



KADIR HAS ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**TÜRK CEZA KANUNU'NDA
GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI**

MİHRİBAN AVCI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSTANBUL, NİSAN, 2023



MIHRIBAN AVCI Yüksek Lisans Tezi

2023

TÜRK CEZA KANUNU'NDA GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI

MİHRİBAN AVCI

DANIŞMAN: PROF. DR. TUĞRUL BAYAZIT KATOĞLU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı'nda yüksek lisans derecesi için gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi amacıyla Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü'ne teslim edilmiştir.

İstanbul, Nisan, 2023

ONAY

MİHRİBAN AVCI tarafından hazırlanan **TÜRK CEZA KANUNU'NDA GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI** başlıklı bu çalışma jürimiz tarafından **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Tuğrul Bayazıt Katoğlu (Danışman)

Kadir Has Üniversitesi

.....

Dr. Öğr. Üyesi Aysun Altunkaş

Kadir Has Üniversitesi

.....

Dr. Öğr. Üyesi Merve Duysak

İstanbul Okan Üniversitesi

.....

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Mehmet Timur AYDEMİR

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

Onay Tarihi: 06/04/2023

ARAŞTIRMA ETİĞİ VE YAYIN YÖNTEMLERİ BİLDİRİMİ

Ben, MİHRİBAN AVCI;

- Hazırladığım bu Yüksek Lisans Tezinin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde belirttiğimi;
- Bu Yüksek Lisans Tezinin başka bir eğitim kurumunda bir derece veya diplomaya sunulan veya kabul edilen herhangi bir materyal içermediğini;
- "Yükseköğretim Kurulu Etik Davranış İlkeleri" uyarınca hazırlanan "Kadir Has Üniversitesi Akademik Etik İlkeleri"ni takip ettiğimi onaylıyorum.

Buna ek olarak, bu çalışma ile ilgili ortaya çıkabilecek herhangi bir usulsüzlük iddiasının, üniversite mevzuatına uygun olarak disiplin işlemi ile sonuçlanacağını kabul ediyorum.

Mihriban Avcı

Tarih ve İmza (06/04/2023)



Okuyucuya...

TEŞEKKÜR

Danışman Hocam Prof. Dr. Tuğrul Bayazıt Katoğlu derslerinde tez çalışmamızda seçtiğimiz konudaki sorunsalları bulmanın ve bunları çalışmanın öneminden bahsetmekteydi. Her ne kadar gebeliğin sonlandırılması konusunu çalışmaya başlarken çalışma konusundaki sorunsalları bu denli kavrayamasam da yaklaşık iki yıl süren çalışma dönemimde konunun hiçbir zaman önemini yitirmeyeceğini ve birçok hukuki sorun barındırdığını öğrenme ve değerlendirme fırsatı bularak konuya büyük bir ilgi duydum. Nihayet çalışmamı tamamlamış olsam da insanlık var oldukça gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin tartışmaların devam edeceği açıktır. Bu sebeple bu çalışmanın bu konuya bir nebze faydasının dokunmasını diliyorum.

Danışman Hocam Prof. Dr. Tuğrul Bayazıt Katoğlu'na kıymetli zamanını ayırarak çalışmaya sunduğu katkılar ve rehberliği için çok teşekkür ederim. Yine kıymetli vakitlerini ayırarak çalışmamı detaylı bir şekilde inceleyen ve bu çalışmanın gelişmesini sağlayan çok değerli hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Aysun Altunkaş'a ve Dr. Öğr. Üyesi Merve Duysak'a çok teşekkür ederim. Onların eleştirileri ve rehberliği bu çalışmayı çok daha değerli kıldı. Yine tüm sorularımı sabırla cevaplayarak yüksek lisans sürecimde beni teşvik eden, bana rehber ve destek olan sevgili ablam Ar. Gör. Gülnihan Avcı Kaya'ya çok teşekkür ederim.

Tez yazım sürecimde büyük bir özveri ile çalışmada yararlandığım tüm kaynaklara erişmemi ve bu kaynaklardan faydalanmamı sağlayan Kadir Has Üniversitesi Bilgi Merkezi'nin nazik çalışanlarına yürekten bir teşekkür borçluyum. Son olarak maddi ve manevi desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen, çalışmalarım konusunda beni yüreklendiren ve haklarını hiçbir zaman ödeyemeyeceğim çok sevgili anne ve babama sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum. Dilerim bu çalışma konuya ışık tutar ve tüm okuyucularına faydalı olur.

TÜRK CEZA KANUNU'NDA GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI

ÖZET

Gebeliğin sonlandırılması etik, tıp, din, politika, felsefe gibi pek çok alan bakımından tarih boyunca tartışılmış ve günümüzde de hala tartışılmaktadır. Bu çalışmanın ilk bölümünde gebeliğin sonlandırılmasına ve ceninin korunmasına ilişkin yaklaşımlara yer verilmekte ve bu konudaki düzenlemelerin geçmişten günümüze her zaman özgürlükler lehine olmadığı anlatılmaktadır. Ardından gebeliğin sonlandırılmasına ve ceninin korunmasına ilişkin farklı koruma kategorilerine yer verilerek cenine öngörülen farklı hukuki statülere ve hukuki koruma kategorilerine değinilmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise Türk Ceza Kanunu'nda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin 99. ve 100. maddelerde yer alan çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarının unsurları öğretide yer alan tartışmalarla ve Yargıtay kararları ile incelenmektedir. Çocuk düşürtme suçu başlığı altında ise suç sonucu oluşan gebelikler ve gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasının alınması konularında uygulamada yaşanan belirsizlikler ve öğretide yer alan tartışmalar sebebiyle çözüm önerileri getirilmeye çalışılmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Gebeliğin sonlandırılması, cenin, çocuk düşürtme suçu, çocuk düşürme suçu, suç sonucu oluşan gebelikler, eşin rızası.

TERMINATION OF PREGNANCY ACCORDING TO TURKISH CRIMINAL
CODE

ABSTRACT

Termination of pregnancy is an issue that has been discussed throughout history in terms of many fields such as ethics, medicine, religion, politics and philosophy and this issue is still being discussed today. In the first part of the thesis, firstly approaches to termination of pregnancy and protection of the embryo are discussed and it is explained that the regulation of the subject has not always been in favor of freedoms from past to present. Then, different protection categories related to termination of pregnancy and protection of the embryo are discussed and different legal statuses and legal protection categories foreseen for the embryo are explained. In the second part of the thesis, the elements of illegal abortion and miscarriage offenses included in articles 99 and 100 regarding the termination of pregnancy in the Turkish Criminal Code were examined with the discussions in the doctrine and the Supreme Court decisions. Under the title of the illegal abortion, solution suggestions have been tried to be brought about pregnancies which occurred consequence of crime and spousal authorization in termination of pregnancy due to the uncertainties experienced in practice and the discussions in the doctrine.

Keywords: Termination of pregnancy, embryo, illegal abortion, miscarriage, pregnancies which occurred consequence of crime, spousal authorization.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR.....	V
ÖZET.....	Vi
ABSTRACT	Vii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xii
1. GİRİŞ	1
2. CENİNE İLİŞKİN FARKLI KORUMA ANLAYIŞLARI VE HUKUKİ KORUMA KATEGORİLERİ	4
2.1 Gebeliğin Sonlandırılması ve Ceninin Korunmasına İlişkin Farklı Yaklaşımlar... 4	
2.1.1 Gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunması bakımından tarih boyunca görülen farklı yaklaşımlar..... 4	
2.1.2 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında gebeliğin sonlandırılması ve ceninin statüsü..... 13	
2.1.3 Türk hukukunda gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunmasına ilişkin anlayış dönüşümü 19	
2.2 Ceninin Korunması ve Gebeliğin Sonlandırılması Bakımından Sağlanan Farklı Hukuki Koruma Kategorileri..... 26	
2.2.1 Cenine kişi statüsünde hukuki koruma öngören koruma kategorisi..... 28	
2.2.2 Ceninin gelişim evrelerini dikkate alarak hukuki koruma öngören koruma kategorisi..... 31	
2.2.3 Cenine hukuki koruma öngörmeyen kategori..... 36	
3. TÜRK CEZA KANUNU'NDA GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI.....	38
3.1 Çocuk Düşürtme Suçu (TCK m.99) 38	
3.1.1 Genel olarak..... 38	
3.1.2 Suçun hukuki konusu..... 40	
3.1.2.1 Ceninin yaşam hakkı 41	
3.1.2.2 Gebe kadının sağlığı..... 42	
3.1.2.3 Kadının kendi geleceğini belirleme hakkı..... 43	

3.1.2.4 Aileye ait bir varlık	43
3.1.2.5 Üreme hakkı	44
3.1.2.6 Devletin nüfus politikası ve genel ahlak	44
3.1.3 Suçun maddi konusu.....	45
3.1.4 Fail	46
3.1.4.1 Genel olarak	46
3.1.4.2 Özgü suç kavramı bakımından.....	47
3.1.4.3 Gebe kadın	47
3.1.4.4 Taşıyıcı annelik	48
3.1.4.5 Sağlık çalışanları	49
3.1.5 Mağdur.....	51
3.1.6 Suçun unsurları	54
3.1.6.1 Maddi unsur	54
3.1.6.1.1 Davranış	54
3.1.6.1.2 Sonuç.....	63
3.1.6.1.3 Nedensellik bağı.....	64
3.1.6.1.4 Hukuka uygunluk nedenleri	64
3.1.6.1.4.1 Meşru savunma	64
3.1.6.1.4.2 Zorunluluk hali.....	65
3.1.6.1.4.2.1 Genel olarak	65
3.1.6.1.4.2.2 Tıbbi zorunluluk bulunması	66
3.1.6.1.4.2.3 Doğacak çocuk ve onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete sebep olması	70
3.1.6.1.4.3 Hakkın kullanılması	71
3.1.6.1.4.4 İlgilinin rızası (On haftaya kadar olan gebeliklerde kadının rızası).....	72
3.1.6.1.4.4.1 İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni bakımından kadının bilgilendirilmiş rızası	75
3.1.6.1.4.4.2 Varsayılan rıza	79
3.1.6.1.4.4.3 Rızaya ehliyet.....	80
3.1.6.1.4.4.4 Evli olunması durumunda eşin rızasının hukuki niteliği....	83

3.1.6.1.4.5 Hukuka uygunluk nedenleri bakımından hata.....	89
3.1.6.2 Manevi unsur.....	90
3.1.6.2.1 Kast	90
3.1.6.2.2 Hekimin taksirli davranışı sebebiyle gebeliğin sonlandırılmasına sebebiyet vermesi	93
3.1.7 Suçun ortaya çıkış biçimleri	95
3.1.7.1 Neticesi sebebiyle ağırlaşan haller	95
3.1.7.1.1 Fiilin kadının beden veya ruh sağlığı bakımından zarara uğramasına neden olması.....	95
3.1.7.1.2 Fiilin kadının ölümüne neden olması.....	99
3.1.7.2 Suçun nitelikli hali olarak fiilin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi.....	100
3.1.7.3 Hafifletici sebepler	102
3.1.7.4. Teşebbüs.....	102
3.1.7.5 İştirak.....	104
3.1.7.6 İçtima.....	106
3.1.8 Suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması.....	108
3.1.9 Müeyyide	117
3.1.10 Muhakeme hükümleri bakımından özel durumlar.....	118
3.2 Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100)	120
3.2.1 Genel olarak.....	120
3.2.2 Suçun hukuki konusu.....	121
3.2.3 Suçun maddi konusu.....	122
3.2.4 Fail	122
3.2.5 Mağdur.....	123
3.2.6 Suçun unsurları	124
3.2.6.1 Maddi unsur	124
3.2.6.1.1 Davranış	124
3.2.6.1.2 Sonuç.....	125
3.2.6.1.3 Nedensellik bağı.....	126
3.2.6.1.4 Zorunluluk Hali.....	126

3.2.6.2 Manevi unsur.....	126
3.2.7 Suçun özel görünüş biçimleri	128
3.2.7.1 Teşebbüs.....	128
3.2.7.2 İştirak.....	129
3.2.7.3 İçtima.....	129
3.2.8 Müeyyide	130
4. SONUÇ.....	131
KAYNAKÇA	136



KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
CD.	Ceza Dairesi
CEDAW	Convention on Elimination of all Forms of Discrimination Against Women
CGK	Ceza Genel Kurulu
ÇKK	Çocuk Koruma Kanunu
E.	Esas
K.	Karar
m.	Madde
MR	Menstrüel Regülasyon
NPHK	2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
TCK	Türk Ceza Kanunu

TMK Türk Medeni Kanunu

Tüzük 2757 Sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin
Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük

vb. Ve benzeri

vd. Ve devamı



1. GİRİŞ

Gebeliğin sonlandırılmasına ve ceninin hukuki statüsüne bakış açısı tarih boyunca içinde bulunulan toplumun görüş ve ihtiyaçlarına, nüfus politikasına, savaş vb. etkenlerle değişiklik göstermiş ve zaman zaman toplumlar bu korumayı artırırken zaman zaman da daha özgürlükçü bir bakış açısı ile konuyu düzenlemişlerdir. Gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunması konusunun çeşitli dinler tarafından da düzenlemeye tabi tutulduğu görülmektedir. Bazı hukuk düzenleri gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunmasına ilişkin dini bakış açısından etkilenmiş ve konuyu kısıtlayıcı bir şekilde düzenlemişlerdir. Fakat bu hukuk düzenleri zaman içerisinde değişen toplum ihtiyaçları sebebiyle gebeliğin sonlandırılması konusunda daha liberal bir bakış açısı benimsemek zorunda kalmışlardır. Bu konuda en çarpıcı gelişme İrlanda Hukuku'nda yaşanmıştır. Ceninin hayatını gebe kadının hayatı ile eşit değerde kabul eden İrlanda Hukuku'nda 2018 yılında kabul edilen düzenleme ile istek üzerine gebeliğin sonlandırılması yasal hale gelmiştir. Fakat gebeliğin sonlandırılması konusundaki bu liberalleşme eğilimi her ülke bakımından aynı şekilde etki göstermemektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) kürtajın anayasal bir hak olarak tanındığı 1973 tarihli Roe v. Wade kararının iptal edilmesi konuya giderek daha özgürlükçü yaklaşıldığını söylemenin mümkün olmadığını ortaya koymuştur. Bu sebeple konunun gelecekte de güncelliğini koruyacağını açıklar.

Türk Hukuku'nun bir parçası olması sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları konu bakımından önem arz etmektedir. AİHM kararlarında, yaşamın başlangıcı konusunda taraf devletler arasında görüş birliğinin bulunmadığını, taraf devletlerin konuyu düzenleme konusunda takdir yetkilerinin olduğunu ve ceninin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 2. maddesi kapsamında kişi olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte AİHM, ceninin insan onurunun korunması amacıyla belirli bir korumadan faydalandırılması gerektiğini kabul etmektedir. AİHM, gebeliğin sonlandırılması konusunu AİHS'nin 8. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele almakta fakat kürtajı bir hak olarak tanıyıp tanımamak konusunda taraf devletlerin takdir yetkilerinin olduğunu kabul etmektedir. Fakat AİHM'nin gebe kadının sağlığının tehlikede olduğu veya ceninde birtakım anormalliklerin olduğu hallerde gebe kadının gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yaptığı

başvurularının sürüncemede bırakılmasını AİHS m.3 kapsamında kötü muamele olarak nitelendirdiği kararları da bulunmaktadır.

Türk Hukuku bakımından ise konu farklı dönemlerde farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Türk Hukuku'nda 1921-1926 yılları arasında bir boşluk dönemi yaşanmış, 1926-1936 yılları arasında gebeliğin sonlandırılması ve nüfus planlaması yasaklanmış ve çocuk düşürtme suçları Kişilere Karşı İşlenen Suçlar başlığı altında ele alınmıştır. 1936 yılına gelindiğinde ise yapılan değişiklikle çocuk düşürtme suçları Irkın Tümlüğü ve Sağlığı Aleyhine Cürümler başlığı altında düzenlenerek dönemin nüfus ihtiyacı karşılanmaya çalışılmıştır. İlk defa 1965'te 557 Sayılı Nüfus Planlaması Kanunu'nun kabul edilmesi ile gebeliği önleyici tedbirler düzenlenmiş ve tıbbi zorunluluk halinde gebeliğin sonlandırılabilmesi kabul edilmiştir. 1983 yılında kabul edilen 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPHK) ile de tıbbi zorunluluk hallerinin dışında on haftaya kadar olan gebeliklerin istek üzerine sonlandırılabilmesi kabul edilerek konuya özgürlük alanı tanınmıştır. Her ne kadar kanunen on haftaya kadar gebeliklerin sonlandırılması imkânı mevcut olsa da 2020 yılına ait bir araştırma sonucu 295 kamu hastanesinin 185 tanesinde gebeliğin sonlandırılması işleminin yapılmadığını göstermektedir.

Cenine öngörülen hukuki statünün farklı koruma kategorileri ile düzenlendiği görülmektedir. Kimi hukuk düzenlerinde cenine kişi gibi hukuki koruma öngörülüp cenine yaşam hakkı bahşedilirken kimi hukuk düzenlerinde ise cenin yaşam hakkının öznesi olarak kabul edilmemekle birlikte insan olma potansiyeline sahip olması sebebiyle insan onurunun bir parçası olarak belirli bir hukuki korumadan faydalandırılmaktadır. Cenine kişi gibi hukuki koruma öngörerek cenini yaşam hakkının öznesi olarak kabul eden koruma kategorisinde yer alan hukuk düzenlerinde doğum öncesi hayatın korunması da devletin bir yükümlülüğü olarak kabul edilmektedir. Ceninin gelişim evrelerini dikkate alarak hukuki koruma öngören kategoride yer alan hukuk düzenlerinde ise gebeliğin sonlandırılması bakımından süre sınırlamalarının yapıldığı ve cenine yaşam hakkı verilmese de ceninin yaşam varlığının sona erdirilmesi bakımından belirli sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Bu kategorilerin dışında kalan kategori ise cenine hiçbir hukuki koruma öngörmeyen kategori olup Avrupa ülkeleri içerisinde bu kategoride yer alan

hiçbir ülke bulunmamaktadır. Türk Hukuku'nda ise cenin Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca ancak sağ ve tam doğum ile kişilik kazanmaktadır. Her ne kadar kişilik sağ ve tam doğum ile kazanılsa da sağ ve tam doğumdan önce ceninin gelecekte kişiliğe sahip olması ihtimali sebebiyle medeni hukukundan kaynaklanan bazı haklara sahip olduğu görülmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda on haftaya kadar olan gebeliklerin isteğe bağlı olarak sonlandırılabilceği düzenlendiğinden cenine ilişkin korumanın on haftadan sonra başlayacağı kabul edilmektedir.

Çalışma iki bölümden oluşmakta olup ilk bölümde gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunmasına ilişkin farklı yaklaşımlar ve farklı hukuki koruma kategorileri, ikinci bölümde ise Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ocuk düşürtme (TCK m.99) ve ocuk düşürme (TCK m.100) sularının unsurları öğretide yer alan farklı görüşlerle incelenmektedir. ocuk düşürtme ve ocuk düşürme sularının unsurlarının anlaşılması bakımından Yargıtay kararlarına da yer verilmektedir. Çalışmada ocuk düşürtme suçunun düzenlenmesinde özellikle sorun arz eden suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması ve gebeliğin sonlandırılması bakımından eşin rızasının alınması konuları ayrı başlıklar halinde incelenmektedir. Suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması bakımından uygulamada yaşanan tereddütlere öğretide getirilen öneriler değerlendirilmiş ve konuya çözüm nerisi getirilmeye çalışılmıştır. Gebeliğin sonlandırılması bakımından eşin rızasının alınması konusu ile Amerika Birleşik Devletleri'nde alınan Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey kararı ile karşılaştırmalar yapılarak Türk Hukuku'nda yer alan düzenlemenin yerinde olup olmadığına ilişkin kanaate ulaşılmaya çalışılmıştır.

2. CENİNE İLİŞKİN FARKLI KORUMA ANLAYIŞLARI VE HUKUKİ KORUMA KATEGORİLERİ

2.1 Gebeliğin Sonlandırılması ve Ceninin Korunmasına İlişkin Farklı Yaklaşımlar

2.1.1 Gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunması bakımından tarih boyunca görülen farklı yaklaşımlar

Cenin Arapça kökenli bir kelime olup “*gizli veya örtülü olan şey*” anlamına gelmektedir¹. Cenin anne rahminde döllenme ile oluşmakla çeşitli gelişim evrelerinden geçerek yaşam varlığı kazanmaktadır². Türk Ceza Hukuku bakımından cenin deyimi gebeliğin başlangıcından sonuna kadar tüm aşamalarda anne rahmindeki canlı varlığı ifade etmek için kullanılmaktadır³. Bu açıklamalar ışığında çalışmada gebeliğin tüm aşamalarındaki anne rahmindeki canlı cenin olarak adlandırılmaktadır. Bu başlık altında cenin kısaca tanımlanarak ayrıntılı açıklamalara çalışmanın ikinci bölümünde yer alan çocuk düşürtme suçunun genel olarak başlığı altında yer verilmektedir.

Gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunması farklı zamanlarda farklı toplumlarda etik, din, felsefe ve politika gibi birçok alanı ilgilendiren, toplumun bakış açısı ve ihtiyaçlarına göre şekillenen bir konu olmuş ve bu sebeple güncelliğini her zaman korumuştur. Gebeliğin sonlandırılması meselesi insanlık tarihi kadar eski bir mesele olarak kabul edilmektedir. Örneğin, milattan önce 2000 yılında düzenlenen Hamurabi Kanunları’nda gebeliğin sonlandırılması sonucunda hür kabul edilen bir kadının ölmesine sebebiyet veren kimseye ceza olarak kendi çocuğunun öldürüleceği kabul edilmiştir⁴. İkel toplumlarda çocuk üzerinde tasarruf etme yetkisi bulunan anne ve babanın rızası ile gebeliğin sonlandırılması durumunda gebeliği sonlandıranlara herhangi bir ceza

¹ Mehmet Dirik, ‘İslam Hukukunda Cenin Öldürme Suçunun Cezası’ (2012) (2) Bilimname Dergisi 187, 189.

² Hüseyin Ertuğrul, *Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları* (1.Bası, Adalet 2016) 8.; Salih Oktar, *Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları (TCK m. 99-100)* (1.Bası, On İki Levha 2016) 5.

³ Tuğrul Katoğlu ‘Ceza Hukuku ve Etik’ (2004) 19(4) Toplum ve Hekim Dergisi 300, 302-303.

⁴ Duygun Yarsuvat, ‘Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi’ (1983) 48(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 451, 451.

verilmesi öngörülmemiştir. İbranilerde ise gebeliğin sonlandırılması için öngörülen müeyyide kadının kocası ya da hakimler tarafından belirlenmekte ve gebeliğin sonlandırılması sonucunda kadının da ölmesi halinde ölüm cezası verilmektedir. Eski Yunan’da ceninin hayat kazanıp kazanmadığına göre ayırım yapılmış olup ceninin hayat kazanmış olması halinde ölüm cezası, hayat kazanmamış olması halinde ise herhangi bir ceza öngörülmemiştir⁵. Hipokrat (*Hippocrate*) yemininde “*bir gebe kadına çocuk düşürmesi için ilaç vermeyeceğim*” denilmek suretiyle çocuk düşürmenin yasaklanmasına rağmen uygulamada gebeliğin sonlandırılabilirdiği görülmüştür. Roma’da ise Pater Familias’ın aile üzerinde mutlak bir hakimiyet hakkı olması sebebiyle sadece babanın rızasının bulunmadığı hallerde gebeliğin sonlandırılmasının yasaklandığı görülmektedir. Evli olmayan kadınlar bakımından ise serbestlik söz konusudur. Hristiyanlığın kabul edilmesi ile bu anlayış değişmiş ve gebeliği sonlandıranlar bakımından ölüm cezası öngörülümüştür⁶.

Gebeliğin sonlandırılması ve cenine atfedilen değer dini bakımdan da tartışmalı olup birçok din konuyu düzenleme ihtiyacı duymuştur. Genel olarak dini bakış açısında gebeliğin sonlandırılmasının olumlu karşılandığını söylemek mümkün değildir. Çünkü dini perspektifte sadece Tanrı tarafından yaşamın sonlanmasına karar verilebileceği kabul edilmektedir. Bu bakış açısına göre insan sadece Tanrı’nın iradesinin gerçekleşmesine yardım eden bir varlıktır⁷. Örneğin, İslam Hukuku’nda ceninin yaşam varlığı kazanması cenine ruh verilmesi anı olarak kabul edilmiş ve bu ana göre gebeliğin sonlandırılması fiillerine müeyyideler öngörülümüştür⁸. Örneğin, İslam Hukuku’nda gebeliğin ilk dört ayında çocuğun düşürülmesi (ıskat-ı cenin) günahı kebir olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte gebeliğin yüz yirmi gününe kadar tıbbi zorunluluk hallerinde çocuğun henüz insan olarak kabul edilmemesi sebebiyle sonlandırılabilirdiği kabul edilmiştir⁹. Yüz yirmi günden sonra ise gebeliğin sonlandırılması yasaklanmıştır¹⁰. Ceninin anne

⁵ Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (17. Bası, Beta 2004) 200.; Sulhi Dönmezer ‘Çocuk Düşürme ve Düşürmenin Dünü ve Bugünü’ (2011) 50 (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 4.

⁶ Yarsuvat (n 4) 452.

⁷ İlyas Doğan ‘İnsan Hayatını Koruma Yükümlülüğü ve Embriyonun Ahlaki Statüsü’ (2005) (8) Kamu Hukuku Arşivleri Dergisi 104, 105.

⁸ İbrahim Tüfekçi, ‘İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması’ (2013) 45(45) Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 111, 113.

⁹ Yarsuvat (n 4) 452.

¹⁰ Oktar (n 2) 137.

rahminden ölü ya da sağ olarak ayrılmasına göre değişmekle birlikte İslam Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak gurre, kısas ve tam diyet cezaları öngörülmüştür¹¹. İslam Hukuku'nda anne sağlığı açısından tehlikenin mevcut olması, annenin emzirdiği bir başka çocuğunun olması, doğacak çocuğun özürlü olması ve gebeliğin cinsel saldırı sonucu oluşması durumunda gebeliğin sonlandırılabilmesi kabul edilmektedir¹².

Hristiyanlıkta gebeliğin sonlandırılması milattan sonra birinci yüzyıldan itibaren yasaklanmıştır. Esasen İncil'de gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin bir yasak bulunmamaktadır. Ceninin ruh kazanma anı cinsiyet bakımından farklılık göstermektedir. Kız ceninin 80. günde erkek ceninin ise 40. günde ruh kazandığı kabul edilmektedir. Orta çağ döneminde ise gebe kadının yaşamının tehlikeye girdiği hallerde kadının yaşamının kurtarılması amacıyla bu yasak gevşetilmiştir. 17. yüzyıldan itibaren tıp biliminde yaşanan gelişmeler sebebiyle yumurtanın sperm tarafından döllenmesi ile ceninin varlık kazandığı kabul edilmiştir. Bu gelişmeden sonra ceninin gelişim evreleri dikkate alınmadan varlık kazandığını andan itibaren korunması gerektiği kabul edilmiştir. Bu sebeple de gebeliğin sonlandırılması insan öldürmek olarak nitelendirilmiştir¹³. Takdis edilmeden ölen bir kimsenin günahlarında arınamayacağına ilişkin inanç sebebiyle gebeliğin sonlandırılması "*infanticide*" yani çocuğun öldürülmesi olarak adlandırılmaktadır¹⁴.

Musevilik inancına göre ise Tevrat'ta yer alan "*çoğalınız ve dünyaya yayılınız*" emri dikkate alınarak gebeliğin sonlandırılmasının yasaklandığı ifade edilse de zorunluluk hallerinde gebeliğin sonlandırılabilmesi kabul edilmektedir¹⁵. Musevilik bakımından genel olarak yaşamın doğumdan sonra başladığı kabul edilmekte ve ceninin gelişim evreleri dikkate alınarak ona atfedilen değer artmaktadır. Musevilik inancında gebe

¹¹ Dirik (n 1) 190.

¹² Oktar (n 2) 40.

¹³ Sevtap Metin, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk* (1. Bası, Beşikçizade Tıp ve İnsani Bilimler Merkezi 2019) 36-37.

¹⁴ Yarsuvat (n 4) 452.

¹⁵ Oktar (n 2) 38.

kadının yaşamının veya sağlığının tehlikeye düştüğü hallerde gebeliğin sonlandırılmasına izin verildiği görülmektedir¹⁶.

Bazı hukuk düzenlerinin gebeliğin sonlandırılmasına ve ceninin korunmasına ilişkin yaklaşımların dini bakış açısından etkilendiği görülmektedir. Örneğin, İslam dini kurallarına göre yönetilen Suudi Arabistan’da sadece gebe kadının sağlığının korunması amacıyla gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmektedir. Afganistan’da ise sadece gebe kadının hayatının kurtarılması amacıyla gebeliğin sonlandırılmasına izin verildiği görülmektedir. İran’da benzer şekilde sadece annenin hayatının kurtarılması ve ceninde anormalliğin mevcut olması halinde gebeliğin sonlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Bu ülkelerde gebeliğin sonlandırılmasına ve ceninin korunmasına ilişkin yaklaşım yukarıda anlatılan İslam dininde yer alan bakış açısıyla paralellik göstermektedir. Musevilik inancının yaygın olduğu İsrail’de ise gebeliğin gebe kadının fizik veya ruh sağlığını olumsuz etkilediği, ceninde anormalliklerin görüldüğü ve gebeliğin suç veya ensest sonucu oluştuğu hallerde gebeliğin sonlandırılmasına izin verildiği görülmektedir¹⁷.

Katolik inancının oldukça etkili olduğu İrlanda’da gebeliğin sonlandırılması çok yakın bir zamana kadar oldukça kısıtlayıcı bir yaklaşımla ele alınmıştır. İrlanda Hukuku’nda yürürlükte olan Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Kanunu (*Offences Against the Person Act*) uyarınca gebeliğin sonlandırılması suç olarak kabul edilmiştir¹⁸. 1861 tarihli bu Kanun ile İrlanda Hukuku’nda gebeliğin sonlandırılması halinde ömür boyu hapis cezası

¹⁶ Metin (n 13) 37.

