

## TCK'DA ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU MUKAYESELİ HUKUK VE AİHM'NİN BAKIŞ AÇISIYLA CENİNİN YAŞAMA HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

*Yrd.Doç.Dr. Burcu DÖNMEZ\**

### GİRİŞ

Bu çalışma kapsamında amacımız sadece TCK m.99 ve devamı maddelerinde yer alan çocuk düşürtme suçu hakkında açıklama yapmak değil, embriyoya müdahale kapsamında hekimlerin TCK kapsamındaki sorumlulukları hakkında bilgi vermek ve mukayeseli hukuk ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya bakış açısını değerlendirmektir. Yeni TCK'da yer alan düzenlemeleri özellikle hekimlerin sorumlulukları bakımından değerlendirmek, uygulayıcı hekimler bakımından da aydınlatıcı olacaktır. Bu nedenle TCK m.99 kapsamında çocuk düşürtme suçu bakımından özellikle hekimlerin cezai sorumluluğu<sup>1</sup> üzerinde durulacaktır. Ayrıca yeri geldikçe Anglo-Sakson hukuku kapsamında İngiliz Hukuku ile kıyaslamalar yapılacaktır.

Çocuk düşürtme, sağlık hukuku kapsamında en tartışmalı konulardan bir tanesidir. Bu konuda birbirinin tam anlamıyla zıttı olarak nitelendirebileceğimiz 2 farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kadının gebeliğine son verme hakkını (özgürlüğünü) savunurken<sup>2</sup>, diğeri gebeliğe son vermenin ana

\* DEÜ Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Bu konuda genel ve detaylı bilgi için bkz. **Katoğlu** Tuğrul, "Hekimin Cezai Sorumluluğu ve Yeni Türk Ceza Kanunu", Sağlık Hukuku ve Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Özel Sayısı 1, Ocak 2007, s. 217 vd.; **Ünver** Yener, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, Temmuz 2007, s. 118.

<sup>2</sup> **Dönmezer** Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 2001, s. 201 "Çocuk düşürtmenin cezalandırılıp cezalandırılmaması hususundaki görüşlerden ilkinde göre, herkes bedeni üzerinde tasarruf ve kendi akibetini tayin edebilmekte serbesttir. Malthus teorisine göre, nüfus artışı ve bu nüfusun ihtiyaçlarını karşılamak üzere dünyada doğal kaynakların

rahminde başlamış olan hayata müdahale etmek olduğunu ve bunun da cina-yete eş değer bir davranış olduğunu kabul eder<sup>3</sup>. Hatta bu tartışmalar siyasi ortama da taşınmış; çeşitli ülkelerde, (Birleşik Krallık (İngiltere), İrlanda<sup>4</sup>, Amerika Birleşik Devletleri<sup>5</sup>, İtalya<sup>6</sup>, Fransa, Almanya<sup>7</sup>, Polonya<sup>8</sup> gibi) ve

sabit kalışı karşısında insanlığın sefalet ve açlığa mahkum kalacağı esastan hareket edilir.”.

- <sup>3</sup> **McLean S.**, “Abortion Law: Is Consensual Reform Possible?”, 1990, JLS 106; **McLachlan**, “Bodies, Rights and Abortion”, 1997, 23 J Med Ethics 176; **Montgomery J.**, Health Care Law, Oxford University Press, New York, 2003, s. 379; **Boonin David**, A Defense of Abortion, second edition, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, Sao Paulo, Cambridge University Press, 2003, s. 19-20; **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 201 vd.; **Boonin**'e göre (s. 21-22), kürtajın yasak olması gerektiğini savunanlar özellikle 2 soru üzerinde konuyu şekillendirirler. Bunlardan ilki kürtajın ahlaki olup olmadığıdır. İkincisi ise, kürtaj yasal olabilir mi yoksa olamaz mı tartışmasıdır. Trafik kurallarını ihlal ederek karşıdan karşıya geçmek hem ahlaki hem de yasal bir hareket değildir. Buna karşılık zina ahlaki bir hareket olmamakla beraber suç teşkil eden bir hareket de değildir. Diğer bir ifade ile her ahlaki olmayan hareket aynı zamanda yasal değildir deme şansımız bulunmamaktadır. Öyle ise tartışılması gereken husus, kürtajın ahlaki değerlere uygun olup olmadığıdır. Çünkü yasal olup olmaması devletin suç politikaları kapsamında değerlendirilecektir.
- <sup>4</sup> İrlanda Cumhuriyeti, ceninin yaşama hakkını anayasal düzenlemelerle koruma altına almıştır ve ceninin yaşama hakkını annenin yaşam hakkı ile eşit değerde kabul etmiştir. (İrlanda Anayasası madde40.3.3) Detaylı açıklama için bkz. **Mason/Laurie**, Law and Medical Ethics, s. 148-149.
- <sup>5</sup> Amerika Birleşik Devletlerindeki konuya ilişkin tartışmalar genellikle politik sebeplerle ortaya konmaktadır. Konuya ilişkin *Roe v Wade* ve *Doe v. Bolton* kararları ilgi çekicidir. Detaylı açıklama için bkz. **Mason/Laurie**, Law and Medical Ethics, s. 150.
- <sup>6</sup> **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 202 “İtalya’da Ceza Kanununun 546. maddesi çocuk düşürtmeyi cezalandırmaktaydı. İtalyan Anayasa Mahkemesi 1975 yılında bu hükmü Anayasaya aykırı buldu. Karara göre, sözü geçen hüküm, hamileliğin devamının annenin sağlığı bakımından tıbben sabit ciddi bir tehlike teşkil etmesine rağmen, bunun sona erdirilmesine olanak vermemesi nedeniyle Anayasaya aykırıdır.”.
- <sup>7</sup> Detaylı açıklama için bkz. **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 202 “Federal Alman Cumhuriyetinde Anayasa Mahkemesi 25 Şubat 1975 tarihli kararı ile hamileliğin ilk on iki haftası içinde çocuk aldırma suç olmaktan çıkaran kanunu, Anayasa’ya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. Mahkemeye göre Anayasa, hayatı üstün bir yasal değer olarak ve henüz doğmamış bir hayatı da bütün hamilelik süresince korumaktadır. Fetüs zorunlu olduğu takdirde, hatta annenin irade ve arzuna karşı da korunmalıdır. Hayat, hatta doğmamış hayat ananın kendi hayatını zevkle yaşama hakkından önce gelir. Mahkemeye göre eğer diğer bir takım yasal değerler hamileliğin sona erdirilmesi nedeni ile tehlikeye düşüyorsa o zaman çocuk düşürme meşru hal alabilir Bu haller; ananın hayat ve sağlığının tehlikeye düşmüş olması, çocuğun muhtemel olarak fizik ya da akli bozukluklar ile doğa-

hatta Avrupa Birliği kapsamındaki görüşmelerde ciddi tartışmalar yaşanmıştır<sup>9</sup>.

İngiliz Hukukunda, doğmamış çocuğa (cenine) yönelik olarak, gebeliğe son verdirici hareket veya hareketlerin bu güne kadar insan öldürme suçu olarak değerlendirildiğine ilişkin bir dava örneği bulunmamaktadır. İnsan öldürme suçundan bahsedebilmek için öncelikle bebeğin canlı doğması gerekir<sup>10</sup>. Bu kapsamda çeşitli yasal düzenlemeler yapılmıştır. 1861 tarihli Kişilere Karşı Suçlar Kanunu (bölüm 58-59) ve 1929 tarihli Yeni Doğanın Hayatını Koruma Kanunu konuya ilişkin düzenlemeler getirmiştir. En detaylı düzenlemeler ise 1967 tarihli Kürtaj Kanunu (Abortion Act) ile yapılmıştır. Aynı kanun, 1990 yılında üzerinde değişiklikler yapılarak uygulamadaki sıkıntıları ortadan kaldıracı düzenlemeler getirmiştir<sup>11</sup>.

Benzer düzenlemeler bizim için de geçerlidir. TCK m.99 çocuk düşürtme suçunu düzenlemiştir. Gebeliğe yasal olarak son verme halleri açık olarak belirtilmiş, bu kapsam dışında gerçekleştirilen çocuk düşürtmeler (kürtajlar) suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca çocuğun annenin rızası olmaksızın ya da rızası doğrultusunda düşürülmesi sırasında annenin ölümüne sebebiyet verilmesi de TCK m.99/3-4 fıkralarında düzenlenmiştir. Aslında eski TCK da bazı farklılıklar haricinde benzer düzenlemelere sahipti. En önemli farklardan bir tanesi, ETCK m.468/son'da bulunmaktaydı; buna göre gebe olan kadın üzerinde rızası olmaksızın çocuk düşürtme amacıyla bazı fiillerde bulunan kimse kadının ölümüne neden olursa, insan öldürme suçu kapsa-

---

bilmesi, hamileliğin bir cürüm sonucu meydana gelmiş bulunmasıdır. Bundan başka mahkeme, hamile kadının gebeliği sona erdirmekten başka suretle çözümlenemeyecek büyük güçlüklerle karşı karşıya kalması halinde, çocuk düşürtmeye meşruluk tanıyabileceğini kabul etmekte idi. Alman Federal Anayasa Mahkemesi 28.05.1993 tarihinde verdiği kararla gebeliğin durdurulmasının her zaman hukuka aykırı olduğu görüşünü kabul etmiştir...".

<sup>8</sup> **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 203 "Polonya'da 7 Ocak 1993 tarihinde yürürlüğe giren aile planlaması, ceninin korunması ve gebeliğin durdurulmasının koşulları hakkındaki kanunda gebe kadına devletin çocuğunu doğurması için yardım etmesi yükümünü getirmiş okullarda cinsel bilgilerin ders olarak okutulmasını öngörmüştür."

<sup>9</sup> **Mason/Laurie**, Law and Medical Ethics, 2006, s. 143.

<sup>10</sup> **Montgomery J.**, Health Care Law, s. 379.

<sup>11</sup> 1990 tarihli değişiklik kapsamında gebeliği sonlandırmaya ilişkin yasal hukuka uygunluk halleri düzenlenmiştir. Buna göre, gebelik üç safhaya ayrılmış ve her safha bakımından ayrı hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Montgomery J.**, Health Care Law, s. 381.

mında sorumlu tutulurdu. YTCK ise, çocuk düşürtme amacıyla yapılan müdahale sonucu annenin ölmesini, m.99/3-4 kapsamında suçun nitelikli hali olarak düzenlemiştir. Başka bir anlatımla YTCK, annenin ölümünü genel olarak düzenlenen insan öldürme suçu kapsamında çıkarmış suçun nitelikli hali olarak değerlendirmiştir.

Çocuk düşürtme suçu bakımından, gerek mukayeseli hukuk, gerekse Türk hukuku (yeni değişiklikler esas alınarak) ana rahmindeki çocuğun yaşama hakkını sıkı tartışmalar neticesinde yasal düzenlemelere kavuşturmuştur. Amacımız yeni TCK'nın konuya ilişkin düzenlemeleri hakkında bilgi verirken, aynı zamanda farklı ülke kanunları ve AİHM'nin de konuya ilişkin bakış açılarını değerlendirmektir.

## I. TARİHÇE

İlkel toplumlarda “çocuk düşürtme” kadının beden bütünlüğünü ihlal eden fiillerden sayılmıştır<sup>12</sup>. Esas olarak anne ve babanın çocuk üzerindeki tasarruf yetkisi üstün tutulmuştur, bu nedenle de çocuk düşürtme, anne veya babanın iradesi kapsamında gerçekleştirilirse ceza verilmiyordu<sup>13</sup>. Örneğin İbranilerde<sup>14</sup>, koca veya hakim tarafından çocuk aldirmaya ilişkin karar verilebiliyordu. Rıza dışında gerçekleştirilen eylemler neticesinde kadın ölürse, genellikle ölüm cezası verilirdi.

Eski Yunanda fiilin cenine karşı işlenmiş sayıldığı kabul edilmişti. Buna göre, cenin hayat kazanmış ise, fail hakkında ölüm cezası verilirdi, aksi halde ceza verilmezdi<sup>15</sup>.

Roma Hukukunda ise daha detaylı düzenlemeler yapılmıştır. Ancak bu düzenlemeler Roma İmparatorluğunun dönemlerine göre değişiklik göstermiştir. Eski Roma'da çocuk düşürmenin ve çocuk ölümlerinin teşvik edildiğini görüyoruz. Çok tanrılı dinlere inanan Romalılar çocuk düşürmeyi ahlak dışı olarak kabul etmemişlerdi. Ancak bu bakış açısı Hıristiyanlığın kabul edilmesi ile tamamen değişmiştir. Roma'nın ilk dönemlerinde çocuk düşürme ve kürtaj özellikle zengin, asil sınıfı mensupları için mümkün iken, bu

<sup>12</sup> **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 200.

<sup>13</sup> **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 200.

<sup>14</sup> İbrani hukukunda, gebeliğin dıştan görünür hale gelmesi ile fetüsün oluştuğu kabul edilmektedir. Detaylı açıklama için bkz. **Mason/Laurie**, Law and Medical Ethics, s. 121.

<sup>15</sup> **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 200.

olanaktan aşağı sınıf üyeler faydalanamamaktaydılar. İlerleyen zamanlarda Roma toplumunda<sup>16</sup> çocuk düşürmeye her kesimce sıklıkla başvurulduğu görülmektedir<sup>17</sup>.

Roma düşüncesine göre fetusun tahribi cinayet sayılmadığından, kürtaj suç olarak değerlendirilmemiştir. Oysa, bu durum eski evlilik anlayışı "*liberorum quaerendum causa*" (çocuk sahibi olma nedeniyle) ile çatışmaktadır. Hatta bu anlayış kocaya *dos*'u alıkoyarak, düşük yapmış karısını boşama veya öldürme hakkını tanımıştır. Ancak Cumhuriyet döneminin son yıllarında bu uygulamadan vazgeçilmiştir. Severus döneminden itibaren ise, çocuk düşürme suçu özel olarak düzenlenmiştir<sup>18</sup>. Bu dönemde çocuk düşürtme ebeveynin rızası ile gerçekleştirilmişse ceza verilmiyordu. Eğer kadın cebri yola başvurarak çocuğu düşürmüşse sürgün; hatta fiil hırs ve tama amacıyla işlenmişse ölüm cezası bile verilebilirdi. Suça iştirak edenler de sürgün ile birlikte müsadere ile cezalandırılırdı; ancak kadın ölürse ölüm cezası uygulanırdı<sup>19</sup>. Daha ilerleyen dönemlerde ise, çocuk düşürme sadece sağlık için gereken zorunlu durumlarda uygulanmıştır<sup>20</sup>.

Görüldüğü üzere, çocuk düşürtme suçu tarihin en eski suçlarından bir tanesidir. Aile planlaması, teknoloji ve imkanları bulunmayan ilkel çağlarda bile konuya ilişkin özel düzenlemeler yapılmıştır.

