

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA ÇOCUK DÜŞÜRTME,
DÜŞÜRME VE KISIRLAŞTIRMA SUÇLARI**
*(Offences of Abortion, Miscarriage and Sterilization in
Turkish Criminal Law)*

Serap KESKİN KIZIROĞLU*

ÖZET

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Öncelikle konuyla ilgili genel bilgiler verilmiştir. İlk bölümde Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesinde düzenlenen Çocuk Düşürtme Suçları; İkinci Bölümde aynı Kanun'un 100. maddesinde yer alan Çocuk Düşürme Suçları; Üçüncü Bölümde ise Kanun'un 101. maddesinde öngörülen Kısırlaştırma Suçu incelenmiştir. Çocuk Düşürtme Suçları kapsamında suç ile korunan hukuksal yarar açıklandıktan sonra 99. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen Rızasız Çocuk Düşürtme Suçu ve ikinci fıkrasında yer alan Rıza ile Çocuk Düşürtme Suçu; unsurları, suça teşebbüs, suçların içtimai, iştirak ve uygulanması bakımından incelenmiştir. İkinci Bölümde Çocuk Düşürme Suçları, Üçüncü Bölümde ise Kısırlaştırma Suçları iki alt başlık içerisinde Rızasız Kısırlaştırma Suçu ve Rızaya Dayalı Kısırlaştırma Suçu olmak üzere aynı Ceza Hukuku tekniği ile ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Çocuk düşürme suçları, Rızasız çocuk düşürtme suçu, Rıza ile çocuk düşürtme suçu, Çocuk düşürme suçu, Kısırlaştırma suçları, Rızasız kısırlaştırma suçu, Rızaya dayalı kısırlaştırma suçu.

Abstract

Article consist of three part. Firstly it is given an outline of topic. It is examined that in First Part Abortion Offences are regulated in 99. article in Turkish Penal Code; Miscarriage Offence is in 100. article in Same Code is in Second Part and Sterilization Crimes are in 101. article in Turkish Penal Code in Third Part. In scope of Abortion Crimes, after expained that protected legal interest with offence, Offence of Abortion Without Consent regulated in first clause in 99. article and Offence of Abortion With Consent regulated in second clause in 99. article is studied about elements, criminal attempt, joinder of offences and sanction. Miscarriage Offence in Second Crime and Offence of Sterilization

* Prof. Dr., Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Without Consent and Offence of Sterilization With Consent as Sterilization Offences in Third Part are handled with same Criminal Law method.

Keywords: Abortion offences, Offence of abortion without consent, Offence of abortion with consent, Miscarriage offence, Sterilization crimes, Offence of sterilization without consent, Offence of sterilization with consent

GENEL BİLGİLER

Türk Hukuku'nda gebeliğe son verilmesi, kısırlaştırma (sterilizasyon) ve dolaylı olarak hadımlaştırma (kastrasyon) eylemlerine ilişkin hususlar 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da¹ (Kısaca NPHK.) düzenlenmiştir. Bu konuya ilişkin ayrıntılar ise söz konusu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 14.11.1983 tarih ve 83/7395 No'lu Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te² (Kısaca Tüzük) düzenlenmiş bulunmaktadır.

Türk Hukuku'nda 1965 yılına kadar her türlü gebeliğin sona erdirilmesi mutlak olarak yasaklanmışken,³ 1965 yılında 557 sayılı "Nüfus Planlaması Hakkında Kanun", gebeliğin tıbbi zorunluluk durumunda sona erdirilmesini kabul eden hükümler getirmişti. 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'u yürürlükten kaldırmış ve Türk Hukuku'na ayrıca isteğe bağlı olarak gebeliğin sonlandırılmasını içeren hükümler getirmiştir.

01.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler"i düzenleyen "İkinci Kitabı"nın "Kişilere Karşı Suçları" düzenleyen "İkinci Kısım"ın "Beşinci Bölüm"ü "Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma" başlığını taşımaktadır. Bu bölüm altında 5237 sayılı TCK.'nin 99.maddesi "çocuk düşürtme" suçlarını, 100.maddesi "çocuk düşürme" suçunu ve 101.maddesi ise "kısırlaştırma"(sterilizasyon) suçunu düzenlemektedir. 765 sayılı önceki Türk Ceza Kanunu da bu suçları kişilere karşı suçlar bölümünde, "Çocuk Düşürme ve Düşürtme" başlığı altında düzenlemişti. Yasa'da hadımlaştırma (kastrasyon) eylemi bir suç olarak düzenlenmemiştir.

2827 sayılı NPHK.'nin 2/4. maddesine göre, bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve (kısırlaştırma) sterilizasyon veya (hadımlaştırma) kastrasyon işlemleri yapılamaz. Tüzük'e göre, gebeliğin sona erdirilmesi deyimi rahim tahliyesini, sterilizasyon deyimi ise kadınlarda tüp ligasyonunu (tüplerin bağlanması), erkeklerde vazektomiye (erkeğin tohum kanallarının ameliyatla bağlanması) ifade etmektedir (Tüzük.md.2/b,c).

¹ Yayımlandığı RG.: Tarih: 27.5.1983, Sayı:18059

² Yayımlandığı RG.:Tarih: 18.12.1983, Sayı:18255

³ Bu konudaki gelişmeler için BKZ. YARSUVAT Duygun, "Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi", İHFM.1982-83, XLVIII-XLIX, S.1-4, s. 458 vd.

Tüzük'te hadımlaştırmaya (kastrasyona) ilişkin bir açıklama bulunmamakla birlikte, NPHK.'nun 4.maddesi, "Sterilizasyon ve Kastrasyon" başlığını taşımakta olup, bu maddeye göre sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma yeteneğinin cinsel ihtiyaçlarını tatmine engel olmadan yok edilmesi için yapılan müdahaledir. NPHK. kastrasyonu tanımlamamakta, fakat 4.maddesinin son fıkrasında bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zorunluluk nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesinin yapılabileceği hükmünü taşımaktadır. NPHK.'nun sterilizasyon tanımından da yorum yoluyla dolaylı olarak çıkarılabileceği üzere kastrasyon, kişinin çocuk yapma yeteneğinin cinsel ihtiyaçlarını tatmine de engel olacak şekilde yok edilmesidir. Bir başka deyişle kastrasyon, "kişinin cinsel salgı bezlerinin alınması suretiyle cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğinin tamamen sona erdirilmesi amacını taşıyan tıbbi bir müdahaledir."⁴

NPHK.'nun gebeliğin sona erdirilmesini düzenleyen 5.maddesine göre gebeliğin sona erdirilmesi, **Tüzük'e göre rahim tahliyesi**, günlük dilde **yerleşik terime göre kürtaj**⁵, tıbbi zorunluluk üzere ve isteğe bağlı olmak üzere iki şekildedir.

İsteğe bağlı olarak rahim tahliyesi (kürtaj), annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar yapılabilecek bir tıbbi müdahaledir (NPHK.md.5/1). Dolayısıyla isteğe bağlı olarak rahim tahliyesi (kürtaj) yapılabilmesi için öncelikle gebeliğin onuncu haftasının dolmamış olması gerekmektedir. Gebelik onuncu haftasını doldurmamış olduğu takdirde de yapılacak rahim tahliyesi işleminin annenin sağlığı açısından hiçbir tıbbi sakınca taşımaması gerekmektedir. Bu nedenle rahim tahliyesini gerçekleştirecek hekimin söz konusu gebelik süresini araştırma yükümlülüğü bulunduğu gibi, bu işlemde tıbbi sakınca olup olmadığını araştırma yükümlülüğü de vardır.⁶

Koşulları gerçekleştiğinde isteğe bağlı olarak rahim tahliyesini yapma yetkisi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarına tanınmıştır (Tüzük.md.3/2). Ancak, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'na açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterli belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler (Tüzük.md.3/3). Menstrüel Regülasyon (MR) deyimi, vakum aspirasyon⁷ yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahaleyi ifade eder (Tüzük.md.2/d).

⁴ YENERER-ÇAKMUT Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, Ocak 2003, s.123, ayrıca ERMAN Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.209

⁵ Daha doğru tabiriyle kürtaj Bkz. DÖNMEZ, Burcu, "TCK'da Çocuk Düşürme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması" iç.Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9 Sayı:2 2007, s.104

⁶ YENERER-ÇAKMUT, s.133

⁷ Rahim içeriğinin rahme yerleştirilen bir enjektör vakum ile çekilmesi yöntemi, diğer deyişle şırınga yöntemidir.

Bunun dışında onuncu hafta dolduktan sonraki zaman diliminde rahim tahliyesi ancak tıbbi zorunluluk varsa gerçekleştirilebilir.

Rahim tahliyesi eylemi, ancak ilgilinin izni ile yapılabilecek bir tıbbi müdahaledir. Her ne kadar Tüzük 13.maddesinde yalnızca on haftayı geçmeyen gebeliklerde izni düzenlemişse de NPHK.'nun 6.maddesi, gerek isteğe bağlı gerekse tıbbi zorunluluk durumunda izin alınması koşulunu getirmektedir. Buna göre rahim tahliyesinde,

- a- gebe kadın reşitse kendisinden,
- b- küçükse, kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinden,
- c- vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse reşit olmayan kişinin kendisinden ve vasisinden ve ayrıca sulh yargıcından izin alınması zorunludur.