¹⁷ Bkz. The World’s Abortion Laws Center for Reproductive Rights <www.maps.reproductiverights.org> erişim tarihi:28.03.2023

¹⁸ John Grace, ‘Should the Foetus Have Rights in Law’ (1999) 67 (2) *Medico-Legal Journal* 57, 58.; “Every woman, being with child, who, with intent to procure her own miscarriage, shall unlawfully administer to herself any poison or other noxious thing, or shall unlawfully use any instrument or other means whatsoever with the like intent, and whosoever, with intent to procure the miscarriage of any woman, whether she be or be not with child, shall unlawfully administer to her or cause to be taken by her any poison or other noxious thing, or shall unlawfully use any instrument or other means whatsoever with the like intent, shall be guilty of felony, and being convicted thereof shall be liable ... to be kept in penal servitude for life” <www.legislation.gov.uk> erişim tarihi:10.03.2023 Çeviri: “Gebeliğini sonlandırmak amacıyla, kendisine yasa dışı herhangi bir zehir veya başka bir zararlı madde uygulayan veya benzer bir amaçla yasa dışı herhangi bir alet veya başka bir araç kullanan gebe kadın ve her kim olursa olsun, gebe olsun ya da olmasın herhangi bir kadının düşük yapmasını sağlayan, ona yasa dışı herhangi bir zehir ya da diğer zararlı bir şey vermek ya da temin etmesini sağlayan ya da yasa dışı benzer bir amaçla herhangi bir alet ya da başka bir araç kullanan kişi müebbet hapis cezasına çarptırılır.”

öngörülmüştür. Bu kanun 1983 yılında referandumla oylanmış ve halkın %53,7'si ceninin gebe kadın ile eşit korumaya sahip olduğunu ve ceninin korunmasının devletin bir görevi olduğunu ortaya koymuştur. Bu referandum ile Anayasa'nın 40.3.3. maddesine ceninin gebe kadın ile eşit derecede yaşam hakkına sahip olduğu yönünde bir düzenleme getirilmiştir. Bu madde sebebiyle de İrlanda Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılması yasaklanmıştır¹⁹. İrlanda Hukuku'nda bu konu 1992 yılında on dört yaşında bir çocuğun suç sonucu gebe kalması ve intihara kalkışma riskinin bulunması, geniş anlamda yaşamının tehlikede olması sebebiyle gebeliğin sonlandırılması amacıyla İngiltere'ye seyahatine izin verilmesi ile tekrar gündeme gelmiş fakat 2002 yılında yapılan referandum ile intihar tehlikesinin bulunmasının gebeliğin sonlandırılması sebebi sayılamayacağı kabul edilmiştir²⁰. 2012 yılına gelindiğinde ise Sanava Halappavar adındaki kadının sağlık şikayetlerinin olmasına rağmen ceninin kalp atışlarının duyulması sebebiyle gebeliğinin sonlandırılması talebi reddedilmiş ve gebe kadın Galaway Üniversitesi Hastanesi'nde hayatını kaybetmiştir. Bu olay İrlanda halkında gebeliğin sonlandırılması bakımından öngörülen yasağa tepki uyandırmıştır. Bu olayda hekimler ancak ceninin yaşama kabiliyetinin olmadığına kesin olarak kanaat getirdikten sonra gebeliği sonlandırmış ve çok kısa bir süre sonra da gebe kadın kan zehirlenmesi sebebiyle hayatını kaybetmiştir²¹. Bu olayın ardından İrlanda Hukuku'nda gebe kadının hayatının tehlikede olduğu haller bakımından gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yasal düzenleme yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. 2013 yılında kabul edilen Gebelik Boyunca Hayatın Korunması Kanunu (*Protection of Life During Pregnancy Act*) ile gebe kadının yaşamının gerçek ve önemli bir risk ile karşı karşıya olduğu hallerde gebeliğin sonlandırılabilceği düzenlenmiştir. Bu kanun uyarınca gebe kadının intihar etme riskinin olması durumunda da kadının hayatının tehlikede olduğu kabul edilmiştir. Bu gelişmenin ardından cenindeki anormallik sebebiyle gebeliği sonlandırma amacıyla İngiltere'ye seyahat eden iki kadını konu olan Mellet v. İrlanda ve Whelan v. İrlanda davaları ceninde birtakım anormalliklerin bulunması durumunda da gebeliğin sonlandırılması meselesini gündeme getirmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi İrlanda'nın kürtaj yasasının uygulanmasının kadınları zalim, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz

¹⁹ Fien De Meyer, 'Abortion Law Reform in Europe: The 2018 Belgian and Irish Acts on Termination of Pregnancy' (2020) 20 (1) Medical Law Review 3, 6.

²⁰ Oktar (n 2) 114-116.

²¹ ibid 116.

bıraktığını ve benzer ihlallerin meydana gelmesini önlemek için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması konusunda İrlanda'nın yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir. Tüm bu gelişmelerin ardından 1937 Tarihli Anayasa'nın 40.3.3. maddesinde 2018 yılında yapılan değişiklik ile gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenleme yapılabileceğine ilişkin madde eklenmiştir. Bu değişikliğin ardından 2018 yılında Gebeliğin Sonlandırılması Yönetmeliği (*Regulation of Termination of Pregnancy*) kabul edilmiş ve 1 Ocak 2019 yılında ise bu Yönetmelik yürürlüğe girmiştir²². Söz konusu Yönetmelik'in 9. maddesinde gebeliğin kadının hayatının tehlikede olduğu hallerde iki uzmanın görüşü ile kadın doğum uzmanı tarafından sonlandırılabilirliği, 10. maddesinde ise bir uzmanın görüşü ile gebe kadının yaşamına yönelik ani bir risk veya sağlığına ciddi bir zarar gelmesi ve bu riski ortadan kaldırmak için gebeliğin sonlandırılmasının gerekli olması halinde gebeliğin sonlandırılabilirliği kabul edilmiştir. Yönetmelik'in 11. maddesinde gebeliğin iki uzmanın görüşü ile ceninin ölüme yol açabilecek bir durumun mevcut olduğu hallerde, 12. maddesinde ise istek üzerine on iki haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılabilirliği düzenlenmiştir²³. İrlanda Hukuku'nda yaşanan bu gelişme oldukça dikkat çekicidir.

Yine Katolik inancının etkisi sebebiyle geçmişte boşanmanın dahi yasak olduğu İtalya'da gebeliğin sonlandırılması oldukça kısıtlayıcı bir şekilde düzenlenmiştir. Gebeliğin sonlandırılması İtalyan Ceza Kanunu'nun 545-551. maddeleri ile Irkın Tümlüğüne Karşı Suçlar başlığı altında suç olarak düzenlenmiştir. 1975 tarihinde İtalyan Anayasa Mahkemesi bu hükmün gebe kadının sağlığının veya hayatının tehlikede olduğu hallerde dahi gebeliğin sonlandırmasını yasaklaması sebebiyle Anayasa'nın 31. ve 32. maddelerinde düzenlenen annenin, çocuğun ve gençliğin korunmasına ilişkin hükümlere aykırılık teşkil etmesi gerekçesiyle iptal etmiştir²⁴. 1978 yılında ise 194 Sayılı Kanun'un kabul edilmesi ile İtalya'da gebeliğin istek üzerine sonlandırılmasının önü açılmıştır. Bu Kanun ile devletin kişilerin planlı ebeveynlik hakkını güvence altına alma, anneliğin toplumsal değerini tanıma ve insan yaşamını başlangıcından itibaren koruma yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmiştir. Kanun'da istek üzerine gebeliğin

²² De Meyer (n 19)

²³ Bkz. <www.reproductiverights.org/maps/provision/irelands-abortion-provisions/> erişim tarihi:28.03.2023

²⁴ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 202.

sonlandırılmasının doğum kontrol yöntemi olarak kabul edilemeyeceğinin de altı çizilmiştir. Bu Kanun'un 4. ve 5. maddeleri uyarınca gebeliğin gebe kadının fizik ve ruh sağlığı bakımından tehlikeli olması veya bu tehlikenin sosyal, ekonomik, aile ilişkileri, gebe kalınan koşullardan kaynaklanıyor olması, ceninin gelişiminde sakatlık ya da anormallikler olması halinde gebeliğin doksan gün içinde sonlandırılabilceği öngörülmüştür. Bu hallerde gebe kadının bir hekime başvurması, hekim tarafından bilgilendirilmesi ve hekim tarafından gebe kadının yazılı rızasının alınması gerekmektedir. Bu başvurudan yedi gün sonra ise gebeliğin sonlandırılması müdahalesi gerçekleştirilebilmektedir. Gebe kadının yaşamının, fizik ve ruh sağlığının tehlikede olduğu veya embriyopatolojik sebeplerin bulunduğu hallerde ise gebelik süre sınırı olmaksızın sonlandırılabilir²⁵. Belirtmek gerekir ki Katolik inancının etkisi sebebiyle İtalya'da hekimlere gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında gebeliğin sonlandırılması müdahalelerini yapmama konusunda serbestlik tanınmaktadır²⁶.

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeler devletlerin nüfus politikalarının bir ürünü olmuştur. Devletlerin savaş dönemlerinden sonra gebeliğin sonlandırılmasını cezalandırırken fazla nüfusa ihtiyaç duymadıkları dönemlerde cezalandırmadan vazgeçtiği görülmektedir²⁷. Gebeliğin sonlandırılması bakımından yasal özgürlük alanının kabul edilmesi 1917 tarihli Rus Devrimi'nde sonra meydana gelmiş ve bu tarihten sonra birçok Avrupa ülkesi gebeliğin sonlandırılmasına dair yasal düzenlemeler getirmiştir. 1964 yılında La Haye'de yapılan 17. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi'nde gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin geleneksel bakış açısından ayrılan görüşler ortaya konulmuş ve gebeliğin sonlandırılmasının ağır bir suç sayılmaması, gebeliğin sonlandırılmasını meşru hale getiren sebeplerin genişletilmesi, gebeliğin sonlandırılmasının suç olarak kabul edildiği hallerde ise istisnaların çoğaltılması önerilmiştir. Bu Kongre'de gebe kadının hayatının tehlikede olması, fizik ya da ruh sağlığının korunması, gebeliğin suç sonucu oluşması, ceninde anormallik olması gibi hallerde gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesi önerilmiştir. Bu teklif İsveç, Japonya, Bulgaristan ve pek çok başkaca ülke tarafından kabul edilmiştir. Yaşanan gelişmeler neticesinde örneğin 1973 yılında Danimarka'da gebe kadının Danimarka'da ikamet

²⁵ Bkz. <www.cyber.harvard.edu/population/abortion/Italy.abo.htm> erişim tarihi:19.03.2023

²⁶ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 214.

²⁷ Dönmezer 'Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü' (n 5) 7.

etmesi, müdahalenin gebeliğin on ikinci haftasına kadar yapılması şartıyla istek üzerine, on iki haftadan sonra ise gebeliğin kadının hayatının tehdit ettiği hallerde, kadının sağlığının korunması amacıyla ve ceninde ciddi bozukluklar olması halinde sonlandırılabilceği kabul edilmiştir²⁸.

Günümüzde Dünya genelinde gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak tamamen yasaklayan, sadece gebe kadının hayatının kurtarılması amacıyla izin veren, gebe kadının sağlığının korunması amacıyla izin veren, sosyal ve ekonomik sebeplerle izin veren ve genel olarak on iki haftaya kadar istek üzerine gebeliğin sonlandırılmasına izin veren sistemlerin mevcut olduğu görülmektedir. Gebeliğin sonlandırılmasını her koşulda yasaklayan ülkeler Dominik Cumhuriyeti, Senegal, Mısır, Kongo, Irak, Madagaskar, Filipinler, Jamaika, El Salvador, Haiti, Laos, Sierra Leone, Honduras ülkeleri olup bu ülkelerde yaklaşık olarak 90 milyon kadının yaşadığı öngörülmektedir. Bu ülkeler gebeliğin sonlandırılmasını kadının hayatının ya da sağlığının tehlikede olduğu hallerde dahi kabul etmemektedirler²⁹. Birçok Avrupa ülkesinde ise gebeliğin sonlandırılması yasal olmakla birlikte konunun sınırlandırılması farklılık göstermektedir. Örneğin, Finlandiya ve İngiltere’de diğer Avrupa ülkelerinden farklı olarak sosyal ve ekonomik sebeplerle de gebeliğin sonlandırılabilmesi mümkündür³⁰. Hatta Finlandiya 1970 tarihli Kürtaj Yasası’nda değişiklik yaparak gebeliğin sonlandırılması için iki hekimin görüşünün alınması gerektiğine ilişkin yükümlülüğü kaldırmış ve sadece gebe kadının isteği üzerine on iki haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılabilceğini kabul etmiştir. Bu kanun değişikliği 1 Eylül 2023 tarihinde yürürlüğe girecektir³¹. Fakat bu liberalleşme eğilimi her ülkede aynı şekilde seyretmemektedir.

Belirtmek gerekir ki gebeliğin sonlandırılmasına ve ceninin korunmasına ilişkin yaklaşımlar tarih boyunca doğrusal bir şekilde liberalleşme eğilimi göstermemektedir. Oldukça güncel bir karar ile Amerikan Anayasa Mahkemesi (*U.S Supreme Court*)

²⁸ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 211-212.

²⁹ Bkz. The World’s Abortion Laws Center for Reproductive Rights <www.maps.reproductiverights.org> erişim tarihi:10.03.2023

³⁰ Hamide Tacir, ‘Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı’ Prof. Dr. Nur Center’e Armağan (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1301, 1315.

³¹ Bkz. <www.valtionevosto.fi/en/-/1271139/amendments-to-the-abortion-act-approved> erişim tarihi:12.03.2023

eyaletlerin yaklaşık olarak yarısında gebeliğin sonlandırılmasını yasaklayacak nitelikte bir karara imza atmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin güncel bir karar gebeliğin sonlandırılmasına ve ceninin korunmasına ilişkin yaklaşımların değişkenliğini anlamak bakımından önemlidir. Yüksek Mahkeme'nin 1973 tarihli Roe v. Wade kararında yirmi dört haftalık (genel olarak kabul edilen yaşama sınırı) ceninin yaşama sınırından önce alınan kürtaj kararları bakımından kadınların anayasal bir hakka sahip olduğu ortaya konulmuştu³². Yüksek Mahkeme ceninin rahim dışında yaşayabilme sınırından önce kadının kendi geleceğini belirleme hakkına müdahale edilemeyeceğini fakat yaşayabilme sınırından sonra ceninin bağımsız bir insan varlığı olarak korunması gerektiğini kabul etmişti³³. Yüksek Mahkeme kararında gebeliğin sonlandırılmasının yasaklanmasının kadının kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile anayasaya aykırı olduğunu ifade etmiştir. Bu karara göre gebeliğin ilk üç ayında gebeliği sonlandırma konusunda kadın tam serbestiye sahip olup ikinci üç aylık dönemde bu sonlandırma birtakım düzenlemelere tabi tutulabilmektedir. Gebeliğin son üç ayında ise ceninin anne rahminde yaşam varlığı kazanması sebebiyle gebeliğin sonlandırılması suç sayılabilmektedir³⁴. Bu karara karşı çıkan görüşlere göre bu kararla kürtajın anayasal bir hak olarak kabul edilmesi ile yasal sınırların aşıldığı ve bu sebeple kararın anayasal olarak sorunlu olduğunu ifade edilmektedir. Yüksek Mahkeme son olarak 24 Haziran 2022 tarihinde Roe v. Wade kararını iptal ederek kürtajı anayasal bir hak olarak kabul etme iradesinden vazgeçmiştir. İptal kararını destekleyen görüşlere göre bu karardan dönülmesi ile ABD'de kürtajın yasaklanmadığını, kürtaj konusunun düzenlenmesinin eyaletlerdeki halkın temsilcilerine bırakılması söz konusu olmuştur³⁵. ABD'de son yarım asırda 1.300'den fazla olan kürtaj sınırlamalarının büyük bir kısmının federal hükümet tarafından değil eyaletler tarafından öngörüldüğü ifade edilmektedir³⁶. Yüksek Mahkeme Roe v. Wade kararının iptalini değerlendirirken kürtaj hakkının Anayasa'nın 14. Değişikliği uyarınca ülke tarihinde ve geleneğinde yeri olup olmadığını değerlendirerek kürtaj hakkının korunmadığı kanaatine

³² Emily Cooke 'How Roe v. Wade Dies' (2022) 252(6) New Republic 13, 14.

³³ Metin (n 13) 139.

³⁴ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 201-202.

³⁵ Chris Middleton, 'America after Roe v. Wade' (2022) 32(13) Eureka Street 28, 28.

³⁶ Amy Littlefield, 'The Fight for Abortion After Roe Falls' (2022) 314(11) The Nation 14, 15.

ulaşmıştır³⁷. Yüksek Mahkeme'nin Roe v. Wade kararını iptal ederek geçmişte anayasal bir hak olarak kabul ettiği kürtajı bu kapsamdan çıkarmasından anlaşıldığı üzere gebeliğin sonlandırılması meselesi güncelliğini koruyan ve hala değişkenlik gösteren bir meseledir. Gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunmasına ilişkin yaklaşımlar toplumla değişmekte ve Roe v. Wade kararının iptal edilmesi gibi bu değişim her zaman özgürlükler lehine olmamaktadır. Bu bakımdan gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunması meselesinin insanlık var oldukça güncelliğini koruması ve toplumla birlikte anlayış değişikliğine uğraması kaçınılmazdır. Kürtaja erişimin kısıtlanmasının toplumsal sonuçlarının ne olacağı ise ilerleyen dönemlerde görülecektir.

2.1.2 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında gebeliğin sonlandırılması ve ceninin statüsü

AİHS'nin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca Türk Hukuku'nun bir parçası olması sebebiyle AİHS'nin hükümlerini ortaya koyan ve yorumlayan AİHM'nin gebeliğin sonlandırılması ve ceninin statüsüne ilişkin görüşlerine ve verdiği bazı kararlara değinmekte fayda bulunmaktadır. Bu başlık altında gebeliğin sonlandırılması ve ceninin statüsüne ilişkin bazı kararlara yer verilmiş olup çalışmanın ikinci bölümünde yer alan başlıklar altında konuya ilişkin AİHM kararlarına ayrıca yer verilmektedir.

Öncelikle AİHM'nin ceninin statüsüne ve ceninin yaşama hakkının ne zaman başlayacağına ilişkin verdiği kararlardan bahsetmek gerekmektedir. Genel olarak AİHM'nin kararlarında gebeliğin sonlandırılması konusunun düzenlenmesini taraf devletlere ve onların iç hukuklarına bıraktığı ve ceninin yaşamının başlangıcı hakkında değerlendirmede bulunmaktan kaçındığı görülmektedir³⁸. Örneğin, Vo v. Fransa kararına konu olan olayda Fransızca bilmeyen gebe kadının rutin kontrolleri için gittiği hastanede başka bir hasta ile karıştırılması sonucunda gebe kadına tıbbi müdahalede bulunulmuş ve

³⁷ 'Supreme Court Overrules Roe v. Wade and Planned Parenthood v. Casey' (2022) 38(3) Benefits Quarterly 52, 52.

³⁸ Akasya Kansu Karadağ, 'Ahlak ve Hukuk Arasında Sıkışan Kürtaj' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2047, 2054-2055.; Burcu Dönmez 'TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması' (2007) 9(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99, 139.; Sibel Can, 'Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi' (2015) 73(1) Ankara Barosu Dergisi 79, 102.

gebe kadın daha sonra bu müdahale sebebiyle gebeliğini sonlandırmak zorunda kalmıştır. Başvurucu gebe kadın cenin bakımından taksirle insan öldürme suçunun oluştuğu gerekçesiyle şikâyette bulunsa da bu şikâyeti beş aylık bir ceninin insan olarak kabul edilemeyeceği ve bu sebeple suç oluşmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucu üst mahkemeye başvurmuş ve üst mahkeme ceninin canlı olması ve yaşamın başlangıcından itibaren insan türüne saygı gösterilmesi gerekçesi ile taksirle insan öldürme suçunun oluştuğu kanaatine ulaşmıştır. Daha sonra müdahaleyi yapan hekim tarafından yapılan Temyiz başvurusunda ise ceninin ceza hukuku bakımından insan olarak kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir. Beş aylık bir gebeliğin hekim tarafından taksirle sonlandırılması sonucunda taksirle insan öldürme suçunun oluşup oluşmadığı konusunda uyuşmazlığın toplandığı bu başvuruda AİHM, taraf devletler arasında ceninin hukuki statüsü konusunda görüş birliği mevcut olmasa da ceninin insan ırkının bir ürünü olduğu konusunda görüş birliği olduğunu ve kişi olarak kabul edilmese de insan onurunun korunması amacıyla belirli bir korumadan faydalandırılacağını ifade etmiştir³⁹. AİHM, ceninin yaşam hakkının başlangıcı bakımından herhangi bir görüş birliği bulunmaması sebebiyle Fransa'nın ceninin taksirle öldürme suçunun maddi konusunu oluşturup oluşturmayacağı konusunda geniş bir takdir yetkisi olduğuna kanaat getirmiştir⁴⁰. Bununla birlikte AİHM, ceninin yaşam kazanma anı bakımından yorum yapmaktan kaçınarak bu konudaki düzenlemeyi taraf devletlerin takdirine bırakmıştır⁴¹.

Evans v. İngiltere başvurusuna konu olan olayda ise yumurtalık kanseri olan başvuru ve partneri J. oluşturulan embriyolarını dondurmuş ve daha sonra partner J.'nin onayını geri çekmesi sebebiyle dondurulan embriyolar imha edilmiştir. Çift 2002 yılında ayrılmış, dondurulan embriyonun ne olacağı konusunda görüş birliğine varamamaları sonucunda partner J. embriyonun imha edilmesi talep etmiştir. Başvurucu ise partneri J.'nin ortaklaşa oluşturulan embriyonun saklanmasına ilişkin rızasını geri çekmesi sebebiyle dondurulan embriyoların imha edilmesinin AİHS'nin 2., 8. ve 14. maddelerini

³⁹ *Vo v. France* App no 53924/00 (AİHM 08.07.2004) 38. <www.hudoc.echr.coe.int> erişim tarihi:20.03.2023; Brynn Weinstein, 'Reproductive Choice in the Hands of the State: The Right to Abortion under the European Convention on Human Rights in Light of A, B & C v. Ireland' (2012) 27 (2) American University International Law Review 391, 408-409.

⁴⁰ Weinstein (n 39) 431.; Oktar (n 2) 88.

⁴¹ Erdem (n 15) 95.; Grégor Puppincq, 'Abortion and the European Convention on Human Rights' (2013) 3(2) Irish Journal of Legal Studies 142, 144.

ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Yapılan yargılamada AİHM, yaşamın başlangıcı konusunda taraf devletler arasında görüş birliğinin bulunmadığını ve taraf devletlerin bu konuda takdir yetkilerinin olduğunu ve ceninin AİHS'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında olmadığı ifade etmiştir. AİHM'ye göre İngiliz Hukuku bakımından da ceninin AİHS'nin 2. maddesi kapsamında yaşam hakkına sahip olduğu söylenemeyecektir. Bu sebeple AİHM, Evans ve J. tarafından oluşturulan embriyoların yaşama hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceğini ve AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır⁴².

Konu bakımından bir başka önemli başvuru olan A., B. ve C. v. İrlanda başvurusu ise hem gebeliğin sonlandırılması hem de ceninin statüsüne ilişkin birçok tespit bakımından önem arz etmektedir. Öncelikle ceninin statüsüne ilişkin değerlendirmelere değinmekte fayda bulunmaktadır. A., B. ve C. v. İrlanda başvurusuna konu olan olayda üç başvurucu da İrlanda Hukuku'nda kürtajın yasak olması sebebiyle İngiltere'ye kürtaj yaptırmak amacıyla seyahat etmek zorunda kalmışlardır. Başvurucu A. mevcut çocuklarının devlet korumasında olması, bir çocuğunun engelli olması, halihazırda çocuklarına bakamıyor olması gibi sosyal nedenlerle gebeliği sonlandırma amacıyla seyahat ve özel klinik masraflarına katlanmak zorunda kalarak İngiltere'ye seyahat etmiş ve müdahaleden hemen sonra geri dönmek zorunda kalmış bu sebeple de gebeliğin sonlandırılması işlemi sonrasında kanama geçirmiş ve gerekli tıbbi yardımı alamamıştır. Başvurucu B. yine aynı şekilde sosyal nedenlerle gebeliğinin yedinci haftasında gebeliği sonlandırmak için maddi zorluklara katlanarak İngiltere'ye seyahat etmiş, seyahat dönüşü tıbbi yardım alamaması sebebiyle kanama geçirmiş ve tıbbi yardım için İrlanda'da bulunan fakat İngiltere'ye bağlı bir kliniğe başvurmak zorunda kalmıştır. Başvurucu C. ise geçmişte kanser tedavisi sırasında gördüğü kimyasal terapi sebebiyle ceninin sağlığının olumsuz yönde etkilendiğini bilmesine İrlanda Hukuku'ndaki gebeliğin sonlandırılmasını yasaklayıcı anlayış sebebiyle hekimlerden yeterli bilgi alamamıştır. Başvurucu C. gebeliği sonlandırmak için İngiltere'ye seyahat etmiş ve müdahale sonrasında gerekli tıbbi müdahaleyi alamamış, kanama ve ciddi enfeksiyon geçirmiştir. AİHM bu başvuruda yukarıda anlatılan diğer kararlarındaki görüşü ile paralel şekilde ceninin AİHS'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkına göre kişi olup olmadığının tespiti konusunda

⁴² *Evans v. UK* App no 6339/05 (AİHM 10.04.2007) 18. <www.hudoc.echr.coe.int>erişim tarihi:20.03.2023; Ayrıntılı bilgi için Bkz. Metin (n 13) 130-132.

taraf devletlere takdir yetkisi tanıdığını ifade ederek bu konuda belirleme yapmaktan kaçınmıştır⁴³.

AİHM gebeliğin sonlandırılması konusunu ise Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele almaktadır. Örneğin, yukarıda ele alınan A., B. ve C. v. İrlanda davasında AİHM, AİHS'nin 8. maddesi ile korunan özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının kadının kendi geleceğini belirleme hakkını kapsadığını ifade etmiştir⁴⁴. Mahkeme, İrlanda Hukuku'nun yabancı bir ülkede kadınların kürtaj yaptırmalarına müsaade etmesi sebebiyle başvuru A. ve B. yönünden müdahalenin hukuka uygun olduğu ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediği kanaatine ulaşmıştır⁴⁵. Hamileliği gebe kadının ve ceninin sağlığı bakımından tehlike oluşturan üçüncü başvuru yönünden ise İrlanda Hukuku'nda kürtaj için etkili ve ulaşılabilir yasal düzenlemelerin bulunmaması sebebiyle 8. madde yönünden ihlal kararı vermiştir⁴⁶. Mahkeme yukarıda anlatılan A. B. ve C. v. İrlanda davasında kürtajı temek bir hak olarak tanımaktan kaçınmıştır⁴⁷.

Gebeliğin sonlandırılması sağlık hizmetine erişim ve kürtajın hak olarak tanınıp tanınmamasına ilişkin AİHM kararlarına da değinmekte fayda bulunmaktadır. *Tysiğc v. Polonya* kararına konu olayda başvuru ağır miyopluktan mustarip olup doğumun görme yetisini daha da bozacak olması sebebiyle kürtaj olmak için hastaneye başvurmuş ve hastane hekimi tarafından başvurudaki sağlık engelinin kürtaj için yeterli bir gerekçe olarak kabul edilmemesi sebebiyle kürtaja izin verilmemiş ve başvuru doğum sonrasında retinasında meydana gelen ağır hasar sebebiyle bakıma muhtaç hale gelmiştir. AİHM kararında, Polonya Hukuku'nda kürtaja erişim için gerekli koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi bakımından etkili bir mekanizmanın öngörülmemesi sebebiyle AİHS m.8 bakımından ihlal kararı vermiştir⁴⁸. Bununla birlikte AİHM, kürtaj

⁴³ *A., B. ve C., v. Ireland* App no 25579/05 (AİHM 16.12.2010) <www.hudoc.echr.coe.int> erişim tarihi: 20.03.2023

⁴⁴ *ibid* 64.

⁴⁵ *A., B. ve C. v. Ireland* App no 25579/05 (AİHM, 16.12.2010) 72. <www.hudoc.echr.coe.int> erişim tarihi: 30.03.2023; Weinstein (n 39) 397.

⁴⁶ *A., B. ve C. v. Ireland* App no 25579/05 (AİHM, 16.12.2010) 79. <www.hudoc.echr.coe.int> erişim tarihi: 20.03.2023

⁴⁷ Weinstein (n 39) 426.

⁴⁸ *Tysiğc v. Poland* App no 5410/03 (AİHM 20.03.2007) 27. <www.hudoc.echr.coe.int> erişim tarihi: 20.03.2023; Weinstein (n 39) 409.

hakkının AİHS ile garanti altına alınıp alınmadığı hakkında herhangi bir görüşte bulunmaktan kaçınmıştır⁴⁹.

Paton v. Birleşik Krallık başvurusuna konu olan olayda başvuru baba adayının eşinin gebeliği sonlandırma kararının engellenmesi için tedbir kararı talebi ile Yüksek Mahkeme'ye başvuruda bulunmuş ve bu başvurusu ceninin doğana kadar yasal hakkının olmadığı ve gebe kadının gebeliği sonlandırmasında eşin rızasını arayan herhangi bir düzenleme bulunmadığını ifade ederek başvuruyu reddetmiş ve gebe kadın tarafından gebelik sonlandırılmıştır. Bunun üzerine başvuru AİHM'ye eşinin gebeliği sonlandırmasını aile hayatına saygı hakkını (AİHS m.8) ve ceninin yaşam hakkını (AİHS m.2) ihlal ettiği gerekçesi ile başvurmuştur. Mahkeme bu kararında gebelikten öncelikli olarak etkilenen kişinin gebe kadın olduğu ve bu sebeple de meselenin gebe kadının özel hayatı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, ceninin yaşamının gebe kadının yaşamı ile bağlantılı olduğunu ve gebe kadının yaşamından bağımsız düşünülmemeyeceğini, ceninin AİHS m.2 kapsamında değerlendirilmesi halinde gebe kadının sağlığının tehlikede olduğu hallerde dahi gebeliğin sonlandırılmayacağı gibi sakıncalı bir durumun ortaya çıkacağını ifade etmiştir. Mahkeme Sözleşme'nin 2. maddesinde yer alan "*herkes yaşam hakkına sahiptir*" hükmünün halihazırda doğmuş insanları kapsadığını ve ceninin bu madde kapsamında değerlendirilmeyeceğini ifade etmiştir⁵⁰.