<sup>16</sup> **Tamer** Diler: Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia de Adulteriis Coercendis, İstanbul 2007, s. 95 "Roma toplumunda çocuk düşürme ve kürtaja olan bakış açısı hakkında elimize çok fazla kaynak ulaşmamakla birlikte, Roma tıp çevrelerinde bu konuya ilişkin farklı görüşlerin bulunduğu tahmin edilmektedir. Kürtaja karşı çıkan görüşün temelinde Hipokrat yemini yatmaktadır. Buna göre, hamile bir kadına hiçbir çocuk düşürücü madde verilemez ve tıbbın görevi tabiatın meydana getirdiklerini bozmak değil, korumaktır. Bunun aksini savunanlar, kürtajı, zinayı saklama ya da güzelliğin bozulmaması gibi nedenlerden değil, sadece tıbbi nedenlerle kabul etmişlerdir. Tehlikeli bir doğum olma olasılığı, uterus'un küçük ve tam gelişmeyi sağlamayacak durumda olması, uterus'un ağzında tokmak gibi şişlik olması durumunda ya da bazı benzer zorluklar ortaya çıktığında, anneyi ölüm tehlikesine karşı koruyabilmek için kabul etmişlerdir."

<sup>17</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tamer**, Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia de Adulteriis Coercendis, s. 95 vd.

<sup>18</sup> **Tamer**, Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia de Adulteriis Coercendis, s. 96.

<sup>19</sup> **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 200-201.

<sup>20</sup> **Tamer**, Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia de Adulteriis Coercendis, s. 96.

## II. TEMEL KAVRAMLAR

### 1. Kürtaj (Rahim Tahliyesi)

Günlük dilde ve tıbbi bir deyim olarak kürtaj, (daha doğru tabiriyle küretaj), genel anlamda rahim içinde istenmeyen gebeliğin tahliyesi anlamına gelir. Tıbbi literatürde gebelik terminasyonu, gebelik sonlandırılması veya dilasyon olarak da adlandırılır<sup>21</sup>.

Kürtaj gebelik sonlandırılması için yapılabileceği gibi düşük yapan kişilerde rahim içinde eğer bebeğe ait parçalar kaldıysa, diğer bir anlatımla gebeliğe bağlı rahim içi materyal tam olarak atılmadıysa bunları temizlemek için de yapılabilir. Buna “retansiyonel kürtaj” denir. Küretaj aslında tüm rahmin temizlenmesidir. Örneğin gebe olmayıp uzun süre adet gören kadınlara da kürtaj yapılabilir. Buna da “probe küretaj” denir<sup>22</sup>. Ancak çocuk düşürtme suçu kapsamında bizi ilgilendiren kürtaj, gebeliği sonlandırmaya yönelik olarak gerçekleştirilen operasyondur.

### 2. Cenin

Ceninin yaşama hakkı, yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere sadece bizim hukukumuz açısından değil, pek çok ülke hukukları bakımından tartışmalı bir konudur. Bu nedenle öncelikle ceninin ne olduğu, cenin sıfatının ne zaman kazanıldığına ilişkin soruları yanıtlamamız gerekir.

“Gebelik, dişi yumurtanın erkek spermi ile birleşmesinden sonra ana rahminde döllemesi sürecini ifade etmekte, doğumla birlikte bu süreç de sona ermektedir”<sup>23</sup>. Bir başka tanımlamayla ise, “gebelik ceninin anne rahminde teşekkülü ile başlar, rahimde ölmesi veya çıkarılması ile sona erer”<sup>24</sup>. Gebeliğin başlaması ile birlikte artık ceninden bahsetmemiz gerekir. Bu kapsamda cenin, anneden bağımsız olarak yaşama imkanına sahip olmayan, anneye bağımlı gelecekte yaşama ümidi bulunan bir varlıktır, yaşam başlangıcıdır<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> <http://www.jinekolognet.com/kurtaj.asp> erişim tarihi 17.10.2008.

<sup>22</sup> <http://www.jinekolognet.com/kurtaj.asp> erişim tarihi 17.10.2008.

<sup>23</sup> **Tezcan/Erdem/Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6.bası, Ankara 2008, s. 271.

<sup>24</sup> **Erman/Özek**, s. 193; **Artuç M.**, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008, s. 538.

<sup>25</sup> **Erman/Özek**, Sahir Erman, Ceza hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s. 187.

Cenin sıfatını kazanma anına nidation denir. Nidation<sup>26</sup>, döllenmiş yumurtanın rahmin iç zarına yerleşmesidir ve döllenmeden itibaren yaklaşık yedi gün sonra gerçekleştiği ifade edilir. Bu nedenle nidationu önlemeye yönelik olan fiiller çocuk düşürtme fiili kapsamında değerlendirilmez<sup>27</sup>. Örneğin, önlem alınmadan gerçekleşen cinsel beraberliklerden sonra kadına “ertesı gün hapı” verilmesi ve içirilmesi, çocuk düşürtme suçunun maddi unsuru olarak kabul edilmeyecektir.

Benzer bir durum, tüpte döllenmiş olan yumurtalar bakımından da geçerli olacaktır. Tüpte döllenmiş yumurta da cenin olarak kabul edilmeyecektir<sup>28</sup>. Bu kapsamda tüpe yönelik gerçekleştirilen fiiller çocuk düşürtme suçu kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Özel hukukçular cenini “kendisine gebe kalınmış çocuk”<sup>29</sup> olarak tanımlarlar. Cenin, hukuk karşısında henüz kişiliğe sahip değildir. Bununla birlikte, her hukuk düzeninde<sup>30</sup> ceninin haklarının korunması amacıyla bir takım önlemler alınarak düzenlemeler yapılmıştır. Türk Medeni Kanunu kişiliğin, tam ve sağ doğum ile kazanılacağını kabul etmekle beraber, hak ehliyetinin başlangıcını saptama bakımından ceninin hak ehliyetini doğumdan daha önceki bir andan itibaren tanımıştır<sup>31</sup>. Medeni Kanun m.28/2’ye göre “çocuk hak ehliyetini sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder”; MK. m.582/1’de de durum miras hukuku düzenlemeleri bakı-

<sup>26</sup> Ayrıca bkz. <http://www.sozlukturkce.com/word/nidation> erişim tarihi: 14.01.2009.

<sup>27</sup> **Keskin Kızıroğlu** Serap, “Gebeliğe son verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Kanununun Bakımından Değerlendirilmesi”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Özel Sayısı:1, İstanbul 2007, s. 213.

<sup>28</sup> **Keskin Kızıroğlu**, “Gebeliğe son verilmesi ...”, s. 213.

<sup>29</sup> **Akipek/Akıntürk**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 6.bası, İstanbul 2007, s. 243; **Öztañ** Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 26.bası, Ankara 2007, s. 224.

<sup>30</sup> Gerek Alman Medeni Kanununda, gerekse Fransız Medeni Kanununda bazı hükümler bulunmaktadır. Bunlar genellikle ceninin mirasçı olma sıfatının tanınması ve lehine yapılmış olan bağışların kazanılmasının sağlanması amacıyla getirilen düzenlemelerdir. Detaylı bilgi için bkz. **Akipek/Akıntürk**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, s. 243.

<sup>31</sup> Hatta ana rahmine düşmeden bile sağ ve tam doğmak koşuluyla çocuk korunmuştur. Örneğin, MK. m.583, Mirasbırakan mirasın açıldığı anda henüz ana rahmine düşmemiş torununu art mirasçı olarak atayabilir. Detaylı bilgi için bkz. **Öztañ**, Medeni Hukukun Temel Kavramları, s. 224.

mından tekrarlanmıştır. Kanun koyucu bu düzenlemeleriyle cenine medeni haklardan yararlanma hakkını diğer bir ifadeyle hak ehliyetini<sup>32</sup> açıkça tanımıştır. Ceninin hak ehliyetine sahip olabilmesi için var olması diğer bir ifade ile “ana rahmine düşmüş olması” gerekir. Ceninin hangi andan itibaren varlık kazandığı, tıp biliminin saptayacağı bir sorundur. Medeni Kanun tıp biliminin verileri doğrultusunda gebeliğin en çok üç yüz gün devam edeceğini kabul eder. Sağ olarak doğan çocuk, doğumdan itibaren geriye doğru hesaplanacak üç yüzüncü günde cenin olarak varlık kazanmış, ana rahmine düşmüş sayılır<sup>33</sup>.

Türk Ceza Kanununa baktığımızda burada da cenininin açıkça tanımlanmadığını görmekteyiz. Bu kapsamda ceninin var olup olmadığı tıp verileri kapsamında belirlenecek bir konudur. Suçun oluşumu bakımından kadının rızası bulunmadan gebeliğin sonlandırılması halleri herhangi bir süre ile sınırlandırılmazken, rıza dahilinde gerçekleştirilen sonlandırma müdahaleleri gebeliğin ilk 10 haftası kadının iradesi esas alınarak suç kapsamından çıkarılmıştır. Buradan hareket ettiğimizde, kanun koyucunun gebeliğin on haftasının dolmasıyla birlikte cenini, canlı bir varlık olarak kabul ettiğini<sup>34</sup> ifade edebiliriz. Bu süreden sonra ceninin hayatının korunması annenin vücudu üzerindeki haklarından daha üstün tutulmuştur.

Düzenleme ana rahmindeki cenini korumakla birlikte metninde “çocuk düşürtme” ifadesini kullanmıştır. Ancak TCK bakımından çocuk, henüz on sekiz yaşını tamamlamamış kişi olarak tanımlanmaktadır. Buradaki “çocuk” tanımı, çocuk düşürtme suçu bakımından suçun konusunu oluşturmaz. Bu nedenle, “çocuk düşürtme” ifadesi, suçun tanımlanması bakımından doğru seçilmiş bir ifade de değildir.

Sonuç olarak, çocuk düşürtme suçunun konusunu teşkil eden cenini, “döllenmeden doğuma kadar geçen sürede ana rahminde bulunan varlık<sup>35</sup>”

<sup>32</sup> Hak ehliyeti, medeni haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarındır. Cenin ana rahmine düştüğü andan itibaren yasal mirasçı olabileceği gibi, lehine yapılmış olan bağışları ve vasiyetleri kazanma hakkına sahip olur. Detaylı açıklama için bkz. **Akıpek/Akıntürk**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, s. 244.

<sup>33</sup> **Akıpek/Akıntürk**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, s. 244; **Öztañ**, Medeni Hukukun Temel Kavramları, s. 224.

<sup>34</sup> Benzer bir bakış açısı için bkz. **Dönmezer**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 200.

<sup>35</sup> **Hakeri Hakan**, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 444.



olarak tanımlayabiliriz. Ceninin varlığı ise, tıp verileri kapsamında belirlenecektir.

İngiliz Hukukunda<sup>36</sup> da benzer bir bakış açısı bulunmaktadır. Çocuk düşürtme fiili insan öldürme suçunun konusunu oluşturmaz. Çünkü İngiliz hukuku da bizde olduğu gibi cenine tam kişilik hakları tanımaz. Cenin annenden sağ ve tam olarak doğup ayrılmadıkça kişilik haklarına sahip olamaz. Cenin kanun tarafından korunur, ancak bu koruma doğmuş bir insana göre daha farklıdır. Gebeliğin sonlandırılması, sadece rızaya dayalı olarak (*law of consent* -rıza hukuku- kapsamında) mümkün olacaktır.

Son olarak, konuya farklı bir bakış ile yaklaşan Roma Katolik Kilisesinin de taraf olduğu muhafazakar görüş hakkında bilgi vermek isteriz. Bu görüşe göre kişilik ve buna bağlı olarak kişilik hakları (yaşam hakkı vs.) ana rahminde erkek spermi ile kadının yumurtasının döllenmesiyle başlar. Ve bu andan itibaren döllenmiş olan yumurta birey olma vasfını kazanır. Bu aşama insan hayatının ilk aşamasıdır, korunmaması halinde insan ırkının geleceği tehlike altına girer<sup>37</sup>.

### 3. Çocuk Düşürtme (Terminoloji)

Ne yazık ki kanun koyucu, konuya ilişkin terim birliği oluşturamamış yaptığı her yazılı düzenlemede aynı konuyu ifade etmek üzere farklı terimler kullanmıştır. Örneğin TCK “çocuk düşürtme” ifadesini kullanırken; Nüfus Planlanması Hakkındaki Kanun “ gebeliğin sonlandırılması ve sterilizasyon” ifadesini kullanmış, konuya ilişkin çıkarılan tüzük ise “rahim tahliyesi ve sterilizasyon” ifadesini kullanmıştır. Aslında konuya en yakışan ve karşılayan kavram kanaatimizce “gebeliğin sonlandırılması”dır. Nitekim gerek TCK’nda, gerekse Nüfus Planlama Kanunu ve Rahimin Tahliyesine İlişkin tüzükte ifade edilmek istenen, gebeliğin sonlandırılmasıdır. Nüfus Planlaması Kanunu ve Rahimin Tahliyesine ilişkin tüzükte annenin yasal olarak gebeliğine son verme imkan ve gerçekleştirilme şartları düzenlenirken, TCK’nda yasal şartların dışında gerçekleştirilen durumlar bakımından düzenleme getirilmektedir. Bu terminoloji kargaşasının düzeltilmesi yerinde olur. Yasa yapma tekniği bakımından da doğrusu budur.

<sup>36</sup> **Montgomery J.**, Health Care Law, s. 379-380; **Grubb A.**, “Abortion Law In England: The Medicalisation of a Crime”, 1990, 18 Law, Medicine and Health Care, 61, s. 146.

<sup>37</sup> **Mason/Laurie**, Law and Medical Ethics, s. 121.

### III. TCK'DA ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU

#### 1. Genel Olarak

YTCK m. 99'da çocuk düşürtme, m.100'de ise çocuk düşürme suçları düzenlenmiştir. YTCK m.99/1'de rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi; m.99/2'de tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde rızaya dayalı olsa bile, gebelik düresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, m.100'de ise kadının çocuğunu düşürmesi ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir. Biz çalışmamız kapsamında m.99 üzerinde duracağız. Annenin çocuğunu düşürmesi hakkında sadece yeri geldikçe genel ve mukayeseli olarak değerlendirme yapacağız.

#### 2. Korunan Hukuksal Yarar

Bu suçla birden fazla hukuksal yarar gözetilmektedir. Bir taraftan gelecekte hayat bulacak olan ceninin yaşam hakkı ve müdahalenin annenin sağlığını tehlikeye düşürmesi nedeniyle annenin sağlık hakkı korunurken<sup>38</sup>, bir başka açıdan genel ahlak ve devletin nüfus politikasının da<sup>39</sup> korunan hukuksal yararlar içinde değerlendirilmesi gerekir<sup>40</sup>. Aslında korunan yararlar bakımından bütün yararların her zaman birlikte olması gerekmez. Bazen annenin yararları ile ceninin yararlarının çatışması söz konusu olabilir. Bu nedenle de TCK m.99/1 ve ikinci fıkralarda ve m.100'de farklı düzenlemeler yapılmış ve farklı cezalar düzenlenmiştir.