NPHK.'na göre eğer gebe kadın evli ise eşinden de izin alınması zorunluluğu vardır.

NPHK.'nun 6/1,c.2 ve 6/3. maddeleri ile Tüzük'ün 14.maddesine göre;

- 1- Akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadının kendisinin rızası aranmaz.
- 2- Küçüklerde veliden, reşit veya mümeyyiz olmayan vesayet altındaki kişilerde ise sulh mahkemesinden izin alınması zamanı gerektiriyorsa ve derhal müdahale edilmediği takdirde yaşamı veya yaşamsal organlardan birini tehdit eden acil durum varsa bunlardan izin alınması koşulu aranmaz.

Reşit kişiler bakımından Yasa'da acil durumlarda izin alınmadan müdahale yapılabilmesine ilişkin düzenlemenin bulunmaması bir eksiklik olarak görünmekteyse de⁸ genel olarak zorunluluk durumu eylemin hukuka uygun sayılması için yeterlidir.

Derhal müdahaleyi gerektiren acil durumlarda rahim tahliyesini yapacak olan kadın hastalıkları ve doğum uzmanı, yaşayan anne ve ceninin, yaşama ihtimalleri nedeniyle yararlarını göz önünde bulunduracaktır. Eğer annenin yaşamı veya yaşamsal organlarından biri tehlike içinde ise, bu husus, ceninin yaşama umudundan daha önemli kabul edilerek yalnızca bu durumda izin almadan gebeliğe son verilebilmelidir. Aksi takdirde, yetkili hekime, kanunen korunmuş bulunan ve üzerinde tasarruf etmesinin mümkün olmadığı bir hak üzerinde tasarruf yetkisi tanınmış olacaktır.⁹

⁸ YENERER-ÇAKMUT, s.134

⁹ BAYRAKTAR Köksal, Hekim Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.197, YENERER-ÇAKMUT, s.134

Türk Hukuku'nda kısırlaştırma (sterilizasyon) kişinin cinsel etkinlikte bulunabilme yeteneğine zarar vermeden, kadınlarda yumurta, erkeklerde de sperm kanallarının kapatılarak üreme yeteneğinin sürekli olarak ortadan kaldırılmasına yönelik tıbbi müdahaledir.¹⁰

Türk Hukuku'nda hadımlaştırmada (kastrasyonda) ise yukarıda da tanımlandığı üzere kişinin cinsel salgı bezlerinin alınması suretiyle cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğini tamamen sona erdiren bir tıbbi müdahale söz konusudur.

NPHK.'nun 4/2. ve Tüzük'ün 10. maddesine göre kısırlaştırma (sterilizasyon) ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır. Dolayısıyla, kısırlaştırma ancak isteğe bağlı olarak yapılabileceği gibi, bu işlemde de tıbbi sakıncanın bulunmaması gerekmektedir. Yasa hükmüne göre reşit olmayan bir kişiye kısırlaştırma ameliyatı yapılamayacaktır.

Eğer kişi evli ise eşinin de izninin alınması zorunluluğu vardır (NPHK. md.6/2, Tüzük.md.13/2). Reşit kişi vesayet altındaysa vasinin de izni gerekmektedir (Tüzük.md.15).

Kadınlara kısırlaştırma ameliyatı yapma yetkisine kadın hastalıkları ve doğum uzmanları ya da genel cerrahi uzmanları sahiptir. Erkeklerle kısırlaştırma ameliyatını ise, üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanları ile bu konuda Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nca açılan eğitim merkezlerinde kurs göyerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler yapabilirler (Tüzük.md.10).

Hadımlaştırma (Kastrasyon), NPHK.'nun 4/son maddesine göre, bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zorunluluk nedeniyle bir hastalığın tedavisi için hadımlaştırmayı gerektiren hallerde kişinin rızasına bakılmaksızın yapılabilecektir. Tüzük'te, hadımlaştırmaya ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu husus bir eksiklik olarak görünmektedir. Hadımlaştırma gibi sonucu ağır bir müdahalede kişinin rızasının aranmıyor olmasının çok düşündürücü olmasının yanında, bu hususun Türk Hukuku'nda ayrıntılı olarak düzenlenmemiş olması da büyük eksikliktir.

Aşağıda öncelikle Türk Ceza Kanunu'ndaki çocuk düşürme suçlarını, sonrasında çocuk düşürme suçunu ve nihayet **kısırlaştırma** suçunu inceleyeceğiz.

TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇLARI

I. Giriş

Türk Ceza Kanunu'na göre çocuk düşürme suçları, rızasız çocuk düşürme ve rızaya dayalı çocuk düşürme olarak iki biçimde işlenebilir. Rızasız çocuk düşürme suçu TCK.'nun 99. maddesinin (1). fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre: "*Rızasız olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası*

¹⁰ YENERER-ÇAKMUT, s.127, ERMAN, Barış, s.206

ile cezalandırılır.” Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu ise TCK.’nun 99.maddesinin (2).fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre: ”*Tıbbî zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*”

II. Çocuk Düşürtme Suçlarında Korunan Hukuksal Yarar

Bu suçta söz konusu olabilecek korunan hukuksal yarar, kadına ve cenine ait yararlar olarak birden fazladır. Hem kadının,

- yaşama hakkı,
- biyolojik anne olabilme hakkı,
- anne olup olmamayı seçebilme hakkı,
- beden dokunulmazlığı hakkı,
- beden ve ruh sağlığı hakkı,

hem de kadının rahmindeki canlı ceninin varlığını sürdürerek gelişimini tamamlayabilip doğabilme hakkı, diğer deyişle ceninin gelecekteki yaşama hakkına kavuşabilmesi hakkı, kısaca doğma hakkı, kadına ve rahimdeki cenine ait birbirinden farklı hukuksal yararlar olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹

Çocuk düşürtme suçunun niteliğine göre bu hukuksal yararların hepsi bir arada korunan hukuksal yararı oluşturabilir ya da oluşturmayabilir.

Rızasız çocuk düşürtme suçu açısından korunan hukuksal yarar kanaatimce öncelikle gebe kadının gebelik sürecini tamamlayıp, biyolojik anne olabilme, diğer deyişle **çocuğunu doğurma hakkıdır; ceninin doğabilme hakkı kadının doğurma hakkının yanında ikincil derecededir. Ancak, rızasız çocuk düşürtme suçunda gebeliğin onuncu haftasından sonra, gebe kadının yaşama hakkı söz konusu olmadığı takdirde, doğurma hakkının yanında aynı zamanda ceninin, rahimdeki varlığını sürdürüp, gelişimini tamamlayıp doğabilme hakkı eş derecede korunan diğer hukuksal yarardır. Bu çerçevede gebe kadının beden dokunulmazlığı hakkı ile sağlık hakkı da gebe kadına ait diğer korunan hukuksal yararları oluşturmaktadır. Suç, her durumda kişiye karşı işlenen suçtur.**

Rıza ile çocuk düşürtme suçunda korunan hukuksal yarar ise, rahimdeki ceninin, hamileliğin onuncu haftasından sonra doğan bir hak olarak, varlığını sür-

¹¹ Bu konuda Bkz. ERMAN-ÖZEK, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s.187 vd.; DÖNMEZER, Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler, 13.Bası, 1990, s.170 vd.; ÖNDER, Ayhan, Şahıslara Ve Mala Karşı Cürümler Ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s.174 ; DÖNMEZ, Burcu, s.108

dürüp, gelişimini tamamlayıp doğabilme hakkı, yani ceninin gelecekteki yaşama hakkına kavuşabilmesi hakkı olarak görünmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda rıza ile çocuk düşürme suçunda, tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde gebelik süresinin on haftayı geçmiş olması suçun unsurunu oluşturduğundan, *bu suçta da asıl düşüncenin kadının biyolojik anne olup olmamayı seçebilme hakkı olduğu kanaatindeyim*. Ancak gebe kadın, hamileliğinin ilk on haftası içinde biyolojik anne olup olmama konusundaki tercihini yapmak zorundadır. Hukuk düzeni, gebe kadının bu seçimi yapma hakkını, rahimdeki ceninin varlığını sürdürüp, doğma hakkı ile sınırlamıştır. Ancak hamileliğin onuncu haftasından sonra başlayan, ceninin varlığını sürdürüp, gelişimini tamamlayarak doğabilme hakkının, diğer deyişle ceninin gelecekteki yaşama hakkına kavuşabilmesi hakkının sınırı da, gebe kadının çoktan sahip olduğu yaşama hakkı ve bunun yanında sağlık hakkıdır. Bu noktada hiçbir hukuk düzeni, gebe kadının kendi yaşamı ve beden sağlığı pahasına bir doğumu haklı kılamaz. Bu nedenle -hem gebe kadına ilişkin hem de cenine ilişkin- tıbbi zorunluluğun bulunmuyor olması, suçun bir maddi unsuru olarak yer almıştır. Tıbbi zorunluluk, ancak tıp biliminin verilerine göre belirlenebilir.