Yine benzer nitelikteki R. H. v. Norveç kararına konu olan olayda Yahudi asıllı olan başvuru ve Norveç asıllı olan kadın çocuk sahibi olmaya karar vermişler ve daha sonra gebe kadının bu gebeliği sonlandırmak istemesi sonucunda her ne kadar başvuru buna karşı çıksa da gebe kadın on dört haftalık ve bir günlük olan gebeliğini tıbbi gerekçe olmadan sosyal nedenler sebebiyle sonlandırmıştır. Başvuru gebeliğin sonlandırılmasından önce tedbir kararı alınması için önce Şehir Mahkemesi'ne, Yüksek Mahkeme'ye ve son olarak Temyiz Komitesi'ne başvurmuş ve tüm başvuruları reddedilmiştir. Başvuru Mahkeme'ye başvurusunda on dört haftalık olan ceninin her

⁴⁹ *Tysiqc v. Poland* App no.5410/03 (AİHM 20.03.2007) 22. <www.hudoc.echr.coe.int> erişim tarihi: 20.03.2023

⁵⁰ *Paton v. UK* App No 8416/78 (AİHM 13.05.1980) <www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/EComHR-1980-Paton-v.-United-Kingdom-X.-v.-United-Kingdom.pdf> erişim tarihi: 20.03.2023

ne kadar evli olmasalar da aile hayatı sürdüklerinden ailenin bir parçası olarak kabul edilmesi gerektiğini ve baba adayına doğmamış çocuğuna ilişkin haklar verilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Mahkeme her ne kadar Sözleşme'nin 8. maddesinin kişinin dini açıkça yaşama hakkını kapsadığını kabul etse de gebeliğin devamı veya sona ermesi bakımından birincil derecede hakları etkilenen kişinin gebe kadın olduğunu ifade etmiştir⁵¹.

Open Door ve Dublin Well Woman v. İrlanda davasında Open Door Counseling ve Dublin Well Women adlı gebe kadınlara İrlanda dışında yer alan kürtaj klinikleri ile ilgili danışmanlık veren kâr amacı gütmeyen kuruluşlar İrlanda Mahkemeleri tarafından uygulanan tedbir kararları ile ilgili olarak başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme, İrlanda toplumunda genel olarak kürtaja yanlış bir uygulama olarak bakıldığını ve başka bir bakış açısı dayatmanın da Mahkeme'nin görevi olmadığını ifade etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, kürtajın hak olarak tanınıp tanınmaması gerektiğini ve ceninin yaşam hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini de incelemeye gerek görmemiştir⁵². Mahkeme genel olarak kadının kendi geleceğini belirleme hakkı ile ceninin yaşam hakkı arasındaki adil bir dengenin sağlanması konusunda taraf devletlere takdir yetkisi tanımaktadır⁵³.

Her ne kadar Mahkeme tarafından taraf devletlerin kürtaj konusunda farklı hakları gözetmek bakımından takdir yetkilerinin olduğu kabul edilse de zorunlu, geç tarihli kürtaj vb. gibi kürtajı yasaklama bakımından yükümlülükleri olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple de aslında taraf devletler kürtajın düzenlenmesi bakımından tamamen özgür bırakılmamışlardır⁵⁴. R.R v. Polonya kararına konu olayda gebe kadının gebeliğinin 18. haftasında ultrason taraması yapılmış bu tarama sonucunda hekimin ceninde şekil bozukluğu olabileceğine ilişkin gebe kadının bilgilendirilmesi neticesinde gebe kadın genetik testler sonucunda ceninde şekil bozukluğunun mevcut olması halinde gebeliği

⁵¹ *R. H. Norway* App No 17004/90 (AİHM 19.05.1992) <www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2016/12/H.-v.-NORWAY.pdf> erişim tarihi:20.03.2023

⁵² *Open Door ve Dublin Well Women Center v. Ireland* App no 14234/88-1235/88 (AİHM 20.10.1992) 22. <www.hudoc.echr.coe.int> erişim tarihi:20.03.2023

⁵³ Daniel Fenwick, 'The Modern Abortion Jurisprudence Under Article 8 of European Convention on Human Rights' (2012) 12(3-4) *Medical Law International* 249, 275.

⁵⁴ Puppinc (n 41) 144.

sonlandırmayı istediğini ifade etmiştir. Gebe kadının ceninde şekil bozukluğu olabileceğinden endişelenmesi üzerine hekimlere genetik test yapılması için defalarca yazılı ve sözlü olmak üzere başvuruda bulunmuş ve bu başvuruları sürüncemede bırakılmıştır. Ultrason taramasından sonra gebe kadın genetik testleri gebeliğinin 23. haftasında yaptırabilmiştir. Ceninde şekil bozukluğu olabileceğinden ilk defa şüphelenildiği 20 Şubat 2002 tarihi ile nihayet genetik testlerin yapıldığı 9 Nisan 2002 tarihi arasında yasal olarak gebeliği sonlandırma süresi de geçmiştir. Mahkeme başvuruçunun hekimler tarafından kötü muameleye maruz bırakıldığı ve AİHS'nin 3. Maddesindeki kötü muamele yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁵⁵.

Yukarıda ele alınan kararlarından anlaşılacağı üzere AİHM ceninin hukuki statüsü konusunda taraf devletler arasında görüş birliğinin mevcut olmadığını fakat ceninin insan ırkının bir ürünü olduğu konusunda bir görüş birliği olduğunu, AİHS m.2 kapsamında kişi değerlendirilmesi de insan onurunun korunması bakımından belirli bir korumadan faydalandırılması gerektiğini ifade etmektedir. AİHM ceninin ne zaman yaşama hakkı kazandığı konusunda da belirleme yapmamaktadır. AİHM gebeliğin sonlandırılması konusunu ise AİHS'nin 8. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele almıştır. AİHM kararlarında kürtaşı bir hak olarak tanımaktan kaçınmıştır. Bu konuda taraf devletlerin takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Fakat genel olarak AİHM'nin kadının hayatının ya da sağlığının tehlikede olduğu hallerde gebeliğin sonlandırılmasına erişim için etkili bir mekanizmanın öngörülmemesi halinde AİHS m.8 bakımından ihlal kararı verdiği görülmektedir. Hatta gebeliğin sonlandırılmasına erişim için kadının başvurularının sürüncemede bırakılmasını da AİHS m.3 kapsamında kötü muamele olarak nitelendirmektedir.

2.1.3 Türk hukukunda gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunmasına ilişkin anlayış dönüşümü

Gebeliğin sonlandırılmasına ve ceninin korunmasına ilişkin yaklaşımlar farklı dönemlerde farklı şekillerde düzenlenmiştir. Örneğin, Cumhuriyet öncesi dönemde

⁵⁵ *R.R. v. Poland* App no 27617/04 (AİHM 26.05.2011) 35. <www.hudoc.echr.coe.int> erişim tarihi:20.03.2023

Osmanlı Devleti'nde 1838 ve 1858 yıllarında çıkarılan Ceza Kanunnamelerinden önce İslam Hukuku esaslarına göre gebeliğin sonlandırılması fiilleri için öngörülen müeyyideler uygulanmıştır. Osmanlı Devleti'nde çocuk düşürtme fiilini suç olarak kabul eden hükümler ilk defa 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan uyarlanan 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 192. ve 193. maddelerinde öngörülmüştür. Kanun'un 192. maddesinde kadının kendi rızası ile çocuğunu düşürmesi ve kadının rızası ile bir başkası tarafından çocuğun düşürülmesi düzenlenmiş ve her iki hal bakımından da altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Aynı maddede gebe kadının rızası ile failin çocuk düşürtmeye yönelik araç ve ilaçları tedarik ederek bu fiili gerçekleştirmesi halinde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüş ve kullanılan araçlar sebebiyle kadının ölmesi halinde ceza ağırlaştırılarak dört yıldan yedi yıla kadar çalışma cezası verileceği düzenlenmiştir. Kadının rızasının bulunmaması durumunda kasten uygun araç, darp veya sair bir hareketle çocuğun düşürülmesi halinde ise üç yıldan on yıla kadar çalışma cezası, fiilin kadının ölümüne neden olması halinde ise on beş yıldan az olmamak üzere çalışma cezası öngörülmüştür. Son olarak sayılan suçların sağlık mesleği mensupları tarafından işlenmesi halinde cezanın 1/6 oranında artırılacağı düzenlenmiştir. Kanun'un 193. maddesinde ise rızaya bakılmaksızın gebe kadına ilaç içirmek ya da birtakım araçları uygulamak suretiyle çocuğun erken ya da sakat doğmasına sebep verilmesi halinde altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu durumda failin hekim veya eczacı olması halinde üç yıl ile on beş yıl arasında kalebentlik cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir⁵⁶.

Türk Hukuku'nun 1921 tarihli Anayasa ile başladığı kabul edilecek olursa 1926 tarihli Ceza Kanunu'na kadar olan dönemde çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından bu dönem bir boşluk dönemi olarak kabul edilmektedir⁵⁷. Cumhuriyetin ilk yıllarında I. Dünya Savaşı'nın etkisi sonucunda insan gücüne duyulan ihtiyaç sebebiyle uygulanan nüfus politikası gereği olarak gebeliğin sonlandırılmasının ve nüfus planlaması uygulamalarının yasaklandığı bir dönem yaşanmıştır⁵⁸. İlk olarak 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan uyarlanarak 1926-1936 yılları arasındaki dönemde gebeliğin sonlandırılması Kişilere Karşı Suçlar başlığı altında

⁵⁶ Erdener Yurtcan, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması* (2.Bası, Kazancı 1990) 31-32.

⁵⁷ Ertuğrul (n 2) 60-61.

⁵⁸ Oktar (n 2) 142.

düzenlenirken daha sonra 1930 tarihli İtalya Ceza Kanunu'ndaki değişikliğe uygun şekilde TCK'da 1936 yılında yapılan değişiklikle bu husus Irkın Tümlüğü ve Sağlığı Aleyhine Cürümler başlığı altında düzenlenerek dördüncü fasılda suç haline getirilmiş ve aynı dönemde Hıfzıssıhha Kanunu ile nüfus planlamasına ilişkin araçların yurda sokulması yasaklanmıştır⁵⁹. Bu yasaklama ile nüfus artışının sağlanması hedeflenmiştir⁶⁰. İtalyan Ceza Kanunu'ndan alınan bu düzenleme Irkın Tümlüğüne Karşı Cürümler başlığı altında düzenlenmekle o dönemde mevcut İtalyan faşizminin bir yansıması niteliğinde olmuştur⁶¹. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere 1965 yılına kadar Türk Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılması ve gebeliği önleyici tedbirler her halde yasaklanmış durumdaydı. 1965 tarihli ve 557 Sayılı Nüfus Planlaması Kanunu'nun kabul edilmesi ile Türk Hukuku'nda kısmen de olsa özgürlükçü bir anlayış benimsenerek gebeliği önleyici tedbirler düzenleme alanı bulmuş ve tıbbi zorunluluk halinde gebeliğin sonlandırılabilmesi kabul edilmiştir. Bu kanuna göre gebelik ancak gebe kadının hayatını tehdit ettiği veya edeceği, rü'seymin veya ceninin normal gelişmesini imkânsız kılan veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete sebep olacak hallerde sonlandırılabilirdi⁶². 1965 tarihli bu kanuna bağlı olarak 1967 yılında Tıbbi Zorunluluk Halinde Gebeliğin Sona Erdirilmesi ve Sterilizasyon Yapılması Hakkında Tüzük yürürlüğe konulmuştur. Daha sonra kabul edilen 1983 tarihli 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un (NPHK) 5. maddesinde gebeliğin sonlandırılması başlığı altında gebe kadının sağlığı bakımından tıbbi sakınca bulunmadığı hallerde istek üzerine gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar kadına gebeliği sonlandırma imkânı tanınmıştır⁶³. Bu düzenlemelerden sonra 1983 yılında NPHK m.5/son gereğince Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük

⁵⁹ Yurtcan (n 56) 20-35; Dilek Özge Erdem, 'Çocuk Düşürtme Düzenlemesi' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1637, 1645.; Oktar (n 2) 143-144.; Kanun metni için Bkz. <www.resmigazete.gov.tr>erişim tarihi:20.03.2023

⁶⁰ Kudret Güven, 'Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin İzni Sorunu' (2016) 2(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11, 16.

⁶¹ Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 4* (3.Bası, Seçkin 1985) 481.; Alanur Çavlin, Sabahat Tezcan ve Banu Ergöçmen, 'Kadınların Bakış Açısından Kürtaj' (2014) 34(1) Nüfusbilim Dergisi 51, 53-54.; M. Asım Karaömerlioğlu, 'Türkiye'de Kürtajın Kısa Tarihi' (2012) *Bianet*<<https://bianet.org/bianet/siyaset/139903-turkiyede-kurtajin-kisa-tarihi>>erişim tarihi:20.03.2023

⁶² Kanun metni için Bkz. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, Kanun Numarası:2827, Kabul Tarihi:24.05.1983, RG 27.05.1983/18059<www.resmigazete.gov.tr>erişim tarihi:20.03.2023; Can (n 38) 83; Serap Keskin Kızıroğlu, 'Türk Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 165, 166.; Yarsuvat (n 4) 459.; Erdem (n 15) 65.

⁶³ Bkz. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (n 18)

(Tüzük) kabul edilmiştir⁶⁴. Böylelikle eski düzenlemenin sonucu olarak varlıklı kadınların gebeliklerini tıbbi müdahaleyle sonlandırabildikleri halde yoksul kadınların sağlıksız ve tehlikeli yöntemlere kendi başlarına başvurarak hem sağlıklarını kaybetmeleri hem de kovuşturmayaya maruz kalmaları sebebiyle yaşanan hakkaniyetsizlik çözüme kavuşmuştur⁶⁵.

Türk Hukuku'nda 1965 yılında sadece endikasyon modeli kabul edilirken 1983 yılında süre modeli de kabul edilmiştir. 1983 yılında yapılan değişikliğe paralel olarak TCK'da çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarının Irkın Tümlüğü ve Sağlığı Aleyhine Cürümler başlığı değiştirilerek Çocuk Düşürtme ve Düşürme Cürümleri başlığı getirilmiştir⁶⁶. Daha sonra 765 Sayılı TCK'nın 468-473. maddeleri 5237 sayılı TCK'nın kabul edilmesi ile 99. maddede çocuk düşürtme ve 100. maddede çocuk düşürme suçları olarak değiştirilmiş ve Türk Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin mevzuat son halini almıştır⁶⁷. Mevcut düzenlemeler ışığında Türk Hukuku'nda on haftaya kadar olan gebelikler bakımından süre modelinin, tıbbi zorunluluk bulunan gebelikler bakımından tıbbi endikasyon modelinin, ağır maluliyet halinde embriyopatik endikasyon modelinin ve son olarak suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasında ise kriminolojik endikasyon modelinin kabul edildiği görülmektedir⁶⁸.

Yukarıda her ne kadar Türk Hukuku'nda isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması imkânının mevcut olduğu ifade edilse de 2020 yılında yapılan bir araştırmaya göre Türkiye Cumhuriyeti'nde bulunan 295 kamu hastanesinin 185 tanesinde isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması uygulaması yapılmamaktadır⁶⁹. Bu araştırma sonucu Türk Hukuku'nda on haftaya kadar isteğe bağlı olarak gebeliğin sonlandırılabilmesine ilişkin düzenleme mevcut olsa da kamu hastanelerince bu müdahalelerin yapılmadığı ve kürtaja erişimin kısıtlandığını göstermektedir. Gebeliğin sonlandırılması kavramının temelinde kişilerin

⁶⁴ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 205.

⁶⁵ ibid 214.

⁶⁶ Yurtcan (n 56) 45.

⁶⁷ Işıl Güney Tunalı, *Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu* (1.Bası, Seçkin 2015) 35.

⁶⁸ Erdem (n 59) 1640.

⁶⁹ Mary Lou O'Neil, Deniz Altuntaş ve Alara Şevval Keskin, 'Yasal ancak Ulaşılabilir Değil: Türkiye'deki Kamu Hastanelerinde Kürtaj Hizmetleri-2020' Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi (2020) <<https://gender.khas.edu.tr/sites/gender.khas.edu.tr/files/docs/2020-12/kurtaj-hizmetleri-raporu.pdf>>erişim tarihi:28.03.2023

üreme hakları kapsamında istedikleri zaman ve istedikleri sayıda çocuk sahibi olabilme hakları yatmaktadır⁷⁰. Bir insan hakkı olan üreme hakkı aynı zamanda ürememe özgürlüğünü de içinde barındırmaktadır⁷¹.

Türk Hukuku bakımından gebeliğin sonlandırılması üreme hakkı kapsamında Anayasa m. 17’de yer alan kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme hakları ile doğrudan bağlantılıdır⁷². Anayasa’nın 41. maddesi uyarınca devletin aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ve bununla ilgili gerekli teşkilatı kuracağı düzenlenmiştir⁷³. Yine Anayasa’nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı kapsamında devlete herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak ödevi yüklendiğinden devlet gebeliğin sonlandırılması ve üreme sağlığı bakımından gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlüdür⁷⁴. Kürtaj da sağlık hakkı kapsamında değerlendirilmektedir⁷⁵. Anayasa m.56 uyarınca devlet sağlık hizmetlerini kapatamaz ve planlama ve düzenleme yükümlülüğü sebebiyle bu hizmetlerin yürütülmesini tamamen özel sektöre bırakamaz⁷⁶. Bu bakımdan kamu hastanelerinde gebeliğin sonlandırılması işlemlerinin yapılmaması Anayasa’da yer alan sağlık hakkına aykırılık teşkil eder. Nitekim mevcut halde devlet, sağlık hakkı kapsamında ele alınan kürtajı fiilen yasaklamakta ya da uygulanmasını tamamen özel sektöre bırakmaktadır. Türkiye’nin de 1985 yılında onaylamakla tarafı olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi’nin (CEDAW) 12. maddesi uyarınca taraf devletlere aile plânlaması dahil olmak üzere sağlık bakım hizmetlerinden kadın ve erkeğin eşit olarak yararlanması için kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldıran bütün önlemleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu bakımdan kadınların üreme hakkı kapsamında gebeliğin sonlandırabilmesi için gerekli hizmetlerin sağlanması uluslararası sözleşme ile de güvence altına alınmıştır⁷⁷.

⁷⁰ Yurtcan (n 56) 19.

⁷¹ Güven (n 60) 25.

⁷² Oktar (n 2) 154.

⁷³ Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi* (1. Bası, Legal 2003) 132; Güven (n 60) 26.; Oktar (n 2) 155.

⁷⁴ Yurtcan (n 56) 41-43.

⁷⁵ Nazan Moroğlu, ‘Uluslararası Hukukta Kadın Vücut bütünlüğüne İlişkin Düzenlemeler’ Kadının Vücut Bütünlüğüne İlişkin Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 23, 24-25.

⁷⁶ Korkut Kanadoğlu, ‘Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar’ (2015) 119 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 11, 16-17.

⁷⁷ Alper Uyumaz ve Yasemin Avcı, ‘Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması’ (2016) 7(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 579, 586.

Gebeliğin sonlandırılmasının kadına ve cenine ait haklar bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Gebeliğin sonlandırılması kadının kendi geleceğini belirleme hakkı ile bağlantılıdır. Bir görüşe göre gebeliğin sonlandırılmasına etik açıdan en olumlu yaklaşım cenine ait değerleri en yüksek seviyede koruyan kadına ait değerleri ise en az ihlal eden yaklaşımdır⁷⁸. Her ne kadar ceninin insan olma potansiyeline sahip olması sebebiyle korunması gerekli bir varlık olduğu kabul edilerek yaşam varlığının sonlandırılması tartışmalı olsa da kadının ceninden daha fazla hukuki korumadan faydalandırılması gerekmektedir⁷⁹. Nitekim kadın bir bireyken cenin ise birey olma potansiyeline sahip bir varlıktır. Fakat kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hak olmadığından bu hak ceninin yaşama hakkının başlaması ile sınırlandırılmaktadır. Her ne kadar gebeliğin sonlandırılması konusunda cenine ve kadına ait haklar arasında hak çatışması olduğu düşünülse de cenin ile kadın arasındaki ilişkinin bir hak çatışması olarak görülmesi gebeliğin sonlandırılması ile kadının uğradığı zararların görmezden gelinmesi anlamına gelecektir⁸⁰. Gebeliğin sonlandırılması konusunda kadının kendi geleceğini belirleme hakkı kürtaj hakkı kapsamında ele alınsa da kürtajın hak olarak nitelendirilmesi bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Bir görüşe göre kürtaj yasağı karşısında hak söyleminin geliştirilmesi cenin ile kadını karşı karşıya getirerek birbirinin varlığını engelleyen özneler gibi algılanmasına sebebiyet vermektedir⁸¹. Diğer bir görüşe göre kürtaj hakkı söylemi kürtaj karşıtları tarafından istismar edilmekte ve kadının devlete karşı hak mücadelesi olarak değil cenine karşı hak mücadelesi olarak nitelendirilmesine yol açmaktadır⁸². Bununla birlikte çok yönlü olan kürtajın ekonomik-sosyal haklar kategorisinde değerlendirilmesi bazı yazarlar tarafından

⁷⁸ Uyumaz ve Avcı (n 77) 599.

⁷⁹ İsmail Dölen, 'Kürtaj Gerçeği- Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği Görüşü' Özel Sayı 1: Düşükler (20 12) 10(1) Türkiye Halk Sağlığı Dergisi 75, 79-80.

⁸⁰ Kansu Karadağ (n 38) 2056.; Didem Gediz Gelegen, 'Tartışma: Kürtaj: Cinayet Süsü Verilmiş Bir İntihar mı?' (2011) 3(1) Fe Dergi 65, 65-71.< <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/937674>>erişim tarihi:08.12.2022

⁸¹ Esra Demir, 'Kürtaj Bir Hak Olsa Kararı Kadınlara Kalır Mı?' (2012) (26) Amargi Dergi 8, 8-11. <http://www.amargidergi.com/yeni/?p=397#:~:text=Karar%20vericiler%2C%20baz%C4%B1%20durumlar%20k%C3%BCrtaj,uluslararası%C4%B1%20hukukta%20da%20farklı%C4%B1%20de%C4%9Fildir.>> erişim tarihi:08.12.2022

⁸² İçten Keskin, 'Kürtaj Tartışmaları ve Feminizm' 2015 7(1) Fe Dergi 86, 88. <<http://federgi.ankara.edu.tr/2022/07/24/kurtaj-tartismalari-ve-feminizm/#single/0>>erişim tarihi:08.12.2022

eleştirilmektedir⁸³. Kanaatimizce Türk Hukuku bakımından kürtajın açıkça bir hak olarak kabul edildiğini söylemek mümkün gözükmemektedir. Fakat yukarıda açıklandığı üzere kadınların gebeliğin sonlandırılması bakımından Anayasa m.17’de yer alan kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme hakkı, Anayasa m. 41’de yer alan devletin aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alma ödevi, Anayasa m. 56’da yer alan sağlık hakkı ve tarafı olduğu CEDAW birlikte değerlendirildiğinde bu imkanı kadınlara tanınması hem Anayasa’dan kaynaklanan hem de uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan bir zorunluluktur.

Son olarak gebeliğin sonlandırılmasının kısıtlanması sağlıklı ve güvenli kürtaja erişimi engelleyerek halk sağlığı bakımından da ciddi sorunlara sebebiyet verdiğinin üzerinde durulması gerekmektedir⁸⁴. Faruk Erem “*İstenmeyen cenini döl yatağında tutabilecek hiçbir güç yoktur.*”⁸⁵ demek suretiyle gebeliğin sonlandırılmasının yasaklanmasının gebeliği sonlandırmaya engel olmayacağını ifade etmiştir. Gebeliğin sonlandırılmasının sadece serbest olması da yeterli kabul edilmemekte bu müdahalenin anne sağlığı bakımından tehlike oluşturulmadan yapılabilmesi ve çocuk sahibi olmak isteyenler bakımından ise devletin sosyal ve tıbbi olanaklar sağlaması çağdaş bir devletin görevi olarak kabul edilmektedir⁸⁶. Aksu Bora’nın ifade ettiği gibi;

...Kadınlar, yasak olsun olmasın, hak olduğunu düşünsünler düşünmesinler, kürtaj olurlar. Öyle gerekir çünkü bazen. İlaç içerler, kaynar sulara otururlar, elbise askıları kullanırlar, canlarını doktor görünümündeki birtakım kasaplara emanet ederler, bazen de birbirlerine... Öyle gerekir. Öyle olduğu için, hak olan kürtajın kendisi değil, kürtaj yüzünden ölmektir. Yani güvenli ve sağlıklı koşullarda kürtaj. Onun için kürtaj yasaklanamaz. Çünkü yasaklanırsa, hakkın kullanımı mümkün olmaz. Kürtaj hakkının değil, güvenli ve sağlıklı koşullarda kürtaj hakkının⁸⁷...

⁸³ Aksu Bora, ‘Birlik ve Beraberliğe En Çok Muhtaç Olduğumuz Şu Günlerde Kürtaj Yasağı’ (2012) (26) Amargi Dergi 32, 32-34. <<http://www.amargidergi.com/yeni/?p=726>>erişim tarihi:08.12.2022

⁸⁴ Aytül Esmer Çorbacıoğlu ve Atıl Yüksel, ‘Prenatal Tanı Sonrası Gebeliklerin Sonlandırılması ve Yasal Durum Özel Sayı 1: Düşükler’ (2012) 10(1) Türkiye Halk Sağlığı Dergisi 83, 91.

⁸⁵ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 4* (n 61) 478.

⁸⁶ ibid 475.

⁸⁷ Bora (n 83b) 32-34.

2.2 Ceninin Korunması ve Gebeliğin Sonlandırılması Bakımından Sağlanan Farklı Hukuki Koruma Kategorileri

Cenin gelecekte yaşam hakkının öznesi olma potansiyeline sahip olması sebebiyle özel bir konuma ve hukuki korumaya sahiptir⁸⁸. Hukuk düzenleri cenini insan onurunun korunması amacıyla koruma altına almışlardır. Ceninin ne zaman hukuki korumadan yararlanacağı tartışmalı olmakla birlikte bu hukuki koruma farklı kategorilerde düzenlenmiştir. Bazı hukuk düzenleri cenine kişi statüsünde hukuki koruma öngörürken bazı hukuk düzenleri ise kadının kendi geleceğini belirleme hakkını üstün tutarak cenine daha zayıf bir hukuki koruma öngörmüştür. Cenine kişi statüsünde hukuki koruma öngörülmesi halinde ceninin yaşama hakkına sahip olduğu ve hatta yaşama hakkına sahip olması sebebiyle insan statüsünde olacağından anayasal haklara da sahip olacağı gibi bir sonuca varılabilecektir. Cenine hiçbir hukuki koruma öngörülmemesi halinde ise ceninin potansiyel bir insan olması sebebiyle insan onurunun korunması bakımından sakıncalar meydana gelecektir. O halde cenine belirli bir hukuki statü öngörülmesi ve bu bakımdan ceninin belirli bir hukuki korumadan faydalandırılması gerekmektedir. Ceninin hukuki statüsünün belirlenmesi cenin üzerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler bakımından da ayrıca önem arz etmektedir⁸⁹.

Uluslararası sözleşmelerde de cenine birtakım hukuki korumalar öngörüldüğü görülmektedir⁹⁰. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Biyotıp Sözleşmesi) temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme niteliğinde olması sebebiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin 5. fıkrası gereğince Türk Hukuku'nun bir parçasıdır⁹¹. Türkiye Biyotıp Sözleşmesi'ni imzaya açıldığı gün

⁸⁸ Alec Samuels, 'Recognition and Protection for The Foetus in The Law' 2016 84(3) Medico-Legal Journal 162, 162; Tacir, 'Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı' (n 30) 1304.

⁸⁹ Katoğlu, 'Ceza Hukuku ve Etik' (n 3) 302.

⁹⁰ Tacir, 'Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı' (n 30) 1303-1304.

⁹¹ İpek Sevda Söğüt, 'Biyotıp Sözleşmesi Hükümlerinin İç Hukuktaki Düzenlemelere Etkisi' (2018) 7(14) Tıp Hukuku Dergisi 181, 184.; Çekince için Bkz. "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi : İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 36. maddesi uyarınca, Sözleşmenin 20. maddesinin, muvafakat verme yeteneği olmayan kimselerden kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan 2 numaralı bendinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanununun 5 inci maddesiyle

imzalamış ve 2004 yılında da usulüne uygun olarak yürürlüğe koymuştur⁹². Bu Sözleşme kapsamında da ceninin belirli bir korumadan faydalandırıldığı görülmektedir. Sözleşmenin başlangıç kısmında insana hem bir birey hem de insan türünün bir üyesi olarak saygı gösterilmesi ve insan onurunun korunmasının gerekliliği ifade edilmiştir. Bu hükümden cenine yaşam hakkı öngörüldüğü gibi bir sonuca ulaşılmaya da cenine belirli bir koruma öngörüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır. Tıp biliminde yaşanan gelişmeler özellikle tüp bebek uygulamaları ve belirli hastaların teşhisi ve tedavisi için embriyo üzerinde araştırma yapılması konusunu gündeme getirmiştir. Embriyo üzerinde yapılan araştırmalar bir yandan hastalıkların tedavisi ve teşhisinde insanlık için faydalı sonuçlar doğururken bir yandan da embriyonun insanlık türünün bir parçası olması sebebiyle insan onurunun korunması sorununu gündeme getirmektedir⁹³. Biyotıp Sözleşmesi'nin insan türünün bir üyesi olarak kabul ettiği laboratuvar ortamında üretilen embriyolara (*embryos in vitro*) ilişkin 18. maddesinde kanunların embriyo üzerinde tüpte araştırma yapmaya izin vermesi durumunda embriyo için uygun korunmanın sağlanması hüküm altına alınmış ve araştırma amacıyla embriyo yaratılması yasaklanmıştır⁹⁴. Burada kastedilen tüp bebek uygulaması sırasında ortaya çıkan yedek embriyolardır. Biyotıp Sözleşmesi araştırma amacıyla embriyo üretilmesini yasaklamış fakat tüp bebek uygulamaları sırasında yedeğe çıkan embriyolar üzerinde araştırma yapılmasına izin verilmesi halinde uygun koruma sağlanması gerektiğini ifade etmiştir⁹⁵. Biyotıp Sözleşmesi'nin 18. maddesinde yer alan “uygun koruma” ifadesi koruma kapsamının belirsiz olması sebebiyle eleştirilmektedir. Unesco Bildirgesi'nin 11. maddesinde de üremeye yönelik insan klonlama gibi insan onuruna aykırı uygulamalara izin verilemeyeceği düzenlenmiştir⁹⁶. Ceninin korunması bakımından öngörülen üç farklı kategorinin varlığından söz edilmektedir⁹⁷. Bunlar; cenine kişi statüsünde hukuki koruma öngören

uyum halinde olmaması nedeniyle, işbu madde fıkrasını uygulamamak hakkını saklı tutar.” <www.tbmm.gov.tr>erişim tarihi:28.03.2023

⁹² Aykut Çoban ‘Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları’ (2009) (86) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 204, 205.