Örneğin TCK m.99/1'de korunan hukuksal yarar hem ceninin yaşam hakkı hem de annenin sağlık ve vücut bütünlüğünün korunması hakkı iken; aynı maddenin ikinci fıkrasında korunan hukuksal yarar öncelikle ceninin yaşam hakkıdır. Çünkü, kanunkoyucu rızaya dayalı çocuk düşürtmeyi<sup>41</sup> belirli

<sup>38</sup> **Dönmezer** Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 2001, s. 197; **Tezcan/Erdem/Önok**, *Ceza Özel Hukuku*, s. 269; **Artuç** Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara 2008, s. 539.

<sup>39</sup> Benzer görüş için bkz. **Dönmezer**, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 197; **Yurtcan**, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması*, İstanbul 1985, s. 45.

<sup>40</sup> Artuç'a göre ayrıca kadının anne olma hakkı ve yaşam hakkı da bu suç ile koruma altına alınmıştır. Detaylı bilgi için bkz. **Artuç**, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 537.

<sup>41</sup> Aslında "çocuk düşürtme" ifadesi konuyu tam olarak ifade edebilen bir kavram değildir. Burada ifade edilmek istenen, gebeliğe son verilmesidir. Nitekim yukarıda da açıklandığı üzere çeşitli kanun ve tüzüklerde konu farklı farklı terimler kullanılarak detaylandı-

süreler içinde yapılması koşuluyla suç olmaktan çıkarmıştır. Özel hayata saygı gösteren ve bireylerin tercihlerini öncelikle benimseyen bir anlayışla hareket eden kanunkoyucu kadınları ve kocaları (veya babaları) çocuk sahibi olmaya mecbur tutmamıştır<sup>42</sup>. Elbette ki annenin de sağlık hakkı korunmaktadır, ayrıca devletin nüfus politikası da bazı hukukçuların değerlendirmeleri kapsamında işin içine girmektedir<sup>43</sup>.

### 3. Fail

#### a. Genel olarak

YTCK m.99 ve 100'de suçun faili olarak farklı farklı kişiler tanımlanmıştır. Öyle ki, suçun faili, diğer bir ifade ile suçun maddi unsurunu oluşturan hareketi gerçekleştiren kişi cenini taşıyan anne olabileceği gibi, herhangi bir kişi veya uzman bir hekim de olabilir.

Kadının kendi çocuğunu düşürmesi YTCK m.100'de ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir<sup>44</sup>. Başlangıçta da belirttiğimiz gibi, çalışma kapsamında özellikle hekimlerin sorumluluğu üzerinde durulacağı için bu noktada, annenin suçun faili olması hallerinin detayına fazlaca girmiyoruz. YTCK m. 99 genel olarak dikkate alındığında suçun faili, cenini taşıyan anne dışında herhangi biri olabilir. Ayrıca bu üçüncü kişinin mutlaka gebeliği sonlandırma yetkisine sahip olması gerekmez. Çocuğun gebeliği sonlandırma yetkisi olmayan bir kişi tarafından düşürülmesi, suç bakımından sadece nitelikli bir hal oluşturur (YTCK m.99/5).

---

rılmıştır. Nüfus Planlanması Hakkındaki Kanunda yer alan gebeliğin sona erdirilmesi ifadesinin kullanılması daha yerinde olurdu.

<sup>42</sup> **Dönmezer**, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 199.

<sup>43</sup> Ancak bu konuda farklı görüşler de bulunmaktadır. Dönmezer'e göre, kanunkoyucunun çocuk aldırma'yı geniş ölçüde serbest hale getirmesi çocuk aldırmanın bir nüfus planlanması aracı olarak kabul edildiğini göstermez. "Çocuk aldırma, hiçbir zaman nüfusun fazla artmasını önleyecek bir araç sayılamaz ve sayılmamalıdır. Kanunkoyucu bu düzenlemelerle kadının bu alandaki özgürlüğünü güvence altına almak ve ailelerin, yine bazı koşullarla, zorla çocuk sahibi olmamak hususundaki serbestliğini kurmak istemektedir." Detaylı bilgi için bkz. **Dönmezer**, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 200

<sup>44</sup> **Montgomery**, *Health Care Law*, s. 380 "İngiliz Hukukunda gebe bir kadının gebeliğini sonlandırmak amacıyla kendisine zararlı hareketler yapması veya bu amaçla zararlı araçlar kullanması suç olarak düzenlenmiştir. (1851 tarihli *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* 58.bölüm, *The Offences Against the Person Act 1851 section 58* )".

Ayrıca m.99/2 kapsamında 10 haftadan fazla olan gebeliklerde tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde rıza dahilinde gerçekleştirilen çocuk düşürmelerde, çocuğu düşürten kişi yanında ayrıca rıza gösteren kadın hakkında da bir yıla kadar hapis veya adli para cezası hükmolunur.

#### **b. Gebeliği Sonlandırmaya Yetkili Olan Kişi**

Bu noktada öncelikle kimlerin gebeliği sonlandırma yetkisi olduğunu tartışmamız gerekir. Konu 1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 3.maddesinin 1. fıkrasında açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır<sup>45</sup>. Bu kişiler bakımından tüzükte uygulama yeri bakımından bir sınırlama yapılmamıştır. Tüzüğün 4.maddesinin 1.fıkrasının (a) bendi uyarınca, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları mesleklerini uyguladıkları yerlerde rahim tahliyesi işlemini gerçekleştirebilirler, diğer bir ifade ile gebeliğe son verme yetkisini kullanabilirler<sup>46</sup>.

Gebeliği sonlandırma yetkisi bakımından tüzük, pratisyen hekimlere de sınırlı bir yetki vermiştir. Buna göre pratisyen hakimler, resmi tedavi kurumlarında sadece belirli bir yöntem (menstrüel regülasyon yöntemi<sup>47</sup>) kullanmak suretiyle gebeliği sonlandırabilirler.

<sup>45</sup> İngiliz hukukuna göre sadece bir uzman hekimin görüşü yeterli değildir; ikinci bir görüşe daha ihtiyaç vardır. Bu da müdahaleyi gerçekleştiren hekimi sorumluluktan kurtarmaya ilişkin bir güvencedir. Bunun istisnaları da bulunmaktadır. Örneğin, ikinci bir görüş almak için yeterli vakit olmayan acil hallerde (vakit kaybı annenin hayatına mal olacaksa) tek görüş yeterli olabilir. Ayrıca sadece tıbbi uzmanlık sahibi olan kişiler kürtaj yapabilir. Bu konuda kayıtlı uzman hekim olunması şarttır. Ayrıca bu yetki operasyona başka uzmanlık alanlarından doktorların katılmasına engel teşkil etmez. Diğer bir ifade ile, operasyon gereği farklı alanda uzman bir hekimin de ameliyata katılması gerekiyorsa, bu kişi kayıtlı hekim olmaması nedeniyle sıkıntı yaşamaz. Müdahalesi yasaldir. Detaylı bilgi için bkz. **Montgomery**, Health Care Law, s. 384.

<sup>46</sup> İngiliz Hukukunda kadın için bir güvence teşkil etmesi nedeniyle kürtajın yapılabileceği yerler sınırlandırılmıştır. Buna göre, tam teşkilatlı hastaneler ile diğer onaylı yerler de kürtaj yapılabilir. Genellikle diğer onaylı yerler kavramına bireysel olarak onaylanmış özel klinikler girmektedir. 1990 yılında mevzuata giren bir düzenleme ile Devlet Sekreterliği GP ameliyathanelerini de kürtaj yapabilme konusunda onaylamıştır. Ancak bu gibi yerler hastane hizmeti gerektirmeden ilaç vermek suretiyle gebeliğin sonlandırılması işlemleri yapılabilirler. Detaylı bilgi için bkz. **Montgomery**, Health Care Law, s. 383.

<sup>47</sup> Menstrüel regülasyon yöntemi, vakum aspirasyon yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahalelerdir.

Anestezi gerektiren rahim tahliyeleri ise, anestezi uygulanabilen resmi tedavi kurumları ile özel hastanelerde gerçekleştirilebilir (Tüzük m.4/2). Aynı maddenin son fıkrasında, rahim tahliyesi yapılacak olan muayeneler, resmi tedavi kurumları ve özel hastanelerde aynı tüzükte yer alan ek liste 1'de belirtilen araç ve gereçlerin bulunması zorunluluğu ayrıca ifade edilmiştir.

Dikkat edilirse kanunkoyucu, sadece müdahaleye yetkili kişiyi değil, aynı zamanda müdahalenin yapılabileceği yerleri ve içerisinde bulunması şart olan araç ve gereçleri de düzenleme gereği duymuştur. Gebeliği sonlandırma yetkisine sahip olmak için sadece tüzükte belirtilen vasıflara sahip olmak yeterli değildir; aynı zamanda gebeliği sonlandırma işleminin durumun gereklilikleri dikkate alınarak tüzükte belirtilen donanımlı yerlerde gerçekleştirilmesi gerekir. Çünkü annenin sağlığı kanunkoyucu tarafından bu sıkı düzenlemelerle koruma altına alınmıştır.

Tüzükte ifade edilen vasıfları taşımayan kişiler, her ne kadar hekim olsalar da, gebeliği sonlandırdıkları takdirde artık yetkili kişi olmayacakları için, suçun basit halinden (TCK m.99/2) değil, nitelikli halinden (TCK m.99/5) dolayı sorumlu olacaklardır. Kadının rızasının bulunması sonucu değiştirmez. Bu nedenle, suçun failini tespit ederken tüzükte belirtilen vasıflar ve işlemin gerçekleştirildiği mekanın şartları önemle dikkate alınacaktır.

#### 4. Maddi Unsur

Suçun maddi unsuru, gebeliği sonlandırılmasına yol açan hareketlerdir. TCK kapsamında çocuk düşürmeye yönelik hareketlerin ne olacağı tek tek sayılmamıştır. Bu nedenle serbest hareketli bir suç tipidir. Gebeliğin sonlanmasına neden olan her hareket bu kapsamda değerlendirilecektir. Suçun oluşması bakımından netice dikkate alındığı için, çocuk düşürtme suçu aynı zamanda netice suçudur<sup>48</sup>. Buna karşılık İngiliz Hukukunda (sübjektif teori esas alınmış) üçüncü kişilerin gebeliği sonlandırmaya yönelik hareketleri, kadın gebe olmasa da suçu oluşturur; ancak bu halde failin kadının gebe olduğuna inanarak bu hareketi gerçekleştirmesi ve bunun da muhakemede ayrıca ispatlanması gerekir<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 270; Yurtcan, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, s. 76.

<sup>49</sup> Montgomery, Health Care Law, s. 380.

Suçun konusunu anne rahminde bulunan cenin oluşturmaktadır. Cenin, yukarıda da belirttiğimiz üzere rahmindeki yaşam başlangıcıdır. Doğumla birlikte, artık doğmuş insandan bahsedeceğimiz için doğumdan sonra gerçekleştirilen hareket, artık bu suçun değil, insan öldürme suçunun kapsamı içerisine girer.

YTCK m.99'daki düzenlemede, anne dışında bir başka kişi tarafından gebeliğin sonlandırılması söz konusudur. Gebeliğin doğal veya suni yoldan gerçekleşmesi arasında bir fark bulunmamaktadır.<sup>50</sup> Diğer bir ifade ile kanun koyucu doğal yoldan hamile kalamayan bir bayanın büyük emek ve uğraşlar neticesinde suni yoldan (tıbbi yöntemlerle) hamile kalması ve çocuk düşürtme suçunun mağduru olması halinde ayrı bir düzenleme getirmemiştir. Bu konuya ilişkin nitelikli bir hal de düzenlememiştir. Suçun maddi unsurunun gerçekleşmesi için ceninin, annenin rızası olsun (10 haftayı aşan gebelikler bakımından) olmasın, üçüncü kişi veya kişiler tarafından gebeliği sonlandırmaya yönelik hareketler neticesinde yaşamını kaybetmesi gerekir. Eğer annenin rızası bulunuyor ise, anne de ayrıca cezalandırılır.

Suçun oluşması için hareket gerçekleşmeden önce ceninin anne karnında canlı olması gerekir<sup>51</sup>. Eğer cenin anne karnında hareketten önce canlılığını yitirmişse, bu suç oluşmaz. Veya kadın hamile değilse yine bu suç oluşmaz. İngiliz Hukukundan farklı olarak burada subjektif değil objektif teori esas alınmış ve failin kastına göre değil, suçun konusuna göre değerlendirme yapılmıştır. Bu gibi hallerde ortada suçun konusu ve korunan hukuki yarar bulunmadığından "işlenemez suç"<sup>52</sup> söz konusu olacak ve fail çocuk düşürtme suçu yerine kasten yaralama suçu nedeniyle yargılanacaktır<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Artuç, Kişilere Karşı Suçlar, s. 538.

<sup>51</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 271, Keskin Kızıroğlu, "Gebeliğe ..." s. 213; Yurtcan Erdener, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, İstanbul 1985, s. 76.

<sup>52</sup> Benzer görüş için bkz. Artuç, Kişilere Karşı Suçlar, s. 538; Şen E., Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 1, İstanbul 2006, s. 362.

<sup>53</sup> İngiliz Hukukunda ise yukarıda da ifade ettiğimiz gibi suçun oluşması için kadının gebe olması gerekli değildir. Ancak bu hallerde failin çocuk düşürtme suçundan sorumlu tutulabilmesi için kadının gebe olduğuna inanarak bu hareketleri gerçekleştirdiğinin ispat edilmesi gerekir. Buna karşılık, kadının gebe olduğunu bilmeden kendine karşı gerçekleştirdiği gebeliği sonlandırmaya yönelik hareketler bakımından kadın çocuk düşürtme suçunun faili olamaz. Kadının fail olarak sorumlu olabilmesi için, gebelik ön şart olarak aranmıştır.(1861 tarihli Kişilere Karşı Suçlar Kanunu bölüm 58) Detaylı bilgi için bkz. Grubb, Abortion Law In England..., s. 149; Montgomery, Health Care Law, s. 380.

Hareketin ana rahmine doğrudan müdahale edilerek gerçekleşmesine gerek yoktur. Başka yöntemler kullanılarak, ceninin ölümüne yol açan dolaylı hareketler de suçun maddi unsurunu oluşturacaktır<sup>54</sup>. Örneğin kimyasal bir ilacın anneye verilmesi (düşük ilacı RU-486, söktürücü iğne<sup>55</sup>) veya biyolojik etki gösteren bir aracın kullanılması gibi.

Müdahalenin, ceninin rahim içinde ölümüne yol açması gerekir<sup>56</sup>. Çocuğun düşmüş olmasından anlaşılması gereken budur<sup>57</sup>. Gerçekleştirilen müdahale sonucunda ceninin erken doğması, erken doğuma bağlı olarak canlı doğmasına rağmen yaşamını yitirmesi durumunda da, suç oluşur<sup>58</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken, ölümün annenin gebeliğini sona erdirmeye yönelik hareketin neticesinde meydana gelmesidir.