A- RIZASIZ ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU (TCK.99/(1))

I. Maddi Unsur

a. Fail

TCK.'nin 99. maddesinin (1).fıkrasında yer alan rızasız çocuk düşürme suçunun failinin, aynı maddenin (5).fıkrasının 2.cümlesi birlikte değerlendirildiğinde, gebe kadının kendisinden başka, rahim tahliyesine yetkisi bulunan bir üçüncü kişi olduğu sonucuna varılır. Bu nedenle anılan fıkrada düzenlenen suçun temel şeklinde failin rahim tahliyesine yetkisi bulunan bir kişi olması zorunluluğu bu suçu fail yönünden özgülü suç konumuna koyar.¹² Ancak doğal olarak yasa koyucu bu suçun söz konusu yetkiye sahip olmayan başka kişilerce de işlenebileceği gerçekliğinde, failin rahim tahliyesine yetkisiz bir kişi olması durumunu suçun temel şeklindeki cezada artırım nedeni olarak kabul etmiştir (TCK.99/(5),c.2). Kısaca, failin, gebe kadının kendisinden başka herhangi biri olması bu suçun nitelikli şeklidir.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'e göre rahim tahliyesini yapma yetkisi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarına tanınmıştır (Tüzük.md.3/2). Ancak, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nca açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler (Tüzük.md.3/3).

¹² Aynı görüşte Erman-Özek, s.191

Menstrüel Regülasyon (MR) deyimi, vakum aspirasyon¹³ yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahaleyi ifade eder (Tüzük.md.2/d).

Dolayısıyla, gebe kadının rızası olmaksızın çocuğunu düşürten fail, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı değilse ya da pratisyen hekim olup, bu konuda yeterlik belgesi yoksa veya yeterlik belgesine sahip pratisyen hekim olduğu halde kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetimi ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle çocuk düşürtme eylemini yapmamışsa veya bunların hiçbiri değilse rahim tahliyesine yetkili olmayan kişidir ve cezası yarı oranında artırılarak verilir (TCK.99,(5), c.2).

b. Suçun Maddi Konusu ve Mağdur

Rızasız çocuk düşürtme suçunun maddi konusu hem gebe kadının bedeni hem de “cenin”dir. Bu suçta korunan hukuksal yarar öncelikle gebe kadının biyolojik anne olabilme hakkı olunca, suçun mağduru da gebe kadının kendisidir.

Her ne kadar hem bu suçların yer aldığı bölüm başlığında hem de suçların düzenlendiği madde başlıklarında “çocuk” kavramına yer verilmişse de burada suçun maddi konusunu hukuken “çocuk” sayılan bir insan değil, anne rahmindeki canlı ceninin oluşturduğu açıktır. TCK.’nin “Tanımlar” başlığını taşıyan 6.maddesinin “b” bendine göre “çocuk deyiminden on sekiz yaşını doldurmamış kişi” anlaşılır. Yasa koyucunun bu suçları düzenlerken suçların adlandırılmasında günlük dilde halk arasında yerleşik ifade şekli “çocuk düşürtme” kavramını kullanmayı tercih ettiği anlaşılmaktadır.

Bu suçun işlenebilmesi için kadının gebe ve ceninin de ana rahminde canlı olması gerekmektedir. Aksi takdirde çocuk düşürtme suçu işlenemez suç olur. Failin, mağdurun gebe olduğunu zannetmesi suçun maddi unsurunda hatayı oluşturur ve fiil çocuk düşürtme suçunu oluşturmazsa da kasten yaralama suçunu oluşturur. Çocuk düşürtme suçu için ceninin de canlı olması zorunludur. Bu nedenle öncelikle cenin sıfatının hangi anda kazanılacağına saptanması gerekmektedir. Çünkü bu sıfatın kazanılmasından önce ceza sorumluluğunu gerektirmeyen gebeliğin önlenmesi safhası vardır. Genel olarak kabul edildiği üzere cenin sıfatının, dolayısıyla hukuksal korumanın başladığı dönem “Nidation”dur. Nidation, döllenmiş yumurtanın rahmin iç zarına yerleşmesi olayıdır ve döllenmeden itibaren yaklaşık olarak yedi gün sonra gerçekleştiği kabul edilmektedir.¹⁴ Bu nedenle “*morning-after pill*” denilen haplarla “nidation”un önlenmesi çocuk düşürtme veya düşürme olarak kabul edilemeyeceği gibi, tüpte döllenmiş yumurta da cenin sayılamayacak ve bu suçların konusunu oluşturamayacaktır.¹⁵

¹³ Rahim içeriğinin rahme yerleştirilen bir enjektör vakum ile çekilmesi yöntemi, diğer deyişle şırınga yöntemidir.

¹⁴ LÜTTGER, Hans, “Gebeliğin Önlenmesi İle Çocuk Düşürme Arasındaki Sınırı Tespitte Federal Almanya Ceza Hukukunda Yeni Problemler” (Özet Çeviri; ÖZGEN, Eralp.) AHFD. C.28, 1971, 11-4, sh.250

¹⁵ Age.sh.253

Cenin, rahimde ölü ise bu suç yine işlenemez olur. Cenin, doğmuş olduğu takdirde de artık rahimde bir cenin değil, doğmuş bir çocuk var olur ve bu çocuk da artık yaşayan diğer insanlar gibi öldürme veya yaralama suçlarına konu ve mağdur olur.

c. Hareket

Gebe kadının rızası olmaksızın rahmindeki canlı ceninin canlı varlığına son vererek gebeliği bitiren her türlü harekettir. Rızasız çocuk düşürme suçunda, rahimdeki canlı ceninin kaç haftalık olduğunun önemi yoktur; on bir haftalık da olsa beş haftalık da olsa suça konu olabilecek bir cenin vardır. Kadının rahmindeki canlı cenini ölü duruma getirecek hareket, kadının bedeninde fiziksel işlem yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi, biyolojik veya kimyasal yöntemlerle de gerçekleştirilebilir. Bu noktada hareketin biçimini sınırlamak olanaklı değildir. Bu nedenle serbest hareketli suçtur. Önemli olan, rahimdeki ceninin canlılığını, diğer deyişle kadının gebeliğini sona erdirmeye elverişli hareketi yapmaktır. Doğal olarak, gebe kalınmadan önce gebeliği önleyici doğum kontrol yöntemleri suç değildir.

ç. Rızanın Yokluğu

Gebe kadının rızasının yokluğu bu suçun maddi unsurudur. Dolayısıyla gebeliği sona erdiren rahim tahliyesine yetkili fail, kadının rızasının yokluğunu da bilmelidir. Rızanın varlığı hususundaki bir hata TCK.'nun 30/1. maddesi kapsamında kastı ortadan kaldırır. Eğer rıza varsa, bu durumda failin rahim tahliyesine yetkili bir kişi olması da önemlidir.

İsteğe bağlı olarak gebe kadının gebeliğine son verdirebileceği yasal süreyi oluşturan on haftayı doldurmamış gebeliklerde kadının rızası bulunsa bile, fail rahim tahliyesine yetkili kişi değilse bu kez TCK.'nun 99.maddesinin (5). fıkrasının ilk cümlesindeki suç işlemiş olur.

Her ne kadar N.P.H.K.'na göre eğer gebe kadın evli ise eşinden de izin alınması zorunluluğu varsa da TCK.'na göre **rızasız çocuk düşürme suçunun işlenbilmesi için bizzat** gebe kadının kendisinin rızasının bulunmaması koşul ve yeterlidir. Örneğin, evlilik birliğinde yalnızca eşin rızasının yokluğunda fail çocuk düşürme suçunu işlemiş olmaz¹⁶. Bu olasılıkta N.P.H.K.'nun 8/2. maddesi önceden, fiiller daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde failin “ağır para cezası” ile cezalandırılacağı hükmünü taşımaktaydı. Bu durumda da evli gebe kadının eşinin rızasının yokluğunda yalnızca kadının rızası ile gebeliği sona erdiren rahim tahliyesine yetkili kişi TCK.'na **göre rızasız çocuk düşürme suçunu işlemiş olmazsa da N.P.H.K.'na göre suç işlemiş olup, adli para cezası ile karşılaşabilirdi. Ancak,**

¹⁶ Keskin-Kızıroğlu, “Gebeliğe Son Verilmesi...”, s.210

N.P.H.K.'nin 8.maddesinde 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 401.maddesi ile yapılan değişiklikle bu hüküm anılan 8. maddeden çıkarıldığından, artık N.P.H.K. kapsamında da bir suç oluşmamaktadır. Fakat gebe kadın evli ise gebeliğin sona erdirilmesi işlemi için eşin de rızasının aranacağına dair N.P.H.K.'nin 6. maddesinde değişiklik yapılmamıştır. 5237 sayılı TCK.'nin çocuk düşürtme suçlarına ilişkin hükümlerinde de açıkça kadının rızası suçun unsuru olarak gösterildiğinden, N.P.H.K.'nin evlilikte eşin de rızasını arayan hükmü idari yaptırımla dahi karşılanmayan ve karşılanmaması da gereken bir düzenleme durumuna gelmiştir.