⁹³ Tacir, ‘Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı’ (n 30) 1307-1308.

⁹⁴ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, 20.04.2004, RG Sayı:25439 <www.resmigazete.gov.tr>erişim tarihi:28.03.2023; Tacir, ‘Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı’ (n 30) 1308; Sögüt (n 91) 194.

⁹⁵ Çoban ‘Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları’ (n 92) 206.

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğrul Katoğlu, ‘Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’ (2006) 55(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157, 182.

⁹⁷ Tacir, ‘Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı’ (n 30) 1311.; Samantha Halliday, ‘A Comparative Approach to The Regulation of Human Embryonic Stem Cell Research in Europe’ (2004) 12, Medical Law Review 40, 42.

koruma kategorisi, ceninin gelişim evrelerini dikkate alarak hukuki koruma öngören koruma kategorisi ve cenine hukuki koruma öngörmeyen kategori olarak adlandırılmaktadır.

2.2.1 Cenine kişi statüsünde hukuki koruma öngören koruma kategorisi

Cenine en yüksek düzeyde koruma öngören ilk koruma kategorisine göre ceninin kişi ya da potansiyel kişi olarak yaşama hakkına sahip olması sebebiyle döllenme anından itibaren korunması gerekmektedir⁹⁸. Yaşamın döllenme ile başladığının kabul edilmesi tüp bebek uygulamalarında (*in vitro fertilization*) döllenmiş yumurtaların fazlasının atılıp atılmayacağı, tüm döllenmiş yumurtaların uygulanıp uygulanmayacağı ve uygulanmayanların bağışlanıp bağışlanmayacağı gibi birçok hukuki ve ahlaki problemi beraberinde getirmektedir⁹⁹. Yaşamın döllenme ile başladığı kabul edildiğinde ceninin gelişim aşamaları dikkate alınmayarak döllenme ile ceninin yaşam hakkının varlığı mutlak olarak kabul edilmektedir¹⁰⁰. Cenine döllenmeden itibaren yaşam hakkı öngören ve cenini kişi statüsünde kabul eden koruma kategorisini benimseyen hukuk düzenlerinde gebeliğin sonlandırılması, embriyo üzerinde araştırma ve üreme teknolojisi konularına kısıtlayıcı yaklaşılmaktadır. Cenine döllenmeden itibaren yaşam hakkı öngören koruma kategorisinde embriyo üzerinde araştırma yapılması masum bir yaşam varlığının belirsiz terapötik amaçlar uğruna feda edilmesi olarak kabul edilmektedir¹⁰¹.

İrlanda Hukuku'nda 1983 yılında yapılan düzenleme ile anayasal olarak gebe kadın ile ceninin yaşam hakkı eşit kabul edilmiş ve cenine kişi statüsünde hukuki koruma öngörülmüştü¹⁰². Bu düzenleme sebebiyle İrlanda Hukuku cenine kişi statüsünde hukuki koruma öngören kategori içinde yer almaktaydı. Fakat yukarıda anlatılan İrlanda Hukuku'nda yaşanan liberalleşme sonrasında İrlanda'nın cenine kişi statüsünde koruma öngören kategoride olup olmadığı tartışmaya açılmıştır. İrlanda Anayasası'nın 40.3.3. maddesinde yapılan değişikliklerle kanunla gebeliğin sonlandırılmasının

⁹⁸ Halliday (n 97) 42.

⁹⁹ Stephan C. Hicks, 'The right to Life in Law: The Embryo and Fetus, The Body and Soul, The Family and Society' (1992) 19(3) Florida State University Law Review 805, 808-809.

¹⁰⁰ Hicks (n 99) 811.

¹⁰¹ Hicks (n 99) 808-809.

¹⁰² Katoğlu, 'Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi' (n 96) 185.

düzenlenebileceğine ilişkin hüküm eklenmiş ve böylelikle Anayasa'nın cenin ile gebe kadının yaşamını eşit kabul eden anlayışında değişiklik yaşanmıştır. İrlanda Hukuku'nda 1 Ocak 2019'da yürürlüğe giren Gebeliğin Sonlandırılması Yönetmeliği uyarınca on iki haftaya kadar olan gebeliklerin istek üzerine sonlandırılabilirdiği düzenlenmiştir. Kanaatimizce İrlanda Hukuku'nun ceninin korunmasına ilişkin bakış açısını değiştirdiği ve cenine gelişim evrelerini dikkate alarak hukuki koruma öngördüğü söylenebilir¹⁰³.

Cenine en yüksek düzeyde koruma sağlayan hukuk düzenlerinden biri olan Polonya Hukuku'nda 1983 yılına kadar olan dönemde gebeliğin sonlandırılmasına izin verildiği görülmektedir. Bu tarihten sonra Polonya Hukuku'nda oldukça sınırlı sayıdaki durumlarda gebeliğin sonlandırılabilirdiği kabul edilmektedir. Polonya Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılması tıbbi, embriyo patolojik ve kriminal nedenlerle mümkündür. Yani Polonya Hukuku'nda gebelik yalnızca gebe kadının veya ceninin sağlığının tehlikede olması, gebeliğin suç veya ensest sonucu oluşması hallerinde sonlandırılabilir. Polonya Hukuku'nda yürürlükte olan 7 Ocak 1993 tarihli Aile Planlaması, İnsan Embriyosunun Korunması ve Kürtaj Koşulları Kanunu'nun (*The Family Planning, Human Embryo Protection and Conditions of Permissibility of Abortion Act*) 1. maddesi uyarınca yaşamın doğum öncesi de dahil olmak üzere kanunda öngörülen ölçüde korumaya tabi olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁴.

Cenine döllenenmeden itibaren yaşam hakkı öngören AİHS'ye taraf devletler ceninin gebeliğin sonlandırılması işlemlerinden korumasını da AİHS m. 2 kapsamında yorumlayarak devletin bir yükümlülüğü olarak kabul etmektedirler. AİHS m. 53 uyarınca sözleşmeye taraf devletlerin insan haklarına AİHS'de öngörülenden daha yüksek bir koruma öngörmesi halinde Sözleşme'nin hükümlerinin daha yüksek koruma öngören taraf devlet düzenlemelerini kısıtlayacak şekilde yorumlanamayacağına ilişkin hüküm

¹⁰³ Bkz. "Provision may be made by law for the regulation of termination of pregnancy." Çeviri: "Gebeliğin sonlandırılmasının düzenlenmesi için kanunla düzenleme yapılabilir." <<https://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html>> erişim tarihi:20.03.2023

¹⁰⁴ Oktar (n 2) 132-133.; <www.reproductiverights.org/sites/default/files/documents/Polish%20abortion%20act--English%20translation.pdf> erişim tarihi:25.03.2023

sebebiyle taraf devletler AİHS m.2 bakımından daha yüksek derecede koruma öngörebilmektedirler¹⁰⁵.

Cenin en yüksek düzeyde korunmasının gerekliliğine ve sadece yaşamın değil gelişmekte olan yaşamın da korunmasına ilişkin olarak Alman Anayasa Mahkemesi'nin öğretisi tarafından eleştirilen 25.02.1975 tarihli kararına değinmekte fayda bulunmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi bu kararında, gebeliğin on ikinci haftasına kadar ilgilinin rızası ile sonlandırılmasına serbestlik tanıyan kanunu Anayasa'ya aykırı bularak devletin henüz doğmamış, anne rahminde gelişmekte olan yaşam varlığını da koruma yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme'ye göre Devlet, cenini annenin gebeliği sonlandırma konusundaki iradesine karşı korumakla da yükümlüdür¹⁰⁶. Mahkeme bu kararında, Almanya Anayasası'nda yer alan "herkes yaşam hakkına sahiptir" hükmünü henüz doğmamışları kapsayacak şekilde geniş yorumlamıştır¹⁰⁷. Mahkeme gebeliğin sonlandırılmasını annenin hayatı veya sağlığı bakımından tehlike oluşturması, çocuğun bedensel ya da zihinsel bozuklukla doğma ihtimalinin olması ve gebeliğin suç sonucu oluşması halinde sonlandırılabilceğini ifade etmiştir¹⁰⁸. Alman Hukuku'nda yer alan cenine ilişkin bakış açısı ülkenin Nazi rejimi geçmişinin insan onuruna aykırı muamelelerinin bir reaksiyonu niteliğindedir¹⁰⁹. Alman Ceza Kanunu'nda çocuk düşürtmeye ilişkin 218. maddede suçun konusu cenine ait bir menfaat olarak belirlenmiştir. Alman Hukuku'nda çocuk düşürtme suç olarak düzenlenmekle ceninin gelecekteki yaşam hakkının ve henüz insan sıfatına sahip olmayan embriyonun anayasadan kaynaklanan yaşam hakkının korunduğu ifade edilmektedir¹¹⁰.

Alman Ceza Kanunu bakımından yer alan düzenlemeler doğal dölleme sonucu oluşan gebeliklere ilişkin olup yapay dölleme bakımından düzenleme bulunmamaktaydı. Bu boşluk sebebiyle 1990 tarihli Embriyo Koruma Kanunu (*German Embryo Protection*

¹⁰⁵ Puppinc (n 41) 153.

¹⁰⁶ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 202-203.; Özlem Yenerer Çakmut, 'Türk Ceza Yasası'nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100)' Sulhi Dönmezer Armağanı Cilt 1 (1.Bası, 2008) 598.; Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi* (n 73) 135.

¹⁰⁷ Oktar (n 2) 92.

¹⁰⁸ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 203.

¹⁰⁹ Halliday (n 97) 57.

¹¹⁰ Michael Hegmanns, *Strafrecht Für Alle Semester Besonderer Teil* (1. Bası, Springer 2009) 103. Aktaran: Erdem (n 59) 1652-1653.

Law- Embryonenschutzgesetz) kabul edilmiştir¹¹¹. Almanya’da 01 Ocak 1991 tarihinde yürürlüğe giren Embriyo Koruma Kanunu uyarınca araştırma amaçlı embriyo üretilmesi ve embriyonun araçsal olarak kullanılması yasaklanmıştır. Embriyo Koruma Kanunu uyarınca embriyonun hiçbir şekilde araştırma amacıyla kullanılamayacağı ifade edilse de bu Kanun ile kullanılan embriyo üzerindeki terapötik araştırma ve diğer embriyo araştırmaları arasında ayırım gözetilmektedir. Terapötik araştırma embriyonun yararına bir araştırma olması sebebiyle diğer araştırmalardan ayrı tutulmuş ve tedavi amaçlı kök hücre üretilmesi amacıyla embriyoların yok edilmesi tamamen yasaklanmıştır¹¹². Belirtmek gerekir ki Alman Hukuku’nda gebeliğin sonlandırılmasına belirli şartlar altında izin verilmektedir. Fakat Alman Hukuku’nda doğal dölleme sonunu oluşturan (*in vivo*) embriyoların belirli şartlar altında yok edilebilecekleri kabul edilirken laboratuvar ortamında üretilen (*in vitro*) embriyolar bakımından da yüksek bir koruma öngörülmesi çelişkili kabul edilmektedir¹¹³.

2.2.2 Ceninin gelişim evrelerini dikkate alarak hukuki koruma öngören koruma kategorisi

Cenine kişi statüsünde koruma öngören koruma kategorileri dışında kalan kategoride genellikle ceninin gelişim evreleri dikkate alınarak cenine belirli bir hukuki koruma ve hukuki statü öngörülmektedir¹¹⁴. Cenine belirli bir koruma öngören fakat kişi statüsünde koruma öngörmeyen hukuk sistemlerinde cenine yaşam hakkının tanındığı söylenemez. Bu koruma kategorisinde ceninin gelecekte kişi olabilme potansiyeli dikkate alınarak cenine bir değer atfedilmektedir¹¹⁵. Örneğin, İngiltere Hukuku’ndaki 1990 tarihli İnsan Dölleme ve Embriyoloji Kanunu (*Human Fertilization and Embryology Act*) bakımından embriyo araştırmaları embriyonun döllemesinden itibaren on dört gün içerisinde yapılabilmektedir. Embriyonun oluşturulmasından on dört gün sonra üzerinde deney yapılması kanunen mümkün değildir¹¹⁶. Bunun sebebi ise döllemeden itibaren

¹¹¹ Rahime Erbaş ‘Alman Federal Embriyonun Korunması Hakkında Kanunu’ (2017) 4(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 119, 121-122.

¹¹² Halliday (n 97) 57.

¹¹³ ibid 59.

¹¹⁴ Puppinek (n 41) 153.

¹¹⁵ Halliday (n 97) 42.

¹¹⁶ Halliday (n 97) 43.; Aysun Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2011) 44.; Bkz. Human Fertilization and Embryology Act 1990 <www.legislation.gov.uk.com>erişim tarihi:25.03.2023

döllenen yumurtanın hücre bölünmeleri ile çoğalması ve döllenmeden on dört gün sonra hücrelerde farklılaşma meydana gelmesidir¹¹⁷. İlk on dört günlük evrede embriyonun bir hücreler topluluğu olduğu, ayırt edilebilir bir tekilliğinin oluşmadığı, ilkel düzeyde de olsa da organ veya beyin yapısına sahip olmadığı ve bilişsel gelişimi olmadığı ifade edilmektedir¹¹⁸. Bu düzenlemeden İngiltere Hukuku'nda embriyonun gelişimi dikkate alınarak döllenmeden on dört gün sonra belirli bir değer atfedilerek embriyonun hukuki korumadan faydalandırıldığı anlaşılmaktadır. Ceninin gelişim aşamaları ona atfedilen hukuki statüyü ve değeri etkilemektedir¹¹⁹.

Türk Hukuku'nda ise cenin tanımına açıkça yer verilmemiş olmasına karşın ceninin korumasına yönelik hukuki müesseseler öngörülmüştür¹²⁰. Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca kişiliğin sağ olarak tamamıyla doğum ile başladığı hüküm altına alınmıştır¹²¹. Bu hükme göre kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Bu kanunun ifadesinde her ne kadar çocuk denilse de çocuk ifadesinden anlaşılması gereken cenindir¹²². Türk Medeni Kanunu sağ ve tam doğum şartı ile ana rahmine düşme anından itibaren kişiye hak ehliyeti tanımaktadır¹²³. Cenin sağ ve tam doğmak şartı ile geriye etkili olarak miras gibi birtakım medeni hukuktan kaynaklanan haklardan faydalandırılmaktadır¹²⁴. Bu hakların cenine tanınmasıyla ceninin

¹¹⁷ Metin (n 13) 128.

¹¹⁸ Aykut Çoban 'İnsan Hakları Bağlamında Embriyonun Moral Statüsü' (2007) Toplum ve Bilim (109) 258, 262.

¹¹⁹ Hicks (n 99) 838.; Tacir, 'Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı' (n 30) 1311.

¹²⁰ M.Sinan Beksaç, Mehmet Çakar, Şebnem Akipek Öcal ve Tuğrul Katoğlu, 'Embriyo ve Fetus: Etik ve Yasal Boyut' in M. Sinan Beksaç, Şebnem Akipek, Tuğrul Katoğlu, Zarife Şenocak, Mehmet Ali Şuğle (eds), *Doğum Hekimliği Maternal-Fetal Tıp'ta Etik ve Yasal Boyut* (Mebas Medical Basın Yayın, 2004) 120.; Bkz. TMK m.583 "Mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimseye art mirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak, tereke veya tereke malı bırakılabilir. Miras bırakan tarafından ön mirasçı atanmamışsa, yasal mirasçı, ön mirasçı sayılır."; TMK m.643 "Mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğumuna kadar ertelenir. Ana muhtaç ise, doğuma kadar geçim giderlerinin terekeden sağlanmasını isteyebilir."

¹²¹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası:4721, Kabul Tarihi:22.11.2001, RG 08.12.2001/24607 <www.resmigazete.gov.tr>erişim tarihi:28.03.2023

¹²² Bkz. Zafer Zeytin ve Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku* (5. Bası, Seçkin 2020) 79.; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku 1. Cilt* (Yenilenmiş 16. Bası, Beta 2020) 243-246.; İhsan Erdoğan ve Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku* (Genişletilmiş 3. Bası, Gazi 2020) 219.

¹²³ O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk Cilt 1* (Genişletilmiş 3. Bası, Seçkin 2019) 146.; Tülay Aydın Ünver, *Cenin Hukuki Konumu* (1. Bası, On İki Levha 2011) 17.

¹²⁴ Şaban Kayıhan ve Mustafa Ünlütepe, *Medeni Hukuk Bilgisi* (Güncellenmiş 4. Bası, Seçkin 2017) 157.; Bkz. TMK m.583/1 uyarınca "Mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimseye art mirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak, tereke veya tereke malı bırakılabilir."

sağ doğması halinde kazanması muhtemel olan hakların korunması amaçlanmaktadır¹²⁵. Türk Hukuku'nda cenin kişi olarak kabul edilmemekle birlikte ana rahmine düşmesi ile ceninin sağ ve tam doğma şartı ile kişilik kazanması söz konusudur¹²⁶. Ana rahmine düşme ise ceninin rahme yerleşmesini ifade etmektedir. Tıp bilminde ana rahmine yerleşme implantasyon olarak ifade edilmektedir¹²⁷. Gebeliğin döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesiyle başlaması sebebiyle kanunda yer alan “ana rahmine düştüğü an” ifadesinin “ana rahmine yerleştiği an” veya “gebeliğin başladığı an” şeklinde düzenlenmesinin daha isabetli olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre ana rahmine düşen birçok döllenmiş yumurta rahme yerleşmeden rahimden atıldığı göz önüne alındığında “ana rahmine düşme anı” gebeliğin başlangıcını ifade etmemektedir¹²⁸. Günümüzde üreme tekniklerinin gelişmesi ile çocuk sahibi olmak isteyen insanların yapay döllenme yöntemi ile çocuk sahibi olmaları durumunda ceninin ana rahmine düşme anından itibaren değil tüpte döllenme anından itibaren hukuki korumadan faydalanacağı kabul edilmektedir¹²⁹.

Türk Hukuku'nda ceninin kişilik kazanması için sağ ve tam doğum dışında yaşama kabiliyetine sahip olması gibi başka bir şart aranmamaktadır¹³⁰. Bir görüşe göre ceninin kişi olarak kabul edilmesi için anne rahminden tamamen ayrılmış olması gerekmektedir¹³¹. Alman Hukuku'nda ise doğum sancılarının başlaması ile cenin insan olarak kabul edildiğinden doğum sancılarının başlamasından sonra gebeliğin sonlandırılması durumunda insan öldürme suçunun meydana geldiği kabul edilmektedir¹³². Türk Hukuku'nda ceninin sağ ve tam doğarak anneden ayrı bir varlık

¹²⁵ Güven (n 60) 23.

¹²⁶ Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (n 116) 29.; Beksaç, Çakar, Akipek Öcal ve Katoğlu, 'Embriyo ve Fetus: Etik ve Yasal Boyut' (n 120) 128; Can (n 38) 84; Tülay Kitapçıoğlu, 'Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu' (2012) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 297, 298; Mehmet Nihat Kanbur, 'Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu' (2008) Türkiye Barolar Birliği V. Türk Alman Tıp Sempozyumu 1229, 1230.

¹²⁷ Beksaç, Çakar, Akipek Öcal ve Katoğlu, 'Embriyo ve Fetus: Etik ve Yasal Boyut' (n 120) 131.

¹²⁸ Ertuğrul (n 2) 13.

¹²⁹ Aydın Ünver (n 123) 21.

¹³⁰ ibid 15.

¹³¹ Hakan Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (1.Bası, Seçkin 2021) 196-197.

¹³² Eric Hilgendorf, *Alman Tıp Ceza Hukukuna Giriş* (Salih Oktar tr, 1.Bası, Yetkin 2021) 116-117.; Doğum sancılarının başlaması ile ceninin insan olarak kabul edileceğine ilişkin görüşler için Bkz. Timur Demirbaş, *Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu* (1. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1992) 81-85.

kazandığı an kişi olarak kabul edilmesi söz konusudur¹³³. Sağ ve tam doğum TMK’da tanımlanmamıştır¹³⁴. Bir görüşe göre doğum, doğum sancılarının başlaması ile başlayıp göbek bağının kesilerek plasentanın atılması ile tamamlanmaktadır¹³⁵. Sağ doğum çocuğun anne rahminden ayrılması ile bir saniye bile olsa canlı olması, tam doğum ise çocuğun anne rahminden tamamen ayrılarak bağımsız bir varlık kazanması anlamına gelmektedir. Çocuk anne rahminden ayrılmasından sonra çok kısa bir süre içerisinde ölse dahi sağ doğmuş kabul edilmektedir¹³⁶. Sağ ve tam doğumun gerçekleşip gerçekleşmediği tıp bilimine göre belirlenir¹³⁷. Çocuğun kişilik kazanabilmesi bakımından sağ ve tam doğum dışında yaşama kabiliyetine sahip olması gibi başka koşullar aranmamaktadır¹³⁸. Aşağıda anlatılan çocuk düşürtme suçu bakımından da ceninin ne zaman kişi olarak kabul edileceğinin tespiti önem arz etmektedir¹³⁹.

Türk Ceza Kanunu bakımından ceninin kişi olarak kabulü doğum veya bazı görüşler bakımından doğumun başlangıcı anından itibaren söz konusu olup doğum veya doğumun başlangıcından önce ceninin kişi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bir görüşe göre Türk Hukuku’nda ceninin kişi olarak kabul edildiği an ceninin anneden ayrıldığı ve doğumun bittiği an olarak kabul edilmektedir¹⁴⁰. Bir başka görüşe göre doğumun başlangıcından itibaren ceninin kişi olarak kabul edileceği ifade edilmektedir. Yani ceninin kısmen de olsa anne rahminden ayrıldığı hallerde cenin bağımsız bir varlık olarak yaşama hakkı kazanacak ve kişi olarak kabul edilecektir¹⁴¹. Yargıtay bir kararında taksirle ölüme sebebiyet verme suçunda yer alan “kimse” sıfatını çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanabileceğine ve çocuğun tam olarak doğmadan anne rahminde ölmesi sebebiyle taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun hukuki konusunu oluşturmayacağına hükmetmiştir¹⁴². Kanaatimizce kişiliğin başlangıcı bakımından tam doğum şartı

¹³³ Katoğlu ‘Ceza Hukuku ve Etik’ (n 3) 303.

¹³⁴ Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (n 116) 25.

¹³⁵ Demirbaş, *Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu* (n 132) 81.

¹³⁶ Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (n 116) 26.; Demirbaş, *Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu* (n 132) 82.

¹³⁷ Kayıhan ve Ünlütepe (n 124) 156.

¹³⁸ Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (n 116) 25-26.

¹³⁹ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 196.

¹⁴⁰ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 196.

¹⁴¹ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 12.

¹⁴² Yargıtay 9. CD., 24.12.2008, 2008/16443 E., 2008/14064 K. <www.legalbank.com.tr>erişim tarihi:20.03.2023 Aktaran: Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 197.

arandığından ve tam doğum da çocuğun anne rahminden tamamen ayrılması anlamına geldiğinden cenin ancak anne rahminden tamamen ayrıldığında kişilik kazanacaktır.

Türk Ceza Kanunu kapsamında ceninin hukuki varlığının korunmasını amaçlayan düzenlemeler mevcuttur. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanan TCK'nın 99. ve 100. maddelerinde çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçları düzenlenmekle birlikte ceninin hukuki statüsü koruma altına alınmıştır¹⁴³. Cenine karşı gerçekleştirilen birtakım fiillerin suç olarak düzenlenmesi ceninin özel bir hukuki statüye sahip olmasının bir sonucudur¹⁴⁴. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen çocuk düşürtme ve çocuk düşürtme suçlarının oluşması bakımından ceninin yaşam varlığının ne zaman başladığı sorusu önem arz etmektedir. Birçok hukuk düzeninde belirli bir zamana kadar kadının kendi geleceğini belirleme hakkı ön planda olurken ceninin varlık kazandığı belirli bir zamandan sonra ceninin yaşam varlığı ön planda tutulmaktadır¹⁴⁵. Türk Ceza Kanunu'nda cenin tanımı yer almamasına rağmen kanunun 99. maddesinde düzenlenen çocuk düşürtme suçunun on haftayı aşan gebelikler için öngörülmüş olması bir diğer ifade ile kanun koyucunun on haftaya kadar gebeliğin sonlandırılmasına cevaz vermesi on haftayı aşan gebeliklerde ceninin yaşam varlığının korunduğu sonucunu ortaya koymaktadır¹⁴⁶. Fakat on haftadan sonra cenine gebe kadından bağımsız olarak koruma öngörüldüğü kabul edilse de bu düzenlemeler ceninin yaşam hakkına sahip bir kişi gibi korunmasına ve yaşam hakkının doğum öncesini kapsadığı şeklinde yorumlanmasına sebebiyet vermeyecektir¹⁴⁷.

Türkiye'nin de tarafı olduğu Biyotıp Sözleşmesi'nin 18. maddesi gereğince Türk Hukuku'nda araştırma amacıyla embriyo üretilmesi yasaklanmıştır. Biyotıp Sözleşmesi'nin 18. maddesinde embriyo üzerinde tüpte araştırmaya izin verilmesi halinde ise uygun koruma sağlanacağı ifade edilmiştir. Her ne kadar Biyotıp Sözleşmesi ile bu husus düzenlenmiş olsa da Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği 17 Nolu Ek uyarınca bu yönetmelikte belirtilenler dışında her ne maksatla olursa olsun tüpte oluşturulan embriyolar

¹⁴³ Kitapçıoğlu (n 126) 298.

¹⁴⁴ Erdem (n 59) 1649.

¹⁴⁵ Can (n 38) 82.

¹⁴⁶ Tacir, 'Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı' (n 30)1305-1306.; Dönmez (n 38) 106.

¹⁴⁷ Hasan Tahsin Gökcan, 'Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması' in Özge Yücel ve Gürkan Sert(eds) *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (2.Bası, Seçkin 2021) 168.

kullanılmayacağından Türkiye’de yedek embriyolar üzerinde araştırma yapılması mümkün değildir¹⁴⁸. Yönetmelik’in 17 Nolu Ek’i uyarınca eşlerden alınan üreme hücrelerinin Yönetmelik’te belirtilen amaçlar dışında bulundurulmayacağı, kullanılmayacağı, nakledilemeyeceği veya satılmayacağı düzenlenmiştir. Bu hükme ayrılık halinde ise uygulamayı yapan üreme merkezinin ruhsatı iptal edilecektir¹⁴⁹.

2.2.3 Cenine hukuki koruma öngörmeyen kategori

Biyotıp Sözleşmesine taraf devletler arasında cenine hiçbir hukuki koruma öngörmeyen, korunmaya değer görmeyen ya da cenini sadece deney malzemesi olarak kabul eden hiçbir taraf devlet bulunmamaktadır¹⁵⁰. Fakat Avrupa Birliği içerisinde sadece araştırma amaçlı embriyo üretilmesine izin veren tek devlet İngiltere’dir. Hatta İngiltere’nin Biyotıp Sözleşmesi’ne taraf olmama gerekçesi İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Kanunu uyarınca araştırma amaçlı embriyo yaratılmasına izin verilmesidir. İngiltere’deki bu düzenlemenin yukarıda yer verilen Biyotıp Sözleşmesi’nin 18. maddesinde yer alan araştırma amaçlı embriyo üretilmesini yasaklayan hükme aykırı olduğu da açıktır.

İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Kanunu ile embriyo üzerinde araştırmaya izin verilmesine Warnock Komitesi’nin önerileri dayanak oluşturmuştur. İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Kanunu uyarınca embriyo üzerinde araştırma yapılması amaçları genel olarak üreme tıbbi ile ilgili olmakla birlikte embriyonun oluşması, gelişimi ve hastalıklar ile ilgili olan araştırma amaçlarına da izin vermektedir. Bunlar kısırlık tedavisi, düşük sebepleri, genital hastalıklar konusunda bilginin artırılması, embriyonun rahme yerleştirilmesinden önce gen ve kromozom anormalliklerinin tespiti olarak örneklendirilmektedir. Bu Kanun’a göre embriyo araştırmalarının lisans şartı ile yürütülmesi zorunlu olup embriyonun döllenmesinden itibaren on dört gün içerisinde yapılabilmektedir. Bu on dört günlük sınır yine Warnock Komitesi tarafından önerilmiştir¹⁵¹. Warnock Komitesi döllenme anından itibaren ilk on dört gün içerisindeki

¹⁴⁸ Çoban ‘Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları’ (n 92) 206.

¹⁴⁹ Eda Gülsüm Karasaç ‘Cenin Yaşama Hakkı’ (2022) 71(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1051, 1084.

¹⁵⁰ Tacir, ‘Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı’ (n 30) 1311.; Katoğlu, ‘Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’ (n 96) 185.; Halliday (n 97) 42.

¹⁵¹ Halliday (n 97) 43-46.

süreci embriyoya öncesi (*preembryo*) süreç olarak adlandırmaktadır¹⁵². Embriyo üzerinde yapılacak araştırmalar için İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Kurumu'ndan (*Human Fertilisation and Embryology Authority*) lisans alınması gerekmekte olup İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Kanunu'nun 2. bölümünün 3. paragrafında yer alan düzenleme uyarınca bu Kurum'un embriyo üzerinde araştırma yapılmasına izin vermesi için bu araştırmanın tedavi hizmetlerinin sağlanması için gerekli olduğunu tespit etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte dónorların embriyoların araştırma amacıyla kullanılacağı konusunda bilgilendirilmeleri ve yazılı rızalarının alınması gerekmektedir¹⁵³.

¹⁵² Karasaç (n 149) 1055.

¹⁵³ Halliday (n 97) 43-46.

3. TÜRK CEZA KANUNU'NDA GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI

Türk Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin mevzuat incelendiğinde terim birliğinin mevcut olmadığı görülmektedir. Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin TCK'nın 99. ve 100. maddelerinde çocuk düşürtme ve çocuk düşürme ifadeleri tercih edilmiştir. NPHK'nın 5. maddesinde gebeliğin sonlandırılması, Tüzük'te ise rahim tahliyesi ifadesine yer verilmiştir¹⁵⁴. Rahim tahliyesi terimi gebeliğin sona ermesinden sonra rahimde kalan parçaların çıkarılması için yapılan işlemleri de kapsadığından tam anlamıyla gebeliğin sonlandırılması anlamına gelmemektedir¹⁵⁵. Tüzük'ün 2. maddesinde rahim tahliyesi deyiminden gebeliğin sonlandırılmasının anlaşılacağı ifade edilmiştir¹⁵⁶. Kanaatimizce gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin mevzuatta terim birliği sağlanarak gebeliğin sonlandırılması ifadesinin tercih edilmesi yerinde olacaktır¹⁵⁷.