TCK, suçun oluşması bakımından gebeliğin kaçınıcı haftasında bulunulduğu ile kural olarak ilgilenmez ancak bununla birlikte 10 haftadan az olan gebeliklerde annenin rızası ile gebeliği son verme imkanı tanınmıştır<sup>59</sup>. Rızayı açıklamaya yetkili olan kadın bakımından, Medeni Hukuk bakımından eylem yeteneğine sahip olup olmaması değil, gebeliğe son vermenin anlam ve neticesini algılama yeteneği olup olmadığı önem taşır. Bu nedenle, her somut olay bakımından, algılama yeteneği ayrıca araştırılmalıdır. Ayrıca rızanın geçerli olabilmesi için Hasta Hakları Yönetmeliğinin 22.maddesinin 1.fıkrası kapsamında, annenin müdahalenin sonuçları bakımından aydınlatılmış olması gerekir. Müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekimin müdahalenin sonuçlarını bakımından anneyi aydınlatması yeterli değildir, aynı zamanda gebeliğin süresini de araştırması gerekir.

<sup>54</sup> **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel Hukuku, s. 271.

<sup>55</sup> Detaylı bilgi için bkz. <http://www.egejinekoloji.com/konudetay.php?islem=12>, erişim tarihi: 14.01.2009 “Ülkemizde gerçekleştirilen yasal kürtajlarda düşük ilacı (RU-486) ve söktürücü iğne teknikleri uygulanmamaktadır. Pek çok çağdaş ülkede olduğu gibi vakum tekniği uygulanmaktadır.

<sup>56</sup> **Keskin Kirizoğlu**, “Gebeliğe son verilmesi...”, s. 213

<sup>57</sup> **Önder Ayhan**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 184

<sup>58</sup> **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel Hukuku, s. 271.

<sup>59</sup> Yargıtay 4.CD. E.1986/5638, K.1986/6113, 16.09.1986 tarihli kararında; gebelik süresinin 10 haftadan az olduğuna ilişkin savunmanın aksi kanıtlanmadığı için sanığın beraatine karar verilmesi gerekir diyerek ilk derece mahkemenin mahkumiyet kararını bozmuştur.

Bu noktada hemen belirtmeliyiz ki TCK, suçun oluşmaması için kadının rızasını aramıştır. Evliliklerde eşin veya evlilik dışında gerçekleşen gebeliklerde çocuğun babasının rızası aranmamıştır<sup>60</sup>. Bu nedenle, suçun oluşmaması bakımından, erkeğin rızası olmasa da kadının rızasının bulunması yeterli olacaktır. Ancak benzer konuda düzenleme yapan 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanunda (NPHK), gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin rıza bakımından eğer kadın evli ise diğer eşin de rızasının gerektiği ifade edilmiştir. Bu farklı düzenleme, uygulayıcıların aklını karıştırmamalıdır. Çünkü TCK'da düzenlenen çocuk düşürtme suçu bakımından suçun oluşmaması için aranan rıza, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere sadece kadın (anne) bakımındandır. Nüfus Planlama Kanununun kapsamında evli eşin yani babanın rızasının bulunmaması halinde ise NPHK'nun 8/2.maddesine göre hekim yalnızca para cezası ile cezalandırılır.

Gebelik süresinin 10 haftayı geçmiş olması hallerinde, kadının rızası fiili suç olmaktan çıkarmaz. Böyle durumlarda gebe olan kadına daha az, onun rızası ile çocuğu düşürtene daha fazla ceza verilir (TCK m.99/2).

Gebelik süresi 10 haftadan fazla olmakla birlikte, gebeliğin sonlandırılması annenin sağlığı veya ceninin sağlığı bakımından tıbbi bir zorunluluk teşkil ediyorsa, suç oluşmayacaktır. Zira, YTCCK m.99/2'de "tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürtten kişi" 'den bahsedilmektedir. Tıbbi bir zorunluluk nedeniyle gebeliğin sonlandırılması söz konusu ise hekimin tıbbi zorunluluğun varlığını titiz bir şekilde araştırması ve bu konuda anneyi aydınlatması gerekir.

<sup>60</sup> Benzer bir düzenleme İngiliz Hukukunda da bulunmaktadır. 1967 tarihli Kürtaj Kanunu babaya kürtajı engelleme yetkisi vermemiştir. Bu noktada kadının iradesi esas alınmıştır. Yine 1991 Kürtaj Düzenlemelerinde de ne babanın ne de kocanın kadının iradesinden farklı olarak kürtajı engelleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu kapsamda annenin rızasının varlığı kürtaj için yeterlidir. Ancak bu durum sadece yasal kürtaj olayları için geçerlidir. Eğer gerçekleştirilecek olan kürtaj yasal değilse, bu takdirde babanın mahkemeye başvurma ve soruşturma ve kovuşturma yapılmasını talep etmek yetkisi bulunmaktadır. Ancak mahkemeler soruşturmanın savcılık makamı tarafından takip edilmesi gerektiğini, bireysel olarak takip edilemeyeceğini ifade etmektedirler. Bu da annenin ve kürtajı gerçekleştiren doktorun kötü niyetle kovuşturulmasını engelleyen bir önlemdir. Bu noktada sıkıntısı olan baba Savcılığa suç duyurusunda bulunacak, savcılık makamı gerekli soruşturma ve kovuşturmayı yürütecektir. Detaylı bilgi için bkz. **Montgomery**, Health Care Law, s. 392.



10 haftalık gebelik süresinin geçmesi halinde gebeliğin sonlandırılmasına imkan tanıyan bir diğer istisnai durum TCK m.99/6'da düzenlenmiştir. Buna göre, kadının mağduru olduğu bir suç neticesinde gebe kalmış olması gerekir. Böyle bir durumun varlığı halinde kadının rızası ve gebelik süresinin yirmi haftadan fazla olmaması kaydıyla, gebelik uzman hekim tarafından hastane ortamında sona erdirilebilir.

TCK m.99/1 kapsamında ise, suçun oluşması bakımından süre sınırlandırması yapılmamıştır. Bu kapsamda annenin iradesi esas alınmış, annenin rızası dışında gebeliği sonlandırmaya yönelik hareketler, gebelik kaçınıcı haftada olursa olsun suç olarak düzenlenmiştir.

### 5. Manevi Unsur

Suçun manevi unsurunu, genel kast<sup>61</sup> oluşturur. Suç olası kastla da işlenebilir. Olası kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinin fail tarafından öngörülmesine rağmen, fiilin işlenmesidir (TCK m.21/2). Diğer bir ifade ile, fail unsurların meydana gelmesini somut olay bakımından kabullenmektedir. Ancak olası kast ile suçun işlenmesi hallerinde ceza indirilir<sup>62</sup>.

Taksirli bir hareket neticesinde bir suçun oluşabilmesi için kanunda mutlaka suçun taksirli şeklinin açık olarak düzenlenmiş bulunması gerekir. Suçun taksirli hali kanunda öngörülmemiştir. Bu nedenle taksirle çocuğun düşürülmesi söz konusu olduğunda fail çocuk düşürtme suçundan dolayı sorumlu tutulamaz<sup>63</sup>. Ancak kadına yönelik olarak taksirle yaralama suçu bakımından sorumlu tutulabilir (TCK m.89). Bir örnekle<sup>64</sup> somutlaştırmak gerekirse, hekimin yanlışlıkla verdiği ilaç, kadının çocuğunu düşürmesine neden olursa bu takdirde kast çocuk düşürtmeye yönelik olmadığı için çocuk düşürtme suçu oluşmaz. Hekimin sorumluluğu taksirle yaralama kapsamında değerlendirilir. Bu kapsamda biz de kanunda bu noktada bir boşluk olduğunu düşünenlerdeniz<sup>65</sup>. Suçun taksirle işlenebilen halinin kanuna eklenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

<sup>61</sup> Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK m.21/1).

<sup>62</sup> **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel Hukuku, s. 273.

<sup>63</sup> **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 451; **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel Hukuku s. 273-274.

<sup>64</sup> **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 451.

<sup>65</sup> Benzer görüş için bkz. **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 451.

## 6. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık unsuru bakımından üzerinde duracağımız hukuka uygunluk nedenlerini iki başlık atında inceleyebiliriz. Bunlardan ilki, süre koşullu kadının rızası, ikincisi ise tıbbi zorunluluk halleridir.

İngiliz Hukukunda, hukuka uygunluk nedenleri, gebeliğin aşamaları dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bunlar, ön döllenme safhası, döllenme ile yirmi dört hafta arası olan dönem ve yirmi dört hafta sonrası dönem olarak belirlenmiştir. Her dönem bakımından ayrı sınırlamalar ve hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiştir. Ayrıca anne rahminde birden fazla ceninin bulunması hallerinde, ceninlerin sayısının azaltılmasına ilişkin de düzenlemeler yapılmıştır<sup>66</sup>. Bu kapsamdaki düzenlemeleri, Türk Hukuku ile kıyaslayarak yeri geldikçe konu içerisinde belirtmeye gayret edeceğiz.

### a. Süre Koşullu Rıza

İlk olarak, kanun koyucu, 10 haftaya kadar olan gebelikler<sup>67</sup> bakımından kadının rızasının bulunmasını suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemiştir<sup>68</sup>. Bu 10 haftalık süre bakımından kanunkoyucu, öncelikle kadının kendi vücut bütünlüğü üzerinde hak sahipliğini ve iradesini kabul etmiş; 10 haftadan sonra ise ceninin yaşama hakkına üstünlük tanımıştır. Ayrıca TCK, 2827 Sayılı Nüfus Planlanması Hakkındaki Kanunda yer alan düzenlemeden farklı olarak, evlilik halinde eşin rızasının varlığını da

<sup>66</sup> **Montgomery J**, Health Care Law, s. 381.

<sup>67</sup> www.kazanci.com, erişim tarihi:25.11.2008, Yargıtay 4.Ceza Dairesi 16.09.1986 tarih ve E.1986/5638, K.1986/6113 sayılı kararında bu durumun altını çizmiştir. Buna göre “Çocuk düşürmekten sanık Zafer’in yapılan duruşması sonunda, TCK.nun 468/2, 472/2, 59. maddeleri gereğince 2 yıl 2 ay 20 gün hapis cezası ile mahkumiyetine dair İzmir 7. Asliye Ceza Mahkemesi’nden verilen 16.12.1985 günlü hükmün Yargıtay’ca incelenmesi sanık vekili tarafından süresinde istida edilerek; dava evrakı bozma isteyen 30.6.1986 günlü tebliğname ile daireye gönderilmekle okundu, gereği konuşulup düşünüldü: 1 - Güldiye adındaki kadının rızası ile çocuğunu düşürdüğü iddia edilen sanığın, gebelik süresinin 10 haftadan az olduğuna dair savunmasının aksini sabit kılan kanaat verici delil bulunmadığı düşünülmeden beraat kararı yerine yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması, 2 - Kabule göre; TCK.nun 472. maddesinin 2. fıkrasının 2827 sayılı Kanunla kaldırıldığı gözetilmeden bu fıkra uyarınca artırma yapılması, **bozmayı gerektirmiş** sanık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı istem gibi **BOZULMASINA**, 16.9.1986 gününde oybirliğiyle karar verildi.”.

aramamıştır. Kanunkoyucunun iradesi bu noktada kadının vücudu üzerinde hak sahipliğini üstün kılmıştır.

10 Haftayı geçen gebeliklerde ise artık kadının üzerinde mutlak tasarrufta bulunabileceği bir hakkı söz konusu olamayacağı için genel bir hukuka uygunluk nedeni olan ilgilinin rızası<sup>69</sup> hukuka uygunluk nedeni uygulanamayacaktır.

Rızanın, geçerli rıza olması gerekir. Bu anlamda geçerli rızadan bahsedebilmemiz için, rızayı vermeye yetkili olan kadının Medeni Hukuk kapsamında eylem ehliyetine sahip olması değil, müdahalenin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olması gerekir<sup>70</sup>. Yargıtay, “Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu Raporuna göre suç tarihinde 17 yaşında bulunup, hekim olmayanlarca da anlaşılabilir derecede akıl hastası olduğu tespit edilen mağdurenin rızasının hukuken geçerli olamayacağına”<sup>71</sup> karar vermiştir. Her somut olay bakımından geçerli rızanın varlığı ayrıca değerlendirilmelidir.

Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliğinin 22.maddesinin 1.fıkrası bakımından müdahalenin sonuçları bakımından kadının aydınlatılmış olması gerekir. Aydınlatma, müdahaleye rıza gösterecek olan kişinin müdahalenin şekli ve sonuçları konusunda yeterli bilgilendirilmesidir<sup>72</sup>. Daha geniş bir açıklama ile gerçekleştirilecek müdahalenin amacı, kapsamı, çeşidi, neticeleri, ortaya çıkması muhtemel tehlikeli sonuçları, müdahalede bulunulmadığı takdirde olası sonuçlar hakkında bilgi verilmesidir<sup>73</sup>. Aydınlatma yükümlülüğü müdahalenin yürütülmesinden sorumlu olan hekim tarafından gerçekleştirilmelidir. İstisnai olarak, hastanedeki işbölümü gereği bu yükümlülük müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin bir başka meslektaşı tarafından da yerine getirilebilir. Bir başka istisna da hekimin sözleşmesinden kaynaklanabilir. Sözleşmede hastanın aydınlatılma yükümlülüğünün başka bir hekim tarafından gerçekleştiril-

<sup>69</sup> **Demirbaş** Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 293 vd.; **Centel/Zafer/Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3.bası, İstanbul 2005, s. 325 vd.; **Koca** Mahmut/**Üzülmez** İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 248; **Hakeri** Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.bası, Ankara 2008, s. 263, 265.

<sup>70</sup> **Yenerer Çakmut** Özlem, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, Temmuz 2007, s. 22.

<sup>71</sup> **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 263, Yar. 5.CD, 23.03.2006, 2325.

<sup>72</sup> **Erman** Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 99.

<sup>73</sup> **Yenerer Çakmut**, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, s. 10.

leceğine ilişkin hüküm bulunabilir. Birden fazla hekimin birlikte çalıştığı durumlarda asıl hekim, hiyerarşik açıdan daha aşağıda bulunan bir hekime, bu sorumluluğu bırakabilir. Ancak bu hallerde, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecek olan hekimin, aydınlatmayı gereği gibi gerçekleştirme kapasitesinin bulunması gerekir. Aydınlatma yükümlülüğü geçerli rızanın oluşabilmesi için şart olduğu için, rızanın alınmasından önce doğal olarak da müdahalenin yapılmasından önce yerine getirilmelidir<sup>74</sup>.

Eğer kadın küçük ise veya mümeyyiz değil ise, Nüfus Planlanması Hakkındaki Kanunun (NPHK) 6.maddesi uyarınca, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin izni; vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izni gerekir. Akıl hastalığı nedeniyle algılama yeteneği bulunmayan kişilerde gebe kadının kendi rızası aranmaz.

Ayrıca, veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı ve hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir (NPHK m.6/son).