Gebeliği sürdürüp sürdürmeme konusundaki rıza açıklama hakkı, kişiye sıkı surette bağlı bir haktır. Bu nedenle, söz konusu gebeliği sona erdirme olayının anlamını ve kapsamını algılayabilecek anlama yeteneğine sahip olmak rıza açıklayabilmek için yeterlidir; reşit olmak aranmaz.¹⁷ Yasal temsilciler, bu çerçevede gebe küçüğün yararlarını gözetebilirler.

d. Netice

Rızasız çocuk düşürtme suçunda netice, ceninin canlılığının sona erdirilmesidir. Günlük dilde yerleşik deyişle gebe kadının rahmindeki canlı çocuğun "düşmüş" olmasıdır. Çocuğun düşmüş olmasından anlaşılması gerekenin ana rahminde canlı durumda bulunan çocuğun rahim içinde öldürülmüş olması, bunun sonucunda da ceninin mutlaka düşeceği diye bir görüş vardır.¹⁸ Katıldığı diğer görüşe göre, çocuk düşürtme suçu için ceninin canlılığına mutlaka kadının rahminde sona erdirmek aranmaz. Önemli olan gebe kadın üzerinde fiilde bulunmak ve bu fiille rahmin içindeki ceninin varlığına etkili olmaktır. Dolayısıyla gebe kadın üzerinde gerçekleştirilen fiil nedeniyle, ceninin, kadının rahminden canlı fakat yaşama kabiliyetine sahip olmadan çıkarılması durumunda da çocuk düşürtme suçuna uygun bir fiil vardır.¹⁹ Çocuk düşürtme suçu ceninin canlılığını rahim içinde sona erdiren işlenebileceği gibi, ceninin rahminden canlı fakat yaşama kabiliyetine sahip olmadan çıkartılıp, dışarıda bu nedenle ölmesi ile de işlenebilir. Bu durumda fiil, salt cenin anne rahminde ölmeyip, dışında öldüğü için teşebbüs derecesinde kalmış sayılamaz; doğmuş yaşayan canlı insana yapılmış bir fiil de bulunmadığından insan öldürme suçu da söz konusu olamaz. Ceninin anne rahminin içinde veya dışında fakat henüz rahimdeyken yapılan müdahale nedeniyle ölmesi durumunda da çocuk düşürtme suçu tamamlanmış sayılır.

¹⁷ Aynı görüşte, Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8.Bası, Temmuz 2012, s.291

¹⁸ Önder, Ayhan, Şahıslara Ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, sh.184

¹⁹ Erman-Özek, s.197

e. Teşebbüs

Suç, teşebbüse elverişlidir. Cenin, ana rahminden yaşama kabiliyetine sahip olmadan çıkartılmış olmasına karşın ölmemişse çocuk düşürtme suçu teşebbüs derecesinde kalmış olur. Bu suça icraya, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlandığını gösteren hareketlerin tamamlanamaması ya da sonucun alınamaması olaylarında da suç, teşebbüs derecesinde kalmış olur. Buna karşılık, çocuk düşürtmeye icraya doğrudan doğruya başlamayı göstermeyen, ilaç satın alma, doktorla anlaşma, randevu alma, hastaneye yatma, doktorun muayenehanesinde bekleme salonunda bulunma veya doktorla konuşma gibi hareketler ancak hazırlık hareketleri olarak nitelendirilebilirler; dolayısıyla cezalandırılmazlar. Buna karşın gebe kadının hastanede ameliyat masasına yatırılması, müdahaleyi yapacakların ortamda ameliyat için gerekli aletleri çıkartıp hazırlamaları icra başlangıcıdır.

III. Hukuka Aykırılık Unsuru

Türk Hukuku'nda isteğe bağlı olarak onuncu haftasını dolduruncaya kadar gebeliğin sona erdirilmesi hukuka uygun bir eylemdir. Rızasız çocuk düşürtme suçunda ise yukarıda da belirtildiği gibi gebeliğin kaç haftalık olduğunun önemi yoktur; önemli olan tıbbi zorunluluk yoksa gebe kadının rızasının yokluğudur. Bu nedenle gebe kadının rızasının yokluğu bir hukuka uygunluk nedeni değil, bu suçun maddi unsurudur. Failinin rahim tahliyesine yetkisi bulunmayan bir kişi olması suçta cezayı artıran nitelikli haldir. TCK.'nun 99.maddesinin aşağıda açıklayacağımız (2). fıkrasından farklı olarak, on haftayı doldurmamış gebeliklerde rızanın yokluğunda gebe kadının yaşama hakkı açısından tıbbi zorunluluk nedeniyle rahmin tahliyesi durumunda fiil hukuka aykırı olmaz.

IV. Manevi Unsur

Bu suçta manevi unsur genel kasttır. Fail, kadının gebe olduğunu, kadının rahim tahliyesine rızasının bulunmadığını ayrıca suçun nitelikli şeklinde rahim tahliyesine yetkili olmadığını bilerek ve isteyerek rahim tahliyesi fiilini işlemiş olmalıdır. Suç, olası kastla da işlenebilir. Bu durumda TCK.'nun 21/2.maddesindeki indirim oranı uygulanır.

Taksirli fiiliyle çocuğun düşmesine neden olunmasında fail, çocuk düşürtme suçundan değil, nitelikli taksirle yaralama suçundan cezalandırılabilir (TCK.89/(3),e). Gebe olduğu bilinen kadına karşı kasten yaralama suçunun işlenmesi sonucunda çocuğunun da düşmesine sebebiyet verilmesi, netice sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama suçudur(TCK.87/(2),e).²⁰ Gebe olduğu bilinen kadının kasten öldürülmesi ise nitelikli kasten öldürme suçudur(TCK.82/(1),f).

²⁰ Keskin-Kızıroğlu, Serap, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Kasten Yaralama Suçu", iç.: 3. yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi-Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Editör:Prof.Dr.Bahri ÖZTÜRK, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2009, s.199

V. Suçu Etkileyen Ağırlaştırıcı Sebepler

Rızasız çocuk düşürtme suçunda yalnızca cezada artırım gerektiren nedenler vardır. TCK.'nun 99/(3).maddesine göre rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürtme fiilinde, cezada artırım nedeni olan haller şunlardır:

a. Fiilin kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olması: Bu durumda ceza altı yıldan on iki yıla kadar hapis cezasıdır. Beden veya ruh sağlığında zarar, geçici de olsa sağlığın bozulması demektir. Bu nedenle de kasten yaralama suçundaki sağlığın bozulması kavramını karşılar. Beden veya ruh sağlığındaki zarar, mağdurun eylemden önceki beden veya ruhsal sağlık durumuna göre kötüleşmeyi ifade eder. Bu husus, beden veya ruh sağlığı yerinde olan bir kişide geçici de olsa patolojik bir sonuç yaratılması ya da zaten var olan bu durumun daha da kötüleşmesine neden olunmasında söz konusu olur.

Suç, bu durumda netice sebebiyle ağırlaşan suç yapısındadır ve bu sonuç nedeniyle cezanın artırılabilmesi için TCK.'nun 23.maddesine göre meydan gelen ağırlatıcı sonuç açısından failde en azından taksir derecesinde kusurun bulunması zorunludur.

b. Fiilin kadının ölümüne neden olması: Bu durumda fail on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır(TCK.99/(3)). Eğer failin maksadı, yani gerçekleştirmek istediği netice kadının ölümü ise, suç kasten öldürme suçu olur ve gebe kadına karşı bu suçun işlenmesi kasten öldürme suçunda cezayı artıran nedendir(TCK.82(1),f).

Suç, bu durumda netice sebebiyle ağırlaşan suç yapısındadır ve bu sonuç nedeniyle cezanın artırılabilmesi için TCK.'nun 23. maddesine göre meydan gelen ağırlatıcı sonuç açısından failde en azından taksir derecesinde kusurun bulunması zorunludur.

c. Fiilin rahim tahliyesine yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi: Kanaatimce yetkisiz kişilerce rahim tahliyesine girişilmesi gebe kadının sağlığı açısından somut bir tehlike yaratmışsa fiil suç sayılmalıdır. Yetkisiz kişinin rahim tahliyesi girişimi gebe kadın için somut bir tehlike yaratmamışsa bu konu idari yaptırımla karşılanmalı, hukuk düzeninde ultima ratio konumunda bulunan Ceza Hukukunun müdahale alanı dışında kalmalıdır. Aksinin kabulü Ceza Hukukunda yer bulmaması gereken soyut tehlike suçunun kabulü noktasına götürür. Ancak TCK.'nun **düzenlemesi yetkisiz kişilerce rahim tahliyesi girişiminin soyut tehlike suçu olarak değerlendirilebilmesine olanak verecek biçimde kaleme alınmıştır. Yasa koyucu söz konusu durumda böyle bir tehlikeyi var saymış görünmektedir. Yetkisiz kişi olmak, fail yönünden ağırlaştırıcı nedendir. Bu durumda ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur** (TCK.99/(5),c.2). Bu hususa yukarıda fail konusunda değindiğimiz için tekrar etmiyoruz. Ağırlatıcı nedenin

uygulanabilmesi için failin, kendisinde hukuken böyle bir yetkinin bulunmadığını bilmesi gerekmektedir.

VI. Suçların İctimai

Gebe kadının, kasten yaralanması sonucunda çocuğunun düşmesine sebebiyet verilmesi, netice sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama suçudur (TCK.87/(2),e), fail ayrıca çocuk düşürme suçundan cezalandırılmaz. Gebe olduğu bilinen bir kadının öldürülmesi ise nitelikli kasten öldürme suçudur (TCK.82/(1),f), fail ayrıca çocuk düşürme suçundan cezalandırılmaz.

Bu suçun işlenebilmesi için kadının gebe ve ceninin de ana rahminde canlı olması gerekmektedir. Aksi takdirde çocuk düşürme suçu işlenemez suç olur. Failin, mağdurun gebe olduğunu zannetmesi suçun maddi unsurunda hatayı oluşturur ve fail çocuk düşürme suçundan sorumlu tutulamazsa da kasten yaralama suçunu işlemiş olur.

