),
 - d) Evliyse eşinden,
- örneği Tüzük’e ekli izin belgesinin alınması gerekir.

Evli kimseye sterilizasyon ameliyatının uygulanması, eşinden, ayrıca, izin belgesi alınmasına bağlıdır. (www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.837395.pdf, *Erişim Tarihi: 14.09.2017*).

lukla sadece tahmin yürütülmektedir. Keskin'e göre eş rızası gibi feministleri rahatsız edecek bir düzenlemenin feministlerce fazla gündeme getirilmesinin sebebi, Türk toplumunun muhafazakar yapısı gereği böyle bir ifadenin ters tepki almasından korkulması olabilir⁴⁴.

Eş rızası alınmasını destekleyen yazarlara göre; eşler evlilik birliği içinde hayatın tüm olumsuzluklarına birlikte katlanmaktadır. Doğacak çocuk üzerinde her iki tarafın da hakları vardır. Bu nedenle kürtajda sadece kadının rızasının alınması doğru değildir, ayrıca eşinin de rızasının alınması gerekir⁴⁵. Yine bu yazarlar, bazı özel durumların söz konusu olabileceğini ve özellikle bu durumlarda eş rızasının alınması gerektiğini savunmuşlardır. Altıparmak, Çiçeklioğlu/Yıldırım'a göre, örneğin gebeliğin kadının veya erkeğin bir engeli dolayısıyla kişinin çocuk sahibi olması için tek şans olması gibi özel bir durumda, özellikle erkeğin bir daha çocuk sahibi olma şansı yoksa, eşin kürtaj yapılmaması yönündeki isteğine olumlu yanıt verilmesi gerekir⁴⁶. Hakeri'ye göre cenin anne ile bağlantılı olduğu müddetçe gebe kadın kürtajın yapılmasına rıza göstermiyorsa baba kürtajın yapılmasını isteyemez ancak babanın, gebe kadının kürtajın yapılmasını istemesi halinde, söz hakkı bulunabilir⁴⁷. Uyumaz/Avcı'ya göre, evlilik birliği içindeki her önemli konu üzerinde eşlerin uyuşmazlığa düşmeleri durumunda olduğu gibi, kürtaj gibi önemli bir durumda da eşler anlaşmazlığa düşerse uyuşmazlığın çözüm mercii aile mahkemesi olacaktır ve böyle bir durumda hâkimin geniş bir takdir hakkı söz konusu olup hâkim somut olayın özelliklerini nazara alarak hakkaniyete uygun bir karar vermelidir⁴⁸. Kırımhoğlu'na göre kürtajda eş rızasını destekleyenler, oluşmakta olan bir ceninin de bir kişi olduğunu ve bu kişinin de yaşam hakkının göz önünde tutulması gerektiğini, baba imzasının, oluşmakta olan kişinin yaşam hakkının savunulması nedeniyle gerekli olduğunu ileri sürmektedir⁴⁹. Yine bir görüşe göre, kadınlar üreme sağlığı alanında eşleriyle birlikte karar alıp, yaşamı düzenlemede istekli bir konuma getirilmeli, danışmanlar bu konuda destekleyici bir tutum

⁴⁴ Keskin, s. 93.

⁴⁵ Özalp/Özalp, s. 146.

⁴⁶ Altıparmak/Çiçeklioğlu/Yıldırım, s. 87; Çokar, Muhtar: "İsteyerek Düşük Yapmak-Tıp Etiği ve Yasalar", http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1004.htm (Erişim Tarihi: 05.09.2017). Aynı Yönde bakınız; Uyumaz/Avcı, s. 36.

⁴⁷ Hakeri, s. 865.

⁴⁸ Uyumaz/Avcı, s. 36.

⁴⁹ Kırımhoğlu, s. 29.

sergilemelidir⁵⁰. Güven, eş rızasının varlığını savunan görüşün, eşin, cenin üzerinde baba sıfatıyla hakkı olduğunu savunan görüşten yola çıktığını ve ancak tutuculukla açıklanabileceğini belirtmektedir⁵¹.

Doktrinde, kürtajda eş rızasının alınmasına karşı çıkan yazarlar da bulunmaktadır. Acıduman’a göre kürtajda eş rızasının alınması cinsiyetçi bakış açısının açık bir göstergesidir⁵². Bir başka görüşe göre, “*kanunî temsilcinin rızasının aranmasının nedeni kadının bir nedenle gerçekleştirdiği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak olmasıyken, ergin ve ayırt etme gücüne sahip kadının gebeliğinin sonlandırılmasında eşinin rızasının aranması, kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkının sınırlandırılması olarak değerlendirilmektedir*”⁵³. Kürtajın bir kadın hakkı olduğu görüşü doktrinde savunulmaktadır⁵⁴. Güven’e göre kürtaj, kişilik haklarına dahil, ürememe hakkının bir parçası olarak görülen mutlak haklardanır⁵⁵. Yine Güven’e göre, “*kadın vücut bütünlüğü üzerindeki her türlü tıbbi müdahaleyi tek başına özgür iradesiyle yaptırabilirken, konu cinsellik olduğu zaman bunun eşinin rızasına bağlamak açıkça onun cinsel kimliği (sexual identity) üzerindeki hakkının ihlali anlamı taşır. Cinsel kimlik kişinin vücut bütünlüğünde saklı, ancak ondan ayrı bir değer olarak onu tamamlayan en önemli özelliklerinden biridir*”⁵⁶. Kırmıhoğlu’na göre, “salt kadının bu yöndeki talebi” nedeniyle yapılan kürtaj için kadının eşinin onayının istenmesi, kadının kendi doğurganlığı ve üreme süreci üzerinde karar verme hakkını sınırlayan bir uygulama olarak değerlendirilebilir⁵⁷. Ayrıca, ceninin kadının vücudunda tutunup büyüdüğü için onunla daha fazla bağlantılı olduğu düşüncesi kürtajın gebe kadının kararı ile yapılması gerektiği düşüncesini güçlendirmektedir⁵⁸. Çokar’ın Erez’den aktardığı üzere, eş rızası

⁵⁰ **Özçelik**, Fehmi: Gebelik ve Gebeliğin Sonlandırılması Kararına Kadın ve Erkeklerin Cinsiyet Farklılığı Açısından Bakışları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Eskişehir, Haziran 2010, Erişim Tarihi: 01.09.2017.