Rıza, müdahalenin başlangıcında bulunmalı ve bitişine kadar devam etmelidir. Sonradan verilen rıza, rıza dışı başlamış olan müdahaleyi hukuk uygun hale getirmez. Müdahale başladıktan sonra geri çekilen rıza, bu andan sonra yapılan hareketleri hukuka aykırı hale getirir. Ancak Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/son, rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınmasını, ancak tıbbi açıdan müdahalenin durdurulması imkanı bulunan haller için geçerli kabul etmiştir. Diğer bir ifade ile rıza dahilinde başlatılmış bir müdahale, rızanın geri alındığı anda tıbbi açıdan durdurulması sakıncalı<sup>75</sup> değilse durdurulabilir, eğer durma hastanın sağlığı bakımından tehlike oluşturuyorsa durmamak hukuka uygunluğu ortadan kaldırmaz. Bu düzenleme rıza kurumunun genel ilkeleri ile bağdaşmamakla birlikte, acil müdahaleler kapsamında kişinin vücut bütünlüğü ve yaşama hakkının korunması yüksek menfaatleri dikkate alınarak haklı bir gerekçe olarak kabul edilebilir<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Erman**, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s. 103.

<sup>75</sup> Tıbbi açıdan sakınca, hastanın yaşamına ve sağlığına yönelik geri dönüşü olmayan yakın ve açık bir tehlike olarak değerlendirilmelidir. **Erman**, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s. 123.

<sup>76</sup> Benzer ve detaylı görüş için bkz. **Erman**, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s. 123.

Rızanın açıklanması, açık olabileceği gibi örtülü de olabilir<sup>77</sup>. Somut olayda mağdurun rızasının bulunduğu ilişkin hareketler sergilemesi halinde rıza var kabul edilecektir<sup>78</sup>. Örneğin, kadının kürtajın içeriği ve sonuçları bakımından aydınlatıldıktan sonra kürtaj için randevu talep etmesi halinde, rızanın verildiği kabul edilecektir.

Çocuk düşürtme suçunun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran rıza mutlak anlamda değerlendirilmemelidir. Rızanın varlığı, hekimin tıbbi müdahale sırasında gerçekleştirdiği muhtemel kusurlu davranışlar sonucu oluşan zararlar bakımından diğer eylemlerini kapsamaz. Diğer bir ifade ile, gebeliği sonlandırmak amacıyla kadın tarafından verilen rıza, hekimin özenli bir tıbbi müdahalede bulunma sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Hekimin tıbbi müdahale sırasında muhtemel kusurlu davranışları, annenin vücut bütünlüğüne veya yaşamına yönelik zarar oluşturursa; örneğin anne ölür veya rahmi ciddi bir zarar görüp işlevsiz hale gelirse; verilmiş olan rıza hekimi sorumluluktan kurtarmaz. Bu takdirde hekim, taksirli veya kasti davranışlarının sonucu oluşan diğer suçlar bakımından sorumlu olur.

#### **b. Tıbbi Zorunluluk Halleri**

Hangi durumların tıbbi zorunluluk sayılacağı, Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanunun 5.maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilmiştir. İkinci fıkra göre; “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.” Üçüncü fıkra göre ise, “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.”

Görüldüğü üzere tıbbi zorunluluk halleri 2 ayrı kapsamda düzenlenmiştir. Konunun daha rahat anlaşılması için biz de iki başlık altında incelemeyi uygun görüyoruz. Bunlar çocuk ile onu takip edecek nesiller bakımından

<sup>77</sup> Detaylı açıklama için bkz. **Yenerer Çakmut**, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, s. 24 vd.

<sup>78</sup> **Erman**, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahale, s. 124; **İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver**, Suç Teorisi, İstanbul 2000, s. 184; **Öztürk/Erdem**, Ceza Hukuku, Ankara 2005, s. 89.

ağır maluliyete neden olma ve annenin hayatı veya hayati organlarından birisini tehdit eden acil hallerdir.

#### *c. Çocuk ile Onu Takip Eden Nesiller Bakımından Ağır Maluliyet*

Bu noktada öncelikle ağır maluliyet kavramı üzerinde bilgi vermek yerinde olacaktır. “Maluliyet” Türkçe sözlükte<sup>79</sup> sakatlık olarak tanımlanmaktadır. Öğretide<sup>80</sup> “ağır maluliyet” tedavisi ve telafisi mümkün olmayan bir özür olarak kabul edilmektedir. Ayrıca konuya ilişkin tüzüğün (Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük) ek 2 sayılı listesinde de kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli hastalıklar ve durumlar belirtilmiştir. Elbetteki bu sebepler sınırlayıcı olarak sayılmamıştır. Nitekim TCK m.99’un gerekçesi de, somut olayda tıbbi zorunluluğun bulunup bulunmadığının, tıp biliminin verilerine göre belirleneceğini ifade etmiştir. Bu değerlendirme uzman hekim tarafından yapılacak, doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye işlemi gerçekleştirilecektir.

Öğretide ileri sürülen diğer bir önemli görüş ise, özürlü bir çocuk dünyaya getirme düşüncesinin annenin psikolojisi üzerinde yapacağı olumsuz etki ve bu etkinin annenin sağlığı üzerinde yarattığı tehlikedir. Böyle durumlarda da çocuğun alınabileceği ileri sürülmektedir<sup>81</sup>.

#### *d. Hayati Tehlike Yaratan Acil Haller*

Bir diğer hukuka uygunluk hali hayati tehlike yaratan acil hallerdir. Annenin hayatının veya hayati organlarından birinin tehlike altında olması durumunda herhangi bir süre kısıtlaması yapılmadan gebeliğin sonlandırılması mümkün kılınmıştır. Bu gibi hallerde kanunkoyucu, annenin hayatını öncelikle koruma altına almıştır. 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Kanununun 5.maddesinin 3.fıkrasına göre derhal müdahale edilmediği takdirde, annenin

<sup>79</sup> Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 6.bası, Ankara 1981, s. 551.

<sup>80</sup> **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 454; **Erman/Özek**, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s. 199.

<sup>81</sup> **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 456.

hayatı veya hayati organlarından birisi acil bir tehdit altına girecekse<sup>82</sup>,

<sup>82</sup> Tüzüğün ekli (2) sayılı listesine göre, on haftanın üzerindeki gebeliklerde rahim tahliyesini gerektiren kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli olan hastalıklar ve durumlar şunlardır:

A- Doğum ve Kadın Hastalıklarına bağlı Nedenler

1- Daha önceki major uterin harabiyet ve hasarları

- a- Sezeryan Ameliyatı
- b- Miyomektomi
- c- Uterus rüptürü
- d- Geniş perforasyon
- e- Geçirilmiş vajinal plastik operasyonlar

1- Rekürren preeklampsi-eklampsi

2- İzimmünizasyon

3- Mole hidatidiform

B- Ortopedik Nedenler

1- Osteogenezis imperfekta

2- Ağır kifoskolyoz

3- Doğumu güçleştiren osteomyelit

4- Faaliyet halinde bütün mafsalları ilgilendiren osteoartiküller hastalıklar

C- Kan Hastalıklarına Bağlı Nedenler

1- Lösemi

2- Kronik anemiye neden olan hastalıklar

3- Lenfomalar

4- Pıhtılaşma defektleri

5- Hemolitik Sarlıklar

6- Agranülositozis

7- Tromboembolik hastalıklar

8- Hemoglobinopatiler ve thalasemi sendromları (ağır klinik ve hematolojik bozukluğa neden olan)

9- Gamaglobulinopatiler

D- Kalp ve Dolaşım Sistemi Hastalıkları

1- Doğumu engelleyen konjenital ve akkiz kalb hastalıkları

2- Kalp yetmezliği, perikardit, miyokardit, miyokard enfarktüsü aşkar koroner yetmezliği, arteriyel sistem anevrizmaları

3- Ağır tromboflebitler ve lenfatik sistem rahatsızlıkları

4- Ağır bronşektaziler

5- Solunum fonksiyonunu bozan kronik akciğer hastalıkları

E- Böbrek Hastalıkları

- 
- 1- Akut ve kronik böbrek hastalıkları
  - F- Göz Hastalıkları
    - 1- Dekolman
    - 2- Renal hipertansif ve diyabetik retinopatiler
  - G- Endokrin ve Metabolik hastalıklar
    - 1- Feokromositoma
    - 2- Adrenal hiperfonksiyon ya da yetmezliği
    - 3- Kontrol altına alınamayan hipotiroidi veya hipertirodi
    - 4- Pratiroid hiperfonksiyon ya da yetmezliği
    - 5- Ağır hipofiz hastalıkları
  - H- Sindirim Sistemine Bağlı Nedenler
    - 1- Gebeliğin devamını engelleyen sindirim organları hastalıkları
  - İ- İmmünolojik Nedenler
    - 1- İmmün yetmezliği hastalıkları
  - Kollajen doku hastalıkları
  - J- Bütün Malign Neoplastik Hastalıkları
  - K- Nörolojik Nedenler
    - 1- Grand mal epilepsi
    - 2- Multiple skleroz
    - 3- Muskuler distrofi
    - 4- Hemipleji ve parapleji
    - 5- Gebeliğin devamını engelleyen ağır nörolojik hastalıklar
  - L- Ruh Hastalıklarına Bağlı Nedenler
    - 1- Oligofreni
    - 2- Kronik şizofreni
    - 3- Psikoz manyak depresif (PMD)
    - 4- Paronoya
    - 5- Uyuşturucu bağımlılıkları ve kronik alkolizm
  - M- Enfeksiyon Hastalıkları
    - 1- Teratojen intra üterin enfeksiyonlar
      - a- Kızamıkçık
      - b- Toksoplazmozis
      - c- Sitomegalovirus
      - d- Herpes virus grubu hastalıklar
    - 2- Cüzam
    - 3- Sıtma
    - 4- Frengi



durumu tespit eden yetkili hekim, gerekli müdahaleyi yaparak rahmi tahliye edebilir (gebeliği sonlandırabilir). Görüldüğü üzere, Nüfus Planlama Kanununda tehlike halleri sadece fiziksel duruma ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda olmadığı için annenin ruh sağlığı bakımından psikolojik yıkıntı yaratacak durumlar dikkate alınmamıştır. Ancak tüzükte ruh hastalıklarına bağlı nedenler sayılmıştır. Bu durum öğretide pek çok yazar tarafından<sup>83</sup> eleştirilmektedir. Bazı yazarlara<sup>84</sup> göre bu sorun, TCK'ndaki genel hukuka uygunluk nedenlerinden<sup>85</sup> zorunluluk hali hükümleri kapsamında giderilebilecektir. Bu noktada tüzükte yer alan düzenlemelerden faydalanmak kanaatimizce yol gösterici olacaktır.

5- Brusella ve diğer ağır kronik enfeksiyonlar

N- Konjenital Nedenler

1- Marphan sendromu

2- Mesane ekstrofisi

3- Down sendromu

4- Sakat çocuk doğurma ihtimali yüksek diğer herediter hastalıklar

5- Gonadlara zararlı röntgen ışını ve ilaç

6- Teratogenik ilaçlar

7- Nörofibromatozis

hastalıklarıdır.

Aynı tüzüğün 7.ve 8. maddesine göre de derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde rahim tahliye edilir.

Rahim tahliyesini gerektiren acil haller şunlardır:

- a- Servikal internal os kapalı olsa bile kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar,
- b- B- Servikal internal osun açık olduğu haller,
- c- C- Uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi

Bu durumlardan birisi gerçekleştiğinde, gebelik süresi 10 haftadan fazla olsa bile, müdahale ve gebeliğin sonlandırması çocuk düşürme suçunu oluşturmayacaktır.

<sup>83</sup> **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 458, **Erman/Özek**, s. 199.

<sup>84</sup> **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 458.

<sup>85</sup> Farklı görüşte olan yazarlar da bulunmaktadır. Yeni TCK bakımından zorunluluk halini bir hukuka uygunluk nedeni yerine kusurluluğu ortadan kaldıran sebep olarak kabul edenler de bulunmaktadır. Ancak bu durum maddi ceza hukuku tartışmaları kapsamında değerlendirilmesi gereken bir konudur. Detaylı bilgi için bkz. **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 458 dipnot.2.

Nüfus Planlama Kanunu ayrıca, hekime, bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde, müdahale yapılan kadının kimliğini, yapılan müdahaleyi ve müdahaleyi gerektiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirme zorunluluğu getirmiştir. Bildirim zorunluluğunun düzenlenmiş olması kanaatimizce ileride oluşabilecek ispata ilişkin sorunları ve olumsuz iddiaları ortadan kaldırmaya yöneliktir. Ancak böyle bir bildirim yapılmamış olması sadece idari açıdan hekimin sorumluluğunu doğurur. Çünkü ceza kanunu açısından böyle bir gereklilik aranmamıştır. Ceza Kanunumuz bu noktada tıbbi bir zorunluluğun bulunup bulunmadığı hususu ile ilgilenir. Hatta gerekçesinde de tıbbi bir zorunluluğun tepsinin tıp verilerine göre yapılacağını açıkça ifade etmiştir.

Tartışmalı başka bir konu da, tıbbi zorunluluk hali kapsamında gerçekleştirilecek olan gebeliği sonlandırma operasyonlarında, annenin rızasının aranıp aranmayacağıdır. Öğretideki bazı yazarlara göre<sup>86</sup>, YTCK m.99/2'de "rıza dayalı olsa bile" ifadesi ve Nüfus Planlama kanununun 6. maddesinin son fıkrası dikkate alınarak, kadının rızasının varlığı gerekli değildir. Ancak diğer bazı yazarlar<sup>87</sup>, rıza olmadan yapılacak müdahaleler için rıza alma olanağının bulunmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Eğer rıza alma olanağı bulunuyor ve buna rağmen rıza alınmadan müdahale gerçekleşiyorsa; müdahaleyi gerçekleştiren sorumluluktan kurtulamayacaktır. Yapılan tıbbi müdahale suç oluşturacaktır ancak sorumluluk TCK m.99/2'den değil, m.99/1'den<sup>88</sup> doğacaktır. Oysa, Türk Ceza Kanununun 99.maddesinin 2.fıkrasının gerekçesine baktığımızda, 10 haftayı aşan gebeliklerde tıbbi zorunluluk bulunması halinde gebeliğin sonlandırılmasının cezai sorumluluğu gerektirmeyeceği ifade edilmiş, bu noktada annenin rızasının gerekliliğine ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Kanaatimizce de, TCK'nın lafzi değerlendirmesinden hareket edildiğinde, ilk görüş daha yerindedir. Ancak konunun Yargıtay'ın vereceği kararlar çerçevesinde açıklık kazanacağını düşünüyoruz.

<sup>86</sup> **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel Hukuku, s. 275.

<sup>87</sup> **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 458, **Kanbur** Nihat, "Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu Ankara 2008, s. 1248.

<sup>88</sup> TCK m.99/1: Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

### ***e. Hakkın Kullanılması Hukuka Uygunluk Nedeni***

Son olarak bu konuda hekim bakımından hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır. Hekimin tedavi veya estetik amaçlarla gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni içerisine girer. Zira tedavi amaçlı tıbbi müdahaleler hekimler için hem mesleki bir hak hem de hukuki görev teşkil eder. Estetik amaçlı müdahalelerde hekim, mesleki bir yükümlülüğü değil, kendine tanınan yetkiyi kullanmaktadır. Bu nedenle bu tür operasyonlar bakımından rıza çok önemlidir<sup>89</sup>. Benzer şekilde, tıbbi bir zorunluluk olmadan çocuk aldırma (kürtaj) operasyonları da tedavi amaçlı değil, ilgilinin rızasına bağlı operasyonlardır. Bu nedenle ilgilinin rızası çerçevesinde hareket edilmelidir. Rızanın aşılması suretiyle gerçekleştirilen müdahaleler hukuka uygun değildir.

Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması, gerçekleştirilen müdahalenin tıp meslek ve sanat verilerine uygun hareket edilmesine bağlıdır. Eğer hekim, tıp ilminin gereklerine aykırı davranırsa veya müdahale için yeterli bilgiye sahip değilse, hakkın kullanılmasının sınırları aşılmış olur<sup>90</sup>. Nitekim, çocuk düşürtme suçu bakımından da yetkili kişiden<sup>91</sup> bahsedilmiştir. Yetkili kişi olmayanların gerçekleştirdiği müdahaleler suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

## **7. Suçun Özel Görünüş Halleri**

Suçun özel görünüş halleri kapsamında öncelikle teşebbüs daha sonra içtima, iştirak ve nitelikli halleri üzerinde durulacaktır.

### ***a. Teşebbüs***

Teşebbüs, failin icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen, elinde olmayan nedenlerle tipik neticeyi gerçekleştirememesidir (TCK m.35/1)<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2.bası, Ankara 2006, s. 524-525; Yokuş Sevük Handan, "Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler", Sağlık Hukuku ve Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Özel Sayısı 1, Ocak 2007, s. 223; Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 157, Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 344.

<sup>90</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s. 526.

<sup>91</sup> Yetkili kişi bakımından tekrara girmemek için, "fail" başlığı altında yukarıda yapılan açıklamalara atıf yapıyoruz.

<sup>92</sup> Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, Ankara 2005, s. 57.

Çocuk düşürtme suçu teşebbüse elverişli bir suç tipidir. Failin gebeliği sonlandırmaya yönelik hareketlerinin başlaması ile birlikte teşebbüs aşamasına girilmiş olunur<sup>93</sup>. Hazırlık hareketleri, teşebbüs nedeniyle cezalandırılmaz. Örneğin kadının, gebelik süresi 10 haftayı geçmesine rağmen gebeliğin sonlandırılmasına yönelik anlaşma yapması veya bu amaçla bir tıp merkezine yatması veya doktor muayenesine gitmesi<sup>94</sup>, failin gebeliği sonlandırmaya yönelik bir ilaç veya aracı satın alması veya imal etmesi veya bulundurması gibi. Buna karşılık bazı hazırlık hareketleri Nüfus Planlanması hakkındaki kanunun 7.maddesinde<sup>95</sup> bağımsız suçlar olarak ayrıca düzenlenmiştir.

Suçun konusunu cenin oluşturduğu için, gebe olmayan bir kadına çocuğunu düşürtmek amacıyla gerçekleştirilen hareketler işlenemez suç oluşturur ve bu suç kapsamında cezalandırılmaz<sup>96</sup>. Yaralamaya ilişkin hükümler saklıdır<sup>97</sup>.

### **b. İçtima**

Suç içtima açısından özellik göstermez. Burada tartışılması gereken değişik zamanlarda birden fazla ceninin düşürülmesi halinde zincirleme suç<sup>98</sup>

<sup>93</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 275.

<sup>94</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s. 459.

<sup>95</sup> **İlaç ve araçların imal, reklam ve propagandasıyla ilgili hükümlere aykırı eylemler:**

**Madde 7** - Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca bu Kanunun 3 üncü maddesine göre gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilmeyen ilaç ve araçları yurt içinde imal edenler veya her ne suretle olursa olsun dağıtanlar veya ticaret maksadıyla yurda sokanlar veya bu maksatla bulunduranlar yedi aydan iki yıla kadar hapis ve otuz bin liradan yüz elli bin liraya kadar ağır para cezasına çarptırılırlar, imalathaneler kapatılır, ilaç ve araçlar müsadere olunur.

Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca bu Kanunun 3 üncü maddesine göre gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilen ilaç ve araçların reklam ve propagandası 21 Mayıs 1928 tarih ve 1262 sayılı Kanunun 13 üncü maddesine göre yapılır. Buna aykırı hareket edenler bir aydan altı aya kadar hapis ve yedi bin beş yüz liradan otuz bin liraya kadar ağır para cezasına çarptırılırlar.

<sup>96</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 259.

<sup>97</sup> Bu amaçla gerçekleştirilen hareketler sonucu kadının yaralanması söz konusu olur ise, fail çocuk düşürtmeye teşebbüsten değil, yaralamaya ilişkin hükümlerden dolayı sorumlu olacaktır.

<sup>98</sup> **Zincirleme suç**

**Madde 43:** (1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza,

hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bu noktada öncelikle suçun mağdurunun kim olduğuna açıklık getirmek gerekir. Annenin rızası dahilinde gerçekleştirilen çocuk düşürtmelerde suçun mağduru cenindir. Buna karşılık, annenin rızası olmadan gerçekleştirilen çocuk düşürtmelerde suçun mağduru hem anne, hem de cenindir. Çünkü korunan hukuki yararı tartışırken, kanunkoyucunun 10 haftayı aşan gebeliklerde tıbbi zorunluluk bulunmaması halinde ceninin yaşama hakkını öncelikle koruduğunu belirtmiştik.

Zincirleme suç hükümleri, m.43/1 kapsamında uygulanabilmesi için değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi gerekir. Eğer suçun mağdurunu anne olarak değerlendirebiliyor isek, bu takdirde annenin birden fazla gebeliğinin aynı kişi tarafından birden fazla sonlandırılması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğini ifade edebiliriz. Buna karşılık, suçun mağdurunu cenin olarak kabul edecek olur isek, her cenin bir diğerinden farklı bir yaşam olduğu için suçun mağduru birden fazla olacaktır. Bu sebeple de zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Ancak bu takdirde de ceninin ceza hukuku bakımından kişi olarak değerlendirilmemesi sorun çıkartacaktır.

Kanaatimizce ikinci görüş daha yerindedir. Zira bu noktada kanunkoyucunun iradesi asıl olarak ceninin yaşama hakkını öncelikle korumaktadır. Annenin rızası olmayan hallerde de durumu bu şekilde değerlendirmek daha sağlıklı bir yaklaşım olacaktır. Her ne kadar cenin, Ceza Hukukumuz bakımından henüz birey olarak hak ehliyetine sahip bulunmasa da, kanunkoyucunun bu suçu düzenleme amacı, 10 haftayı aşan gebeliklerde öncelikle cenini korumaktır. Daha az süreli gebeliklerde, zaten doğurup doğurmama konusunda karar yetkisi anneye verilmiş ve kadının vücudu üzerindeki hakları üstün tutulmuştur. Bu itibarla gebelik süresinin 10 haftayı aştığı hallerde gebeliğin sonlandırılması kanaatimizce zincirleme suç hükümleri kapsamında değerlendirilmemelidir.

---

dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.

Buna karşılık, annenin rızası hilafına 10 haftadan daha az süreli olan gebeliklerin sonlandırılması hallerinde, eğer suçun mağdurunu anne olarak kabul edecek olur isek zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğini ifade edebiliriz. Diğer bir anlatımla aynı kadına yönelik olarak birden fazla 10 haftayı doldurmamış gebeliğin sonlandırılması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Eğer bu noktada suçun mağdurunu hem anne hem de cenin olarak değerlendirirsek (ki kanaatimizce daha doğru bir bakış açısıdır), bu takdirde zincirleme suç hükümlerini uygulamamız mümkün olmaz. Açıkladığımız sebeplerle, sorunun çözümüne ulaşmak için suçun mağdurunun uygulama açısından netlik kazanması gerekir. Ceninin suçun mağduru olduğu konusunda görüş birliğine ulaşıktan ve cenini bu suç bakımından suçun mağduru olan birey olarak kabul ettikten sonra zincirleme suç hükümlerini olaya uygulamalıyız.

Öğretideki bazı yazarlar<sup>99</sup>, çocuk düşürtme suçunun “kişilere karşı suçlar” bölümünde düzenlenmiş olması nedeniyle 43.maddenin son fıkrası kapsamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağını ifade etmektedirler. Diğer bazı yazarlar<sup>100</sup> ise, ceninin birey olmadığı için daha az korunmaya layık olmadığı, görüşünden hareketle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedirler. Ancak TCK m.2/3’de kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyas hatta kıyasa yol açacak biçimde genişletici yorum dahi yapılamayacağı açık ve kesin olarak düzenlenmiş olduğundan diğerinde olduğu gibi bu görüşün de gerekçelerine katılmamız mümkün değildir.

Farklı olarak bazı yazarlar da bu suç bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmektedirler<sup>101</sup>. Görüldüğü üzere öğretilde konuya ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Bunun asıl nedeni suçun mağduru bakımından konunun netlik kazanamamasıdır. Ayrıca bu noktada

<sup>99</sup> **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel Hukuku, s. 275. Buna karşılık **Tezcan/Erdem/Önok**, ikiz veya üçüz gebeliklerde “birden fazla kişiye karşı tek bir fiille” suçun işlenmesi söz konusu olacağı için zincirleme suç hükümlerinin m.43/2 kapsamında uygulanabileceğini ifade etmektedirler. Oysa ki 43/1 kapsamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından ceninin “kişi” olarak kabul edilemeyeceğini fakat suçun kişilere karşı işlenen suçlar kapsamında düzenlenmesi nedeniyle zincirleme suç hükümlerinin m.43/3 kapsamında uygulanmaması gerektiğini belirterek kendi içerisinde çelişkiye düşmüştür.

<sup>100</sup> **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 461-462.

<sup>101</sup> **Özbek Veli Özer**, TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, c.2, Ankara 2008, s. 591.

zincirleme suç hükümlerini düzenleyen 43.madde de eleştirilebilir. TCK m.43/3'deki hükmün sınırlayıcı bir sayım olmaktan çıkarılarak "kişilere karşı işlenen suçlar" olarak değiştirilmesi, uygulama ve kamu vicdani bakımından çok daha sağlıklı neticeler verebilir.

### *c. İştirak*

Suç, iştirak açısından özel düzenlemelere sahiptir. Öncelikle TCK m.99 kapsamında çocuk düşürtme suçunun faili, gebeliği sonlandıran üçüncü kişi olarak düzenlenmiştir. Tıbbi bir zorunluluk olmadığı halde 10 haftalığı aşan gebelik, annenin rızası dahilinde sonlandırılmışsa, anne suça azmettiren olarak cezalandırılmaz. Çünkü, TCK m.99/2 son cümle kapsamında, annenin ayrıca cezalandırılacağı öngörülmüştür. Buna göre anne, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gebeliği sonlandıran ise, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. TCK'daki genel iştirak kuralları, suça azmettirenin cezasını, asli maddi failin cezası ile aynı tutmuşken, bu suç kapsamında özel bir düzenleme yapılmış ve çocuğun düşürülmesine rıza gösteren annenin cezası, asli maddi failin cezasına göre daha hafif ve ayrıca düzenlenmiştir (m.99/2).

Annenin dışında suça iştirak edenler bakımından ise TCK'da yer alan genel iştirak kuralları geçerliliklerini koruyacaktır. Örneğin, annenin rızası olmaksızın çocuğun doğmasını istemeyen kayınvalidenin azmettirmesi üzerine çocuğu düşürtmek amacıyla anneye zorla iğne vuran babanın durumunda, kayınvalide ve eş (baba) suçun temel cezası ile cezalandırılırlar. Her ikisi de beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile yargılanır (TCK m99/1). Annenin rızası olması halinde ise, eğer gebelik 10 haftayı aşmışsa, gebeliğe son veren, yardım eden ve azmettiren TCK m.99/2'den yargılanıp iştirak kuralları gereğince cezalandırılır. Rızası olan anne, genel iştirak kuralları kapsamında değil, maddedeki özel düzenleme kapsamında cezalandırılır.

Üçüncü kişi olmaksızın 10 haftalık gebelik süresini aşmış bir gebeliğin bizzat anne tarafından sonlandırılması halinde ise, çocuk düşürtme suçundan değil, TCK m.100 kapsamında çocuk düşürme suçundan dolayı yargılama yapılır. Bu kapsamda anneyi bu işe azmettiren veya anneye yardım eden kişiler genel iştirak kuralları kapsamında cezalandırılır<sup>102</sup>.

<sup>102</sup> Benzer görüş için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel Hukuku, s. 276; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 461.

### 8. Nitelikli Haller

Yeni TCK'da eskisinden farklı olarak suçun nitelikli halleri; cezayı azaltan nitelikli haller olarak değil, cezayı arttıran nitelikli haller olarak düzenlenmiştir. Cezayı azaltan nitelikli haller yerine ise, cezayı tamamen ortadan kaldıran bir cezasızlık nedeni düzenlenmiştir. Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında işlenecektir. Cezayı arttıran nitelikli haller, 99. maddenin 3. ve 5. fıkraları arasında düzenleme alanı bulmuştur.

#### *a. Rızası Olmaksızın Çocuğu Düşürtülen Kadının Beden veya Ruh Sağlığının Zarara Uğraması*

Nitelikli hallerin ilki, rızası olmaksızın çocuğu düşürtülen kadının beden ve ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasıdır (TCK m99/3). Beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı Adli Tıp Kurumunun ilgili İhtisas Dairesinde görüş alınmak<sup>103</sup> suretiyle mutlaka yargılamada gözetilmelidir. Nitekim Yargıtay 8.Ceza Dairesi 2007/8868 esas ve 2007/6472 karar sayılı 1.10.2007 tarihli kararında<sup>104</sup>, muhakeme sırasında Adli Tıp Kurumundan ayrıca görüş

<sup>103</sup> Yar. 5.CD, 10.4.2006 tarih ve 2706/3034 sayılı kararında "5237 sayılı yasanın 102/5 maddesinin uygulanma olasılığı nazara alınarak kızlığı bozulan mağdurenin suçun sonucunda beden ve ruh sağlığında bozulma olup olmadığının Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas Dairesinden görüş alınarak saptanması gerektiğinin gözetilmemesini" bozma sebebi saymıştır. www.adalet.org; Çocuk düşürtme sunun nitelikli hali bakımından da benzer incelemenin mutlaka yapılması gerekecektir.