3.1 Çocuk Düşürtme Suçu (TCK m.99)

3.1.1 Genel olarak

Çocuk düşürtme suçu 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kısımda yer alan Kişilere Karşı Suçlar başlığının 5. bölümünün 99. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre;

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

(2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile

¹⁵⁴ Erdem (n 59) 1646.; Uyumaz ve Avcı (n 77) 594.

¹⁵⁵ Güney Tunalı (n 67) 21.

¹⁵⁶ Recep Doğan 'Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları' (2016) 29(127) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 73, 77.; Dönmez (n 38) 107.

¹⁵⁷ Benzer yönde görüşler için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16.Bası, Seçkin 2021) 304; Dönmez (n 38) 107; Uyumaz ve Avcı (n 77) 595.

cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

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

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

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

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

Suçla ilişkin açıklamalardan önce embriyo, fetüs ve cenin kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Erkek hücresi olan sperm ile kadın hücresi olan yumurtanın döllenmesi ile kırk altı kromozoma sahip zigot oluşmaktadır. Döllenmiş yumurtaya zigot ismi verilmektedir¹⁵⁸. Bu zigota gebeliğin ilk sekiz haftasında embriyo adı verilmektedir¹⁵⁹. Embriyo tıp sözlüklerinde dört ila sekiz haftalık gebelik ürünü olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁰. Fetüs ise gebeliğin sekizinci haftasından sonra embriyoya verilen isim olup cenin ile aynı anlama gelmektedir¹⁶¹. TCK'da çocuk düşürtme ve çocuk

¹⁵⁸ Ertuğrul (n 2) 9.

¹⁵⁹ Uyumaz ve Avcı (n 77) 581.

¹⁶⁰ Ayfer Aydoğan ve Sami Aydoğan, Medical Translation Dictionary (1. Bası, Ankara Üniversitesi Yayınevi 2013) 334.

¹⁶¹ Uyumaz ve Avcı (n 77) 582.

düşürtme suçlarında “çocuk” ifadesinden anlaşılması gereken cenindir¹⁶². Çocuk kavramı, TMK m.28 uyarınca sağ ve tam doğum ile kişilik kazanmış olduğundan cenin deyimini ile aynı anlamına gelmeyecektir¹⁶³. Çocuk düşürtme suçu TCK bakımından çocuk ifadesi ile kastedilen döllemeden gebeliğin sona ermesi anına kadar olan sürede ana rahminde bulunan cisimdir¹⁶⁴.

Her ne kadar suçun ifadesinde “çocuk düşürtme” tercih edilmiş olsa da burada yer alan “çocuk” deyiminden TCK m.6 anlamında kabul edilen çocuk tanımı anlaşılacaktır¹⁶⁵. TCK’nın tanımları içeren 6. maddesi uyarınca çocuk deyiminden henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişilerin anlaşılacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte Çocuk Koruma Kanunu’nun (ÇKK) 3. maddesi uyarınca çocuk daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır¹⁶⁶. Çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarında cenin hatalı olarak çocuk ifadesi ile özdeşleştirilmiştir. Bu bakımdan kanunda yer alan ifadenin hatalı olduğunu kabul etmek gerekmektedir¹⁶⁷.

3.1.2 Suçun hukuki konusu

Suçun hukuki konusu suçun ihlal ettiği şeyi ifade etmektedir¹⁶⁸. Her suç bakımından suçun hukuki konusu mevcut olup suç ile ihlal edilen varlık ya da menfaat bireye, aileye, topluma veya devlete ait olabilir¹⁶⁹. Çocuk düşürtme suçunun hukuki konusu suçun düzenlendiği dönemlere göre farklılık göstermiştir. 1936 yılında yapılan değişiklikle suçun “İrkin Tümlüğü ve Sağlığı Aleyhine Cürümler” başlığı altında düzenlenmesi ile suçun hukuki konusunun milletin çoğalma gücü olarak belirlendiği ifade edilmektedir.

¹⁶² Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 217-218.; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (5. Bası, Adalet 2021) 39.; Katoğlu ‘Ceza Hukuku ve Etik’ (n 3) 302.

¹⁶³ Erdem (n 59) 1647.

¹⁶⁴ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 218.

¹⁶⁵ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 196.; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (18. Bası, Seçkin 2020) 370; Kitapçioğlu (n 126) 307; Keskin Kızıroğlu ‘Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları’ (n 62) 172.; Murat Aydın ‘Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Cezai Sorumluluğu’ (2011) 19(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, 73.

¹⁶⁶ Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası:5395, Kabul Tarihi:03.07.2005, RG 15.07.2005/25876 <www.resmigazete.gov.tr>erişim tarihi:28.03.2023

¹⁶⁷ Dönmez (n 38) 106.; Ertuğrul (n 2) 84; Doğan, ‘Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları’ (n 156) 101; Kitapçioğlu (n 126) 308.

¹⁶⁸ Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu* (Tıpkı Bası, Savaş 2019) 72.

¹⁶⁹ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (26. Bası, Savaş Kitapevi 2021) 110-111.

1965 yılında kabul edilen NPHK ile tıbbi zorunluluk hallerinde gebeliğin sonlandırılması kabul edildiğinden annenin, ceninin, gelecek nesillerin sağlığı ve milletin çoğalma gücünün korunduğu söylenebilir. 2827 Sayılı Kanun ile TCK'nın 468-470. maddelerinde yapılan değişiklikle birlikte kanun koyucu bu fiilleri suç olarak düzenlemek ile korumak istediği hukuki yararı değiştirmiş ve kadına belirli bir süre içerisinde gebeliğini sona erdirmeye özgürlüğü tanırken aynı zamanda kadının sağlığının tehlikeye girdiği hallerde ise gebeliğin sonlandırılmasını yasaklamıştır¹⁷⁰. 1983 yılında yapılan değişiklikle birlikte ise isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması kabul edildiğinden suçun hukuki konusunda da değişiklikler meydana gelmiş ve böylece kadının cinsel özgürlüğünün de korunması söz konusu olmuştur¹⁷¹. 5237 sayılı TCK m.99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçunun hukuki konusu bakımından öğretide birçok farklı görüş mevcuttur. Genel olarak öğretide çocuk düşürtme suçunun hukuki konusu bakımından ceninin yaşam varlığı, gebe kadının sağlığı, üreme özgürlüğü, aileye ait bir varlık, devletin nüfus politikası gibi hukuki değerlerin ifade edildiği görülmektedir. Kanaatimizce çocuk düşürtme suçu karma hukuki konulu bir suç olup çocuk düşürtme suçu ile öncelikle gebe kadının sağlığı, on haftayı aşan gebeliklerde ceninin gelecekte sahip olacağı potansiyel yaşamı, kadının kendi geleceğini belirleme hakkı ve üreme hakkı korunmaktadır.

3.1.2.1 Ceninin yaşam hakkı

Bu görüşe göre çocuk düşürtme suçu ile birinci derecede ceninin gelecekteki henüz doğmamış potansiyel yaşamı korunmaktadır¹⁷². Kanun koyucu on haftayı aşan gebeliklerin sonlandırılmasını yasaklamakla on haftadan sonra artık canlı olarak kabul edilen bir varlığı korumayı hedeflemiştir¹⁷³. Çocuk düşürtme suçunun TCK'da Kişilere Karşı İşlenen Suçlar başlığı altında düzenlenmesi ile suçun hukuki konusu insan hayatı olarak öngörülmüştür¹⁷⁴. Bu görüş ceninin kişi olmaması sebebiyle hak süjesi olamayacağı ve bu sebeple ceninin yaşam hakkının korunmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁷⁵. Kanaatimizce bu eleştiri isabetlidir. Ceninin TCK

¹⁷⁰ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 199.

¹⁷¹ Yurtcan (n 56) 44-45.

¹⁷² Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 366-367.

¹⁷³ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 200.

¹⁷⁴ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 195.

¹⁷⁵ Faruk Erem, 'Çocuk Düşürme' Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan (1.Bası, Güzel İstanbul Matbaası 1958) 307, 308.

bakımından kişi olarak, ceninin gelecekteki potansiyel yaşamının da insan hayatı olarak kabulü mümkün değildir. Bir diğer görüşe göre TCK m.99/2 bakımından gebe kadının rızasının bulunması halinde suç ile korunan hukuki değer anne rahminde bulunan ceninin varlığını sürdürüp, gelişiminin tamamlayıp doğabilme, gelecekte sahip olacağı yaşam hakkıdır¹⁷⁶. Kanaatimizce bu suç ile korunan hukuki değerlerden biri on haftayı aşan gebeliklerin sonlandırılması halinde ceninin gelecekte sahip olacağı potansiyel yaşamıdır. Bu görüş korunan hukuki değer ceninin yaşam hakkı olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır.

3.1.2.2 Gebe kadının sağlığı

Kanun koyucu bu suç ile öncelikli olarak kadının hayatını ve sağlığını korumayı hedeflemiştir¹⁷⁷. Gebeliğin ancak yetkili kişilerce sınırlandırılan sürede sonlandırılmasının kabulü gebe kadının sağlığının korunduğunu göstermektedir¹⁷⁸. Kanun koyucu gebeliği sonlandırmanın yasal olarak kabul edildiği hallerde dahi yetkisiz kişilerin bu fiillerinin ayrı olarak cezalandırılmakta ve gebe kadının sağlığının korunması amaçlanmaktadır. Bu hallerde gebeliğin sonlandırılması hukuka aykırı olmadığından ceninin yaşam varlığının korunduğu söylenemeyecektir¹⁷⁹. Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin fiillerin kadının bedeni üzerinde gerçekleşmesi ve yine kadının bedeni üzerinde sonuçlarını doğurması sebebiyle bu fiillerin suç olarak düzenlenmesiyle gebe kadının sağlığı korunmaktadır¹⁸⁰. Çocuk düşürtme fiillerinden doğrudan doğruya etkilenen cenin olmakla birlikte bu fiiller gebe kadının vücudu üzerinde gerçekleştirilmektedir¹⁸¹. Kanun koyucu her şeyden çok gebe kadının vücut bütünlüğü ve iradesine öncelik tanıyarak bu suçu Kişilere Karşı İşlenen Suçlar arasında düzenlenmiştir¹⁸². Kanaatimizce kanun koyucu gebe kadının sağlığının korunması için ileri gebeliklerin sonlandırılması bakımından daha sıkı düzenlemelerde bulunmuş ve yetkisiz kişilerin gebeliği sonlandırması halini nitelikli hal olarak düzenlemekle kadının sağlığını korumayı

¹⁷⁶ Keskin Kızıroğlu, 'Türk Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 170-171.

¹⁷⁷ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 200.

¹⁷⁸ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 195.

¹⁷⁹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 366-367.

¹⁸⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 157) 303.

¹⁸¹ Kanbur (n 126) 1231-1232.

¹⁸² Yener Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (2009) 6 (2) Türk Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayı Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173, 175-176.

amaçlamıştır. Bununla birlikte kanun koyucu çocuk düşürtme suçunu Kişilere Karşı İşlenen Suçlar bölümünde düzenlenmekle öncelikli olarak gebe kadının fizik varlığını ve sağlığını korumayı hedeflemiştir.

3.1.2.3 Kadının kendi geleceğini belirleme hakkı

Bu görüşe göre suçun hukuki konusu gebe kadının anne olup olmamak konusundaki kişisel hakkıdır. Gebe kalan kadını çocuk doğurmaya mahkûm etmek kadının aile hayatının, çalışma hayatının ve ekonomik koşullarının olumsuzluk yönde etkilenmesine sebebiyet verebilecektir. Aynı zamanda kadının anne olup olmamak konusunda şahsa sıkı suretle bağlı bir hakka sahip olduğu kabul edilmelidir¹⁸³. Kanun koyucu on haftaya kadar olan gebeliklerde isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılmasını kabul ederek kadının ve ailenin çocuk sahibi olup olmamak konusundaki özgürlüklerini güvence altına almıştır¹⁸⁴. Gerçekten de kanun koyucu kanunda öngörülen on haftalık süre içerisinde yetkili kişi tarafından sonlandırılmak koşulu ile kadının kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında kadına özgürlük alanı bırakmıştır. Şüphesiz gebeliğin sonlandırılmasından ya da gebeliğin devamından birinci derecede etkilenen kişi gebe kadındır. Bu bakımdan on haftaya kadar olan gebelikler bakımından kadının kendi geleceğini belirleme hakkının korunduğu kabul edilmelidir.

3.1.2.4 Aileye ait bir varlık

Çocuk düşürtme suçunun hukuki konusunun aileye ait bir varlık olduğunu ifade eden görüşlere göre suç ile kadının ruh ve beden sağlığı, cinsel özgürlüğü gibi kişiye ait varlıklarının yanı sıra aileye ait bir varlık da korunmaktadır. Bunun sebebi ise çocuk düşürtme suçunun düzenlemesi ile parantel birliğe ait bir varlığın korunmasının amaçlanmasıdır. Çocuk düşürtme suçunun Kişilere Karşı İşlenen Suçlar başlığı altında düzenlemesi bu suç ile aileye ait bir varlığın korunmadığı anlamına gelmeyecektir. Bu görüşe göre gebeliğin sonlandırılması için evli olunması durumunda eşin rızasının

¹⁸³ Sahir Erman ve Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (1. Bası, Dünya Yayıncılık 1994) 190.

¹⁸⁴ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 200.

aranması bu suç ile aileye ait bir varlığın korunmasının bir sonucudur¹⁸⁵. Ailenin mevcut olmadığı hallerde de bu suçun oluşması sebebiyle bu görüş eleştirilmektedir¹⁸⁶. Kanaatimizce bu eleştiri isabetlidir. Gerçekten de aile birliğinin mevcut olmadığı hallerde de çocuk düşürtme suçu meydana gelebilmektedir. Bu sebeple çocuk düşürtme suçunun hukuki konusu olarak aileye ait bir varlık kabul edilmemelidir.

3.1.2.5 Üreme hakkı

Çocuk düşürtme suçunun düzenlenmesi ile bu suçun işlenmesi sonucunda kadının ve babanın çocuk sahibi olamaması sebebiyle bu suçla üreme hakkının korunduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre her ne kadar anne ve baba adayları ilerde çocuk sahibi olma imkanına sahip olsalar da bir müddet üreme haklarını kullanamamaktadırlar¹⁸⁷. Her ne kadar gebe kadının üreme hakkının korunduğu görüşüne katılsak da baba adayının üreme hakkının korunduğu görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü gebeliğin sonlanmasından doğrudan etkilenen, gebeliği sürdürme ya da sonlandırma hakkına sahip olan kişi gebe kadındır. Bir başka görüşe göre kadının rızası olmaksızın gebeliğin sonlandırılması durumunda kadının doğurma hakkı, biyolojik anne olabilme hakkı korunmaktadır¹⁸⁸. Bu suç ile soyunu sürdürme hakkının korunduğu da ifade edilmektedir¹⁸⁹. Kanaatimizce rızası bulunmaksızın bir kadının çocuğunu düşürtülmesi suç olarak düzenlemekle kadının üreme hakkı da korunmaktadır. Bununla birlikte kanun koyucu on haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılmasına izin vermekle yine gebe kadının ürememe konusundaki hakkını korumaktadır.

3.1.2.6 Devletin nüfus politikası ve genel ahlak

Çocuk düşürtme suçu ile korunan hukuki değerlerin genel ahlak olduğunu ifade eden görüşlere göre gebe kadının sağlığı ya da ceninin gelecekte ayrı bir yaşam kazanması gibi kavramlar önemli olmayıp ahlaki bir değerlendirme yapılarak gebeliğin sonlandırılması

¹⁸⁵ Tuğrul Katoğlu, 'Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması' Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan (2004) 2(2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 269, 280-281.

¹⁸⁶ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 4* (n 61) 484.

¹⁸⁷ Ertuğrul (n 2) 88.

¹⁸⁸ Keskin Kızıroğlu, 'Türk Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 170-171.

¹⁸⁹ Oktar (n 2) 12.

uygun görülmemektedir. Çocuk düşürtme suçunun hukuki konusunun devletin nüfus politikası olduğunu ifade eden görüşlere göre ise gebeliğin sonlandırılması devlet tarafından nüfusun artmasının istenmesi ya da istenmemesi ile ilgili bir konu olup devlet tarafından bir araç olarak kullanılmaktadır. Devlet nüfusu artırmak istediği zamanlarda gebeliğin sonlandırılmasını yasaklarken nüfusun azalmasını istediği hallerde ise bunu serbest hale getirmektedir¹⁹⁰. Suçun hukuki konusunun genel ahlak olduğuna ilişkin görüşler genel ahlakın muğlak bir kavram olması sebebiyle suçun hukuki konusu olarak kabul edilmemesi gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁹¹. Bir görüşe göre çocuk düşürtme suçu ile devletin nüfus politikasının veya genel ahlakın ihlal edildiği kabul edilmesi halinde çocuk düşürtme suçunun kamuya karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmesi gerekirdi¹⁹². Kanaatimizce çocuk düşürtme suçunun Kişilere Karşı İşlenen Suçlar başlığı altında düzenlendiği dikkate alınmalıdır. Bu sebeple çocuk düşürtme suçunun hukuki konusunun devletin nüfus politikası ve genel ahlak olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir.

3.1.3 Suçun maddi konusu

Suçun maddi konusu failin fiillerini üzerinde gerçekleştirdiği kişi ya da şeyi ifade etmektedir¹⁹³. Suçun oluşmasına sebebiyet veren fiillerin cenin üzerinde gerçekleştirilmesi sebebiyle suçun maddi konusu birçok yazar tarafından cenin olarak kabul edilmektedir¹⁹⁴. Diğer bir görüşe göre suçun maddi konusu gebe kadın ile çocuğun bedeni ve yaşamıdır¹⁹⁵. Kanaatimizce çocuğun yaşamının suçun maddi konusunun tanımından hareketle failin fiillerini üzerinde gerçekleştirdiği kişi ya da şeyi ifade etmemesi sebebiyle suçun maddi konusu olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çocuğun yaşamı ancak hukuki konuyu ifade edebilir. Bir başka görüşe göre gebe kadının rızası olmaksızın gerçekleştirilen çocuk düşürtme suçunun maddi konusu hem gebe kadın

¹⁹⁰ Yurtcan (n 56) 43-44.

¹⁹¹ Kitapçioğlu (n 126) 302.

¹⁹² Erman ve Özek (n 183) 188.

¹⁹³ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu* (n 168) 60-61.

¹⁹⁴ Ertuğrul (n 2) 88; Dönmez (n 38)112.; Katoğlu, 'Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması' (n 185) 282.; Serap Keskin Kızıroğlu, 'Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Kanununun Bakımından Değerlendirilmesi' (2007) Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Özel Sayısı:1 209, 213.; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 393.; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (7.Bası, US-A Yayıncılık 2021) 142.; Metin (n 13) 442.

¹⁹⁵ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 182.

hem de cenindir¹⁹⁶. Her ne kadar davranışlar cenin üzerinde gerçekleştirilseler de bu davranışlardan doğrudan etkilenen kişi gebe kadın olduğundan suçun gebe kadın üzerinde de işlendiği kabul edilmektedir¹⁹⁷. Kanaatimizce çocuk düşürtme suçunun maddi konusu çocuk düşürtme davranışlarının üzerinde işlendiği “şey” olan gebe kadının bedenidir.

Yukarıda genel olarak başlığında açıklandığı üzere suçun düzenlenmesinde hatalı olarak “çocuk” ifadesi kullanılmıştır. Çocuk ifadesinden insan anlaşılacağından suçun maddi konusunun çocuk olması halinde suçun niteliği değişecek ve insan öldürme suçu meydana gelecektir. Bu sebeple ceninin çocuk sıfatını kazanma anı hangi suçun oluştuğunun tespiti bakımından önem arz etmektedir¹⁹⁸. Doğumdan sonraki yaşam kasten ya da taksirle öldürme suçları ile korunmaktadır¹⁹⁹. Ceninin sağ ve tam doğum ile kişilik kazanarak çocuk sıfatını almasından sonra onun yaşam varlığını sona erdirmek amacıyla gerçekleştirilen fiiller kasten öldürme suçuna sebebiyet verecektir. Sağ ve tam doğumdan önce dölleme anından doğum anına kadar anne rahminde bulunan ceninin yaşam varlığını sonlandırma amacıyla gerçekleştirilen fiiller ise çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır.

3.1.4 Fail

3.1.4.1 Genel olarak

Çocuk düşürtme suçunun faili herhangi bir kişi olabilir²⁰⁰. Çocuk düşürtme suçunun faili ilk fıkradaki düzenlemesi bakımından gebe kadın dışındaki herhangi bir kişi olabilmektedir²⁰¹. Bu suç özel bir düzenleme mevcut olmadığı için tüzel kişiler tarafından işlenemez²⁰². Mülga TCK m. 468 uyarınca da bir kadının rızası olmaksızın çocuğunu düşürten kimseye yedi yıldan on iki yıla kadar ağır hapis cezası verileceği düzenlenmekle

¹⁹⁶ Keskin Kızıroğlu ‘Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları’ (n 62) 172.

¹⁹⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 157) 304; Kanbur (n 126) 1232.

¹⁹⁸ Demirbaş, *Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu* (n 132) 9.

¹⁹⁹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 370.

²⁰⁰ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 4* (n 61) 494.

²⁰¹ Hakeri, *Tip Ceza Hukuku* (n 131) 198.; Erdem (n 59) 1654.

²⁰² Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (182) 177.; Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3. Bası, Adalet 2020) 301.

“kimse” ifadesi kullanılmak suretiyle çocuk düşürtme suçunun herkes tarafından işlenebileceği kabul etmişti²⁰³.

3.1.4.2 Özgü suç kavramı bakımından

TCK'nın 99. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen gebeliği sonlandırma hali bakımından bazı yazarlarca failin yetkili kişi olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşe göre TCK m.99/5 uyarınca suçun yetkisiz bir kişi tarafından işlenmesi hali nitelikli hal olarak düzenlendiğinden suçun ilk fıkrası bakımından fail yetkili kişi olup suç özgü suç olarak düzenlenmiştir²⁰⁴. Bu görüşe göre çocuk düşürtme suçunun oluşabilmesi için on haftadan fazla olan gebeliklerde yetkili bir kişinin kadının rızası bulunmadan veya rızası ile fakat tıbbi zorunluluk bulunmadığı hallerde gebeliği sonlandırması gerekmektedir²⁰⁵. Bir başka görüşe göre failin yetkili kişi olup olmaması sadece nitelikli halin uygulanması bakımından önemli olup suçu özgü suç haline getirmemektedir²⁰⁶. Bu görüşe göre çocuk düşürtme suçunun yetkisiz bir kişi tarafından işlenmesi halinde suçun nitelikli hali oluşacaktır²⁰⁷. Kanaatimizce çocuk düşürtme suçu özgü suç olmayıp failin yetkili kişi olmaması TCK m.99/5 uyarınca çocuk düşürtme suçunun nitelikli halinin oluşmasına sebebiyet vermektedir²⁰⁸.

3.1.4.3 Gebe kadın

TCK m.99/2 uyarınca on haftadan fazla olan gebeliğinin sonlandırılmasına tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde rıza gösteren gebe kadın çocuk düşürtme suçundan fail olarak sorumlu tutulmaktadır²⁰⁹. 765 Sayılı mülga TCK'nın 468. maddesinin 2. fıkrası uyarınca on haftadan fazla olan gebeliği tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde sonlandıran kişiye ve çocuk düşürtmeye rıza gösteren gebe kadına aynı müeyyide öngörülmüştü. 5237 Sayılı TCK'da ise gebe kadın dışındaki kişi bakımından iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde on haftadan fazla olan

²⁰³ Erman ve Özek (n 183) 191.

²⁰⁴ Ertuğrul (n 2) 88-89.

²⁰⁵ Erdem (n 59) 1654-1655.

²⁰⁶ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 394.

²⁰⁷ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 368.

²⁰⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 157) 312.

²⁰⁹ Yokuş Sevik (n 202) 301.

gebeliğinin sonlandırılmasına rıza gösteren gebe kadın bakımından bir yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür. Bir görüşe göre verilen cezaların farklı olması farkı düzenlemenin hukuki bir temelinin olmaması ve bu farklılığın Anayasa m.10'da yer alan eşitlik ilkesine aykırı olması sebebiyle hatalı olup 765 Sayılı TCK'daki düzenleme daha isabetlidir²¹⁰. Kanaatimizce gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kendi bedeninde gerçekleşecek tüm riskleri üstlenen ve bu müdahalenin sonuçlarına katlanan gebe kadına söz konusu müdahaleye rıza göstermesi durumunda sonlandıran kişiye oranla daha az müeyyide öngörülmesi hakkaniyete uygundur.

3.1.4.4 Taşıyıcı annelik

Suçun failinin kim olacağı taşıyıcı annelik söz konusu olduğunda tartışma yaratmaktadır. Taşıyıcı annelik ya babamın sperminin taşıyıcı annenin rahmine konması ile ya da babanın spermi ile annenin yumurtasının birleştirildikten sonra taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilmesi ile gerçekleşmektedir²¹¹. Cenini oluşturan yumurtanın taşıyıcı anneye ait olmaması halinde taşıyıcı anne tarafından gerçekleştirilen gebeliğin sonlandırılması müdahalesinde on haftalık isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması süresi dikkate alınmayarak taşıyıcı annenin m.99/1 uyarınca cezalandırılması gerektiği ifade edilmektedir²¹². Bu görüş Türk Hukuku bakımından taşıyıcı annenin ceninin annesi olarak kabul edilmesi sebebiyle eleştirilmektedir. Bu eleştiriye göre TCK m. 100 ile gebe kadının kendi gebeliğini sonlandırması hali düzenlenmiş olup bu halde taşıyıcı annenin TCK m.100 bakımından sorumluluğu gündeme gelecektir²¹³. Kanaatimizce TCK m.100 ile gebe kadının kendi bedeni üzerinde on haftadan fazla olan gebeliğini sonlandırması hali düzenlendiğinden taşıyıcı annenin kendi fiilleri ile gebeliği sonlandırması halinde TCK m.100 bakımından sorumluluğu meydana gelecektir. Her ne kadar taşıyıcı annelik bakımından fail tartışmaları mevcut olsa da Türk Hukuku'nda Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te sadece çocuk sahibi olamayan evli çiftler bakımından yapay dölleme (homolog dölleme) yönteminin yine sadece eşlere uygulanabileceği düzenlenmiş olup taşıyıcı annelik

²¹⁰ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 200.

²¹¹ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 476.

²¹² Doğan, 'Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları' (n 156) 101-102.

²¹³ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 368.

müessesesine izin verilmemiştir²¹⁴. Türk Hukuku'nda taşıyıcı annelik müessesesine izin verilmiyor olsa da taşıyıcı annelik müessesesine izin veren bir ülkeye gidilerek bu işlemin gerçekleştirilmesi ve bu işlem sonrası taşıyıcı annenin gebeliği sonlandırmaya rıza göstermesi halinde ya da yumurtanın sahibi kadın tarafından taşıyıcı annenin rızası olmaksızın gebeliğin sonlandırılması halinde hukuki sorumluluğun nasıl belirleneceği sorunları gündeme gelebilecektir. Kanaatimizce mevcut çocuk düşürtme suçu düzenlemesi sebebiyle taşıyıcı annenin on haftadan fazla olan gebeliği tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde sonlandırmaya rıza göstermesi halinde TCK m.99/2 bakımından sorumlu tutulması mümkündür. Üreme hücreleri olan yumurtanın sahibi kadın tarafından taşıyıcı anneye yönelik gerçekleştirilen fiiller ise TCK m.99/1 bakımından çocuk düşürtme suçuna sebebiyet verecektir. Kanaatimizce TCK m.99 bakımından üreme hücrelerinin sahibi kadının gebeliğin sonlandırılması konusunda rıza verme yetkisi de bulunmamaktadır. TCK'daki düzenlemeye göre gebe kadın her ne kadar taşıyıcı anne olsa da on haftaya kadar gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösterebilecektir. Özel hukuk bakımından ise taşıyıcı annelik müessesesine izin veren bir ülkede bu yola başvurulup doğum gerçekleştikten sonra Türk Hukuku bakımından soybağının nasıl kurulacağını da düzenlenmesi gerekmektedir²¹⁵.

3.1.4.5 Sağlık çalışanları

Gebeliğin sonlandırılması işlemi özel uzmanlık gerektiren bir tıbbi müdahale olması sebebiyle kanun koyucu gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin müdahalelerde yetkili kişilerin kim olduğuna ilişkin düzenlemede bulunmuştur²¹⁶. Bu bakımdan tıbbi müdahalenin ne olduğunu kısaca ifade etmekte fayda vardır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin g bendi uyarınca tıbbi müdahale tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde

²¹⁴ Ertuğrul (n 2) 30-31.; Gülen Sinem Tek, 'Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler' (2012) İstanbul Barosu Yayınları Sağlık Hukuku Makaleleri II 103, 115.; Ayrıntılı bilgi için Bkz. Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi* (n 73) 169-172.

²¹⁵ Sendi Yakuppur 'Türkiye ve Dünya'da Taşıyıcı Annelik Konusunda Hukuki Gelişmeler' (2020) (1.Bası, Seçkin) V. Sağlık Hukuku Kongresi 238, 245.

²¹⁶ Tuğrul Katoğlu, 'Hekimin Cezai Sorumluluğu' in M. Sinan Beksaç, Şebnem Akipek, Tuğrul Katoğlu, Zarife Şenocak, Mehmet Ali Şuğle (eds), *Doğum Hekimliği Maternal-Fetal Tıp'ta Etik ve Yasal Boyut* (Mebas Medical Basın Yayın, 2004) 72.

gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi ifade etmektedir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından biri de tıbbi müdahalenin kanunen yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesidir²¹⁷.