⁵¹ **Güven**, s. 14.

⁵² **Acıduman**, s. 24.

⁵³ **Uyumaz/Avcı**, s. 36. Aynı yönde bakınız; **Kırmıhoğlu**, s. 29, 31.

⁵⁴ **Güven**, s. 1.

⁵⁵ **Güven**, s. 14.

⁵⁶ **Güven**, s. 14.

⁵⁷ **Kırmıhoğlu**, s. 29.

⁵⁸ **Güven**, s. 14.

konusu literatürde de incelenmiş ve yasadan eşin onay bölümünün silinmesi önerilmiştir⁵⁹.

Bu konudaki ülkemizdeki uygulamaya, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Konvansiyonu İzleme Komitesi'nin Türkiye'nin yedinci periyodik raporuna verdiği Haziran 2016 tarihli nihai yorum raporunda da değinilerek eş rızası alınmasının ayrımcılık yasağına aykırı olduğu ve bu düzenlemenin kaldırılması gerektiği belirtilmiştir⁶⁰.

Fikrimizce uygulama, ataerkil düşünce yapısıyla veya üretime katılması gerektiği düşünülenlerin üretime katılabilmeleri için mutlaka bir tabiyet ilişkisi içinde olmaları gerektiğini belirten görüşle açıklanabilir⁶¹. Her iki açıklama da uygulamanın mazur görülmesi gerektiğini değil, abes olduğunu göstermektedir.

II. KÜRTAJDA EŞ RIZASININ ALINMASINA İZİN VEREN BAZI DEVLETLERE AİT DÜZENLEMELER

Uluslararası hukukta kürtajda erdirilmesinde eş rızası alınması şartını yalnızca Türk, Güney Kore, Tayvan ve Kuveyt Hukuk Sistemleri dahil

⁵⁹ Erez, S.: “Kürtaj ile İlgili Etik Sorunlar”, (Ed. A. Terzioğlu), Tıbbi Deontoloji ve Biyomedikal Etik'in Ana Hatları, s. 213-217, İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul 1998'den aktaran; Çokar, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1004.htm, (Erişim Tarihi: 15.08.2017).

⁶⁰ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Turkey, CEDAW/C/TUR/CO/7, 25.06.2016, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fTUR%2fCO%2f7&Lang=en, (Erişim Tarihi: 20.09.2017), s. 4,

⁶¹ Foucault'ya göre her ilişki aynı zamanda bir iktidar ilişkisi olarak açıklanabilir. “Bedenin iktidar ve egemenlik ilişkileri tarafından kuşatılmasının nedeni, büyük ölçüde, üretim gücü olmasından kaynaklanmaktadır. Fakat buna karşılık, bedenin iş gücü olarak oluşması ancak onun bir tabiyet ilişkisi içine alınması ile mümkündür.” (Foucault, Michel: Hapishanenin Doğuşu Gözetim Altında Tutma ve Cezalandırma, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, Temmuz 2015, s. 54) Fikrimizce Foucault'nun bu görüşü, kanun koyucunun evlilik içindeki kadın-erkek ilişkisini anlamak için de nüfus planlaması konusunda devlet-kadın ilişkisini anlamak için de faydalıdır. İnsan üretiminin kilit taşı olarak görülen kadın bedeni, evlilik ilişkisinde erkeğin, nüfus planlamasında ise devletin söz sahibi olduğu bir alan olarak düşünülmüş ve hukuki düzenlemeler bu anlayışla yapılmıştır. Kadının da bir birey olduğunun nihayet anlaşıldığı günümüz koşullarında böyle bir düşünce yapısıyla yapılan düzenlemelerin artık terk edilmesi gerekmektedir.

birkaç hukuk sistemi aramaktadır⁶². Bu ülkelerde kürtaj için eşin rızasının aranıyor oluşu ve dahası, maddenin uygulanmasına yönelik hiçbir istisnaya yer verilmemesi doktrinde eleştirilere sebep olmaktadır⁶³.

A. Güney Kore

Güney Kore’de kürtajda eş rızasının alınması şartı Anne ve Çocuk Sağlığı Kanunu’nun 14. maddesinde düzenlenmiştir⁶⁴. Güney Kore Ceza Kanunu’nun 269 ve 270. maddeleri ile kürtaj yasaklanmıştır⁶⁵. Anne ve Çocuk Sağlığı Kanunu’nda bulunan 14. maddenin, Ceza Kanunu’ndaki kürtaj düzenlemesinde belirtilen yaptırım gerektiren durumları sınırlandırır nitelikte olduğu belirtilmektedir⁶⁶. İlgili maddede kürtaja izin verilen beş durum sayılmıştır:

“Bir doktor, gebe kadın ve eşinin rızasıyla istemli kürtajı ancak aşağıdaki durumlarda uygulayabilir: (1) Kadının veya eşinin Başkanlık Kararnamesi’nde bahsedilen öjenik veya genetik bir mental veya fiziksel bozukluk veya hastalığa sahip olması, (2) Kadının veya eşinin Bakanlık Kararnamesi’nde bahsedilen bulaşıcı bir hastalığının olması, (3) Kadının tecavüz veya tecavüz benzeri eylem sonucu gebe kalması, (4) Gebeliğin kan hısımları veya evlilik yoluyla hısımların yasal olarak evlenmeleri mümkün bulunmayanlar arasındaki bir ilişkiden meydana gelmesi, ve (5) gebeliğin devamının gebe kadına sağlıkla ilgili veya tıbbi sebeplerle ciddi bir zarar verecek veya verebilecek olması.”