<sup>104</sup> www.kazanci.com erişim tarihi 25.11.2008; Yar. 8.CD, 01.10.2007 tarihi E.2007/8868, K.2007/6472 "5271 sayılı CMK.nun 170/3. maddesinde, iddianamede hangi hususların gösterileceği, aynı kanunun 174/1. maddesinde ise iddianamenin hangi hallerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, iddianamenin iadesi sebepleri arasında soruşturma konusu olayla ilgili olarak alınan rapor hakkında ayrıca Adli Tıp Kurumundan rapor alınması hususunun yer almadığı gibi mahkeme tarafından iade sebebi olarak belirtilen konuda C.Başsavcılığınca Çorlu Askeri Hastanesinden uzman doktor raporu alındığı, yargılama aşamasında davayı gören mahkeme tarafından gerekli görüldüğü taktirde Adli Tıp Kurumundan görüş alınabileceği gözetilmeksizin, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı CMK,nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 27.6.2007 gün ve 34115 sayılı kanun yararına bozma istemine atfen Yargıtay C.Başsavcılığından 2.8.2007 tarih ve 2007/148825 sayılı ihbarnamesiyle Birinci Ceza Dairesi Başkanlığına tevdi edilip buraca 12.9.2007 tarih 2007/6857-6360 esas ve karar sayısı ile görevsizlik kararı verilerek Dairemize gönderilmekle incelendi: Açıklanan nedenlerle; Çorlu Ağır Ceza Mahkemesinin 08/05/2007 tarih ve 2007/68 iddianame değerlendirme sayılı iade kararının bu nedenle yerinde görülmediği; Çorlu C.Savcısının,



alınabileceğini ancak iddianamede konuya ilişkin uzman hekim görüşünün bulunmasını iddianamenin kabulü için yeterli olduğuna karar vermiştir. Yargılamada ayrıca uzman bilirkişi raporundan da faydalanılabilir. Böyle bir durumda fail, altı yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu kapsamda neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç olduğundan failin oluşan ağır netice bakımından en azından taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekir. Örnek olarak, failin gebeliği son verme operasyonunu gerçekleştirirken kadının rahmine veya yumurtalıklarına zarar vermesi halini ifade edebiliriz. Kanunkoyucu (TCK m.23) neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından “netice bakımından en azından taksirle hareket edilmesi” gerektiğini ifade ettiği için olası kastla gerçekleştirilen hareketler elbette ki bu kapsam içerisinde değerlendirilecektir. Nitekim bu durum TCK m.23’ün gerekçesinde<sup>105</sup> de açık olarak ifade edilmiştir.

Eğer failin iradesi hem kadının beden sağlığının bozulmasına hem de çocuğun düşürülmesine yönelikse ve bu amaçla birden fazla irade ve hareket söz konusuysa, gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin, kadının dövülerek çocuğu düşürüldükten sonra dövülmeye devam edilmesi durumunda olduğu gibi veya hekimin rahim tahliyesi dışında yumurtalıkları da alması gibi. Eğer failin kastı sadece yaralamaya yönelikse bu takdirde fail neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun TCK m.87/2-e bendi gereğince “gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğun düşmesine” neden olmasından dolayı cezalandırılacaktır. Bu noktada failin kastının neye yönelik olduğu yargılamada detaylı bir şekilde irdelenmelidir.

14.05.2007 tarihli itirazına istinaden verilen Tekirdağ Ağır Ceza Mahkemesinin 28.05.2007 tarih ve 2007/613 müteferrik sayılı sayılı itirazı reddi kararının 5271 sayılı CMK.nun 174. maddesine dayandırılmasının dosya kapsamına uygun düşmediği sonucuna varılmıştır.”

<sup>105</sup> GEREKÇE: “Kişi suç teşkil eden bir fiili işlerken, kastettiği neticeden daha ağır veya başka bir netice gerçekleşmiş olabilir. Bu gibi durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur. Örneğin, basit yaralamada bulunmak istenirken, kişi görme, işitme yeteneğini yitirmiş olabilir. Yaralama fiili gerçekleştirilirken, genellikle bunun sonucunda ağır bir neticenin meydana gelebileceği düşünülür. Örneğin gözün, kulağın üzerine sert bir şekilde vuran kişi, bu yumruk neticesinde mağdurun görme ve işitme yeteneğini yitirebileceği olasılığını göz önünde bulundurur. Ağır neticenin ortaya çıkacağı bu şekilde öngörüldüğü durumlarda, meydana gelen ağır netice açısından fail olası kastla hareket etmektedir

...Bu hükümle, meydana gelen kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun, kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir.”

***b. Rızası Olmaksızın Çocuğu Düşürtülen Kadının Ölmesi***

Fiilin rızası olmasızın çocuğu düşürtülen kadının ölümüne neden olması bir başka ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir (TCK m.99/3). Böyle bir durumda yine neticesi yüzünden ağırlaştırılmış suç<sup>106</sup> söz konusu olacağı için, failin ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekir (TCK m23)<sup>107</sup>. Eğer failde anneyi de öldürmeye yönelik doğrudan kast varsa, bu takdirde failin çocuk düşürtme suçunun nitelikli halinden değil, kasten insan öldürmenin nitelikli hali olan “suçun gebe kadına karşı işlenmesi” hükmünden dolayı cezalandırılması gerekir<sup>108</sup>. Bu takdirde fail ağır müebbet hapis cezası ile cezalandırılır (TCK m.82/1-f).

***c. Gebelik Süresi 10 Haftadan Fazla Olan Kadının Tıbbi Zorunluluk Bulunmadığı Halde Çocuğunun Düşürtülmesi Neticesinde Kadının Beden veya Ruh Sağlığının Bozulması veya Ölmesi***

Bu nitelikli hal kapsamında, gebeliği sonlandırmaya ilişkin annenin rızası bulunduğu halde, neticenin annenin beden veya ruh sağlığını bozması düzenlenmiştir. Suçun basit halinde rıza gösteren anne hakkında ayrıca ceza öngörülmüştür. Ancak kanun koyucu, buradaki nitelikli hali rıza gösteren kadın bakımından değil, suçun asli maddi faili olan üçüncü kişi bakımından düzenlemiştir. Somut olay bakımından yapılacak olan, yargılamada konunun Adli Tıp Kurumunun ilgili ihtisas dairelerinden rapor almak suretiyle açıklık kazandırılmasıdır. Yine failin oluşan bu ağır netice bakımından en azından taksir düzeyinde kusurunun bulunması gerekir. Örneğin, ilerleyen bir gebeliğin sonlandırılması sırasında kadının rahminin zarar alacağını öngördüğü halde, kendi beceri ve yeteneğine güvenerek böyle bir neticenin oluşmasını istemeyen hekimin, müdahale sonucu rahmin işlevsiz hale gelmesi neticesi bakımından bilinçli taksir düzeyinde kusuru bulunmaktadır. Eğer böyle bir neticenin oluşacağını bildiği ve öngördüğü halde “ne olursa olsun beni ilgilendirmez” diyerek bu neticeyi kabullenmesi söz konusu ise, bu takdirde olası kasttan bahsetmemiz gerekir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TCK

<sup>106</sup> Maddenin gerekçesinde, burada öngörülen nitelikli hallerin, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri düzenlediği açık olarak ayrıca belirtilmiştir.

<sup>107</sup> Fail on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası ile yargılanır.

<sup>108</sup> Benzer görüş için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, Ceza Özel Hukuku, s. 276.

m.23 dikkate alınarak neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından en azından taksir düzeyinde kusurluluğun bulunması gerekli olduğu ifade edildiğinden olası kast ile suçun işlenmiş olması halinde, TCK m.99/4'de düzenlenen nitelikli halden cezaya hükmedilmesi uygun olacaktır.

Eğer yapılan müdahale sonucunda kadın ölürse, bu durumda fail dört yıldan sekiz yıla kadar cezalandırılır. Kadının yapılan müdahaleye rızasının bulunması, önceki fıkraya oranla daha az bir cezanın düzenlenmesine sebebiyet vermiştir. Bunun dışında yukarıda ifade ettiğimiz hususlara yollama yaparak tekrar yapmaktan kaçınmayı tercih ediyoruz.

#### **d. Yetkili Olmayan Kişi Tarafından Gebeliğin Sonlandırılması**

TCKm.99/5'de yetkili olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilen müdahaleler bir başka ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bunun nedeni, annenin sağlığının daha fazla tehlikeye düşürülmesinin engellenmesidir<sup>109</sup>. Buna göre, "rıza dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürülmesi halinde, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur". Kural olarak on haftaya kadar olan gebeliklerde annenin gebeliği sonlandırmaya hakkı bulunmaktadır. Kanun koyucu 10 haftaya kadar olan gebeliklerde; annenin iradesi ve vücudu hakkında karar verme yetkisini ön plana çıkarmıştır. Nitekim, burada düzenlen nitelikli hal, anne bakımından değil, müdahaleyi gerçekleştiren kişi bakımındandır. Annenin sağlığının korunması dikkate alınarak Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzükte kimlerin bu konuda yetkili oldukları açıkça gösterilmiştir. Bu konu yukarıda detaylı olarak anlatılmadığı için tekrar üzerinde durmuyoruz.

Bunun dışında, TCK m.99/5'in ikinci cümlesinde TCK m.99 kapsamında gebeliği sonlandırmaya yönelik müdahaleyi yapan üçüncü kişilerin tamamı bakımından ayrıca bir düzenleme yapılmıştır. TCK m.99/5 ikinci cümleye göre, " yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller **yetkili olmayan bir kişi** tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında arttırılarak hükmolunur". Hükümden de anlaşıldığı üzere, rıza olsun olmasın gebeliği sonlandırmaya yönelik müdahaleyi TCK m.99 kapsamında gerçek-

<sup>109</sup> Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 276.

leştiren üçüncü kişinin, yetkili kişi olmaması halinde, alacağı ceza yarı oranında arttırılarak belirlenecektir<sup>110</sup>.

### 9. Cezasızlık Nedeni

TCK m.99/6'ya göre, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi 20 haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Bu cezasızlık nedeninin uygulanabilmesi için, kadının maruz kaldığı bir suç nedeniyle gebe kalması, kadının rızası, gebelik süresinin 20 haftayı aşmış olmaması ve ayrıca gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sonlandırılması gerekir. Bu husus aynı zamanda, Rahim Tahliyesi ve Strelizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te de belirtilmiştir (m.6). Gebelik süresi 10 haftadan fazla olan kadınlarda rahim tahliyesi<sup>111</sup> (gebeliğin sonlandırılması) ancak resim yataklı tedavi kurumları ile özel hastanelerde yapılabilir.

Cinsel saldırıya maruz kalmış bir mağdurun yaşadığı şoku atlaması pek çok olayda uzun bir zaman alır. Mağdur, gebe olduğunu olaydan çok sonra anlayabilir. Böyle bir gebeliğin kadın tarafından istenmemesi oldukça doğaldır. Kanunkoyucu, bu hallerde gebelik süresini 20 hafta olarak öngörmüştür. Kadının vücudu üzerindeki karar verme hakkını 20 haftaya uzatmıştır. Bu süre dolduktan sonra ise ceninin yaşama hakkına üstünlük tanımıştır.

Ancak yasada kadının gebeliğinin mağduru olduğu bir suç sonucu olduğuna kimin karar vereceğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Eğer uygulamada, kesinleşmiş mahkeme kararı aranması esas alınır, hüküm işlevsiz hale gelecektir. Zira kadının gebeliğinin 20 haftalık süresi dolmadan önce, ceza muhakemesi sürecinin kesin hükümle tamamlanması, genel

<sup>110</sup> Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 27.02.1967 tarihinde vermiş olduğu bir kararda ruhsatnameli ebe tarafından yapılan müdahale neticesinde kadının ölmesini nitelikli hal olarak değerlendirmiştir. Böyle durumlarda ayrıca Adli tıp Kurulunun raporu alınmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir. YCGK 27.02.1967, E.1967/42, K.1967/53, www.kazanci.com erişim tarihi 25.11.2007.

<sup>111</sup> Yukarıda da bahsettiğimiz üzere aynı konu her yasal düzenlemede farklı bir ifade ile adlandırıldığı için, biz de ilgili Tüzükten bahsederken tüzükteki ifadeyi kullanmayı uygun görmüş bulunmaktayız. Burada ifade edilmek istenen kavram ile diğer kavramlar arasında bir fark bulunmamaktadır.

muhakeme sürelerini düşündüğümüzde olası bir durum değildir<sup>112</sup>. Böyle bir durumda kadına müdahale edecek hekimin sorumluluktan kurtarılması aynı zamanda kadının böyle bir suç neticesinde gerçekleştirilen gebelik nedeniyle daha fazla mağdur edilmemesi gerekir. Bu konuda açıklık sağlanması ve eksikliğin giderilmesi şarttır.

Durum öğretideki bazı yazarlar tarafından da<sup>113</sup> farklı bir gerekçeyle eleştirilmektedir. Bu eleştiriye göre cezasızlık nedeninin uygulanabilmesi bakımından uygulamada sadece ilgili kadının beyanını kabul etmek, çocuk düşürmenin olanaklı olduğu halleri 20 haftaya çıkaracaktır. Böyle bir yaklaşım da düzenlemenin amacına aykırı bir uygulamanın oluşmasına yol açacaktır.

Bahsettiğimiz sıkıntı, Alman Ceza Kanunu 218 a/3 maddesinde açık bir düzenleme yapılarak giderilmiştir. Buna göre, hekim söz konusu iddianın yerinde olup olmadığı konusunda kesin hüküm aramak yerine, gebeliğin böyle bir suça dayandığına ilişkin kesin sebeplerin bulunması ve bu sebeplere istinaden kuvvetle muhtemel bir kanaat oluşturması halinde sorumluluktan kurtulur<sup>114</sup>.

Süre koşuluna uyulduktan sonra rıza bakımından yine yukarıda açıkladığımız gereklilikler bu hüküm bakımından da geçerli olacaktır. Kadın müdahalenin sonuçları bakımından hekim tarafından aydınlatılmış olmalı ve müdahalenin içeriği ve neticesini algılama gücüne sahip bulunmalıdır.

Bu noktada tartışmamız gereken bir başka durum, annenin algılama gücünü yaşadığı şok nedeniyle kaybettiği hallerde bir başka kişinin bu tür bir müdahaleye karar verme yetkisinin bulunup bulunamayacağıdır. Örneğin yaşadığı cinsel saldırı suçu sonrasında akli dengesini yitiren bir kadın, aynı zamanda gebe de kalmışsa, böyle bir durumda veli veya vasisinin rızası ile gebeliğin sonlandırılması mümkün olabilecek midir? Geçerli rızadan bahsedebilmek için sürekli annenin yapılan müdahalenin anlam ve neticesini algılama yetisi üzerinde durmuştuk. Bu güce sahip olmayan bir kişinin rızasının yeterli olmayacağı açıktır. Böyle bir durumda kişi vesayet altına alınacaktır. Akıl hastalığı nedeniyle gerçekleştirilecek müdahalenin anlam ve sonuçlarını algılayamayacak olan gebe kadının kendi rızası aranmayacak,

<sup>112</sup> Benzer görüş için bkz. **Keskin Kızıroğlu**, "Gebeliğe ...", s. 215-216.

<sup>113</sup> **Ünver Yener**, Hekimin Cezai Sorumluluğu, s. 132.

<sup>114</sup> **Keskin Kızıroğlu**, "Gebeliğe ...", s. 216.

vasinin rızası ve sulh hakiminin izni ile müdahale gerçekleştirilebilecektir. Ancak sulh hakiminin izninin zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı ve hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir (NPHK m.6/son).