Gebe kadın ikiz veya üçüz gibi rahminde birden fazla cenin taşıyorsa, fail, cenin sayısınca birden fazla çocuk düşürme suçunu değil, fakat tek çocuk düşürme suçunu işlemiş olur. Çünkü bu suçta mağdur yukarıda da açıklandığı üzere gebe kadının kendisidir ve eylem gebeliği sona erdirmeye eylemidir. Bunun için de kaç çocuğa birden gebe olunduğunun önemi yoktur. Fakat bu durum, failin bilmesi koşuluyla, diğer deyişle failin kastı kapsamında kalmak koşuluyla cezada artırım nedeni sayılabilir; bunun için suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince yasal düzenleme yapmak zorunluluğu açıktır. Fakat şu durumda da cezanın üst sınırdan belirlenmesinin gerekçesini oluşturabilir. Aynı şekilde, rızasız çocuk düşürme suçunda on haftadan fazla bir gebeliği tıbbi zorunluluk olmaksızın kadının rızası dışında sona erdirmek de, bu haftadan itibaren korunan hukuksal yarar olarak kadının biyolojik anne olabilme hakkı yanında ceninin varlığını sürdürme hakkı da var olduğundan diğer bir ağırlaştırıcı neden olarak düşünülebilir.

VII. İştirak

Yukarıda fail konusunda açıklandığı üzere rızasız çocuk düşürme suçunun temel şeklinde failin rahim tahliyesine yetkisi bulunan bir kişi olması zorunluluğunun bu suçu fail yönünden özgü suç konumuna koyduğunu ifade etmiştik. TCK.'nun 40/(2).maddesine göre özgü suçlarda bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler. Suçun fail yönünden nitelikli şeklinde ise, fail rahim tahliyesine yetkisi bulunmayan herhangi bir üçüncü kişi olabileceğinden, bu durumda genel iştirak kuralları uygulama alanı bulur.

VIII. Yaptırım

Rızasız çocuk düşürtme suçunun temel şeklinde ceza, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasıdır. Fiil, beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara neden olmuşsa ceza, altı yıldan on iki yıla kadar hapis, ölüme neden olmuşsa on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun, yetkili olmayan kişi tarafından işlenmesini ifade eden fail yönünden nitelikli şekilde ise verilecek cezada yarı oranında artırım öngörülmüştür (TCK.99/(5)c.2).

B- RIZA İLE ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU (TCK.99/(2))

Rızasız çocuk düşürtme suçundan farkı, gebe kadının fiile rızasının bulunması ile birlikte bu rızanın hukuken geçerlik taşıdığı zaman diliminin aşılmış olmasıdır. Rıza ile çocuk düşürtme suçundaki gebelik on haftadan fazla olan gebeliktir. Gebe kadının rızası yoksa her durumda 99.maddenin (1). fıkrasındaki **rızasız çocuk düşürtme suçu söz konusu olur. Gebelik süresi on haftadan fazla olmayan gebeliklerde rıza ile gebeliğin sona erdirilmesi hukuka aykırı ve de suç değildir. Ancak, on haftadan fazla olmayan gebelikte rızaya dayalı rahim tahliyesini yetkisiz kişi yaparsa, eylem, rahim tahliyesini yapan yetkisiz kişi açısından suç oluşturmaktadır.**

I. Maddi Unsur

TCK.'nun 99.maddesinin (2). fıkrasına **göre tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde rızaya dayalı olsa bile gebelik süresi on haftadan fazla** olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi cezalandırılır. Bu durumda çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın da cezalandırılır. Bu doğrultuda TCK.'nun 99/(2).maddesine göre tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde salt rıza ile rahim tahliyesi yapan kişi, rıza ile çocuk düşürtme suçunu işlemiş olur. Gebelik süresi **on haftayı doldurmamış olduğu halde**, gebe kadının rızası bulunsa bile, rahim tahliyesi eylemini yetkili olmayan bir kişi yapmış ise TCK.'nun 99/(5).maddesine göre yine çocuk düşürtme suçu işlenmiş olur.

a.Fail

Rızasız çocuk düşürtme suçunda olduğu gibidir. Ancak bu suçta esas olarak gebeliğin süresi on haftadan fazladır. Kısaca suçun temel şeklinde failin rahim tahliyesine yetkisinin bulunması gerektiğinden özgü suçtur. Failin rahim tahliyesine yetkili olmayan bir kişi olması durumu suçun temel şeklindeki cezada artırım nedeni olarak kabul edilmiştir (TCK.99/(5),c.2). Failin, herhangi biri olması bu suçun da nitelikli şeklidir. Gebeliğin süresi on haftadan fazla değilse, rahim tahliyesine yetkisiz kişinin rızaya dayalı olarak gebeliği sona erdirmesi de TCK.'nun 99. maddesinin (5).fıkrasının 1.cümlesinde ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Kısaca, rahim

tahliyesine yetkisiz kişinin rızaya dayalı olarak sona erdirdiği gebeliğin süresi on haftadan fazla ise rıza ile çocuk düşürtme suçunda nitelikli hal; on haftadan az ise yetkisiz kişinin çocuk düşürtmesi suçu söz konusu olur.

Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, süresi on haftadan fazla olan bir gebelikte çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren gebe kadın da çocuğu düşürten üçüncü kişi failin fiiline iştirak eden olarak değil, kendisi ayrıca fail sıfatıyla cezalandırılmaktadır. TCK.'nın 99. maddesinin (2). fıkrasının 2.cümlesine göre **çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren gebe kadın bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına mahkum olunur.**

b. Mağdur

Rızasız çocuk düşürtme suçundan farklı olarak **rıza ile çocuk düşürtme suçunda korunan hukuksal yararın, öncelikle rahimdeki ceninin, hamileliğin onuncu haftasından sonra doğan bir hak olarak, varlığını sürdürüp, gelişimini tamamlayıp doğabilme hakkı, yani ceninin gelecekteki yaşama hakkına kavuşabilmesi hakkı olduğunu ifade etmiştik. Esas olan düşünce** kadının biyolojik anne olup olmamayı seçebilme hakkıdır. Ancak gebe kadın hamileliğinin ilk on haftası içinde biyolojik anne olup olmama konusundaki tercihini yapmak zorundadır. Hukuk düzeni, gebe kadının bu seçimi yapma hakkını, gebeliğinin onuncu haftasından sonra rahmindeki ceninin varlığını sürdürebilme hakkı ile sınırlamıştır. Ceninin bu hakkının sınırının da gebe kadının doğduğundan bu yana sahip olduğu yaşama hakkı ve bunun yanında sağlık hakkı olduğunu ifade etmiştik. Bu sınır çerçevesinde, tıbbi zorunluluk bulunmadan rıza ile gebelik süresi on haftadan fazla olan çocuk düşürtme eyleminde mağdur, rahimdeki onuncu haftayı doldurmuş cenindir.

c. Hareket

Gebe kadının rahmindeki on haftadan fazla süreli canlı ceninin canlı varlığına son vererek gebeliği bitiren her türlü hareket olup, rızasız çocuk düşürtme suçunda yaptığımız açıklamalarda olduğu gibidir.

d. Netice ve Teşebbüs

Rızasız çocuk düşürtme suçunda yaptığımız açıklamalarda olduğu gibidir.

II. Hukuka Aykırılık Unsuru

Türk hukuk düzeni, gebelik süresi on haftadan fazla olmayan gebeliklerde rızaya dayalı olarak yetkili hekim tarafından gebeliğin sona erdirilmesini tanımıştır. Gebelik süresi on haftadan fazla gebeliklerde ise, rızaya dayalı olsa bile gebeliğin sona erdirilmesini kural olarak tanımamış ve bu fiili suç kabul etmiştir. Ancak,

tıbbi zorunluluk durumu ile kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halleri istisnadır²¹.

a. Tıbbi Zorunluluk Durumu: Gebelik süresi **on haftadan fazla** olan bir kadının gebeliğine yukarıda da değinildiği üzere tıbbi zorunluluk varsa son verilebilecektir. Bu süredeki gebelikte rahim tahliyesi fiili tıbbi zorunluluk nedeniyle hukuka aykırı bir fiili oluşturmadığı gibi, suç tipi açısından da aynı zamanda tipe uygun bir fiilin oluşumuna engeldir.