Görüldüğü gibi Güney Kore’de, kürtaja izin verilen her durumda, kürtaj yapılmadan önce, hem gebe kadının hem de eşinin rızasının alınması Anne ve Çocuk Sağlığı Kanunu ile şart koşulmuştur. Anne ve Çocuk Sağlığı Kanunu’nda yapılan düzenleme ayrıca Ceza Kanunu’nda tekrarlanmamıştır. Güney Kore’deki eş rızasına ilişkin düzenleme, bütün kürtaj sebepleri için eş rızası aranması bakımından Türkiye’deki düzenlemeden ayrılmakta, Ceza Kanunu’nda düzenlenmemek ve yaptırıma tabi tutulmamak anlamında ise Türkiye ile benzerlik göstermektedir.

⁶² The World’s Abortion Laws 20, **Cook/Dickens/Bernard**, s. 1307.

⁶³ **Cook/Dickens/Bernard**, s. 1307.

⁶⁴ **Sung**, Woong Kyu: “Abortion in South Korea: The Law and the Reality”. Int J Law Policy Family, (2012), S. 26 (3), ss. 278-305, <https://academic.oup.com/lawfam/article/26/3/278/1746184/Abortion-in-South-Korea-The-Law-and-the-Reality>, s. 281-282 (Erişim Tarihi: 21.07.2017).

⁶⁵ United Nations, s. 47.

⁶⁶ **Sung**, s. 281-282

B. Tayvan

Tayvan'da kadının rızasının alınması şartıyla aşağıdaki altı durumda kürtaj yapılmasına izin verilmektedir.

(1) Kadında veya kocasında öjeniye ters etki yaratacak (...that may adversely affect eugenics) bir genetik, bulaşıcı veya mental hastalık bulunması, (2) kadının veya kocasının dördüncü dereceye kadar akrabalarında öjeniye ters etki yaratacak bir genetik hastalık olması, (3) Gebeliğin veya doğumun kadının hayatını riske sokuyor veya kadına tıbbi sebep olarak tanımlanacak fiziksel veya mental bir zarar verecek olması, (4) doğmamış bebeğin tıbbi sebep olarak tanımlanacak bir özürlü ile doğacak olması, (5) kadının tecavüz sonucu gebe kalmış olması veya kadın yaşça küçük olup zorlama olmaksızın ilişkiye girmiş ve gebeliğin böylelikle oluşmuş olması veya gebeliğin evlenme yasağı dahilindeki bir akraba ile girilen ilişki sonucu oluşmuş olması, (6) gebeliğin kadının fiziksel veya ruhsal sağlığını veya aile hayatını kötü yönde etkileyecek olması.

Hung'un aktardığına göre, yukarıda sayılan altı halden biri söz konusu olup, kadın küçükse veya akli dengesi yerinde değilse kürtajın yapılabilmesi için anne-babasının veya vasisinin de rızasının alınması gerekir. Kanununun 6. paragrafına göre, kürtaj yaptırmak isteyen kadının eşinin veya bebeğinin vaftiz babasının (*sponsor*) rızasının da, eşi veya çocuğun vaftiz babası ölmemişse, kayıp değilse, bilinci yerinde ise veya akli dengesi yerindeyse alınması gerekir. Ayrıca kadının sağlığı ve hayatını kurtarmak amacıyla yapılmıyorsa kürtajın, gebeliğin yirmi dördüncü haftasına kadar gerçekleştirilmesi gerekir⁶⁷.

Görüldüğü gibi, Tayvan Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılmasında eş rızası Ceza Kanunu'yla düzenlenmiştir. Hung'a göre Tayvan'da kürtaj için eş rızası alınmasının sebebi, Tayvan toplumunun ataerkil yapıda olması ve Tayvan toplumunda aile ile ilgili önemli kararların alınmasında kocanın söz sahibi olmasıdır⁶⁸. Dolayısı ile kanun koyucu, özel hayatın korunması konusunda bir menfaati gözetmekten ziyade aile huzurunu korumayı amaçla-

⁶⁷ Hung, David Sho-Chao: "Abortion Rights in the United States and Taiwan", <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/ckjicl/vol4/iss1/2/>, 2004, (Erişim Tarihi: 22.08.2017), s. 17.

⁶⁸ Hung, s. 18.

mıştır⁶⁹. Hung bu hükmün ailede uyum sağladığını ancak erkeğin kararını kadının kararına üstün tutması ve erkeğe kadının vücudu üzerinde söz söyleme yetkisi vermesi nedeniyle problemlili olduğunu belirtmektedir. Ayrıca kanunun, eşin baskıcı olması durumu için bir alternatif yol düzenlememesi de eleştirilmektedir⁷⁰. Kadın haklarını destekleyen gruplar tarafından eş rızasına ilişkin hükmün kaldırılması için 2002 yılında meclise bir önerge verilmiş olmakla birlikte, henüz kanunda bir değişiklik yapılmadığı belirtilmektedir⁷¹.