#### **10. Kovuşturma Usulü, Görevli ve Yetkili Mahkeme**

Suç re'sen takip edilebilen bir suçtur. Başka bir anlatımla takibi şikayete bağlı değildir. Suç haberinin herhangi bir şekilde alınması suretiyle soruşturma organları tarafından doğrudan takip edilir. Ancak, suç görevli kamu görevlisi tarafından işlenirse bu takdirde, 4483 sayılı kanun uyarınca, Cumhuriyet Savcılığı'nın ilgili kamu görevlisinin kurumundan soruşturma izni alması gerekir.

Görevli mahkeme, YTCK m.99'un birinci fıkrası, ikinci fıkrasının birinci cümlesi, dördüncü ve beşinci fıkrasında düzenlemeler bakımından bu maddelerde öngörülen üst cezalar dikkate alınarak 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 10-12-14.maddeleri uyarınca Asliye Ceza Mahkemesidir. 99.maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi bakımından ise, 5235 sayılı kanunun 10.maddesi uyarınca Sulh Ceza Mahkemesidir. Yetkili mahkeme, çocuk düştürme suçunun gerçekleştiği yer mahkemesidir.

#### **IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN KONUYA BAKIŞ AÇISI**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2.maddesi yaşama hakkını koruma altına almıştır. Peki ama sözleşmeye göre yaşam ne zaman başlamış sayılacaktır. Bu başlık altında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya ilişkin verdiği kararları tartışarak bakış açısını yansıtmaya çalışacağız.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu H v. Norway<sup>115</sup> başvurusunda 14 haftalık gebeliğin sosyal nedenlerle sona erdirilmesini sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Komisyon, sözleşmeye üye olan devletlerin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin iç mevzuat düzenlemelerini istedikleri gibi şekillendirme yetkileri olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda yapılan düzenlemelere karşı ceninin yaşama hakkının sözleşme ile uyumlu olmadığı iddialarının kabul

<sup>115</sup> H v. Norway Application No.17004/90.

edilmeyeceği belirtilmiştir. Paton v. UK<sup>116</sup> kararında mahkeme, ceninin yaşama hakkının annenin haklarından ayrı değerlendirilmeyeceğini ve annenin tercihleri doğrultusunda sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir. Yine Bruggeman ve Scheuten v FRG<sup>117</sup> başvurusunda annenin tercih hakkını sınırlayan düzenlemeyi komisyon, sözleşmenin 8.maddesine aykırı bulmuş, özel hayata müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir<sup>118</sup>.

Aslında 2.maddenin kapsamı bakımından en açık değerlendirme Komisyon tarafından X v. United Kingdom (24 Ekim 1981, 4 E.H.R.R. 188) kararında yapılmıştır. Komisyon, sözleşmenin 2.maddesinde yer alan “herkes” (*everyone*) kelimesinin doğmamış çocuğu kapsamı içerisine almadığını belirtmiştir. Gereğesinde de yaşamın başlangıcı konusunda değişik görüşlerin bulunduğunu; yaşamın başlangıcı olarak bazılarının kadının gebe kalınmasını, bazılarının “nidation” anını, bazılarının ise doğumu kabul ettiklerini belirtmiştir<sup>119</sup>.

Open Door and Dublin Well Woman<sup>120</sup> kararında mahkeme, İrlanda hükümetinin kürtajı yasak hale getirmesinin AIHS kapsamında 2.maddeye uygun olup olmadığını konusunu tartışmayı uygun görmemiş, kadının hakları ve ceninin hakları konusunda bir dengenin kurulması gerektiğini belirtmiştir<sup>121</sup>.

Bu noktada son olarak mahkemenin yakın tarihte vermiş olduğu Vo v. Fransa kararı<sup>122</sup> üzerinde detaylı olarak durmak istiyoruz. Müracaatçı bayan Thi-Nho Vo, 1991 yılında Fransa Lyons Hastanesine genel bir check-up yaptırmak üzere gider. Bu ziyaret sırasında bayan, yaklaşık beş aylık hamiledir. Doktor hastayı benzer isimli başka bir hasta ile karıştırır ve diğer hastaya yapılması gereken tıbbi işlemleri müracaatçıya yaptırır (Spiral çıkartma

<sup>116</sup> Paton v. UK (1980) 3EHRR 408.

<sup>117</sup> Bruggeman and Scheuten v FRG (1977) 3 EHRR 244; benzer yönde karar için bkz. Counselling and Dublin Well Woman v. Ireland (1992) 15 Ehrr 244, ECHR.

<sup>118</sup> **Montgomery**, Health Care Law, s. 393.

<sup>119</sup> **Janis M. W./Kay R.S./Bradley A.W.**, European Human Rights Law, 3rd ed., Oxford 2008, s. 121.

<sup>120</sup> Open Door Counselling and Dublin Well Woman v. Ireland, 29 Ekim 1992, 15 E.H.R.R. 244..., Series A no 246-A.

<sup>121</sup> **Janis/Kay/Bradley**, European Human Rights Law, s. 122.

<sup>122</sup> Vo v. France, No.53924/00, 19 (AIHM Temmuz 8, 2004) <http://www.echr.coe.int> erişim tarihi: 19.12.2008.

işlemine tabi tutar). Bu işlemler neticesinde doktor taksirle çocuğun düşürülmesine yol açar. Olayın anlaşılması üzerine müracaatçı, doktor aleyhine kendisine yönelik taksirle yaralama ve çocuğuna yönelik taksirle insan öldürme suçlarından şikayetçi olur. 1996 yılında Lyons Ceza Mahkemesi, doktoru taksirle ölüme sebebiyet verme suçu bakımından beraat ettirir. Mahkeme, Fransız Ceza Kanununa göre, 20-21 haftalık ceninin henüz kişilik kazanmadığını bu nedenle de insan öldürme suçunun oluşmayacağına karar verir. Fransız İstinaf Mahkemesi bir sene sonra, gerçekleştirilen taksirli hareket nedeniyle 20-24 hafta arasında bulunan sağlıklı bir ceninin, bilimsel gerçekler ve genel hayat tecrübeleri değerlendirildiğinde ölümüne sebebiyet verilmesinin, taksirle insan öldürme suçunu oluşturacağını ifade eder ve ilk derece mahkemesinin kararını bozar. 1999 tarihinde Fransız Yargıtay'ı (en yüksek mahkeme), Fransız İstinaf mahkemesinin kararını bozar. Gerekçesinde fetusun ceninin henüz kişilik kazanmadığını ve kanunda embriyo ve cenin hükümleri kapsamında özel bir düzenleme ile korunduğunu ifade eder.

Fransız Mahkemelerinde aradığını bulamayan müracaatçı konuyu 1999 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşır. AİHS'nin 2.maddesinde düzenlenen yaşama hakkını ihlal etmekten<sup>123</sup> dolayı Fransa aleyhine şikayetçi olur. Müracaatçı, Sözleşmenin 2. maddesi hükümleri kapsamında sözleşmeye üye olan devletlerin insan hayatının korunması amacıyla önleyici ve cezalandırıcı hükümler düzenleme konusunda pozitif bir yükümlülük içinde bulduklarını ifade eder. Ve bu yükümlülüğün cenine karşı taksirle insan öldürme suçunu da kapsadığını belirtir. Fransız hukuk sisteminde, ceninin taksirle ölümüne sebebiyet vermeye ilişkin cezai düzenleme bulunmamasının Sözleşmenin 2.maddesinde düzenlenen yaşama hakkının korunması yükümlülüğünü ihlal ettiğini ileri sürer. Fransız Hükümeti Sözleşmenin 2.maddesinin ceninin yaşam hakkını korumadığını çünkü kişi kavramına sadece doğmuş

<sup>123</sup> Fransa'daki konuya ilişkin önceki tartışmalar için bkz. **Dönmezer**, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 202 "Fransa'da Kasım 1974'de kabul edilen kanunun çocuk aldırma'yı belirli ölçüler içinde yapılmak koşulu ile suç olmaktan çıkarması üzerine 77 milletvekili kanun aleyhine Anayasa Konseyine başvurmuş ve çocuk düşürtme hakkındaki bu kanunun Anayasanın girişine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2.maddesine aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Ancak konsey istemi red etmiş ve kanun 17 Ocak 1975 tarihinde yürürlüğe girmiştir." Görüldüğü üzere, aradan yıllar geçtikten sonra Fransa, aynı gerekçe ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne getirilmiştir. Ancak Mahkeme aşağıda da açıkladığımız üzere ne yazık ki bu konuda açık bir karar vermemiştir. Diğer bir ifade ile böyle bir tartışmanın içine girmekten çekinmiştir.



kişilerin girdiğini ileri sürer. Ayrıca Fransız Hükümeti sözleşmenin 2. maddesindeki yükümlülüğü karşılamak üzere Fransız idare mahkemelerinin bulunduğunu, bu yolların da tüketilmesi gerektiğini belirtir.

İnsan Hakları Mahkemesi yaptığı değerlendirme neticesinde, ceninin yaşama hakkının sözleşmenin 2.maddesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda bir karar vermektan çekinir. İnsan hayatına taksirle müdahale edildiğine ilişkin bir kararını referans göstererek, eğer yeterli bir yasal düzenleme bulunuyorsa, bu takdirde cezai bir hükmün düzenleme zorunluluğu bulunmadığını ifade eder. Ayrıca AİHM'nin yerel hukukun tercih ve düzenlemelerine müdahale etmek yetkisinin bulunmadığını ve AİHM'nin görevinin ikincil derecede bir yetki olduğunu belirtir<sup>124</sup>. Mahkeme 14'e karşı 3 oyla sözleşmenin 2.maddesinin Fransa tarafından ihlal edilmediğine karar verir.

İşin doğrusu mahkeme, çok tartışmalı bir konu olan ceninin hayat hakkı konusunda değerlendirme yapmaktan çekinmiştir. Bunun yerine, her ülkenin kendi kültür ve milli görüşü doğrultusunda konuya yaklaşım açısını üstün bulmayı tercih ederek, politik bir tavır sergilemiştir. Oysa ki insan ırkının dünya üzerinde devamını sağlayan cenin, potansiyel olarak insan kapasitesine sahiptir. Ancak mahkeme bu konuda açık bir karar vermektan çekinmiştir. Bu tavır, gelecekteki benzer davalar bakımından tartışmanın devam edeceğini göstermektedir<sup>125</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden farklı olarak Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (m.4), yaşama hakkını gebelikten itibaren koruma altına almıştır. Diğer bir ifade ile ceninin yaşama hakkını yaşama hakkının başlangıcı olarak kabul etmiştir. AİHM ise sözleşmenin kimlerin yaşama hakkını koruduğu konusunda sessiz kalmıştır. Yakın bir tarihte AİHM'nin konuya açıklık kazandırması gerekecektir.<sup>126</sup>

<sup>124</sup> **Mason/Laurie**, Law and Medical Ethics, s. 124.

<sup>125</sup> Benzer görüş için bkz. **Woods** Andrew, "VO V. FRANCE AND FETAL RIGHTS: THE DECISION NOT TO DECIDE", Harvard Human Rights Journal volume 18, Spring 2005, s. 282.

<sup>126</sup> **Janis M. W./Kay R.S./Bradley A.W.**, European Human Rights Law, 3rd ed., Oxford 2008, s. 121.

## SONUÇ

Sonuç olarak ceninin yaşama hakkının varlığının tartışıldığı bir dönemde olduğumuz açıktır. Ancak son derece tartışmalı olan bu konu hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bile açık bir karar vermekten çekinmektedir. AİHM, konunun iç hukuk politikaları kapsamında değerlendirilip düzenlenmesi gerektiği üzerinde yoğunlaşmıştır. Ancak bu görüş konuyu sadece erteleyebilir. Mahkemenin önümüzdeki günlerde bu konuya ilişkin daha çok başvuru alacağı kesindir.

Genel olarak baktığımızda, hemen hemen tüm gelişmiş ülkelerde ve ülkemizde ceninin bir birey olarak kabul edilmediği, bununla birlikte özel düzenlemelerle korunduğu gözlemlenmektedir. Ülkeler suç politikalarını oluştururken annenin hakları ile ceninin hakları arasında ortak ve dengeli bir yol bulmaya çalışmışlardır. Ne tamamen ceninin yaşama hakkı üstün tutulmuş ne de annenin tercih yetkisi sınırsız olarak kabul edilmiştir. Bu bakış açısıyla hareket eden ülkemiz bakımından da anne ve ceninin yaşama hakkı arasında bir denge kurulmuş, pek çok yasal düzenleme ile annenin vücut bütünlüğü, yaşama hakkı, sağlığı ve ceninin yaşama hakkı koruma altına alınmıştır. Bununla birlikte öncelikle annenin tercih hakkı ve yaşam hakkının birinci planda tutulduğunu, ceninin yaşama hakkının ise ikincil olarak korunduğunu ifade edebiliriz.

Altını çizmeliyiz ki kürtaj, bir nüfus planlama yöntemi değildir. İnsan ırkının geleceği olan yaşama başlangıçları, ülkelerin sadece nüfus planlamasına bakış açıları dikkate alınarak düzenlenemez. Çağdaş insan hakları anlayışı anne ve cenin arasında denge oluşturmaya çalışmaktadır. Benzer bir bakış açısıyla TCK'da düzenlemeler yapmıştır. Düzenlemelerin sınırları elbette ki tartışılabilir. Bu tartışmalar dünyadaki bütün ülkelerde ve toplumlarda halen yapılmaktadır. Ancak netice olarak, düzenlemelerin genelde yerinde olduğunu ifade edebiliriz. Uygulamadaki en büyük sıkıntı, ortak bir terminolojinin mevzuat içinde oturtulamamış olmasıdır. Diğer bir sıkıntı da TCK'da cenin kavramının açıklanmamış olması ve çocuk düşürtme ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Oysa ki, "çocuk" kelimesi suçun konusu olan "cenini" karşılamamaktadır.

Çalışmamız kapsamında, diğer ülke ve AİHM'nin kararları ile tartıştığımız bir başka konu, gebeliği sonlandırmaya ilişkin düzenlemelerin insan haklarına ne kadar uygun olduğudur. Günümüz ekonomik ve kültürel şartları

ve ülkemiz şartları bir arada düşünüldüğünde, bireylerin bakamayacağı çocukları dünyaya getirmesi, onlara iyi bir gelecek sunamaması hatta perişan etmesi yerine son çare olarak yasal şartlara uygun olmak şartıyla gebeliğini sonlandırması, kanaatimizce daha yerindedir. Her ne kadar mantıken bakıldığında bu yol akla uygun görünse de, bu imkanı kullanan her anne kendi vicdanında yıllarca durumu muhakeme etmeye ve “keşke” lerini düşünmeye devam edecektir. Çünkü ana rahmine düşmesiyle birlikte anne ile çocuk arasında tarifi mümkün olmayan bir bağ kurulur. Ancak devletin bireyin tercihlerini tamamen sınırlayıcı bir yaklaşım göstermesi de mümkün olamaz. Bu nedenle verilen yasal imkanlar dahilinde her annenin, kendi özgür iradesi ve şartları bakımından doğru bir değerlendirme yapmasını ve bu hakkını dikkatli ve özenli kullanmasını temenni ediyoruz.