Hamileliğin onuncu haftasından sonra başlayan, ceninin varlığını sürdürüp, gelişimini tamamlayarak doğabilme hakkının, diğer deyişle ceninin gelecekteki yaşama hakkına kavuşabilmesi hakkının sınırı, gebe kadının sahip olduğu yaşama hakkı ve bedensel sağlığı hakkıdır. Hiçbir hukuk düzeni, gebe kadının kendi yaşamı ve bedensel sağlığı pahasına gebelik ve doğumu haklı kılamaz. Bu nedenle tıbbi zorunluluğun bulunmuyor olması suçun bir maddi unsuru olarak yer almıştır.²²

Bu noktada TCK.'nun 99/2. maddesinde yer alan "*tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile*" ifadesine açıklık getirilmelidir. Bu ifadenin tersinden, "*tıbbi zorunluluk bulunduğu halde rıza bulunmasa, diğer deyişle rızaya dayanmasa bile*" rahim tahliyesi yapılabileceği anlamı çıkmaktadır.²³ Bu nedenle madde metninde yer alan "*rızaya dayalı olsa bile*" ifadesinin, gebe kadının ancak on haftaya kadar olan gebeliklerde rızasına hukuksal değer tanıdığını, on haftadan fazla gebeliklerde ise bu rızanın hukuksal değerinin bulunmadığını açıklamak amacı taşıdığı kanaatindeyim. *Sonuç olarak, henüz on haftayı doldurmamış gebeliklerde tıbbi zorunluluğun yokluğunda gebe kadının rızasıyla rahim tahliyesi yapılabilecekken, on haftadan fazla gebeliklerde rahim tahliyesi ancak tıbbi zorunluluğun varlığında gebe kadının rızası olmasa bile yapılabilecektir.*

Tıbbi zorunluluk hem gebe kadına ilişkin hem de cenine ilişkin olabilir ve ancak tıp biliminin verilerine göre belirlenebilir. Bu noktada Nüfus Planlaması Hakkın-

²¹ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun H v.Norway başvurusunda 14 haftalık gebeliğin sosyal nedenlerle sona erdirilmesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bulmadığına ve devletlerin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin iç mevzuatını istedikleri gibi şekillendirme yetkileri olduğuna dair kararı ve diğer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları için Bkz.DÖNMEZ Burcu, s.136 vd.

²² Suç tipinde suçun kurucu unsurları arasında yer alması, **öğretide özel hukuka aykırılık olarak değerlendirilen unsurların**, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran suçun hukuka aykırılık unsuru içinde görülemeyeceği kanaatindeyim. Suç tipinde yer alan her unsur tipikliğin bir parçasıdır ve bu nedenle de TCK.'nun 30/1. maddesi kapsamında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar(yasallık unsuru) **içinde ele alınması gerekir. Çünkü bunları** hem suçun hukuka aykırılık unsuru içinde değerlendirip, hem de suç tipinde gösterilmeleri nedeniyle manevi unsurun kapsamında kaldıklarını açıklayan görüş de aslında dolaylı olarak bunu kabul etmiştir. Bu kabulün hukuksal sonucu, öğretide özel hukuka aykırılık halleri olarak değerlendirilmiş bu unsurlardaki hatanın maddi unsurdaki hata olarak kabulü sonucunda fiilde kastın yokluğudur.

²³ Aynı görüşte Tezcan-Erdem-Önok, s.293

da Kanun'un 5/2. maddesi söz konusu Kanun kapsamında tıbbi zorunluluk hallerini belirlemiştir. Kanaatimce adı geçen Kanun, TCK.'nun 99.maddesi kapsamında tıbbi zorunluluk kavramı açısından bağlayıcı olmayıp, ancak yorumda yararlanılabilecek bir kaynaktır. Söz konusu Kanun'a göre tıbbi zorunluluk halleri şunlardır:

a) Gebelik, annenin yaşamını veya yaşamsal organlardan birini tehdit eder hale gelmişse,

b) Gebelik, ilerleyen süreçte annenin yaşamını veya yaşamsal organlardan birini tehdit edecek ise,

c) Gebelik, doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak ise tıbbi zorunluluk vardır.

Gebeliğin şimdiki zamanda ya da gelecek zamanda gebe kadının yaşamı veya yaşamsal organları açısından tehdit oluşturmasının, Türk Ceza Kanunu bakımından da tıbbi zorunluluk olarak değerlendirileceği açıktır. Ancak, N.P.H.K.5/2. maddesinde yukarıda "c" bendinde gösterdiğimiz, gebeliğin doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olması durumu, Türk Ceza Kanunu'nun 99.maddesi kapsamında açıklığa kavuşturulmak zorundadır. Kanaatimce, cenin açısından tıbbi zorunluluk, gebe kadın açısından hiçbir tıbbi zorunluluk bulunmayıp, yalnızca ceninin anne rahminde canlılığını sürdürmeyecek olmasının tıbbi verilerle ortaya çıkması durumunda kabul edilebilir; ceninin, özürlü doğacak olması bu kapsamda değerlendirilemez. Aksinin kabulü, TCK.'nun 99/2.maddesinde tıbbi zorunluluk durumunda rahmin tahliyesi için gebe kadının rızasının aranmadığı göz önünde tutulacak olduğunda, özürlü doğacak tüm ceninlerin, gebe kadın doğurmak istese dahi, varlığına son vermek olanağının hekime tanınması sonucuna bizi götürür ki, hukuk düzeninin böyle bir amaç taşıyabileceği kabul edilemez. Başka bir ifadeyle, eğer annenin yaşamı veya yaşamsal organlarından biri tehlike içinde ise, bu husus, ceninin yaşama umudundan daha önemli kabul edilerek yalnızca bu durumda izin almadan gebeliğe son verilebilmelidir; aksi takdirde, yetkili hekime, kanunen korunmuş bulunan ve üzerinde tasarruf etmesinin mümkün olmadığı bir hak üzerinde tasarruf yetkisi tanınmış olacaktır.²⁴

Gebe kadının, genetik süreklilik taşıyabilen veya taşımayan özürlü çocuk anesi olmak istememesi olasılığında ise, zaten Türk Hukuk düzeninde on haftaya kadar her türlü gebeliğin gebe kadının isteğiyle sona erdirilmesinin mümkün olduğu anımsanmalıdır. Bu noktada, eğer ceninin özürlü bir çocuk olacağı ilk olarak on haftalık gebelikten sonra anlaşılmış ise, yine belli bir zaman dilimine kadar olmak kaydıyla gebeliğe son verilmesi rızaya dayalı istisnai bir tıbbi zorunluluk olarak değerlendirilebilir. Fakat bunun için de Türk Ceza Kanunu açısından ayrı bir düzenleme yapmak, kanunilik ilkesi açısından zorunludur.

²⁴ BAYRAKTAR Köksal, Hekim Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, s.197, YENERER-ÇAKMUT, s.134.

Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın nesnel bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile gerçekleştirilir. Bu durumda rahim tahliyesini yapma yetkisi yalnızca kadın hastalıkları ve doğum uzmanına tanınmıştır.

N.P.H.K. kapsamında on haftanın üzerindeki gebeliklerde bulunması gereken tıbbi zorunluluk koşulunu oluşturan kadının yaşamını veya yaşamsal organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli olan hastalıklar ve durumların neler olduğu Tüzük'e ekli (2) Sayılı Liste'de ayrıntılı olarak tek tek sayılmıştır. Hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla, bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur (Tüzük.md.5/2).

Bundan başka NPHK'nun 5/3.maddesine göre gebeliğe derhal müdahale edilmediği takdirde yaşamı veya yaşamsal organlardan birini tehdit eden acil bir durum söz konusu ise yetkili hekim tarafından, rapor hazırlanmaksızın gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Yetkili hekim burada da yalnızca kadın hastalıkları ve doğum uzmanıdır.²⁵

Belirlenen yukarıdaki acil durumlarda, rahim tahliyesini yapacak olan kadın hastalıkları ve doğum uzmanı, müdahaleyi yapmadan önce, olanaksızsa müdahaleden itibaren 24 saat içinde, kadının kimliğini, yapılan müdahaleyle, müdahaleyi gerektiren nedenleri ve sonucunu, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine yazılı olarak bildirmek zorundadır (N.P.H.K.md.5/3 ve Tüzük.md.9). Bu usule aykırı hareket edenler N.P.H.K.'nun 8/2.maddesine göre idari para cezası ile cezalandırılırlar.

b. Suç Sonucu Gebe Kalınması Durumu: Daha önce de değinildiği üzere TCK.'nun 99.maddesinin son fıkrasına göre, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir. Bu suçta böylece özel bir hukuka uygunluk nedeni getirilmiştir.

Burada yasa koyucu, özellikle uygulamada daha çok karşılaşılan nitelikli cinsel saldırı suçunda (eski deyişle ırza tecavüz suçunda) mağdur kadının gebeliğine on haftadan sonraki zaman diliminde de son verilebilmesi olanağını tanımış; bu fiili suç saymamıştır. Bu özel durumda yasa koyucu on haftadan fazla ve tıbbi zorunluluk olmasa dahi, yirmi haftayı doldurmamış gebeliklerin gebe kadının rızası ile sona

²⁵ Derhal müdahaleyi gerektiren acil durumlar ise Tüzük'ün 8.maddesine göre şunlardır:

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

erdirilmesini hukuka aykırı görmemiştir. Söz konusu maddenin Adalet Komisyonu'ndaki Görüşme Tutanakları incelendiğinde, tartışmanın daha çok hukuka uygunluğu sağlayacak gebelik süresinin 24 hafta ya da 20 hafta olarak mı belirlenmesi hususunda odaklandığı görülmektedir. Sonuçta 20 haftalık gebelik süresi kabul edilmiştir.

Fakat uygulamada karşılaşılabilecek bir sorun, “*mağduru olduğu bir suç sonucu*” ibaresidir. Yasada, kadının gebeliğinin, mağduru olduğu bir suç sonucu olduğuna kimin karar vereceğine dair açıklığın olmaması eksiklikler ve bu hükmü uygulanamaz duruma getirme tehlikesi taşımaktadır. Kadının gebe kalmasına neden olduğu savlanan suçun işlendiği hususunda kesin mahkeme hükmünün aranması olasılığında söz konusu hukuka uygunluk nedeni işletilemez nitelikte olacaktır. Çünkü kadının gebeliğinin 20 haftalık süresi dolmadan önce, ceza muhakemesi sürecinin kesin hükümle bitirilmesi ve kadına karşı onu gebe bırakan bir suçun işlendiğinin kesin hükümle sabit olması, pek çok olayda gerçekleşmeyecek bir durumdur.