Tüzük'te gebeliğin sonlandırılması bakımından yetkili olan kişiler kadın hastalıkları ve doğum uzmanları olarak gösterilmiştir. Bununla birlikte Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle gebeliğin sonlandırılması bakımından yetkili kılınmıştır. Menstrüel regülasyon (MR) yönetimi ise yine Tüzük'ün 2. maddesinin d bendinde vakum aspirasyon yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahale olarak tanımlanmıştır. Düzenlemeden anlaşılacağı üzere Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler bakımından sınırlı bir müdahale öngörülmüştür²¹⁸. Sonuç olarak Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almamış pratisyen hekimlerce gerçekleştirilen rahim tahliyesi çocuk düşürtme suçunun nitelikli halinin oluşmasına sebebiyet vermektedir²¹⁹. Gebeliğin yetkili kişi tarafından sonlandırılmaması durumunda TCK'nın 99. maddesinin 5. fıkrası uyarınca çocuk düşürtme suçunun yetkisiz bir kişi tarafından işlenmesi söz konusu olacağından öngörülen ceza ağırlaştırılmaktadır.

Tüzük'te yetkili kişinin yanı sıra gebeliğin sonlandırılacağı mekânın sahip olması gereken özellikler gösterilmiştir. Tüzük'ün 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca resmi tedavi kurumları, özel hastaneler ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının muayenehaneleri on haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılabilceği mekanlar olarak gösterilmiş ve menstrüel regülasyon (MR) ve diğer kürtaj setleri, otoklav ve elektrikli sterilizatör, uterotonikler, kanama durdurucu ilaçlar, intravenöz sıvı seti, enjektör, steril eldiven vb. diğer tıbbi araç ve gereç, rahim tahliyesinden sonra hastaların dinleneceği yataklar, elektrikli ya da elektriksiz vakum aspiratör bu mekanlarda bulunması zorunlu olan araç ve gereçler olarak gösterilmişlerdir. Tüzük ile bu koşulları düzenlenmekle kadının

²¹⁷ Aysun Altunkaş, 'Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları' Aysun Altunkaş, İpek Sevda Söğüt, Hamide Tacir (eds) *II. Ulusal Sağlık Hukuku Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu* (1. Bası, Seçkin 2015) 54.

²¹⁸ Kanbur (n 126) 1235-1236.

²¹⁹ Keskin Kızıroğlu, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 172.

sağlığının korunması amaçlanmıştır²²⁰. Bir görüşe göre gebeliğin bu araç ve gereçlerin bulunmadığı ve Tüzük'te sayılmayan mekanlarda sonlandırılması durumunda çocuk düşürtme suçunun yetkisiz kişi tarafından işlendiği kabul edilecektir²²¹. Bir diğer görüşe göre kadın doğum uzmanları bakımından Tüzük'te belirtilen mekanlar dışında gebeliğin sonlandırılması durumunda kadın doğum uzmanlarının yetkisiz kişi olarak kabul edilemeyeceği fakat bu müdahale sonucunda kadının zarara uğraması halinde hekimin özen yükümlülüğünü ihlali sebebiyle sorumlu tutulabileceği ifade edilmektedir²²². Kanaatimizce yetkili hekim tarafından gebeliğin bu araç ve gereçlerin bulunmadığı ve Tüzük'te sayılmayan mekanlarda sonlandırılması halinde çocuk düşürtme suçunun yetkisiz kişi tarafından işlendiğinin kabulü mümkün değildir. Fakat kanun koyucu gebeliğin sonlandırılacağı mekanları ve bu mekanlarda bulunması gereken araç ve gereçleri kadının sağlığını koruma amacıyla düzenlediğinden bu araç ve gereçlerin bulunmadığı ve sayılan mekanlarda yapılmayan müdahaleler sonucunda kadının zarara uğraması halinde hekimin özen yükümlülüğünü ihlal sebebiyle sorumlu tutulması gerekmektedir.

3.1.5 Mağdur

Suçun mağdurunun kim olduğunun tespiti ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda öngörülen birçok hukuki müessese ve mağdur için öngörülen haklar bakımından önem arz etmektedir. Suçun mağduru kavramı suçun hukuki konusundan yola çıkılarak ceza normu ile korunan ve suça sebebiyet veren fiil ile ihlal olunan varlık veya menfaatin sahibi olarak tanımlanmaktadır. Suçtan zarar gören herkes mağdur anlamına gelmemektedir²²³. Sahip olduğu varlık ya da menfaati doğrudan zarar görenler suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedirler. Örneğin, mağdurun toplum olarak kabul edildiği suçlarda sahip olduğu varlık ya da menfaati doğrudan zarar görenler suçtan zarar gören olarak adlandırılmaktadır²²⁴. Çocuk düşürtme suçunun mağdurunun kim olduğu konusunda öğretide birçok farklı görüş mevcuttur. Bu görüşler içerisinde gebe kadının,

²²⁰ Dönmez (n 38) 111.

²²¹ Doğan, 'Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları' (n 156) 100.

²²² Güney Tunalı (n 67) 130.

²²³ Tuğrul Katoğlu, 'Ceza Kanununda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları' (2012) 61(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 657, 660-662.

²²⁴ Katoğlu, 'Ceza Kanununda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları' (n 223) 684.

ceninin, toplumun ve baba adayının mağdur olarak kabul edildiği görülmektedir. Çocuk düşürtme suçunun mağdurunun düzenlenen fıkralara göre ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

Öncelikle TCK m.99/1 bakımından mağduru tespit etmek gerekmektedir. Bir görüşe göre çocuk düşürtme suçunun mağduru TCK m.99/1 bakımından gebe kadın olarak kabul edilmektedir²²⁵. TCK m.99/1 ile gebe kadının anne olmak hakkı ihlal edildiğinden bu suçun mağduru gebe kadındır²²⁶. Bir başka görüşe göre çocuk düşürtme suçu ile öncelikle ceninin gelecekteki yaşamı korunduğundan suçun mağduru cenindir²²⁷. Kanaatimizce TCK m. 99/1 bakımından gebe kadının sağlığı etkilendiğinden ve çocuk düşürtme suçu “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında düzenlendiğinden çocuk düşürtme suçunun mağduru gebe kadındır.

TCK m.99/2 bakımından gebe kadının tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde on haftayı aşan gebeliğinin sonlandırılmasına rıza göstermesi halinde fail olarak kabul edilmesi sebebiyle mağdur bakımından tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre gebe kadın, on haftayı geçen ve tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösterse dahi suçun mağdurudur. Bunun sebebi ise gebe kadının gösterdiği rızanın hukuken geçerli olmamasıdır. Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde on haftadan fazla olan gebeliğinin sonlandırılmasına rıza gösteren gebe kadın bakımından her ne kadar ceza öngörülmüş olsa da bu halde dahi suçun mağduru gebe kadın olarak kabul edilmektedir²²⁸. Karşı görüşe göre kadının m.99/2 uyarınca rıza göstermesi durumunda fail olarak kabul edilmesi sebebiyle bu halde suçun mağduru olamayacağı, bu halde suçun mağdurunun cenin olacağı ifade edilmektedir²²⁹. Aynı kişinin suçun hem mağduru hem de faili olarak kabul edilmesi mümkün değildir²³⁰. Kanaatimizce bu kural gözetildiğinde kadının on haftadan fazla olan ve sonlandırılmasında tıbbi zorunluluk bulunmayan hallerde gebeliğinin sonlandırılmasına rıza göstermesi halinde mağdur kabul edilmemesi

²²⁵ Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 181.; Yokuş Sevik (n 202) 301.; Ertuğrul (n 2) 89.

²²⁶ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 194) 142.

²²⁷ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 369.

²²⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 157) 304; Kanbur (n 126) 1237.

²²⁹ Güney Tunalı (n 67) 131.; Oktar (n 2) 177.

²³⁰ Katoğlu, ‘Ceza Kanununda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları’ (n 223) 663.

isabetlidir. Kadının on haftayı aşan ve tıbbi zorunluluk bulunmayan gebeliğini sonlandırılmasına rıza göstermesi durumunda suçun mağdurunun cenin olacağını ifade eden görüşler²³¹ ceninin suçun mağduru olarak kabul edilmesinin ceninin kişi olarak kabulü anlamına gelmesi sebebiyle eleştirilmektedir. Bu eleştiriye göre ceninin kişi olarak kabulü işlenen suçun çocuk düşürtme değil insan öldürme suçu haline getirecektir. Bunun sonucunda ise birden fazla cenine karşı tek bir hareketle çocuk düşürtmeye elverişli hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde suç, insan öldürme suçu olarak nitelendirileceğinden gerçek içtima kuralları uygulama alanı bulacaktır²³². Kanaatimizce TCK m.99/2 bakımından suçun faili gebe kadın olarak kabul edildiğinden bu fıkra bakımından suçun mağduru cenindir. Fakat suçun mağdurunun cenin olarak kabulü ceninin kişi olarak kabul edilmesi anlamına gelmemektedir.

TCK m.99/5 bakımından ise mağdurun gebe kadın olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Çünkü TCK m.99/5 bakımından gebeliğin sonlandırılmasının hukuka aykırı olmadığı hallerde dahi yetkisiz kişiler tarafından bu müdahalenin gerçekleştirilmesi halinde suç meydana gelmektedir. Bu bakımdan TCK m.99/5 bakımından suçun mağdurunun cenin olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu hallerde suçun mağduru yetkisiz kişi tarafından müdahaleye maruz kalan gebe kadındır²³³. Kanaatimizce TCK m.99/5 bakımından suçun mağduru, yetkisiz kişinin müdahalesi sonucunda sağlığı bakımından tehlike oluşan gebe kadındır. Kanun koyucu TCK m.99/5 ile yetkisiz kişilerin gebeliği sonlandırılmasına ilişkin müdahaleleri cezalandırmakla gebe kadının sağlığını korumaya amaçladığından bu menfaatin sahibi olarak da mağdur gebe kadın olacaktır.

Suçun mağdurunun toplum olduğuna ilişkin görüşler de mevcuttur²³⁴. Suçun mağdurunun toplum olup olamayacağına ilişkin çağa ve koşullara göre değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmektedir²³⁵. Tüzel kişiliği haiz olmayan ve kişi topluluklarından

²³¹ Dönmez (n 38) 127.; Keskin Kızıroğlu 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 179.

²³² Erdem (n 59) 1651-1652.

²³³ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 369.

²³⁴ Kanbur (n 126) 1236; Murat Aydın (n 148) 76.; Gebe kadının rızasının bulunması halinde suçun mağdurunun toplum olduğuna ilişkin Bkz. Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 397.

²³⁵ Güney Tunalı (n 67) 131.

oluşan toplumun suçun mağduru olup olamayacağı tartışmalıdır²³⁶. Toplumun tüzel kişi olmaması sebebiyle her ne kadar hak süjesi olamayacağı kabul edilse de bir fiili suç olarak öngörmekle sadece haklar değil çeşitli varlık ya da menfaatler de korunduğundan toplumun bu varlık ya da menfaatlerin hamili olarak suçun mağduru olabileceği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre aksinin kabulü sadece kişilere ait varlık ya da menfaatlerin korunduğu anlamına gelecek ve ceza muhakemesi hukukunda öngörülen mağdur haklarının toplumu oluşturan tüm kişilerce kullanılması gibi sorunlu sonuçlara sebebiyet verecektir²³⁷. Kanaatimizde çocuk düşürtme suçu Kişilere Karşı İşlenen Suçlar başlığı altında düzenlenmekle bu suç ile öncelikli olarak gebe kadının sağlığı korunduğundan suç ile korunan hukuki varlık ya da menfaatin sahibi de gebe kadındır. Bu sebeple toplumun mağdur olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Son olarak baba adayını üreme hakkının ihlal edilmesi sebebiyle suçtan zarar gören olarak kabul eden görüşler mevcuttur²³⁸. Kanaatimizce baba adayının suçtan zarar gören tanımından hareketle sahip olduğu varlık ya da menfaati doğrudan zarar gören kişi olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu suç ile sahip olduğu varlık ya da menfaati doğrudan zarar gören kişi gebe kadın olarak kabul edilmelidir.

3.1.6 Suçun unsurları

3.1.6.1 Maddi unsur

3.1.6.1.1 Davranış

NPHK bakımından gebeliğin sonlandırılması, anne rahminde canlı olarak bulunan ceninin dışarıdan bir müdahaleyle yaşam varlığının sona erdirilmesi amacıyla anne rahminden dışarı çıkartılması anlamına gelmektedir. Bu bakımdan çocuğun canlı olarak dünyaya gelmesini sağlayan müdahaleler gebeliğin sonlandırılması kavramı dışında yer almaktadır²³⁹. Toplumda genellikle gebeliğin sonlandırılması anlamında kullanılan kürtaj

²³⁶ Katoğlu, 'Ceza Kanununda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları' (n 223) 678.

²³⁷ ibid 683-684.

²³⁸ Ertuğrul (n 2) 89.

²³⁹ Oktar (n 2) 9.

kelime anlamı olarak döl yatağının içini kazıyıp cenini alma işi olarak tanımlanmıştır²⁴⁰. Küretaj kavramı kürete etme yani kazıma anlamına gelmektedir²⁴¹. Küretaj vücut boşluklarının kazınarak içerideki parçaların dışarı alınmasını ifade etmektedir. Küretaj yöntemi sadece gebeliğin sonlandırılması bakımından kullanılmamaktadır²⁴². Küretaj yöntemi aynı zamanda rahmin iç duvarından örnek alınıp incelenmesi ile teşhis amaçlı da kullanılmaktadır²⁴³. Tıp biliminde ise gebeliğin sonlandırılması kavramı “*abortus*” olarak adlandırılmaktadır. Abortus anne rahmindeki embriyonun yaşam varlığının sona erdirilmesi amacıyla rahmin dışına çıkarılması anlamına gelmektedir²⁴⁴. Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin bir diğer kavram da düşüktür (*miscarriage*). Düşük isteğe bağlı (*induced abortion*) ve isteğe bağlı olmayan (*spontaneous abortion*) şekilde meydana gelebilir²⁴⁵. İsteğe bağlı olmayan düşükte abortusun aksine embriyo veya fetüsün yaşam varlığını sonlandırılma amaçlanmamakta ve embriyoya/fetüse veya anneye ait birtakım hastalıklar gibi doğal sebepler ya da dış etkenler gibi sebeplerle gebelik sonlanmaktadır²⁴⁶.

Gebeliğin sonlandırılmasına elverişli herhangi bir hareket bu suçta sebebiyet verebilmektedir. Bu bakımdan çocuk düşürtme suçu serbest hareketli bir suçtur²⁴⁷. Alman Hukuku’nda da çocuk düşürtme suçunun benzer şekilde elverişli her türlü hareket ile işlenebileceği kabul edilmiştir²⁴⁸. Çocuk düşürtme suçu 1936 yılında yapılan değişikliğe kadar bağlı hareketli bir suç olarak düzenlenmekteydi²⁴⁹. Yürürlükte olan 5237 Sayılı TCK bakımından çocuk düşürtme suçu elverişli herhangi bir hareket ile işlenebilmektedir²⁵⁰. Bu hareket hem tıbbi bir müdahale şeklinde hem de kadına karşı yaralama niteliğinde olabilmektedir²⁵¹. Suçun oluşmasına elverişli harekete ilişkin bir

²⁴⁰ <www.sozluk.gov.tr>erişim tarihi:25.03.2023

²⁴¹ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 4* (n 61) 479.

²⁴² Güney Tunalı (n 67) 23.

²⁴³ Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 184.

²⁴⁴ Uyumaz ve Avcı (n 77) 595.; Güven (n 60) 20.

²⁴⁵ Güven (n 60) 12.

²⁴⁶ Şahin Aksoy, ‘Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir mi?’ (1996) 4(1) Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi 12, 12.<https://www.turkiyeklinikleri.com/article/en-kurtaj-sadece-tibbi-bir-karar-olabilir-mi-44452.html>erişim tarihi:20.03.2023

²⁴⁷ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 216.; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 157) 305.

²⁴⁸ Hilgendorf (n 132) 110.

²⁴⁹ Yurtcan (n 56) 75.

²⁵⁰ Oktar (n 2) 178.

²⁵¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 157) 305.

kararında Yargıtay, çocuk düşürtme suçunun işlendiğine kanaat getirilebilmesi için darp edilen davacının bu darp olayının çocuk düşürtmeye elverişli olup olmadığı hususunda kadın doğum uzmanı hekim tarafından ekimozların ebatı, basit tıbbi müdahale ile giderilebilir olup olmadıkları gibi hususların aydınlatılması gerektiğine hükmetmiştir²⁵². Yargıtay diğer bir kararında darpların ve rakı içirmenin çocuğun düşürtülmesine neden olup olamayacağı hususunun Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınarak kesin olarak saptanması gerektiğine hükmetmiştir²⁵³. Diğer bir kararında gebe kadına karşı gerçekleştirilen yaralama sonrasında hastaneye başvurusu ile düzenlenen raporda bu bulguların basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte olup olmadıklarının ve bu bulgular ile çocuk düşürtme suçunun neticesi arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığının Adli Tıp Kurumu'nca tespit edilmeksizin hüküm kurulmasını bozma sebebi olarak kabul etmiştir²⁵⁴. Bu kararlardan anlaşılacağı üzere hareket ile gebeliğin sonlandırılması arasında uygun bir illiyet bağının mevcut olması gerekmektedir. Bununla birlikte çocuk düşürtme suçunun manevi vasıtalarla yani gebe kadının korkutulması, tehdit edilmesi vs. gibi hareketlerle işlenip işlenemeyeceği de tartışmalıdır. Bir görüşe göre çocuk düşürtme suçu elverişli olmak kaydıyla manevi vasıtalarla da işlenebilmektedir²⁵⁵. Çocuk düşürtme suçunun manevi vasıtalarla işlenebileceğinin kabul edilmesinin manevi vasıtaların çocuk düşürtme kastını maddi vasıtalar gibi kesin bir şekilde ortaya koymaması sebebiyle hukuken sakıncalı olduğu ifade edilmektedir²⁵⁶. Kanaatimizce manevi vasıta ile gebeliğin sonlandırılması arasında uygun bir illiyet bağının varlığının Adli Tıp Kurumu raporu ile tespit edilmesi halinde çocuk düşürtme suçunun manevi vasıtalar ile de işlenebileceği kabul edilmelidir.

Gebeliği önleyici birtakım tedbirlerin uygulanması çocuk düşürtmeye ilişkin hareketi oluşturmaz. Cenin sıfatı nidasyon ile kazanılmaktadır. Nidasyon ise döllenme ile zigotun döllenmeden yaklaşık 6-7 gün sonra rahimde yuvalanması, rahmin iç zarına

²⁵² Yargıtay 14 CD., 10.11.2015, E.2013/10745, K.2015/10449 <www.legalbank.net>erişim tarihi:20.03.2023

²⁵³ Yargıtay 8 CD., 11.07.2002, E.2001/15169, K.2020/7959 <www.legalbank.net>erişim tarihi:20.03.2023

²⁵⁴ Yargıtay 3 CD., 05.10.2015, E. 2015/13459, K.2015/27052 <www.lexpera.com.tr>erişim tarihi:20.03.2023; Benzer nitelikteki kararlar için Bkz. Yargıtay 3. CD., 16.09.2014, E.2014/10984, K.2014/29594 <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi:20.03.2023; Yargıtay 3. CD., 19.04.2017, E.2016/9449, K.2017/4905 <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi:20.03.2023; Yargıtay 14. CD., 10.11.2015, E.2013/10745, K.2015/10449 <www.lexpera.com.tr>erişim tarihi:20.03.2023

²⁵⁵ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 194) 140.

²⁵⁶ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 4* (n 61) 494.

yerleşmesi anlamına gelmektedir²⁵⁷. Nidasyonu önleyen ertesi gün hapları (*morning after pill*) bu sebeple bu suçun oluşmasına sebebiyet vermemektedir. Bu suç için gebeliğin mevcudiyeti gerektiği için gebeliği önlemeye yönelik hareketler bu suça vücut vermeyecektir²⁵⁸. Alman Ceza Hukuku'nda da benzer şekilde gebeliğin sonlandırılması bakımından cezai sorumluluk nidasyondan sonra kabul edilerek nidasyonu önleyici yöntemler bakımından cezai sorumluluk kabul edilmemektedir²⁵⁹. Tüpte döllenmiş fakat ana rahmine yerleştirilmemiş yumurta da ana rahmine yerleştirilmeden önce cenin olarak kabul edilemeyeceğinden bu döllenmiş yumurtaya yönelik hareketler çocuk düşürtme suçunun oluşmasına sebebiyet vermeyecektir²⁶⁰.

Bu suçun ön koşulu kadının gebe olmasıdır. Gebe olmayan bir kadın üzerinde gerçekleştirilen hareketlerin çocuk düşürtme suçu sebebiyle cezalandırılması mümkün değildir²⁶¹. Ceninin doğal ya da yapay yollardan elde edilmiş olması suçun oluşması bakımından önem arz etmemektedir²⁶². Yapay yollarla elde edilen ceninin düşürtülmesi durumunda gebe kadının uğradığı maddi ve manevi zararının dikkate alınması gerektiğini ifade eden görüşler mevcuttur²⁶³. Kadının gebe olmamasının tipik fiili ortadan kaldıracığından suçun ön koşulu olarak değil unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden görüşler de mevcuttur²⁶⁴. Kanaatimizce kadının gebe olması suçun ön koşulu olarak kabul edilmelidir. Kadının gebe olmaması halinde yani gebelik unsurunun mevcut olmaması halinde ceza normunun ihlal edildiği söylenemeyeceğinden kadının gebe olması suçun bir ön koşuludur²⁶⁵.

Çocuk düşürtme suçunun oluşabilmesi için anne rahmindeki ceninin canlı olması gerekmektedir. Ceninin anne rahminde canlı olmaması halinde işlenemez suç meydana

²⁵⁷ Erdem (n 59) 1641.; Metin (n 13) 442.

²⁵⁸ Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (3. Bası, Seçkin 2017) 783.; Dönmez (n 38) 105.; Erdem (n 59) 1659.; Erman ve Özek (n 183) 196.

²⁵⁹ Hilgendorf (n 132) 109.

²⁶⁰ Metin (n 13) 442.

²⁶¹ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 216.; Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükmeler Cilt 4* (n 61) 489; Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 182.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükmeler Kişilere Karşı Suçlar* (n 194) 140.

²⁶² Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 182.; Yokuş Sevik (n 202) 301.; Erman ve Özek (n 183) 192.

²⁶³ Doğan, 'Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları' (n 156) 106.

²⁶⁴ Erdem (n 59) 1657.

²⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (n 169) 130-132.

gelecektir²⁶⁶. Ceninin ölü ya da sağlıksız doğacak olması çocuk düşürtme suçunun oluşmasını engellemektedir²⁶⁷. Ceninin çocuk düşürtmeye elverişli hareketlerin gerçekleştirildiği zaman canlı olması gerektiğine ilişkin Yargıtay bir kararında kadın doğum uzmanı ve ebe sanıkların bebeği doğurtuktan sonra kordon dolanması sebebiyle bebeğin masaya konulduğu ve canlandırma işlemi sırasında bebeğin masadan düşerek beyin kanaması sonucu öldüğü olayda Adli Tıp Kurumu'nun bebeğin canlı doğduğuna ilişkin kesin sonuçlara ulaşamaması fakat tanık beyanlarının bebeğin canlı doğduğuna ilişkin olması sebebiyle bebeğin canlı olarak dünyaya gelip gelmediği hususunun şüpheye yer verilmeyecek şekilde aydınlatılması gerektiğine hükmetmiştir²⁶⁸. Ceninin canlı olarak doğmasından sonra hareketin gerçekleştirilmesi durumunda kasten ya da taksirle öldürme suçu gündeme gelebileceğinden bu tespit önem arz etmektedir. Çocuk düşürtmeye yönelik hareketlerin çocuğun doğumundan önce ya da sonra yapıldığının tespit edilememesi halinde şüpheden sanık faydandırılmalı ve kasten/taksirle öldürme suçunun değil çocuk düşürtme suçunun oluştuğu kabul edilmelidir²⁶⁹.

Dış gebelik patolojik bir hal olduğundan dış gebeliğin sonlandırılması çocuk düşürtme suçuna sebebiyet vermemektedir. Dış gebeliğin sonlandırılması sebebiyle kadının zarara uğraması sonucunda unsurları mevcutsa taksirle yaralama veya taksirle ölüme sebebiyet verme suçlarının oluşması mümkündür. 765 Sayılı TCK m.468/5 uyarınca gebe olduğu sanılan kadına karşı çocuk düşürtme suçu düzenlendiğinden failin dış gebeliği normal bir gebelik olduğu inancı ile sonlandırması halinde çocuk düşürtme suçundan sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmekteydi²⁷⁰. 5237 Sayılı TCK bakımından dış gebelikte ceninin mevcut olmaması sebebiyle işlenemez suç söz konusu olup kadına karşı gerçekleştirilen hareketler unsurlarının oluşması bakımından taksirle veya kasten yaralama suçuna sebebiyet verebilecektir.

²⁶⁶ Keskin Kiziroğlu, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 172.; Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 182.; Yokuş Sevük (n 202) 302.

²⁶⁷ Kanbur (n 126) 1238.

²⁶⁸ Yargıtay 12 CD., 27.03.2014, 2013/16315 E., 2014/7715 K. <www.legalbank.net>erişim tarihi:10.03.2023

²⁶⁹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 370.

²⁷⁰ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 4* (n 61) 490.

Çocuk düşürtme suçunun gerçekleşmesi için ceninin anne rahminde ayrılmasının gerekli olup olmadığına ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre çocuk düşürtme suçunun oluşması bakımından yaşam varlığı sona erdirilen ceninin anne rahminden tahliye edilmesi şartı aranmamaktadır²⁷¹. Suçun ceninin ölümü ile gerçekleşmesi sebebiyle ceninin anne vücudundan ayrılması suçun oluşması için şart değildir. Bu bakımdan çocuk düşürtmeye elverişli hareket sonucunda çocuğun doğması ve yaşaması halinde çocuk düşürtme suçu oluşmazken çocuğun tahliye edilmemiş fakat yaşam varlığı sona ermiş olduğu halde çocuk düşürtme suçu oluşacaktır²⁷². Karşı görüşe göre ise suçun oluşabilmesi için ceninin ana rahminden dışarı çıkmış olması gerekmektedir. Zaten rahimde bulunan ölü cenin kadını zehirleyeceğinden bu cisim kadının vücudundan mutlaka atılacaktır²⁷³. Kanaatimizce çocuk düşürtme suçunun oluşması bakımından ceninin yaşam varlığının sona ermesi yeterli olup anne rahminden dışarı çıkarılıp çıkarılmamasının önemi bulunmamaktadır.

Çocuk düşürtmeye yönelik hareketler sebebiyle erken doğum gerçekleşmiş ve bu sebeple çocuk ölmüşse bu halde de çocuk düşürtme suçunun oluşacağı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre gebeliği sonlandırmaya elverişli hareketler gerçekleştirildikten sonra sağ olarak doğan çocuk daha sonra çocuk düşürtmeye yönelik hareketler sebebiyle ölmüşse çocuk düşürtme suçu meydana gelecektir²⁷⁴. Yaralama suçunda yaralama fiilinden çok sonra kişinin ölümüne sebep olunması halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumluluğun gündeme gelmesi bu duruma örnek olarak gösterilmektedir²⁷⁵. Bununla birlikte çocuk düşürtmeye elverişli hareketler sonucunda çocuk sağ olarak dünyaya gelmiş ve bu hareketler sebebiyle ölmemişse o halde çocuk düşürtme suçuna teşebbüsün meydana geleceği ifade edilmektedir²⁷⁶. Bu görüş karşısında ceninin tam ve sağ doğduktan sonra ölmesi durumunda çocuğun ölümü ile çocuk düşürtmeye elverişli hareketler arasında nedensellik bağı bulunsa da artık çocuk söz konusu olduğundan taksirle ya da kasten insan öldürme suçu oluşacağı ifade edilmektedir²⁷⁷. Bir başka görüşe

²⁷¹ ibid 486; Can (n 38) 86.

²⁷² Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 4* (n 61) 486.

²⁷³ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 218.

²⁷⁴ ibid 219.; Doğan, 'Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları' (n 156) 108; Keskin Kızıroğlu, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 174.

²⁷⁵ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku* (20. Bası, Seçkin 2020) 1287-1288.

²⁷⁶ Ertuğrul (n 2) 90.

²⁷⁷ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 399.

göre canlı olarak dünyaya gelen fakat çocuk düşürtme hareketleri sebebiyle ölen çocuk bakımından kanunun lafzında yer alan “düşme” söz konusu olmadığından çocuk düşürtme suçunun oluştuğunu kabul etmek güçtür²⁷⁸. Kanaatimizce çocuk düşürtmeye yönelik hareketler sonucunda çocuk sağ doğduktan sonra ölmüş ise çocuk düşürtme suçunun oluştuğu kabul edilmelidir. Çünkü bu halde çocuk düşürme amacıyla gerçekleştirilen hareketler neticesinde çocuğun ölümüne sebebiyet verilmiştir. Bu halde çocuk düşürtme suçunun neticesi cenin anne rahminden ayrıldıktan sonra meydana gelmektedir.

Suçun maddi unsuru altında incelediğimiz davranış hem hareketi hem de ihmali kapsamaktadır²⁷⁹. İhmal hukuk normunun yapılmasını beklediği hareketin yapılmaması anlamına gelip yapmama şeklinde olan davranış ve o davranışın yapılmasını emreden hukuk normundan oluşmaktadır²⁸⁰. İhmali davranışlarla çocuk düşürtme suçunun işlenebilmesi için failin neticeyi engelleme yükümlülüğünün ve imkanının bulunması gerekmektedir²⁸¹. Belirtmek gerekir ki öğretilerde çocuk düşürtme suçunun sadece hareket ile işlenebileceğini ifade eden görüşler mevcuttur²⁸². Bununla birlikte çocuk düşürtme suçunun ihmalle de işlenebileceğini kabul eden görüşlere göre örneğin gebe kadına müdahale etmeyerek gebeliğin sonlandırılmasına sebebiyet veren hekim de ihmal suretiyle çocuk düşürtme suçuna sebebiyet verecektir²⁸³. Yargıtay, gebe kadının sancı ve kanama şikâyeti ile acil servise başvurduğu ve nöbetçi hekimin hastayı derhal uzman hekime yönlendirmesi gerekirken, gebe kadına haftaya kendisini takip eden hekime görünmesi gerektiğini söylemesi üzerine kadının şikayetlerinin artması sonucunda ceninin öldüğünün tespit edildiği olayda hekimin hastayı ilgili uzman hekime sevk etmek yerine görevinin gereklerine uygun davranmaması ve görevi ihmalden sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir²⁸⁴. Kanaatimizce çocuk düşürtme suçu elverişli olması koşulu ile ihmal suretiyle işlenebilir. Gebe kadına gebeliği sonlandırma amacıyla gereken

²⁷⁸ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 372.

²⁷⁹ Selahattin Keyman, ‘Cürmi Fiillerin Yapısal Unsuru Olarak Hareket’ (1988) 40 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121, 122.