C. Kuveyt

Kuveyt Ceza Kanunu’nda değişiklik yapan 1981 tarih ve 25 sayılı kanunun 12. maddesinde dört ayı geçmeyen gebeliklerin sonlandırılabilceği iki durum olduğu belirtilmiştir. İlk durum, gebeliğin devamının sağlığa ciddi şekilde zarar verecek olması, ikinci durum ise fetüsün iyileşmesi beklenemez fiziksel veya mental bozuklukla doğacak olması halinde hem kadının hem de eşinin rıza göstermesidir⁷². Görüldüğü gibi kürtaja izin verilen iki istisnai durumdan yalnızca ikincisinde, fetüsün fiziksel veya mental bozuklukla doğacak olması durumunda eş rızası şart koşulmuştur. Birleşmiş Milletlerin Kürtaj Raporu’na göre bu istisnai haller dışında yapılan kürtaj, önceki kanunda yer alan yaptırımlara tabidir⁷³. Dolayısı ile eşin rızası olmadan kadına kürtaj yapan kişi, on yıla kadar hapis ve 10.000 rupiye kadar para cezası ile cezalandırılacaktır⁷⁴. Eşin rızası konusu 55/1984 Sayılı Bakanlık Kararnamesi’nde de düzenlenmiş, 1981 tarihli kanunun 12. maddesinde düzenlenen şekillerde gebeliğin sonlandırılması sırasında uyulması gereken kurallar arasında hastanın ve eşinin rızasının alınması şartı yine sayılmıştır⁷⁵. Görüldüğü gibi Kuveyt hukukuna göre kürtaja izin verilen haller kısıtlı olup zaten kısıtlı olan bu hallerden birinin uygulaması, bir de eş rızası alınmakla

⁶⁹ Hung, s. 18.

⁷⁰ Hung, s. 22.

⁷¹ Hung, s. 20.

⁷² **Kuwait Penal Code 25/1981**, <https://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/KUWAIT.abo.htm>, (Erişim Tarihi: 20.07.2017).

⁷³ **United Nations**, Abortion policies. Global review. United Nations New York, 2001, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, s. 91. (Erişim Tarihi: 20.07.2017).

⁷⁴ **Kuwait Penal Code 16/1960**, <https://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/KUWAIT.abo.htm>, (Erişim Tarihi: 20.07.2017).

⁷⁵ **Kuwait Ministerial Decree 55/1984**, <https://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/KUWAIT.abo.htm>, (Erişim Tarihi: 20.07.2017).

daha da sınırlandırılmıştır. Eş rızası zorunluluğu hem Ceza Kanunu hem de Bakanlık Kararnamesi ile düzenlenmiştir.

Eşin rızasını alma zorunluluğunun az sayıda ülke tarafından tercih ediliyor oluşu bu uygulamanın günümüz koşullarına uygun olmadığını düşündürmektedir. Eşin rızasını alma zorunluluğuna ilişkin düzenlemeler, yukarıda da açıklandığı gibi, doktrinde sıklıkla eleştirilmekle⁷⁶ birlikte ülkemizde yüksek yargıya taşınan bir uyuşmazlığa sebep olduğu örneğe rastlanmamıştır.

III. ULUSLARARASI HUKUKTA EŞ RIZASI

Uluslararası hukukta eşin rızasının alınması konusunun uyuşmazlık sebebi olduğu ve yüksek yargıya taşındığı davalar bulunmaktadır. Bu davaların bir kısmında eşin rızasının alınmasına yönelik düzenleme olmaması uyuşmazlığa sebep olurken diğer kısmında eşin rızasının alınmasına yönelik düzenlemelerin hukuka aykırılığının tespiti istenmiştir. İç Hukukta eşin rızasının alınmasına yönelik düzenleme bulunmamasının uyuşmazlık sebebi olduğu davalara örnek olarak incelediğimiz AİHM'nin 13 Mayıs 1980 tarihli W.P. v. United Kingdom kararı ve 19 Mayıs 1992 tarihli R.H. v. Norway kararında eşinin veya partnerinin kürtaj yaptırmasına karşı çıkan baba adayının mahkemeye başvurduğu, yerel mahkemelerin kürtaja engel olmaması ve kadının kürtajı yaptırması nedeniyle uyuşmazlığın ilk olarak yüksek yargıya ardından da AİHM'ne taşındığı görülmektedir. Her iki kararda da başvuru sahipleri, yapılan kürtajın, fetüsün ölümüne sebep olduğu gerekçesiyle AİHS madde 2'de yer alan yaşam hakkına ve babaya kürtaj kararı konusunda söz hakkı tanıyacak hukuki düzenleme bulunmaması nedeniyle madde 8'de yer alan özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkına aykırılık teşkil ettiğini iddia etmiştir. Her iki davada da mahkeme, kürtajın yapılabilmesi için babanın rızasının alınması konusunda madde 8'in bu kadar geniş yorumlanamayacağı, kürtaj kararından ve gebeliğin devamından doğrudan etkilenen tarafın kadın olduğu ve bu nedenle kürtaj konusunda eşler hemfikir değilse kadının kararına göre hareket edilmesi gerektiği yönünde karar vermiş, baba adaylarının başvurularını reddetmiştir⁷⁷.

⁷⁶ Cook/Dickens/Bernard, s. 1307.