Bu hükme benzer bir düzenleme içeren Alman Ceza Kanunu'nun 218a/(3). maddesine göre, **mağdura karşı böyle bir suçun işlendiği hususunda kesin bir mahkeme hükmü, yerinde bir düzenlemeyle aranmamaktadır. Bunun yerine mağdura karşı böyle bir suçun işlendiğinin ve gebeliğin bu eyleme dayandığının hekim tarafından kuvvetle muhtemel görülmesi, söz konusu hukuka uygunluk nedeninin kabulü için yeterlidir.**²⁶ Hekimin böyle bir kanaate ulaşabilmesi için Alman Ceza Kanunu'nun yukarıda belirtilen maddesine göre, gebeliğin böyle bir suça dayandığını gösteren kesin sebeplerin bulunması gerekmektedir.

III. Manevi Unsur

Bu suçta manevi unsur genel kasttır. Fail, gebe kadının rızasının varlığını -aksi durumda rızasız çocuk düşürme suçu oluşur- gebeliğin on haftadan fazla olduğunu, gebeliği sona erdirmek için tıbbi zorunluluk bulunmadığını bilerek ve isteyerek fiili gerçekleştirmelidir. Suçun fail yönünden nitelikli şekilde ise fail, rahim tahliyesine yetkili olmadığını da bilmelidir. Suç, olası kastla da işlenebilir. Bu durumda TCK.'nun 21/2.maddesindeki indirim oranı uygulanır.

IV. Suçu Etkileyen Ağırlandırıcı Sebepler

TCK.'nun 99.maddesinin (4). fıkrasında yer alıp, rızasız çocuk düşürme suçunda yaptığımız açıklamalarda olduğu gibidir. Ancak bu suçta cezalar, rızasız çocuk düşürme suçuna göre daha azdır.

²⁶ SCHMIDT Rolf- PRIEBE Klaus, Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 2.Bası, 2003, sh.66

V. Suçların İctimai ve İştirak

Rızasız çocuk düşürme suçunda yaptığımız açıklamalarda olduğu gibidir.

VIII. Yaptırım

On haftadan fazla bir gebeliği, tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile sona erdiren faile iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Fiil, beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara neden olmuşsa ceza, üç yıldan altı yıla kadar hapis, ölüme neden olmuşsa dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır (TCK.99/(4)). Fail, rahim tahliyesine yetkili olmayan kişi ise verilecek ceza yarı oranında artırılır (TCK.99/(5,c2)). Çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren gebe kadına da bir yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür (TCK.99/(2)).

Gebelik süresi on haftadan fazla olmayan gebeliklerde rıza ile gebeliğin sona erdirilmesi hukuka aykırı ve de suç değildir. Ancak, on haftadan fazla olmayan gebelikte rızaya dayalı rahim tahliyesini yetkisiz kişi yaparsa, eylem, rahim tahliyesini yapan yetkisiz kişi açısından suç oluşturmaktadır. Bu durumda faile iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Öngörülen ceza, on haftadan fazla gebelikte yetkili hekim tarafından rıza ile çocuk düşürme suçunun cezasıyla aynıdır.

ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU

Türk Ceza Kanunu'nun 100.maddesine göre: “*Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*”

Rıza ile çocuk düşürme suçundan farkı, çocuk düşürme fiilini gebe kadının kendisinin işlemesidir.

I. Suçla Korunan Hukuki Menfaat

Rıza ile çocuk düşürme suçunda olduğu gibi, rahimdeki ceninin, hamileliğin onuncu haftasından sonra doğan bir hak olarak, varlığını sürdürüp, gelişimini tamamlayıp doğabilme hakkı, yani ceninin gelecekteki yaşama hakkına kavuşabilmesi hakkıdır. Gebe kadın, hamileliğinin ilk on haftası içinde biyolojik anne olup olmama konusundaki tercihini yapmak zorundadır. Hukuk düzeni, gebe kadının bu seçimi yapma hakkını, gebeliğin onuncu haftasından sonra rahimdeki ceninin varlığını sürdürüp, doğma hakkı ile sınırlamıştır.

II. Maddi Unsur

a. Fail

Bu suçta fail, çocuğu düşürme fiilini kendisi gerçekleştiren gebe kadındır. Bu yönüyle çocuk düşürme suçunu ancak gebe bir kadın işleyebileceğinden özgü suçtur. Yukarıda da belirtildiği gibi on haftayı doldurmayan gebeliklerde, gebe kadı-

nın rızası bulunsa bile yetkili olmayan bir kişi tarafından rahmin tahliyesi 99/(5). maddedeki çocuk düşürme suçunu oluşturur. Bu durumun nedeni, kanunumuzun sisteminin gebeliğin tıbbi bir kurumda ve yetkili kişiler tarafından yapılmasını sağlamak, yetkili olmayan kişilerin müdahalelerine engel olmak ve kadının sağlığını korumak olmasıdır.²⁷ Fakat on haftayı doldurmayan gebeliklerde, gebe kadının kendisi çocuğunu düşürecek olursa fiil suç oluşturmaz.

TCK.'nun 100.maddesine göre gebe kadının kendisi ancak gebelik süresi on haftadan fazla olan gebeliklerde çocuk düşürme suçunun faili olarak bu suçu işleyebilir.

b. Mağdur

Gebe kadının rahmindeki onuncu haftayı doldurmuş cenindir.

c. Hareket

Gebe kadının rahmindeki on haftadan fazla süreli canlı ceninin canlı varlığına son vererek gebeliği bitiren her türlü hareket olup, çocuk düşürme suçunda yaptığımız açıklamalarda olduğu gibidir. Çocuk düşürme suçunun da işlenebilmesi için kadının gebe ve ceninin de ana rahminde canlı olması gerekmektedir.

d. Netice ve Teşebbüs

Çocuk düşürme suçunda yaptığımız açıklamalarda olduğu gibidir.

III. Hukuka Aykırılık Unsuru

Ancak TCK.'nun 25/(2). maddesindeki zorunluluk halinin varlığında fiil hukuka uygun olabilir.

IV. Manevi Unsur

Manevi unsur genel kasttır. Kadın, gebe olduğunu, gebelik süresinin on haftadan fazla olduğunu, bilerek ve rahmindeki canlı ceninin canlılığına son vermeyi isteyerek icra hareketlerine başlamalıdır. TCK.'nun 100.maddesi metninde açıkça "isteyerek düşürmek" ibaresine yer verilmiş olduğundan kanaatimce bu suç olası kastla işlenemez.

V. Suçu Etkileyen Nedenler

Yasada suçta etki eden neden öngörülmemiştir.

²⁷ ÖNDER Ayhan, s.191.

VI. Suçların İçtimalı

Genel kurallar uygulanır. Gebe kadının kendisine karşı kasten yaralama veya kasten öldürme suçunun faili olamayacağı açıktır.

VII. İştirak

Özgü suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulurlar (TCK.40/(2)).

VIII. Yaptırım

Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur (TCK.100).

KISIRLAŞTIRMA SUÇU (STERİLİZASYON)

Türk Ceza Kanunu'nun 101.maddesinde düzenlenmiştir. N.P.H.K.'nun 4.maddesi, "Sterilizasyon ve Kastrasyon" başlığını taşımakta olup, bu maddeye göre sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma yeteneğinin cinsel ihtiyaçlarını tatmine engel olmadan yok edilmesi için yapılan müdahaledir. N.P.H.K. kastrasyonu tanımlamamakta, fakat 4.maddesinin son fıkrasında bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zorunluluk nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesinin yapılabileceği hükmünü taşımaktadır. N.P.H.K.'nun sterilizasyon tanımından da yorum yoluyla dolaylı olarak çıkarılabileceği üzere kastrasyon, kişinin çocuk yapma yeteneğinin cinsel ihtiyaçlarını tatmine de engel olacak şekilde yok edilmesidir. Diğer deyişle kastrasyon, "kişinin cinsel salgı bezlerinin alınması suretiyle cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğinin tamamen sona erdirilmesi amacını taşıyan tıbbi bir müdahaledir."²⁸ Türk Ceza Kanunu'nda hukuka aykırı hadımlaştırmayı (kastrasyon) özel olarak suç tipi haline getiren bir düzenleme yoktur. Kısırlaştırma fiilini ayrı suç tipi olarak kabul eden anlayışta, daha ağır fiil olan hadımlaştırmanın ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmemiş olması anlaşılabilir. Bu durumda kanaatimizce, fail TCK.'nun 87/(2).maddesindeki ağır yaralama suçunu işlemiş olacaktır.

TCK.'nun 101.maddesindeki düzenlemeye göre kısırlaştırma suçu da rızaya dayalı ve rıza olmaksızın iki biçimde işlenebilir. **Rıza olmaksızın** bir kadın veya erkeği kısırlaştırma (sterilizasyon) eyleminin faili, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. **Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma eyleminin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur** (TCK.101/(2)).

²⁸ YENERER-ÇAKMUT Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın... s.123; ERMAN Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.209.