²⁸⁰ ibid 138.

²⁸¹ Oktar (n 2) 181.

²⁸² Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 370.

²⁸³ Ertuğrul (n 2) 91.

²⁸⁴ Yargıtay 9 CD., 21.10.2020, 2020/1781 E., 2020/1707 K. <www.legalbank.net> erişim tarihi:20.03.2023

müdahalenin yapılmaması halinde ihmal suretiyle çocuk düşürtme suçu meydana gelebilecektir.

Çocuk düşürtmeye elverişli davranışların gerçekleştirilmesine rağmen canlı doğan çocuğa tıbbi müdahalede bulunmayan hekimin ihmali sebebiyle sorumluluğu meydana gelecektir²⁸⁵. Bunun sonucunda çocuğun ölmesi durumunda hekimin sorumluluğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre çocuk düşürtmeye elverişli davranışı gerçekleştiren hekim çocuğun sağ doğması ve çocuğa müdahale etmemesi sonucu çocuğun ölmesi durumunda sadece çocuk düşürtmeden sorumlu tutulmalı kasten öldürmeden sorumlu tutulmamalıdır²⁸⁶. İleri dönemdeki (22-24 hafta) gebeliklerin sonlandırılmasında ceninin canlı olarak doğması mümkün olabilmektedir. Bir görüşe göre ağır maluliyet hali bulunması sebebiyle gebeliğin sonlandırılması halinde insan öldürme suçunun oluşmaması gerekmektedir. Diğer bir görüşe göre canlı doğan cenine gerekli tıbbi müdahalenin yapılmaması durumunda ihmal suretiyle öldürme suçu oluşacaktır²⁸⁷. Bununla birlikte çocuğun acılarını dindirmek maksadıyla müdahaleler yapılmalıdır. Aksi takdirde eziyet suçunun oluşması da gündeme gelebilecektir. Uygulamada hekimler ileri haftalık gebeliklerin sonlandırılmasından canlı doğuma sebebiyet vermemek bakımından ceninin yaşam varlığı rahmin içindeyken sonlandırılmak amacıyla fetosid uygulamasına başvurmaktadırlar²⁸⁸. Kanaatimizce çocuk düşürtmeye elverişli davranışların gerçekleşmesine rağmen canlı doğan çocuğa müdahale etmeyen hekimin ihmal suretiyle öldürme suçundan sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu hallerde cenin sağ olarak doğma ile kişilik kazanmış olduğundan artık çocuk düşürtme değil insan öldürme suçunun maddi konusunu oluşturacaktır.

Türk Hukuku'nda beyin ölümü gerçekleşmiş gebe kadının ne kadar süre suni yaşam ünitesinde tutulması gerektiği ve suni yaşam ünitesinin kapatılmasının sonucunda çocuk düşürtme suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre gebe kadının beyin ölümü gerçekleşmiş dahi olsa ceninin yaşam varlığını sonlandıracak herhangi bir hareket (solunum cihazının kapatılması vs.) bu suçun oluşmasına sebebiyet verebilecektir²⁸⁹.

²⁸⁵ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 201.

²⁸⁶ Aydın (n 148) 78.

²⁸⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 275) 1285.

²⁸⁸ Güney Tunalı (n 67) 139.

²⁸⁹ Can (n 38) 87.

Aksi görüşe göre ise kadının beyin ölümünün gerçekleşmiş olması sebebiyle artık çocuk düşürtme suçunun oluşması mümkün değildir. Buna göre nasıl ki annenin ölmesi sebebiyle ceninin de yaşam varlığının sona ermesi durumunda çocuk düşürtme suçu oluşmuyorsa annenin beyin ölümünün gerçekleşmesi durumunda da çocuk düşürtme suçunun oluşmaması gerekir. Bununla birlikte suni yaşam ünitesinin ceninin doğumuna kadar kapatılmaması ve ceninin doğumun gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bu konuya ilişkin Türk Hukuku'nda düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir²⁹⁰. Kanaatimizce gerçekten de beyin ölümü tıp bilimine göre normal bir ölümün tüm sonuçlarını doğurmaktadır. Gebe kadının ölmesi halinde aynı zamanda çocuk düşürtme suçu meydana gelmeyeceğinden beyin ölümü halinde farklı bir görüşün benimsenmesi tutarsız olacaktır. Fakat konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından suni yaşam ünitesinin kapatılmayarak ceninin dünyaya gelmesi de mümkündür. Konuya ilişkin yasal bir düzenlemeye ihtiyacı bulunmaktadır. Alman Hukuku'nda beyin ölümü gerçekleştiren kadının bakımının sona erdirilmesi sonucu ceninin ölmesi durumunda da çocuk düşürtme suçunun meydana geleceği kabul edilmektedir²⁹¹.

Çoğul gebelikler büyük oranda üreme tedavilerinde karşılaşılan bir durum olup azaltıcı çocuk düşürtme çoğul gebeliklerin bir kısmının sonlandırılması anlamına gelmektedir²⁹². Embriyo redüksiyonu diğer embriyoları güvence altına almak, çoğul gebeliğin anne bakımından yarattığı riskleri azaltmak gibi sebeplerle bir ya da birden fazla embriyonun gelişimlerinin sona erdirilerek çoğul gebelikleri kısmen sonlandıran bir uygulamadır²⁹³. Özellikle tüp bebek uygulamaları sonucunda fazla sayıda ceninin olduğu gebeliklerde erken doğum riskinin olması sebebiyle gebeliğin 10-12. haftalarında fetüslerden bir ya da birkaçının yaşam varlıkları sonlandırılarak bu risk engellenmektedir²⁹⁴. Çocuk düşürtme suçunun maddi unsuru bakımından anlatılan hususlar çoğul gebeliklerin kısmi sonlandırılması bakımından da geçerlidir²⁹⁵. Bir görüşe göre embriyo redüksiyonu gebeliği tamamen sonlandırmak amacıyla değil gebeliği sürdürmek amacıyla gerçekleştirildiğinden çocuk düşürtmeden ayrılmaktadır²⁹⁶. Hekimin çoğul gebeliklerde

²⁹⁰ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 203.

²⁹¹ Hilgendorf (n 132) 110.

²⁹² Katoğlu, 'Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması' (n 185) 271.

²⁹³ Metin (n 13) 448.

²⁹⁴ Çorbacıoğlu ve Yüksel (n 55) 87.

²⁹⁵ Katoğlu, 'Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması' (n 185) 283.

²⁹⁶ Metin (n 13) 449.

gebeliklerin bir kısmını sonlandırarak bir kısmının devam etmesini sağlama amacı ile davranışını gerçekleştirmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Bu amaçla yapılan davranışlar ceninin kişi olarak kabul edilmemesi sebebiyle başkası lehine zorunluluk hali olarak da kabul edilemez²⁹⁷. Çoğul gebeliklerin sonlandırılmasının da çocuk düşürtme olarak kabul edilmesi durumunda hukuka uygun bir gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin tüm koşulların sağlanması gerekmektedir²⁹⁸. Aksi halde çoğul gebeliklerde bazı ceninlerin yaşam varlığının sona erdirilmesi halinde o ceninler bakımından çocuk düşürtme suçu meydana gelecektir²⁹⁹. Üreme tedavisi sebebiyle yapay yolla oluşmuş cenin ile doğal yolla oluşmuş cenin arasında hukuken hiçbir fark bulunmamaktadır. Çoğul gebelik başlı başına tıbbi zorunluluk hali olarak kabul edilmemektedir. On haftayı aşan gebelikler bakımından tıbbi zorunluluk hali bulunup bulunmadığının yine araştırılması gerekmektedir³⁰⁰. Çoğul gebeliklerde cenin sayısının fazla olması sebebiyle sosyal endikasyon bulunduğu gerekçesi ile gebeliğin sonlandırılması mümkün değildir³⁰¹.

3.1.6.1.2 Sonuç

Suçun kanunda yer alan tanımından hareketle suçun neticesinin “çocuk düşürtmek” olduğu ifade edilmektedir³⁰². Bir görüşe göre çocuk düşürtme suçunun neticesi ceninin vücuttan ihraç edilmesidir³⁰³. Karşı görüşe göre ceninin ana rahminden dışarı çıkarılması suçun oluşması bakımından mecburi değildir³⁰⁴. Ana rahminden çıkarılan cismin cenin olmaması yani patolojik bir parça olması durumunda suç meydana gelmeyecektir³⁰⁵. Bir başka görüşe göre bu suçun neticesi ceninin canlılığının sona erdirilmesidir³⁰⁶. Çocuk düşürtme suçu, çocuk düşürtmeye yönelik davranışların gerçekleştirildikleri anda değil

²⁹⁷ Katoğlu, ‘Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması’ (n 185) 284.

²⁹⁸ ibid 291.

²⁹⁹ Kanbur (n 126) 1233; Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 185.; Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 372.

³⁰⁰ Katoğlu, ‘Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması’ (n 185) 285-288.

³⁰¹ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 212.; Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 275) 1298.

³⁰² Oktar (n 2) 184.

³⁰³ Yurtcan (n 56) 76.; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 216.

³⁰⁴ Ertuğrul (n 2) 91.; Erman ve Özek (n 183) 197.

³⁰⁵ Erdem (n 59) 1660.

³⁰⁶ Keskin Kızıroğlu ‘Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları’ (n 62) 174.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 194) 141.

ceninin yaşam varlığının sona erdirildiği anda tamamlanmaktadır³⁰⁷. Çocuk düşürtme suçu ceninin yaşam varlığının sona erdirilmesi ile vücut bulmaktadır. Failin cenini öldürme kastıyla hareket ederek ceninin bu davranış neticesinde ölmesi sonucunda suç meydana gelmektedir³⁰⁸.

3.1.6.1.3 Nedensellik bağı

Suçun oluşabilmesi için çocuk düşürtmeye yönelik davranışlar ile ceninin yaşam varlığının sona ermesi arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir³⁰⁹. Ceninin çocuk düşürtme suçuna elverişli davranışların gerçekleşmesinden önce ölmüş olması halinde işlenemez suç söz konusu olup gebe kadına karşı kasten ya da taksirle yaralama suçu meydana gelecektir³¹⁰. Gebe kadına gebeliği sonlandırmaya yönelik olmayan ilaç verilmesi, tedavi uygulanması fakat gebeliğin başka bir nedenle kendiliğinden sona ermesi durumunda nedensellik bağının bulunmadığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³¹¹. Fakat bu halde zaten gebeliği sonlandırma kastı mevcut olmadığından her halükârda çocuk düşürtme suçu meydana gelmeyecektir.

3.1.6.1.4 Hukuka uygunluk nedenleri

3.1.6.1.4.1 Meşru savunma

Meşru savunma TCK m. 25/1'de tanımlanmış olup kişinin kendisine veya bir başkasının hakkına yönelmiş haksız bir saldırıyı bertaraf etmesi için gerçekleştirdiği tepkiyi veya savunmayı ifade etmektedir³¹². Çocuk düşürtme suçu bakımından meşru savunmanın uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır. Çocuk düşürtme suçunun TCK m.99/1'de öngörülen hali bakımından meşru savunma hukuka uygunluk nedenin teorik

³⁰⁷ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 222.; Erem, 'Çocuk Düşürme' (n 175) 318.; Oktar (n 2) 185.

³⁰⁸ Erem, 'Çocuk Düşürme' (n 175) 309.

³⁰⁹ Hakeri, *Tip Ceza Hukuku* (n 131) 204.; Hakeri, *Tip Hukuku* (n 275) 1291.; Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 399.

³¹⁰ Hakeri, *Tip Hukuku* (n 275) 1291-1292.

³¹¹ Güney Tunalı (n 67) 139.

³¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (n 169) 165-173.

olarak uygulanabileceği ifade edilmektedir³¹³. Örneğin, gebe bir kadın tarafından saldırıya uğrayan kişinin gebe kadının çocuğunun düşmesini öngörerek elverişli bir hareket ile çocuğun düşmesine sebebiyet verilmesi halinde suçun olası kast ile de işlenebileceği göz önüne alındığında meşru savunmanın uygulanabileceği ifade edilmektedir³¹⁴. Kanaatimizce çocuk düşürtme suçu bakımından meşru savunma hukuka uygunluk nedenin uygulanması mümkün değildir. Verilen örnekte saldırgan gebe kadına karşı yapılan savunma kişinin vücut bütünlüğüne veya yaşam varlığına yönelik bir savunmadır.

3.1.6.1.4.2 Zorunluluk hali

3.1.6.1.4.2.1 Genel olarak

TCK m.25/2 uyarınca gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni mi, kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal mi yoksa mazeret nedeni mi olarak mı kabul edileceği tartışmalıdır. Zorunluluk halinde sosyal bir zarar meydana gelmeyeceğinden hukuka aykırılığın maddi yönünün gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir³¹⁵. Bir başka görüşe göre zorunluluk hali kusurluluğu değil hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Kanun koyucu kanun hükmünün yerine getirilmesini, meşru savunmayı, hakkın kullanılmasını ve ilgilinin rızasını hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden saymış fakat aynı başlık altında zorunluluk halinin hukuki niteliğini belirtmemiştir. Kanun koyucu TCK m.25/1 ile ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedeni bir hukuka uygunluk nedeni sayarken TCK m.25/2 hükmünü hatalı olarak hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmemiştir. Bu görüşe göre her ne kadar kanun koyucu Alman Ceza

³¹³ Ertuğrul (n 2) 100.

³¹⁴ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 405.

³¹⁵ Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (n 169) 175.; Zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olduğuna ilişkin olarak bkz. Selahattin Samet Bilge 'Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali' (2021) 7(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 365- 389.

Kanunu'nda yer alan düzenlemeden etkilense de bu kanunu yanlış yorumlamıştır³¹⁶. Kanaatimizce zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinden tıbbi zorunluluk bulunması ve doğacak çocuk veya onu takip edecek nesiller için ağır maluliyet hali zorunluluk hali olarak değerlendirilecektir.

3.1.6.1.4.2.2 Tıbbi zorunluluk bulunması

NPHK m. 5 uyarınca gebeliğin onuncu haftasına kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmayan hallerde istek üzerine, on haftadan fazla olan gebeliklerde ise ancak 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 edilebileceği düzenlenerek hem cenin hem de gebe kadın bakımından tıbbi zorunluluk halleri öngörülmüştür. Bu hükme göre on haftalık süreye tabi olmak koşuluyla gebe kadının rızası, doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyet ve tıbbi zorunluluk hali gebeliğin sonlandırılması bakımından hukuka uygunluk nedenleri olarak düzenlenmiştir³¹⁷. Her ne kadar NPHK m.5/1 uyarınca annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın gerekçeli raporunun yeterli olacağı düzenlenmiş olsa da uygulamada sağlık kurumları gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kararı heyetler, komisyonlar, kurullar oluşturarak alma yoluna gitmekte ve böylece süreci zorlaştırmaktadırlar³¹⁸.

NPHK'nın 5. maddesinin 3. fıkrasında ise derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahmin tahliye edileceği ve hekimin bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi gerektiren nedenleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirecekleri düzenlenmiştir. NPHK m.5/3'teki bildirim yükümlülüğüne aykırılık NPHK

³¹⁶ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13.Bası, US-A Yayıncılık 2021) 222.

³¹⁷ Hakeri, *Tip Hukuku* (n 275) 1294.

³¹⁸ Çorbacıoğlu ve Yüksel (n 55) 89.

m.8 uyarınca idari para cezası müeyyidesine bağlanmıştır. Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde gebeliği sonlandırma bakımından yetkili hekim yalnızca kadın hastalıkları ve doğum uzmanıdır³¹⁹.

Gebeliğin annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği durumlar zorunluluk hali olarak kabul edilmektedir³²⁰. Öğretide yer alan bir görüşe göre tıbbi zorunluluk halleri hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmeseydi dahi TCK m.25'te öngörülen zorunluluk hali uygulanarak gebeliğin sonlandırılması yine mümkün olurdu³²¹. Bir başka görüşe göre zorunluluk halinin uygulanması bakımından TCK m.25/2'de ağır ve muhakkak bir tehlikeye bilerek neden olmama koşulu aransa da gebe kadının kendisi için tehlikeli olan gebeliğe kendisinin bilerek neden olduğu söylenemeyecektir. Bu görüş TCK'nın genel hükümlerinde yer alan zorunluluk halinin çocuk düşürtme suçu bakımından uygulanmasının kolay olmadığını ifade etmektedir. Örneğin, İsviçre Hukuku'nda da genel hükümlerde zorunluluk hali öngörülmesine rağmen çocuk düşürtme suçu bakımından ceza verilmesine yer olmayan haller ayrıca düzenlenmiştir³²².

NPHK'ya paralel olarak Tüzük'e ekli 2. listede 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 düzenlenmiştir³²³. Bu hallerde isteğe

³¹⁹ Keskin Kızıroğlu, 'Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Kanununun Bakımından Değerlendirilmesi' (n 194) 211.

³²⁰ Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 1972) 248.; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 227-228.

³²¹ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 205.

³²² Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 490-491.

³²³ 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:

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

2) Rekürren preeklampsi-eklampsi

3) İzomünizasyon

4) 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 sarılıklar
 - 6) Agranülositozis
 - 7) Tromboembolik hastalıklar
 - 8) Hemoglobülinopatiler ve talasemi sendromları (ağır klinik ve hematolojik bozukluğa neden olan)
 - 9) Gamaglobulinopatiler
- D – Kalb ve dolaşım sistemi hastalıkları
- 1) Doğumu engelleyen konjenital ve akkiz kalb hastalıkları
 - 2) Kalp yetmezliği, perikardit, miyokardit, miyokard enfarktüsü aşikâr koroner yetmezliği, arteriyel sistem anevrizmaları
 - 3) Ağır tromboflebitler ve lenfatik sistem hastalıkları
 - 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 hipertiroidi
 - 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
 - 2) Kollajen doku hastalıkları
- J – Bütün malign neoplastik hastalıkları
- K – Nörolojik nedenler
- 1) Grand mal epilepsi
 - 2) Multipl 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) Paranoya
 - 5) Uyuşturucu bağımlılıkları ve kronik alkolizm
- M – Enfeksiyon hastalıkları
- 1) Teratojen intra üterin enfeksiyonlar
 - a) Kızamıkçık
 - b) Toksoplazmozis
 - c) Sítomegalovirus
 - d) Herpes virus grubu hastalıklar

bağlı gebeliğin sonlandırılması bakımından öngörüldüğü şekilde herhangi bir süre kısıtlaması bulunmamaktadır. Tüzük'e ekli 2. listede yer alan hallerin sınırlı sayıda gösterilip gösterilmediği konusunda öğretide görüş birliği mevcut değildir. Bir görüşe göre Ek 2'de yer alan haller sınırlı sayıda gösterilmemiştir. Listede yer almadığı halde kadının hayatını tehdit eden durumlarda da zorunluluk haline dayanılarak hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilmelidir³²⁴. Bir başka görüşe göre olayın özellikleri dikkate alınmadan liste yolu ile tıbbi zorunluluk hallerinin sayılması hukuka aykırıdır. Tıbbi zorunluluk halinin bulunduğunu saptayacak hekimlerin bu listeden ve kanundaki tanımdan faydalanarak olayın özelliklerine göre tıbbi zorunluluk bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirmede bulunmaları gerekmektedir³²⁵. Tıbbi zorunluluk hallerinin sayılması yerine yetkili bir kurul kararı ile tıbbi zorunluluk tespit edilerek gebelik sonlandırılması da söz konusu konuya getirilen bir başka çözüm önerisidir³²⁶. Tüzük'te günümüz tıp biliminde tedavisi kolaylaşan sıtma gibi birçok hastalık gebeliği sonlandırmada tıbbi zorunluluk hali olarak sayılmıştır³²⁷. Bununla birlikte Tüzük'ün yürürlüğe konduğu 1983 yılındaki kısıtlı prenatal tanı imkanlarının günümüzde çok daha ileri olması sebebiyle Tüzük'ün güncellenmesi bir zorunluluktur³²⁸.

NPHK m.5/4 uyarınca acil müdahale hallerinin neler olduğunun yönetmelikte gösterileceği ifade edilmiştir. Bu haller Tüzük m.8 uyarınca servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar, servikal internal osun açık olduğu haller, uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi olmak üzere sınırlı sayıda

-
- 2) Cüzzam
 - 3) Sıtma
 - 4) Frengi
 - 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

³²⁴ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 227-228.

³²⁵ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları' (n 182) 192.

³²⁶ Ertuğrul (n 2) 72.

³²⁷ Doğan, 'Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları' (n 156) 113.

³²⁸ Çorbacıoğlu ve Yüksel (n 55) 89.

gösterilmiştir. Bu hallerin sınırlı sayıda gösterilmesi sebebiyle zorunluluk haline dayanılarak genişletilmesi mümkün değildir³²⁹.

3.1.6.1.4.2.3 Doğacak çocuk ve onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete sebep olması

NPHK m.5/2 uyarınca gebelik on haftadan fazla olsa dahi 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 sonlandırılabilir. Bu hukuka uygunluk nedeni özürsüzlük endikasyonu olarak da adlandırılmaktadır³³⁰. Ağır maluliyet hallerinden ne anlaşılması gerektiği sorunu önem arz etmektedir. Bir görüşe göre doğacak çocuk ve onu takip edecek nesiller için ağır maluliyetten tedavisi ve telafisi mümkün olmayan sakatlıklar anlaşılmalıdır³³¹. On haftanın üzerindeki gebeliklerde rahim tahliyesini gerektiren, kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli olan hastalıklara ve durumlara Tüzük'ün ekli 2. listesinde yer verilmiştir³³². Listede yer verilen endikasyonların sınırlı sayıda olup olmadıkları bakımından öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Ağır maluliyet halleri Tüzük'ün ekli 2. listesinde sınırlı sayıda sayılmadığı ifade edilmektedir³³³. 1983 tarihli olan Tüzük'te sayılan ağır maluliyet hallerinin günümüzde tıp biliminin gelişmesi ile tıp bilimindeki gelişmelerin gerisinde kalması sebebiyle listede yer verilen endikasyonların güncellenmesi gerektiği ifade edilmektedir³³⁴.

Doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerin hukuki niteliği konusunda öğretide tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre bu halde hayatı veya sağlığı tehlikede bulunan kişinin hayatının kurtarılmaması aksine hayatı veya sağlığı tehlikede olan ceninin yaşam varlığının sona erdirilmesi sebebiyle zorunluluk hali bulunmamaktadır. Bu görüşe göre bu hukuka uygunluk nedeni hakkın icrası olarak

³²⁹ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 228.

³³⁰ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 209.

³³¹ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 193.

³³² Güney Tunalı (n 67) 162.; Ayrıntılı listeye 306. dipnotta yer verilmiştir.

³³³ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182)193.

³³⁴ Güney Tunalı (n 67) 164.

değerlendirilmelidir. Hekim cenine müdahalede bulunduğu hallerde hakkını icra etmektedir³³⁵. Bir başka görüşe göre doğacak çocuk ve onu takip edecek nesiller bakımından ağır maluliyet olması halinde gebeliğin sonlandırılması tıbbi zorunluluk olarak değil kanundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir³³⁶. Aksinin kabulü kadının rızası aranmaksızın özürlü doğacak ceninlerin yaşam varlıklarının sonlandırılması anlamına geleceğinden ceninin özürlü doğacak olmasının tıbbi zorunluluk hali olarak kabul edilemeyeceği de ifade edilmektedir. Bu görüşe göre zaten gebe kadının on haftaya kadar gebeliğini sonlandırma hakkı bulunmaktadır. Çocuğun özürlü doğacak olmasının on haftadan sonra anlaşılması durumu için ise kanunla düzenleme yapılması gerekmektedir³³⁷. Kanaatimizce NPHK m.5/2 hükmü açıkça doğacak çocuk ve onu takip edecek nesiller bakımından ağır maluliyet halinde on haftadan fazla olan gebeliğin sonlandırılabilceğini düzenlemiş olup ayrıca kanunla düzenleme yapılması gerekmemektedir. Bununla birlikte kanaatimizce doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı haller zorunluluk hali olarak düzenlenmiştir. Bu hallerde gebe kadının ağır ve muhakkak bir tehlikeye bilerek neden olmadığı açıktır. Kanun koyucu ceninde mevcut olan ağır maluliyeti cenin, doğacak nesiller ve gebe kadın bakımından ağır bir tehlike olarak kabul etmiş ve süre sınırı olmaksızın bu hallerde gebeliğin sonlandırılabilceğini düzenlemiştir.

3.1.6.1.4.3 Hakkın kullanılması

Çocuk düşürtme suçu bakımından hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre NPHK m.5/1 uyarınca gebeliğin onuncu haftasına kadar istek üzerine tıbbi sakınca bulunmayan hallerde ve TCK m.99/6 uyarınca gebeliğin yirminci haftasına kadar gebeliğin suç sonucu oluştuğu hallerde yetkili hekim bakımından hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni meydana gelecek ve hekim çocuk düşürtme suçundan sorumlu olmayacaktır³³⁸. Bir diğer görüşe göre doğacak çocuk ve onu takip edecek nesiller bakımından ağır maluliyet bulunması

³³⁵ Bayraktar (n 320) 248-249.

³³⁶ Güney Tunalı (n 67) 161.

³³⁷ Keskin Kızıroğlu, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 181.

³³⁸ Ertuğrul (n 2) 100-101.

halinde hekim bakımından hakkın kullanılması söz konusu olacaktır³³⁹. Kanaatimizce NPHK m.5/1 bakımından on haftaya kadar olan gebeliklerde ilginin rızası hukuka uygunluk nedeni, TCK m.99/6 bakımından ise cezasızlık nedeni söz konusudur. Bir başka görüşe göre de on haftaya kadar olan gebeliklerde gebeliğin sonlandırılması kürtaj hakkının kullanılması olarak değerlendirilmektedir³⁴⁰. Türk Hukuku'nda kürtaj bir hak olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple on haftaya kadar olan gebeliklerin gebe kadının rızası ile sonlandırılması halinde ilginin rızası hukuka uygunluk nedeni meydana gelmektedir.

3.1.6.1.4.4 İlgilin rızası (On haftaya kadar olan gebeliklerde kadının rızası)

Hukuken korunan varlık ya da menfaatin sahibinin rızası ceza hukuku bakımından önem taşımaktadır. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada suç bütün unsurları ile oluşmakta fakat suç ile korunan hukuki varlık ya da menfaatin sahibinin rızası ile fiil hukuka uygun hale gelmektedir³⁴¹. NPHK m.5/1 uyarınca tıbbi sakınca bulunmaması kaydıyla on haftaya kadar olan gebelikler bakımından gebe kadının rızasının bulunması halinde çocuk düşürtmeye yönelik davranışlar hukuka aykırı kabul edilmeyeceğinden çocuk düşürtme suçu meydana gelmemektedir. Bu hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilmesi için gebe kadının rızasının bulunması, gebe kadının sağlığı bakımından tıbbi sakınca olmaması ve gebeliğin on haftadan az olması gerekmektedir. Tıbbi sakıncanın bulunup bulunmadığının tıp biliminin gerekleri doğrultusunda tespit edileceği ifade edilmektedir³⁴². Tıbbi sakınca bulunmaması şartı NPHK m. 5/1'de yer alan düzenlemeden kaynaklanmaktadır³⁴³. Kanun koyucu gebeliğin onuncu haftasına kadar kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkına öncelik tanımıştır³⁴⁴. Bu hak şahsa sıkı suretle bağlı bir hak olduğundan rıza gebe kadın tarafından verilmektedir³⁴⁵. On haftalık sürenin Türkiye'de temel sağlık hizmetlerine erişimin istenilen düzeyde olmadığı ve gebeliğin tespitinin bile on haftalık sürenin bitimine yakın yapıldığı dikkate

³³⁹ Bayraktar (n 320) 248-249.

³⁴⁰ Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 405.

³⁴¹ Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (n 169) 184.

³⁴² Oktar (n 2) 196.; Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 275) 1295.

³⁴³ Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 275) 1295.

³⁴⁴ Can (n 38) 91.

³⁴⁵ Kitapçıoğlu (n 126) 318.; Kanbur (n 126) 1243.

alındığında kısa olduğu ifade edilmektedir³⁴⁶. Alman Hukuku'nda ise kadına müdahale öncesi en az üç gün önce danışma yükümlülüğünü yerine getirdiğini belgelemesi ve müdahaleyi hekimin gerçekleştirilmesi şartı ile on iki haftaya kadar olan gebeliklerde kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucu olarak karar serbestisi tanınmıştır³⁴⁷. Her ne kadar kadına on haftaya kadar isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması imkânı tanınsa da gebeliğin sonlandırılması müdahalesinin yetkili kişilerce gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi halde gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin davranışta bulunan yetkisiz kişi söz konusu hukuka uygunluk nedeninden faydalanamaz³⁴⁸. Gebeliğin sonlandırılması bakımından yetkili olan kişiler yukarıda ayrı bir başlık altında incelendiğinden yukarıda yapılan açıklamalar kadının on haftalık gebeliğinin sonlandırılmasına rıza göstermesi bakımından da geçerlidir.

Gebeliğin sona erdirilmesi gebe kadının bedeni üzerinde tıbbi müdahaleye sebebiyet vermektedir. Anayasa m. 17/2 uyarınca tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı güvence altına alınmıştır. Gebeliğin sonlandırılması da bir tıbbi müdahale olması sebebiyle Anayasa'nın bu hükmü kapsamında değerlendirilmektedir³⁴⁹. TCK bakımından ise on haftaya kadar olan gebeliklerde kadının rızasının bulunması m.26/2'de genel hukuka uygunluk sebepleri arasında yer alan ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi içerisinde değerlendirilmektedir. On haftaya kadar olan gebelikler bakımından gebe kadının rızasının bulunması durumunda çocuk düşürtmeye yönelik davranışlar hukuka aykırı kabul edilmeyeceğinden çocuk düşürtme suçu meydana gelmeyecektir. Bunun sebebi ise ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin bulunması sebebiyle suçun ihlal edici özelliğinin mevcut olmamasıdır³⁵⁰. On haftaya kadar olan gebeliklerde rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiği kabul edilmektedir³⁵¹.

³⁴⁶ Metin (n 13) 440.

³⁴⁷ Hilgendorf (n 132) 111.

³⁴⁸ Oktar (n 2) 196.

³⁴⁹ ibid 190.

³⁵⁰ Katoğlu, 'Ceza Kanununda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları' (n 223) 661.

³⁵¹ Aydın (n 148) 84.; Güney Tunalı (n 67) 151.