⁷⁷ **Case of W.P. v. United Kingdom**: European Court of Human Rights, Başvuru no: 8416/78, Tarih: 13 Mayıs 1980, <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22DECCOMMISSION%22%5D,%22kupdate%22:%5B%221980-05-13T00:00:00.OZ%22,%221980-05->

IV. AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ’NİN PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PENNSYLVANIA V. CASEY KARARI VE TÜRKİYE’DEKİ DURUMLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Kararın Özeti

Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin 505 U.S. 833 Sayı ve 29 Haziran 1992 tarihli Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey kararının konusu, 1982 tarihli Pennsylvania Kürtaj Kontrol Kanununun (Pennsylvania Abortion Control Act) beş hükmünün anayasaya aykırı olup olmadıklarının tespit edilmesidir. Söz konusu hükümler yürürlüğe girmeden önce yapılan bu başvuruda, başvuru sahipleri, beş kürtaj kliniği, davada kendini temsil eden bir hekim ve kürtaj hizmeti sağlayan bir grup hekimdir. Davaya konu beş hüküm; 3205 numaralı “kürtaj yaptıracak kadının, müdahaleden önce aydınlatılmış onamının alınması ve işleminden en az yirmi dört saat önce bilgilendirilmesini” düzenleyen, 3206 numaralı “küçüklerin kürtaj yaptırması için ebeveynlerinden en az birinin aydınlatılmış onamının da alınmasını zorunlu tutan ancak buna alternatif olarak yargı yoluyla izin alınmasını da” düzenleyen, 3209 numaralı “istisnai uygulamaların yapılmasını gerektiren durumlar hariç, evli kadının eşini kürtaj yaptıracığı konusunda bilgilendirdiğine ilişkin bir yazılı beyan vermesini” düzenleyen, 3203 numaralı “acil durumlarda önceki hükümlerin uygulanmasının aranmayacağı” düzenleyen ve 3207(b), 3214(a) ve 3214(f) numaralı “kürtaj hizmeti veren kuruluşların raporlama yapmasına ilişkin kesin kurallar koymayı” düzenleyen hükümlerdir. Yapılan yargılama sonucunda mahkeme, yalnızca 3209 numaralı “istisnai uygulamaların yapılmasını gerektiren durumlar hariç, evli kadının eşini kürtaj yaptıracığı konusunda bilgilendirdiğine ilişkin bir yazılı beyan vermesini” düzenleyen hükmün Anayasa’ya aykırı olduğuna karar verilmiştir. Bu çalışmanın konusu gereği, mahkeme kararının yalnızca 3209 numaralı “istisnai uygulamaların yapılmasını gerektiren durumlar hariç, evli kadının eşini kürtaj yaptıracığı konusunda bilgilendirdiğine ilişkin bir yazılı beyan vermesini” düzenleyen maddenin Anayasa’ya aykırılığını tespit eden kısmı incelenecektir.

13T00:00:00.OZ%22]], (Erişim Tarihi: 03.08.2016). **Case of R.H. v. Norway:** European Court of Human Rights, Başvuru no: 17004/90, Tarih: 19 Mayıs 1992 tarihli R.H. v. Norway kararı, hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-1759&filename=001-1759.pdf, (Erişim Tarihi: 03.08.2016).

Kararın gerekçesindeki “Eş rızası hükmü, gereksiz zorluk yarattığı için hukuka aykırıdır. Dikkate değer sayıda kadının bu hüküm nedeniyle kürtaj olmasının engellenmesi söz konusudur. Öyle ki Pennsylvania sanki kürtajı tamamen yasaklamış gibidir.” ifadeleri özellikle dikkat çekici olup fikrimizce karara konu durum ile Türkiye’deki durumun karşılaştırılabilirliğine işaret etmektedir. Bir sonraki bölümde, bu kararın anayasaya aykırılığının gerekçesi incelenecek ve Türkiye’deki durumla karşılaştırılacaktır.

B. Kararın Esasına Etki Eden Nedenler ile Türkiye’deki Durumun Karşılaştırılması

Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin Casey Kararı, eş rızasının alınması konusunda mevcut düzenlemenin Anayasa’ya aykırılığının tespiti talebiyle açılan davalara örnektir. Kararın gerekçesini oluşturan durumlar ülkemizdeki durumla benzerlik gösterdiğinden bu karar çalışmamızın konusu ile yakından ilgilidir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin Casey Kararı’na konu Pennsylvania Kürtaj Kanunu’nun 3209. bölümünde, acil durumlar haricinde hekimin, eşine kürtaj yaptıracağını bildirmeyen kadına kürtaj yapması yasaklanmıştır. Kadının eşini bilgilendirdiği yönünde uygun, imzalı bir belge olmaksızın kürtaj yapan hekimin lisansı iptal edilecek ve bu hekim kadının eşinin zararlarına karşı sorumlu olacaktır. İlgili bölüme göre, kadının imzalı bir belge ile kendisini hamile bırakanın eşi olmadığını belgelendirmesi veya eşine ulaşamaması veya gebeliğin eşin cinsel saldırısı sonucu meydana geldiğine ilişkin şikâyette bulunduğunu bildirmesi veya eşini kürtaj yaptıracağı konusunda bilgilendirmesi halinde eşinin veya bir başka kişinin kendisine fiziksel zarar vereceğine inanması halinde kürtaj için eşini bilgilendirmesi şartı aranmaz⁷⁸.

İlgili kanuna bakıldığında NPK madde 6/2’de olduğu gibi salt kadının bu yöndeki talebi nedeniyle kürtaj yapılması halinde eşin rızası alınması şartı getirildiği görülmüştür. Ancak NPK’nın aksine söz konusu kanunda istisnai haller düzenlenerek acil durumlarda, çocuğun babasının gebe kadının eşi olmadığını kadın tarafından imzalanan bir belge ile belirtilmesi durumunda, kadının eşine ulaşamaması halinde, gebeliğin eşin cinsel saldırısı sonucu meydana geldiğine ilişkin şikâyet olduğunun bildirilmesi halinde ve kadının eşini kürtaj yaptıracağı konusunda bilgilendirmesi nedeniyle fiziksel şiddete maruz kalacağı endişesi taşınması durumunda eşin rızasının aranmayacağı

⁷⁸ Casey Kararı, s. 33.