A- RIZASIZ KISIRLAŞTIRMA SUÇU

Türk Ceza Kanunu'nun 101/(1). maddesine göre bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse cezalandırılır.

I. Suçla Korunan Hukuki Menfaat

Anayasa'nın 17.maddesine göre herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Bu nedenle "sağlık hakkı kapsamında yapılan müdahaleler kişinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne ve kendi geleceğini belirleme hakkına müdahale oluşturur."²⁹ Kısırlaştırma suçuyla korunan hukuksal yarar da kişinin üreme yeteneğinin korunması özelinde beden dokunulmazlığı hakkıdır.³⁰

II. Maddi Unsur

a.Fail ve Mağdur

Herhangi bir kişi bu suçun faili olabilir. Fakat yetkili olmayan kişinin fail olması cezada artırım nedenidir. Bu nedenle suçun temel şeklinde fail ancak kısırlaştırma işlemi yapmaya yetkili kişi olabilir; bu durumda da özgül suç niteliği oluşur.³¹ Fail ve mağdur sıfatı birleşemez; diğer deyişle kişinin kendini kısırlaştırması suç değildir.

Kısırlaştırma suçunun mağduru üreme yeteneğine sahip kadın veya erkektir. Üreme yeteneği bulunmayan kadın veya erkek üzerinde bu suç işlenemez.

b.Fiil

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'e göre sterilizasyon(kısırlaştırma) deyimi kadınlarda tüp ligasyonunu (tüplerin bağlanması), erkeklerde vazektomiye (erkeğin tohum kanallarının ameliyatla bağlanması) ifade etmektedir (Tüzük.md.2/b,c). Kısırlaştırmanın hadımlaştırmadan farkı yukarıda da açıklandığı gibi kişinin cinsel arzu ve faaliyet yeteneğine son vermemesidir. Aksi takdirde fiil kısırlaştırma suçunu değil, ayrı bir hadımlaştırma suç tipi bulunmadığından yaralama suçunu oluşturur.

N.P.H.K.'nun 4/2. ve Tüzük'ün 10. maddesine göre kısırlaştırma (sterilizasyon)

²⁹ Yokuş-Sevük, Handan, "Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler", iç. Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Sempozyum No:1, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Özel Sayısı:1 Basım Yılı. Ocak 2007, s.221.

³⁰ Aynı görüşte Yenerer-Çakmut, Özlem, "Türk Ceza Yasasında Kısırlaştırma Suçu", iç.Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları İstanbul 2008, s. 718.

³¹ Erman/Özek, s.212, no.267.

yon) ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır. N.P.H.K.'ndaki "tıbbi sakınca olmaması" koşulu TCK.'nun 101.maddesinde suçun kanuni tanımında yer almamıştır; dolayısıyla bu suçta aranmaz. Ancak, kişi kısırlaştırmayı istese veya buna razı olsa bile yapılacak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu sağlayabilmesi için söz konusu tıbbi sakıncalar konusunda kişinin aydınlatılması zorunludur. Kişi, bu tıbbi sakıncalar konusunda aydınlatılmış olmasına rağmen kısırlaştırmayı istediğinde veya buna razı olduğunda N.P.H.K.'na aykırı bir kısırlaştırma fiili bulunmasına karşın, bu hukuka aykırı fiil TCK.'nun 101/(1). maddesindeki kısırlaştırma suçunu oluşturmaz. Aksinin kabulü kıyas yapmak olur.

Yine N.P.H.K.'na göre reşit olmayan bir kişiye kısırlaştırma ameliyatı yapılamayacaktır. Ancak, bu husus da TCK.'ndaki suç tipinde yoktur. Dolayısıyla TCK.'nun 101.maddesindeki kısırlaştırma suçu açısından rıza açıklayacak kişinin reşit olması da aranmaz. Yasa koyucunun kısırlaştırma suçu açısından N.P.H.K.'nda olduğu gibi reşit olmayı suçun yasal unsuru sayması gerektiği kanaatindeyim. Ancak, rızanın -ister suçun kanuni tanımında yer alan bir unsur isterse de suçun nesnel unsuru olarak hukuka uygunluk nedeni olsun- geçerli olabilmesi için kişinin rıza açıkladığı konuda ehil olması zorunludur. Rıza konusu hakkın sahibi olan kişi, korunmasından vazgeçmek istediği hukuksal çıkarın kendisi açısından taşıdığı anlam ve önemi kavrayabilme yeteneğine sahip değilse açıkladığı rıza geçerli değildir.³²

Yine N.P.H.K.'na göre eğer kişi evli ise eşinin de izninin alınması zorunluluğu vardır (NPHK.md.6/2, Tüzük.md.13/2). TCK.'ndaki suç açısından ise eşin rızası aranmaz; kişinin kendisinin rızası fiilin suç oluşturmaması için yeterlidir. Reşit kişi vesayet altındaysa vasinin de izni gerekmektedir (Tüzük.md.15). Kanaatimizce rıza bu suçta da suçun yasal unsuru olup, hukuka uygunluk nedeni değildir.³³

N.P.H.K.'nun 8. maddesinde önceden yer alan, fiillerin daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde failin "ağır para cezası" ile cezalandırılacağı hükmü, N.P.H.K.'nun 8.maddesinde 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 401.maddesi ile yapılan değişiklikle maddeden çıkarıldığından, artık N.P.H.K. kapsamında da bir suç oluşmamaktadır.

c. Teşebbüs

Suç, teşebbüs derecesinde kalabilir.

III. Hukuka Aykırılık Unsuru

Tıbbi zorunluluk durumu TCK'nun 25/(2).maddesindeki zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenini oluşturabilir.³⁴

³² Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 7.Bası, Kasım 2011, s.320.

³³ Aynı görüşte Tezcan/Erdem/Önok, s. 298, Aksi görüşte Yenerer-Çakmut, Alacakaptan'a Armağan, s.720 vd.

³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.298.

IV. Manevi Unsur

Suçun taksirli şekli yoktur; kasten işlenebilir. Olası kastın varlığında cezada indirim yapılır (TCK.21/(2)).

V. Suçu Etkileyen Nedenler

Rızasız kısırlaştırma eylemi, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa ceza üçte bir oranında artırılır (TCK.101/(1)).

Kadınlara kısırlaştırma ameliyatı yapma yetkisine kadın hastalıkları ve doğum uzmanları ya da genel cerrahi uzmanları sahiptir. Erkeklerle kısırlaştırma ameliyatını ise, üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanları ile bu konuda Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'na açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler yapabilirler (Tüzük.md.10).

VI. Suçların İçtimalı

Failin varmak istediği sonuç, diğer deyişle hareketinin maksadı, mağduru kısırlaştırmak olmayıp, onu yaralamak olmasına karşın, yaralamak fiili nedeniyle mağdur çocuk yapma yeteneğini kaybederse TCK.'nun 87/(2),c maddesindeki netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu gerçekleşir.

Ancak failin maksadı kısırlaştırma olup da kısırlaştırma fiili nedeniyle mağdur ölür veya bedensel zarara uğrarsa ayrıca taksirle öldürme ya da taksirle yaralama suçları da söz konusu olur. Bu durumda fail hem tamamlanmış veya teşebbüs derecesinde kalmış kısırlaştırma suçundan hem de adı geçen suçlardan birden fazla ceza alabilir. Her ne kadar 5237 sayılı TCK.'nun 101.maddesinin gerekçesinde “kısırlaştırma ameliyesinin kişinin ölümüne veya bedensel bir zarara neden olması halinde, failin netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümler çerçevesinde sorumluluğu cihetine gidileceğinde kuşku yoktur” denmişse de kanaatimce kuşku vardır. Çünkü TCK.'nun 101.maddesinde düzenlenmiş kısırlaştırma suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış şekline Yasa'da yer verilmemiştir. 765 sayılı TCK.'nda **kısırlaştırma suçunun yer aldığı 471.maddede kısırlaştırma failinin mağdurun ölümüne veya bedensel bir zararına neden olması halinde failin ayrıca 765 sayılı TCK.'nun 452. ve 456.maddelerine göre cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştı.** Söz konusu 452.maddede yaralama kastının aşılması suretiyle insan öldürme suçu, 456.maddede ise netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu yer almakta idi ve fail bu nedenle hem tamamlanmış veya teşebbüs derecesinde kalmış kısırlaştırma suçundan hem de adı geçen suçlardan gerçek içtima hükümlerine tabi olabilirdi.

VII. İştirak

Genel kurallara tabidir ancak özgü suç şeklinde buna iştirak eden diğer kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulurlar (TCK.40/(2)).

VIII. Yaptırım

Temel şeklinde üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası olup, nitelikli şeklini oluşturan, fiilin kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından işlenmesinde ceza üçte bir oranında artırılır.

B- RIZAYA DAYALI KISIRLAŞTIRMA SUÇU

Yukarıda açıklandığı üzere rıza, aslında kısırlaştırma fiilinin kısırlaştırma suç tipine uygunluğunu engelleyen bir yasal unsurdur. Kısırlaştırma, esasen rıza yoksa suç oluşturur. Rızanın varlığına rağmen kısırlaştırma fiilinin suç oluşturmasının nedeni, bu fiilin failinin niteliğidir. TCK.'nun 101/(2).maddesine göre rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yetkili kişilerin kimler olduğu yukarıda açıklandığı üzere Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 10.maddesinde belirlenmiştir.