belirtilmiştir. NPK’da acil durumlara ilişkin istisnaya yer verilmemesi anlaşılabilir bir durumdur, zira hukukumuzda gebeliğin devamının kadının hayatına veya sağlığına zarar vermesi durumu zaten başlı başına bir kürtaj sebebi olarak düzenlenmiş ve bu kürtaj sebebi süre, eşin rızası veya başka bir kısıtlamaya tabi tutulmamıştır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi Pennsylvania Kürtaj Kanunu’nda yer alan bu istisnai durumlara rağmen eşin izni şartı getiren söz konusu maddenin anayasaya aykırı olduğu tespit edilmiştir. Kararın gerekçesinde bölge mahkemesinin bu davaya ilişkin çok sayıda uzmandan bilirkişi raporu alındığı belirtilmiştir. Bu bilirkişi raporlarını özetleyen mahkeme, kadınların büyük bir çoğunluğunun gebeliği sona erdirmeden önce bu kararını eşi ile müzakere etmekte olduğunu ifade etmiştir. Kararın gerekçesinde iyi işleyen evliliklerde kürtaj gibi kararların eşler arasında görüşülerek alınmasının zaten söz konusu olduğu, ancak ülkede eşlerinin fiziksel ve psikolojik şiddeti karşısında mağdur olan milyonlarca kadının da bulunduğu vurgulanmıştır. Mahkeme, bu kadınların gebe kalmaları halinde kürtaj yaptırma kararlarını eşleriyle paylaşmamak için iyi sebepleri bulunduğunu belirtmiştir. Eşlerinin kürtaj kararlarını öğrenmeleri halinde fiziksel şiddete başvuracakları, doğacak çocuğa karşı çocuk istismarında bulunacakları, kadına karşı psikolojik istismarda bulunacakları, gelecekte fiziksel şiddete uğrayacaklarına ilişkin tehdit edilecekleri, eşleri tarafından eve kapatılacakları, finansal desteğin kesileceği, kürtajın aile ve arkadaşlara ifşa edileceğine ilişkin haklı korkulara kapılan kadınların kürtaj kararlarını eşlerine bildirmek istemedikleri ifade edilmiştir. Dahası mahkeme, istisnai sebeplerden gebeliğin eşin cinsel saldırısı sonucu oluşması durumunun, bu durumun saldırı tarihinden itibaren 90 gün içinde kamuya bildirilmesi şartı bulunduğundan ve bu durumdaki kadınların saldırıyı şikâyet etme konusunda hayli isteksiz olduğu anlaşıldığından uygulanabilir olmadığı kanaatine varmıştır. Mahkeme bu nedenlerle eşin rızasının bulunması şartının çok sayıda kadının kürtaj yaptırması önünde bir engel teşkil ettiğini belirtmiştir⁷⁹.

Mahkeme birçok babanın eşlerinin gebeliği ve doğacak çocuklarının sağlıklı gelişimi konusunda derin bir ilgisi olduğunun farkında olduğundan bahsetmiştir. Bu durum göz önüne alındığında birlikte büyütecekleri çocuk üstünde anne ve babanın menfaatlerinin eşit olduğunun düşünülebileceğini vurgulayan mahkeme; doğum öncesinde bu menfaat eşitliğinin söz konusu olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, biyolojik ve fiziksel açıdan

⁷⁹ Casey Kararı, s. 36.

kaçınılmaz bir şekilde, kadının özgürlüğünün gebelik sırasında babadan daha fazla kısıtlandığını belirtmiştir. Dolayısı ile düzenlemenin yalnızca aile hayatının gizliliğini ihlal etmekle değil, aynı zamanda kadının vücut dokunulmazlığını ihlal etmekle de kadının özgürlüğünü kısıtladığının kabulü gerektiği anlatılmıştır. Bu durumda kürtaj konusunda anne ve babanın menfaatleri çatıştığında, çocuğu karnında taşıyan kadın gebelikten doğrudan etkilenen taraf olduğundan kadının menfaatinin ağır basması ve bu durumun göz önüne alınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Kadın evlendiğinde Anayasal haklarının kısıtlanmasının günün evlilik anlayışı ile bağdaşmadığı vurgulanmıştır. Anayasa'nın bireylerin hepsini kadın veya erkek, evli veya bekâr olmalarına bakmaksızın koruduğunu belirten mahkeme, açıklanan nedenlerle söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir⁸⁰.

Mahkemenin gerekçesinde vurguladığı, kadınların kürtaj kararlarını eşlerine bildirmemelerine sebep olan haklı korkular maalesef ülkemizdeki kadınlar için de söz konusudur. Hacettepe Üniversitesi tarafından hazırlanan 2015 tarihli Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması'na (Rapor) göre ülke genelinde eşleri veya birlikte oldukları erkekler tarafından fiziksel şiddete maruz kaldığını belirten evlenmiş kadınların oranı yüzde otuz altıdır⁸¹. Raporda yine Türkiye genelinde evlenmiş kadınların yüzde on ikisinin yaşamının herhangi bir döneminde cinsel şiddete maruz kaldığı, yüzde otuz sekizinin ise hem fiziksel hem de cinsel şiddete uğradıkları belirtilmiştir⁸². Rapora göre, Casey Kararı'nda psikolojik istismar ve kürtaj kararının aile ve arkadaşlara söylenmesi korkusu şeklinde ortaya çıkan duygusal şiddet veya istismar da ülkemizde kadına yönelik şiddet biçimleri arasında en yaygın olanlardandır. Türkiye genelinde kadınların yaşamlarının herhangi bir döneminde maruz kaldıkları duygusal şiddet veya istismar yüzde kırk dört oranındadır⁸³. Yine Casey Kararı'nda söz edilen ekonomik desteğin kesilmesi korkusu, raporda ekonomik şiddet/istismar olarak tanımlanmış olup, rapora göre kadının çalışmasına engel olma ya da işten ayrılmasına neden olma, ev harcamaları için para vermeme ile kadının gelirini elinden

⁸⁰ Casey Kararı, s. 38.

⁸¹ **Yüksel-Kaptanoğlu**, İlknur/Çavlin, Alanur/Ergöçmen Akadlı, Banu ve diğerleri: Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması, Elma Teknik Basım Matbaacılık, Ankara 2015, s. 83.

⁸² **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri, s. 83.

⁸³ **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri s. 92.

alma biçimlerinde açığa çıkmaktadır⁸⁴. Rapora göre Türkiye genelinde bu davranışlardan en az birine yaşamın herhangi bir döneminde maruz kalan kadınların oranı yüzde otuz, rapor tarihi itibariyle son on iki ayda maruz kalan kadınların oranı ise yüzde on beştir⁸⁵.

Raporda, araştırmamızın konusuyla yakından ilgili olan gebelikte fiziksel şiddet konusu da yer almıştır. Rapora göre; Türkiye genelinde, en az bir kez gebe kalmış kadınların yüzde sekizi, gebelikleri sırasında eşlerinin veya birlikte oldukları erkeklerin fiziksel şiddetine maruz kaldıklarını belirtmişlerdir⁸⁶. Raporda fiziksel şiddet mağduru kadınların yarısı için gebeliğin şiddetin azalmasını sağlamadığı tespit edilmiştir⁸⁷. Buna göre; Türkiye genelinde her on kadından dördü için gebelik sırasında da maruz kaldığı şiddetin değişmediği, her on kadından birinde ise şiddetin arttığı görülmüştür⁸⁸. Rapora göre şiddete maruz kalmış kadınların sadece yüzde dokuzu için gebelik sırasında şiddetin durması dikkat çekicidir⁸⁹. Görüldüğü gibi Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin Casey kararının gerekçesinde kadınların kürtaj kararlarını eşleri ile paylaşmak istememesine neden olduğu belirtilen durumlar ülkemizdeki kadınlar için de söz konusudur. Pennsylvania Kürtaj Kanunu’nun eşin rızasının alınmasına yönelik maddesini Anayasa’ya aykırı bulma gerekçelerinin kadına yönelik aile içi şiddet çeşitlerinin yüksek oranlarda görüldüğü ülkemizde de görülüyor olması ülkemizde de eşin rızası gerekliliğine ilişkin düzenlemelerin kaldırılması gerektiğini düşündürmektedir.

Yine Casey Kararı’nda Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin de vurguladığı gibi, evlenen kadının statüsünün değiştiği düşünülerek haklarının kısıtlanması, günümüz evlilik anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Gebeliğinin ilk on haftası içindeki evli olmayan kadının salt kürtaj yaptırmak yönündeki talebi nedeniyle kürtaj yaptırması için kendi rızası yeterliyken evli kadının eşinin rızasını alma zorunluluğu bulunması anlamlı olmadığı gibi, Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

⁸⁴ **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri, s. 97.

⁸⁵ **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri, s. 97.

⁸⁶ **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri, s. 130.

⁸⁷ **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri, s. 132.

⁸⁸ **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri, s. 132.

⁸⁹ **Yüksel-Kaptanoğlu** ve diğerleri, s. 132.

SONUÇ

Sonuç olarak gebeliğin ilk on haftası içindeki evli kadının salt kürtaj yaptırmak yönündeki talebi nedeniyle kürtaj yaptırabilmesi için eşinin rızasının bulunması şartının günümüz şartlarına ve hukuka uygun olmadığı düşünülmektedir. Hukuk sisteminde hala eşin rızasının alınması yönünde düzenleme bulunan ülkelerin Türkiye Cumhuriyeti, Güney Kore, Tayvan ve Kuveyt olması, bu yöndeki düzenlemelerin dünyada tercih edilir düzenlemeler olmadıklarını göstermektedir. Çalışmamızda incelenen Casey Kararı'nda Amerika Birleşik Devletleri'nde kadına şiddet oranlarının fazla olması ve şiddet gören kadınların kürtaj kararlarını eşlerine söylemek konusunda haklı korkuları bulunduğu vurgulanmıştır. Bu nedenle Casey Kararı ile şiddet mağduru binlerce kadının kürtaj haklarını kullanmaları önünde engel olarak görülen eşin rızasının alınması yönündeki kürtaj kanunu maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu tespit edilmiştir. Hacettepe Üniversitesi'nin 2015 tarihli raporunda ülkemizdeki kadına yönelik şiddet oranlarının oldukça yüksek olduğu görülmüştür. Ülkemizde de ABD'de olduğu gibi kadına şiddet oranlarının yüksek oluşu, eşin rızasının alınması yönündeki düzenlemenin ülkemizdeki mağdur kadınların kürtaj yaptırmaları önünde de engel oluşturduğunu göstermekte ve bu düzenlemelerin şiddet mağduru kadınların durumunu daha da kötüleştirmemek ve kürtaj haklarını kullanmalarına gereksiz engel oluşturmamak adına kaldırılması gerektiğini düşündürmüştür. Bunlara ek olarak evli kadın için öngörülen bu düzenlemenin, günümüz evlilik anlayışı ile bağdaşmayacak şekilde evli kadın ile evli olmayan kadın arasında statü farkı oluşturduğu ve bu durumun Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğu görülmüştür. Tüm bu gerekçelerle gebeliğin ilk on haftası içindeki evli kadının salt kürtaj yaptırmak yönündeki talebi nedeniyle kürtaj yaptırabilmesi için eşinin rızasının alınması şartının günümüz koşullarına ve hukuka uygun olmadığı sonucuna varılmıştır.

KAYNAKLAR

- Altıparmak, Saliha/Çiçeklioğlu, Meltem/Yıldırım, Gülay:** “Abortus ve Etik”, Cumhuriyet Tıp Dergisi, 2009, S. 31.
- Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi:** “505 U.S. 833 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey. (Nos. 91-744, 91-902)”, June 29, 1992, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/833> (Erişim Tarihi: 19.11.2016).
- Çakmut Yenerer,** Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2003.
- Çokar,** Muhtar: “İsteyerek Düşük Yapmak-Tıp Etiği ve Yasalar”, http://www.turkhukusitesi.com/makale_1004.htm (Erişim Tarihi: 05.09.2017)
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Turkey, CEDAW/C/TUR/CO/7, 25.06.2016, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fTUR%2fCO%2f7&Lang=en, (Erişim Tarihi: 20.09.2017).
- Cook, Rebecca/Dickens, J./Bernard, M.:** “International Developments in Abortion Laws: 1977-88”, American Journal of Public Health, Sayı 78, No: 10, Kasım 1988.
- Dölen,** İsmail: “Tıbbi Açından Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?”, (Ed. Cahid Doğan, Pınar Aksoy Gülaslan), Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 1-2 Kasım 2013.
- Erez, S.:** “Kürtaj ile İlgili Etik Sorunlar”, (Ed. A. Terzioğlu), Tıbbi Deontoloji ve Biyomedikal Etik’in Ana Hatları. s. 213-217, İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1998’den aktaran; **Çokar,** http://www.turkhukusitesi.com/makale_1004.htm, (Erişim Tarihi: 15.08.2017).
- European Court of Human Rights:** “Case of R. H. v. Norway”, Başvuru no: 17004/90, Karar Tarihi: 19 Mayıs 1992, hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-1759&filename=001-1759.pdf, (Erişim Tarihi: 03.11.2016).
- European Court of Human Rights:** “Case of W.P. v. United Kingdom”, Başvuru no: 8416/78, Karar Tarihi: 13 Mayıs 1980, <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22DECCOMMISSION%22%22%22kupdate%22%3A%221980-05-13T00%3A00%3A00Z%22%22%221980-05-13T00%3A00%3A00Z%22%22%7D>, (Erişim Tarihi: 03.08.2016).

- Foucault**, Michel; Hapishanenin Doğuşu Gözetim Altında Tutma ve Cezalandırma, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, Temmuz 2015.
- Gencer**, Zafer Adem: Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.
- Gökcan**, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2014.
- Gözübüyük**, A. Şeref: Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- Güven**, Kudret. “Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin Rızası Sorunu”, <https://jurix.com.tr/article/5372>, (Erişim Tarihi: 17.07.2017).
- Hafizoğulları**, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, Ocak 2015.
- Hakeri**, Hakan: Tıp Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2015.
- Hung**, David Sho-Chao: “Abortion Rights in the United States and Taiwan”, <http://scholarship.kentlaw.iit.edu/ckjic1/vol4/iss1/2/>, 2004, (Erişim Tarihi: 22.08.2017).
- Keskin**, İçten: Amerika ve Türkiye’de Kürtaj Politikaları ve Feminizm, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Temmuz 2014.
- Kırımhoğlu**, Nurdan: “Aile Planlaması, Gebeliğin Sonlandırılması ve Türkiye’deki Nüfus Politikaları Hakkında Yasalar ve Etik Yaklaşımlar”, Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, 1998, S. 6, s. 24-32.
- Kuwait Ministerial Decree 55/1984**: <https://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/KUWAIT.abo.htm>, (Erişim Tarihi: 20.07.2017).
- Kuwait Penal Code 16/1960**: <https://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/KUWAIT.abo.htm>, (Erişim Tarihi: 20.07.2017).
- Kuwait Penal Code 25/1981**: <https://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/KUWAIT.abo.htm>, (Erişim Tarihi: 20.07.2017).
- Nüfus Planlaması Hakkında Kanun**: <http://www.mevzuat.gov.tr/Mevzuat-Metin/1.5.2827.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.11.2016).
- O’Neil**, Mary Lou/Aldanmaz, Bahar/Quirant Quiles, Rosa Maria/Kılınç, Fatih Resul: Yasal Ancak Ulaşılabilir Değil: Türkiye’deki Devlet Hastanelerinde Kürtaj Hizmetleri, Kadir Has Üniversitesi Toplumsal

Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi, İstanbul, Ekim, 2016.

Özalp, Tuba/Özalp, Faruk: Hekimin Cezai Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Özbek, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017.

Özçelik, Fehmi: Gebelik ve Gebeliğin Sonlandırılması Kararına Kadın ve Erkeklerin Cinsiyet Farklılığı Açısından Bakışları, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Eskişehir, Haziran 2010.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin

Sung, Woong Kyu: “Abortion in South Korea: The Law and the Reality”. Int J Law Policy Family, (2012), S. 26 (3), s. 278-305, <https://academic.oup.com/lawfam/article/26/3/278/1746184/Abortion-in-South-Korea-The-Law-and-the-Reality>, (Erişim Tarihi: 21.07.2017).

The World’s Abortion Laws 20: <http://worldabortionlaws.com/map/>, (Erişim Tarihi: 19.11.2016).

Tüzük: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.837395.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.11.2016).

United Nations: Abortion policies. Global Review. United Nations New York, 2001, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, s. 91. (Erişim Tarihi: 20.07.2017).

Uyumaz, Alper/**Avcı**, Yasemin: “Türk Hukuku’nda Gebeliğin Sonlandırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, S. 1, 2016.

Yüksel-Kaptanoğlu, İlknur/**Çavlin**, Alanur/**Ergöçmen Akadlı**, Banu ve diğerleri: Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması, Elma Teknik Basım Matbaacılık, Ankara 2015.

Yurtcan, Erdener: Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, 2. Baskı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1990.

<https://academic.oup.com/lawfam/article/26/3/278/1746184/Abortion-in-South-Korea-The-Law-and-the-Reality>