Kadının rızasının mevcut olmaması durumunda tipikliğin gerçekleşecek olması sebebiyle rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemeyeceğine ve tipikliğe ilişkin bir unsur olduğuna ilişkin görüşler mevcuttur³⁵². Tipiklik fiilin cezalandırılmasına sebep olan özelliklerin bütünü ifade etmektedir³⁵³. Aynı yöndeki görüşlere göre kanun metninde “rızası olmaksızın” şeklinde ifade edildiğinden kadının rızasının bulunmaması suçun unsuru olarak kabul edilmektedir³⁵⁴. Hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile suçun tipikliğine ilişkin rıza birbirinden farklı kabul edilmektedir. Tipikliğe ilişkin rıza hukuki menfaatin ihlalini engelleyerek suçun oluşmamasına sebebiyet verir. Hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen rızada ise fiil hukuki menfaatlere zarar vermekle birlikte rıza fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen rızada iradeyi sakatlayan sebepler, ilgilinin rızanın kapsamını bilmesi, anlama yeteneğine sahip olması vb. şartlar önem taşıırken tipikliğe etki eden rızada bu şartlar önemli olmayıp bilinçli bir onaylama yeterli kabul edilmektedir³⁵⁵. Kanaatimizce on haftaya kadar olan gebeliklerde kadının rızası tipikliğe ilişkin bir unsur olmayıp hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir. On haftaya kadar olan gebelikler bakımından gebe kadının rızasının bulunması durumunda çocuk düşürmeye yönelik davranışlar hukuki menfaatlere zarar vermekle birlikte rıza sebebiyle hukuka aykırı kabul edilmeyeceklerdir. Bununla birlikte kadının rızası ile ilgili rızanın aydınlatılmış olması, iradesinin sakat olmaması, müdahaleyi ve sonuçlarını anlama yeteneğine sahip olması vb. birçok hususun da önem arz ediyor olması rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiği sonucunu desteklemektedir.

Türk Hukuku’nda isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması bakımından kadına on haftalık süre tanınmıştır. On haftalık sürenin gebeliğin on ikinci haftasından sonra cinsiyetin belli olması sebebiyle cinsiyete dayalı gebeliğin sonlandırılması (*sex selective abortion*) ihtimalinin önüne geçmesi sebebiyle bazı yazarlarca isabetli bulunmaktadır³⁵⁶. On haftalık sürenin ne zamandan itibaren başlayacağını tespiti bu hukuka uygunluk nedeni

³⁵² Kitapçioğlu (n 126) 317.; Kanbur (n 126) 1243.; Erdem (n 59) 1660.

³⁵³ Keyman, ‘Cürmi Fiillerin Yapısal Unsuru Olarak Hareket’ (n 279) 123.

³⁵⁴ Yokuş Sevük (n 202) 304.

³⁵⁵ Özlem Yenerer Çakmut, ‘Tıpta Aydınlatma ve Rıza’ Hakan Hakeri, Yener Ünver, Zafer Zeytin, Yahya Deryal, Özlem Yenerer Çakmut, Ramazan Çağlayan (tebliğ sahipleri), *Roche Sağlık Hukuku Günleri: Tebliğler* (1. Bası, Roche Müstahzarları Yayınları 2007) 21.

³⁵⁶ Ertuğrul (n 2) 81.

bakımından önem arz etmektedir. Bir görüşe göre gebelik süresinin hesabında ana rahmine düşme anı esas alınmalı ve bu süre ana rahmine düşme anından itibaren başlamalıdır³⁵⁷. Uygulamada sağlık personellerinin gebelik süresini kadının son adet tarihi itibarıyla hesaplaması on haftalık süreyi kısaltmakta ve bu hakkın kullanılmasını zorlaştırmaktadır³⁵⁸. On haftalık sürenin hesaplanmasında gebeliğin sonlandırıldığı an dikkate alınmaktadır³⁵⁹. Tam olarak on haftalık olan bir gebeliğin sonlandırılması da hukuka uygun kabul edilmektedir³⁶⁰. Bununla birlikte gebelik sonlandırıldıktan sonra gebeliğin on haftayı aşıp aşmadığının tespiti oldukça zordur³⁶¹. Yargıtay bir kararında gebelik süresinin on haftadan fazla olduğunun kesin olarak saptanamaması sebebiyle beraat kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁶².

3.1.6.1.4.4.1 İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni bakımından kadının bilgilendirilmiş rızası

Rıza tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesine sebebiyet vermektedir³⁶³. Hukuken geçerli bir rızanın varlığından söz edebilmek için bu rızanın bilgilendirilmiş rıza (*informed consent*) niteliğinde olması gerekmektedir³⁶⁴. Bilgilendirilmiş rıza hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını gerçekleştirebilmesinin bir sonucudur³⁶⁵. Bilgilendirilmiş rıza hastanın tıbbi müdahalenin içeriği, riskleri, sonuçları ve tedavi seçenekleri konusunda bilgilendirilmesi ve hastanın bu bilgiler ışığında özgürce seçim yapması anlamına gelmektedir³⁶⁶. Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde tıbbi müdahalelerden önce kişiye müdahalenin amacı, niteliği, sonuçları ve tehlikeleri bakımından uygun bilgiler verilmesi ve kişinin müdahaleye bu bilgilendirme ışığında

³⁵⁷ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 198-199.; Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 275) 1286.

³⁵⁸ Uyumaz ve Avcı (n 77) 601.

³⁵⁹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 366.; Katoğlu, 'Hekimin Cezai Sorumluluğu' (n 216) 71.; Çetin Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk: Doktorların Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki)* (1.Bası, Tekışık Ofset Tesisleri 1993) 171.

³⁶⁰ Yurtcan (n 56) 227.

³⁶¹ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 225.

³⁶² Yargıtay 8 CD., 08.07.1983, 1983/1758 E., 1983/2010 K. <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi:20.03.2023

³⁶³ Bayraktar (n 320) 123.

³⁶⁴ Katoğlu, 'Hekimin Cezai Sorumluluğu' (n 216) 63; Selahattin Keyman, 'Hekimin Cezai Sorumluluğu' (1978) 35(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57,70; Erdem (n 59) 1664.

³⁶⁵ Hamide Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, (On İki Levha 2011) 148-149.

³⁶⁶ Yener Ünver, 'Türk Tıp Hukukunda Rıza' (2006) 3(3) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 227, 239.

özgürce karar vermesi gerekliliği düzenlenmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesinde hekimin olayın özelliklerine göre hastanın yararını ve bilgilendirmenin hastaya yapacağı etkiyi gözeterek bilgilendirmenin sınırlarını belirleyeceği düzenlenmiştir. Bu husus hekimin tedavi ayrıcalığı olarak adlandırılmaktadır³⁶⁷. Hasta hakları Yönetmeliği'nin 22. maddesi uyarınca kişilerin, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan tıbbi müdahaleye tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 39. maddesinde sözleşmeye taraf olan devletlere kadının bilgilendirilmiş rızası alınmaksızın kürtaj ve kısırlaştırılması işlemi uygulanması durumu karşısında gerekli yasal tedbirleri alma sorumluluğu yüklenmiştir³⁶⁸.

Gebeliğin sonlandırılması bakımından da hekimin kadını müdahalenin yöntemi, riskleri ve sonuçları bakımından bilgilendirilmesi gerekmektedir. Her ne kadar Tüzük'e ekli izin belgesinin imzalanması ile bilgilendirme yapıldığı kabul edilse de matbu nitelikteki bu bilgilendirme metni hukuka uygun bir rızanın oluşması için yeterli değildir³⁶⁹. Bilgilendirmenin yapıldığına ilişkin ispat yükü hekime aittir³⁷⁰. Tüzük'e ekli izin belgesinde yer alan gebeliğe son verme nedeniyle doğacak sonuçların hekim ve hastane aleyhine kullanılmayacağına ilişkin taahhüt kişilik haklarına aykırı olacağından hukuken geçersizdir³⁷¹. Böyle bir taahhüt aynı zamanda Biyotıp Sözleşmesi'nin 24. maddesinde düzenlenen tıbbî bir müdahale sonucunda, uygun olmayan bir zarara uğrayan kişinin, kanun tarafından öngörülen koşullar ve usuller uyarınca, adil bir tazminat isteme hakkı olduğuna ilişkin hükme de açıkça aykırıdır³⁷². Aynı zamanda böyle bir taahhüt ile kişinin henüz doğmamış haklarını kullanmayacağını beyan etmesi gibi bir sonuca

³⁶⁷ Katoğlu, 'Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi' (n 96) 172-173.; Ayrıntılı bilgi için bkz. Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı* (n 365) 177-181.

³⁶⁸ Doğan, 'Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları' (n 156) 81.

³⁶⁹ Uyumaz ve Avcı (n 77) 616-618.

³⁷⁰ ibid 627.

³⁷¹ Bkz. "Müdahaleden önce, görevli doktorun tüm açıklamalarını dinledik. Rahim tahliyesine rıza ve iznimiz olmadan girişilemeyeceği, bu işlemin tıbbi sonuçları ve muhtemel komplikasyonları bize etraflıca anlatıldı. Bu konuda, sorumlulukların bize ait bulunduğu bilincinde olduğumuzu, hiçbir şiddet, tehdit, telkin ya da maddi ve manevi baskı altında olmaksızın rahim tahliyesini kabul ettiğimizi, gebeliğe son verme nedeniyle doğacak sonuçları gerek birbirimiz ve gerek doktor ve hastane aleyhine kullanmayacağımızı, sonucuna katlanacağımızı ve gebeliğe son verme işlemine rıza gösterdiğimizi beyan ederiz."; Uyumaz ve Avcı (n 77) 617-618.

³⁷² Metin (n 13) 441.

ulaşılacaktır. Hak sahibi hakkının ihlal edildiği hallerde dava açma yetkisine sahip olup bu suretle hakkını yerine getirme imkanına sahiptir. Fakat müdahale öncesinde gebe kadının zaten böyle bir hakkı doğmamıştır. Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin bilgilendirmenin ayırt etme gücüne sahip kadın dışındaki başka kişilere yapılması kişi mahremiyetini ihlal edeceğinden hukuka aykırıdır³⁷³. Bir görüşe göre rızanın gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin müdahaleden önce verilmesi koşuluyla açıkça veya zımnen verilmiş olması önemli değildir. Fakat müdahaleden sonra kadının bu müdahaleyi onaylaması ya da itiraz etmemesi rızanın varlığını göstermemektedir³⁷⁴. Hastanın müdahalenin sonuçlarını düşünmesi ve rızasını geri almak isterse geri almasına imkân sağlanması bakımından rızanın müdahaleden birkaç gün önce verilmesinin uygun olduğu ifade edilmektedir³⁷⁵. Hastaya sağlıklı bir şekilde düşünebileceği, danışmak istediği kişilerden fikir alabileceği kadar bir zaman verilmesi gerekmektedir³⁷⁶. Telkin etme suretiyle alınan rıza geçerli bir rıza olmayacaktır³⁷⁷. Bir görüşe göre gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin müdahalelerde genellikle anestezi kullanılması ve kadının geçici olarak bilincinin ortadan kaldırılması sebebiyle rızanın ispatı bakımından sadece gebe kadının vücudunda rızanın olmadığını gösteren boğuşma, zorlama vs. gibi belirtiler aramak kabul edilebilir değildir³⁷⁸.

Kadının rızasının gebeliğin sonlandırılmasında kullanılacak araçları kapsayıp kapsamadığı konusu öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre kadının gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermesinden sonra gebeliği sonlandıracak kişinin kadının rıza gösterdiği araçlardan daha tehlikeli araçlar kullanacak olması durumunda kadının neticeye rıza göstermiş olması yeterli sayılacaktır. Bu görüşle aynı doğrultuda bir başka görüşe göre kadının rızası gebeliğin sonlandırılmasında kullanılacak araçları da kapsamaktadır³⁷⁹. Karşı görüşe göre kadının rızasının müdahalede kullanılan araç ve yöntemi kapsamaması ve müdahalede kullanılan araç ve yöntemin rızaya uygun olması gerekmektedir³⁸⁰. Bununla birlikte NPHK uyarınca kullanılacak araçlar, yöntemler,

³⁷³ Uyumaz ve Avcı (n 77) 621-622.

³⁷⁴ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 188.

³⁷⁵ Ünver, 'Türk Tıp Hukukunda Rıza' (n 366) 245.

³⁷⁶ Oğuz Polat, *Tıbbi Uygulama Hataları* (3. Bası, Seçkin 2019) 174.

³⁷⁷ Erem 'Çocuk Düşürme' (n 175) 318.

³⁷⁸ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 178.

³⁷⁹ Yurtcan (n 56) 83.

³⁸⁰ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 189.

müdahalenin yapılabileceği yerler ve müdahaleyi yapabilecek kişiler belirlendiğinden bunlara uyulmamasından dolayı sorumluluk gündeme gelebilecektir³⁸¹. Kanaatimizce kadının rızasının kullanılan araç ve yöntemleri kapsadığına ilişkin görüş günümüzde hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı anlayışından oldukça uzaktır. Yukarıda ifade edildiği gibi rızanın geçerli kabul edilebilmesi için kadının tıbbi müdahalede uygulanacak yöntem ve kullanılacak araçlara da rıza göstermesi gerekmektedir.

Tıbbi zorunluluk bulunan hallerde gebeliğin sonlandırılması için kadının rızasının alınıp alınmayacağı konusu öğretide tartışmalıdır. Bunun sebebi küçükler ve mümeyyiz olmayanlar bakımından düzenleme mevcut iken rıza gösterme ehliyeti tam olan kadın bakımından düzenleme yapılmamış olmasıdır³⁸². NPHK m.6/3 uyarınca veli veya sulh mahkemesinden izin alma ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şartı olmadığı düzenlenmiş olsa da evli kadın bakımından eşin rızasının bu hallerde aranmayacağına ilişkin bir düzenlemenin mevcut olmaması dikkat çekicidir³⁸³. Bir görüşe göre bu hukuka uygunluk nedenlerinden faydalanılabilmesi için NPHK m.6'da gösterilen kişilerden izin alınması gerekmektedir³⁸⁴. Bir başka görüşe göre tıbbi zorunluluk bulunması halinde de kadının rızası alınmalıdır³⁸⁵. Tıbbi zorunluluk hali yetkili hekime on haftayı aşan gebeliklerin sonlandırılması bakımından düzenlenen bir hüküm olup kadının rızası olmaksızın müdahale yapılabileceği anlamına gelmemektedir³⁸⁶. Bir başka görüşe göre kadının bilincinin kapalı olması ve kadının yaşamının tehlikede olması durumunda hekim rıza aramarak kadının yaşaması için gerekli müdahalelerde bulunacaktır³⁸⁷. Hekim zorunluluk haline dayanan hakkın icrası kapsamında rıza aramaksızın müdahalede bulunabilecektir³⁸⁸. Gebe kadının bilincinin kapalı olduğu ve rıza gösteremeyecek durumda olduğu hallerde hekimin tıbbi müdahaleleri hukuka uygun olacaktır³⁸⁹. Kanunun lafzından tıbbi zorunluluk halinin bulunması durumunda kadının rızasının

³⁸¹ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 227.

³⁸² Erdem (n 59) 1662.

³⁸³ Güven (n 60) 28.

³⁸⁴ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 230.

³⁸⁵ Kanbur (n 126) 1247.

³⁸⁶ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 204.; Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 275) 1291.

³⁸⁷ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları' (n 182) 189.

³⁸⁸ Bayraktar (n 320) 248.

³⁸⁹ Kanbur (n 126) 1249-1250.

aranmadığı anlaşılmaktadır³⁹⁰. Kadının hayatının kurtarılmasının gebeliğin sonlandırılmasına bağlı olması durumunda kişinin kendi bedeni üzerinde hukuka aykırı olarak tasarrufta bulunması mümkün olmadığından rıza aranmaksızın gebelik sonlandırılabilir³⁹¹. Bu hallerde yaşayan gebe kadının menfaatlerinin ileride yaşama potansiyeline sahip ceninin menfaatlerinden üstün tutulması gerekmektedir³⁹². Bir başka görüşe göre kadının bilincinin açık olması durumunda zorunluluk hali mevcut olsa dahi mutlaka tıbbi müdahale için kadının rızasının alınması gerekmektedir³⁹³. Tıbbi zorunluluk bulunan hallerde de kadının rızasının alınmaması halinde TCK m.99/1 bakımından sorumluluk meydana gelecektir³⁹⁴. Kanaatimizce kadının rızasının alınmasının mümkün olduğu durumlarda mutlaka tıbbi müdahale için rıza aranmalıdır. Kadının bilincinin kapalı olması ve yaşamının tehlikede olması halinde ise zorunluluk hali sebebiyle yapılan tıbbi müdahale hukuka uygun olacaktır. Bununla birlikte Biyotıp Sözleşmesi m.9 uyarınca tıbbi müdahale sırasında rıza gösteremeyecek olan kişilerin önceden açıklamış oldukları isteklerinin dikkate alınacağına ilişkin hüküm de dikkate alınmalıdır³⁹⁵.

3.1.6.1.4.4.2 Varsayılan rıza

Gebeliğin sonlandırılması bakımından varsayılan rızanın uygulama alanı bulabileceği ifade edilmektedir. İlgilinin rızasının alınmadığı hallerde acil müdahalede bulunulması gerekiyorsa hekim hasta yararına olan bu müdahaleyi varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeninden faydalanarak yapabilecektir³⁹⁶. Gebeliğin sonlandırılması bakımından ise kadının rızasının alınmasının mümkün olmadığı ve gebeliğin kadının hayatını veya hayati organlarını tehdit ettiği hallerde varsayılan rızaya dayanılarak gebeliğin sona erdirilmesi mümkün olabilecektir³⁹⁷. Zorunluluk hali genel bir hukuka uygunluk nedeni olup şartlarının bulunması halinde tüm suçlarda fiili suç olmaktan çıkarmaktadır. Bu sebeple

³⁹⁰ Dönmez (n 38) 124.

³⁹¹ Bayraktar (n 320) 197.

³⁹² Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi* (n 73) 134.

³⁹³ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları' (n 182) 194.

³⁹⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 275) 1293.; Benzer görüş için bkz. Yokuş Sevük (n 202) 307.

³⁹⁵ Söğüt (n 91) 185.; Katoğlu, 'Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi' (n 96) 171.

³⁹⁶ Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi* (n 73) 211.

³⁹⁷ Oktar (n 2) 200.

gebe kadının rızasının alınmadığı fakat gebe kadının hayatının ya da sağlığının tehlikede olduğu hallerde zorunluluk halinin oluştuğu kabul edilmelidir³⁹⁸.

3.1.6.1.4.4.3 Rızaya ehliyet

NPHK m.6 uyarınca NPHK'nın 5. maddede belirtilen müdahalenin gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile sulh hakiminin izin vermesine bağlı olduğu fakat akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmayacağı düzenlenmiştir. Akıl hastalığı kişinin anlama ve isteme yeteneği üzerinde etki doğuran patolojik, psişik, psikolojik her türlü anormalliği ifade etmektedir. Akıl hastalığı kişi üzerinde kalıcı ya da geçici etki doğurabilmektedir³⁹⁹. Akıl hastalığı durumunda da kişinin ayırtım gücüne sahip olup olmadığı olaya göre belirlenmelidir. Çünkü her akıl hastalığında ayırtım gücünün ortadan kalktığı söylenemez⁴⁰⁰.

Küçükler bakımından TMK'da hangi yaştan itibaren ayırtım gücüne sahip olduklarına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır⁴⁰¹. TMK m.16 uyarınca ayırt etme gücüne sahip olan küçükler ve kısıtlıların kişiye sıkı suretle bağlı hakları kullanmada yasal temsilcilerin rızasının alınmasının gerekli olduğu düzenlenmesine rağmen tıbbi müdahale konusunda öğretide görüş birliği mevcut değildir⁴⁰². Küçüklerin maruz kalacakları tıbbi müdahaleler bakımından velilerinin veya vasilerinin izninin alınması kuralı şahsa sıkı suretle bağlı hakların söz konusu olduğu durumlarda tartışmalara sebebiyet vermektedir⁴⁰³. Üreme hakkı şahsa sıkı suretle bağlı bir hak olduğundan sınırlı ehliyetsizlerin konu ile ilgili verdikleri rıza tek başına geçerli kabul edilebilir⁴⁰⁴. Küçükler kendisine yapılacak tıbbi müdahaleye hiçbir şekilde anlama yeteneğine sahip olmayanlar ve yine küçük olmakla

³⁹⁸ Erman ve Özek (n 183) 200.

³⁹⁹ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 316) 397.

⁴⁰⁰ Polat (n 376) 171.

⁴⁰¹ ibid 171.

⁴⁰² Zarife Şenocak, 'Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası' (2001) 50(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65, 73-74.

⁴⁰³ Barış Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu* (1. Bası, Seçkin 2003) 85.

⁴⁰⁴ Gürkan Sert, 'Hasta Hakları' Özge Yücel ve Gürkan Sert (eds) *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (2. Bası, Seçkin 2021) 151.

birlikte yapılacak tıbbi müdahalenin anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğine sahip olanlar şeklinde iki gruba ayrılmaktadır. İlk grupta yer alan muhakeme gücüne sahip olmayan küçüklerin tıbbi müdahaleye rıza gösterme ehliyetleri olmadığı açıktır. Küçükler bakımından öngörülen veli veya vasinin rızası koşulu ancak muhakeme gücünden tamamen yoksun küçükler bakımından uygulanmalı muhakeme gücüne sahip küçükler ise karar verme sürecine dahil edilmelidir⁴⁰⁵. Küçüğün rıza ehliyeti bakımından maruz kalacağı tıbbi müdahalenin kişisel ve toplumsal sonuçlarıyla birlikte kavrayarak özgürce karar verebilecek olgunlukta olması ölçütü dikkate alınmalıdır⁴⁰⁶.

NPHK m.6 uyarınca gebeliğin sonlandırılması gebe kadının iznine, küçüğün rızası ile velinin iznine vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasisinin rızası ile sulh hakiminin izni ile mümkün olabileceği düzenlenmiştir. Gebeliğin sonlandırılmasının şahsa sıkı suretle bağlı bir hak olması sebebiyle veli ya da vasinin rızasının gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre gebeliğin sonlandırılmana gösterilecek rıza kişiye sıkı suretle bağlı olduğundan küçüğün gebeliğin sonlandırılması müdahalesinin anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğine sahip olması durumunda veli veya vasinin rızasının alınması gerekmemektedir⁴⁰⁷. Nitekim gebeliğin sonlandırılmasının ya da sonlandırılmamasının sonuçlarının getirdiği sorumluluğu küçük bir ömür boyu kendisi taşıyacağından bu karar sadece ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından alınmalıdır⁴⁰⁸. Bu görüşü destekleyen başka bir görüşe göre küçüğün rızası bulunmaksızın sadece veli veya vasinin rızası ile gebeliğin sonlandırılması durumunda TCK m.99/1 uyarınca çocuk düşürtme suçu meydana gelecektir⁴⁰⁹. Cinsel ilişkiye rıza gösterebilen on beş yaşındaki küçüğün gebe kalması durumunda gebeliğin sonlandırılması için veli veya vasi izninin aranmasının gerekli olmadığını ifade eden görüşler mevcuttur⁴¹⁰. Yargıtay bir kararında on beş yaşını bitiren ve herhangi bir akıl hastalığı veya zayıflığına sahip olmayan gebe kadının çocuk

⁴⁰⁵ Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı* (n 365) 123-125.

⁴⁰⁶ Barış Erman (n 403) 84.

⁴⁰⁷ Keskin Kızıroğlu, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 174.

⁴⁰⁸ Şenocak (n 402) 79-80.

⁴⁰⁹ Kanbur (n 126) 1244.

⁴¹⁰ Doğan, 'Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları' (n 156) 105-106.

düşürtmeye gösterdiği rızanın geçerli olduğunu ifade etmiştir⁴¹¹. Bir başka görüşe göre evlenme ile reşit kılınamayan on iki ile on beş yaş arasındaki küçükler bakımından gebe kadın ile kanuni temsilcinin ortak iradesi aranmalı ortak bir iradenin sağlanamaması halinde kanuni temsilcinin iradesi dikkate alınmalı, on beş ile on sekiz yaş arasındaki küçüklerde ise bu küçüklerin evlenme ile reşit sayılmamaları halinde küçüğün iradesi dikkate alınmalıdır⁴¹². Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. On iki ile on beş yaş arasındaki çocukların gebeliği sonlandırmak istemesi fakat kanuni temsilcinin buna rıza göstermemesi halinde gebeliğin getirdiği bütün sonuçlara katlanacak olan küçük bakımından mağduriyete sebebiyet verilmektedir.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.12/1 uyarınca taraf devletlere, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesi de dikkate alınarak çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkının tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁴¹³. Bununla birlikte Biyotıp Sözleşmesi m.6/2 uyarınca müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabileceği ve küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacağı düzenlenmiştir⁴¹⁴. Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddesinde ise hastanın küçük olması durumunda velisinden veya vasisinden rıza alınması gerektiği ve bununla birlikte küçüğün mümkün olduğu ölçüde bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir⁴¹⁵.

Türk Hukuku'nda karar verme yeteneğinden tamamen yoksun olan küçüklerin maruz kalacakları tıbbi müdahaleler bakımından velilerinin veya vasilerinin rızalarının alınması gerektiği açıktır⁴¹⁶. Tıbbi müdahaleye rıza gösterilip gösterilmeyeceği konusunda velilerin ortak bir iradeye varamamaları halinde TMK m.195 uyarınca hâkime

⁴¹¹ Yargıtay 14 CD., 21.04.2021, E. 2017/968, K. 2021/317 <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi:20.03.2023

⁴¹² Özen, Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 409.

⁴¹³ <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf> erişim tarihi:19.03.2023

⁴¹⁴ Biyotıp Sözleşmesi için Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/04/20040420.htm#8> erişim tarihi:19.03.2023

⁴¹⁵ Bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği, Kanun Numarası:4847, Kabul Tarihi:01.08.1998 Resmî Gazete: 23420 <www.resmigazete.gov.tr> erişim tarihi:26.03.2023

⁴¹⁶ Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı* (n 365) 124.

başvuruları gerekecektir⁴¹⁷. Ensest sonucu küçüğün gebe kaldığından veya velayet hakkının kötüye kullanılmasından şüphelenilmesi durumunda müdahaleye küçüğün rıza göstermesi ve mahkeme kararı ile gebeliğin sonlandırılması mümkün olacaktır⁴¹⁸. Mahkeme TMK m. 346 vd. hükümleri uyarınca küçük lehine gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür⁴¹⁹. Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/2 ‘de kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise TMK’nın 346. ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararı ile tıbbi müdahalede bulunulabileceği düzenlemiştir. Hayati tehlikenin mevcut olması halinde mahkeme kararı bulunmadan da tıbbi müdahalede bulunulabilecektir⁴²⁰. Mahkeme kararının alınması acil hallerde çoğu zaman mümkün olmayacağından hekimin zorunluluk hali ya da üçüncü kişi lehine meşru savunma hükümleri uyarınca hukuka uygunluk nedenlerinden faydalanacağı ifade edilmektedir. Çünkü bu hallerde hekim küçüğün veya veli ya da vasisinin geçerli bir rızasına ya da veli veya vasisinin tıbbi müdahaleyi açıkça reddetmesi sebebiyle varsayılan rızadan da faydalanamayacaktır⁴²¹. Kanaatimizce hekimin üçüncü kişi lehine meşru savunma hukuka uygunluk nedenine dayanması mümkün değildir. Zira bu durumda gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırının mevcut olduğu söylenemez. Yukarıda ifade edildiği şekilde küçük bakımından da hayati tehlikenin mevcut olduğu acil hallerde zorunluluk hali sebebiyle gerçekleştirilen müdahaleler hukuka aykırı olmayacaktır.

3.1.6.1.4.4 Evli olunması durumunda eşin rızasının hukuki niteliği

NPHK m.6/2 uyarınca kişilerin evli olması durumunda rahim tahliyesi için eşin de rızasının aranacağı hüküm altına alınmıştır. NPHK’da yer alan bu düzenlemeye paralel olarak Tüzük m.13/1-d bendinde kadının evli olması durumunda eşinden izin belgesi alması gerektiği düzenlenmiş ve Tüzük’ün ekinde rahim tahliyesi için izin belgesi

⁴¹⁷ Oktar (n 2) 201.

⁴¹⁸ Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 189.

⁴¹⁹ Şenocak (n 402) 77.

⁴²⁰ Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi* (n 73) 208.

⁴²¹ Barış Erman (n 403) 89.

örneğine yer verilmiştir⁴²². Söz konusu hükümler 743 Sayılı mülga TMK döneminin izlerini taşımakta olup 4721 Sayılı TMK esas alınarak güncellenmemiştir⁴²³.

Gebeliğin sonlandırılması için eşin rızasının aranıp aranmayacağı konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre gebeliğin sonlandırılması hakkının şahsa sıkı suretle bağlı bir hak olması sebebiyle rızanın sadece gebe kadın tarafından verilmesi yeterli olacak ve bu bakımdan eşin rızası aranmayacaktır. Aksi durumda yani rızanın sadece eş tarafından verildiği gebe kadının rızasının olmadığı durumda ise gebe kadının rızası olmaksızın gebeliğin sonlandırılması sebebiyle TCK m.99/1 uyarınca çocuk düşürtme suçu meydana gelecektir⁴²⁴. Eşin rızasının alınmasının gerekli olmadığını ifade eden bir başka görüşe göre TCK’da eşin rızasının aranmaması sebebiyle üst norm kuralı gereğince eşin rızasının alınmaması suç oluşturmayacak ve kadının rızası yeterli olacaktır⁴²⁵. Aynı görüşe göre TCK, NPHK’nın evli olunması durumunda eşin rızasının varlığını aramasına ilişkin hükmü zımnen ilga etmiştir⁴²⁶. Her ne kadar eşin rızasının alınmaması gerektiği yönündeki tespite katılsak da kanaatimizce TCK’nın üst norm olması ya da TCK’nın NPHK’da yer alan hükmü zımnen ilga ettiği gerekçelerine katılmak mümkün değildir. Yine bu görüşü destekleyen bir başka görüşe göre kadının rızasının bulunmaması tipikliğin bir unsuru olduğu için eşin rızasının bulunmaması suça sebebiyet vermeyecektir⁴²⁷. Aksi kanaatte olan görüşe göre ise ceninin eşlerin ortak semeresi olması sebebiyle gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasının aranması yerindedir⁴²⁸. Bu görüşü eleştirenlere göre ise sadece gebeliğin sonlandırılması bakımından değil aynı zamanda sterilizasyon bakımından da eşin rızasının aranması ceninin eşlerin ortak semeresi olması sebebiyle rızasının arandığı yönündeki görüşü zayıflatmaktadır. Gerçekten de sterilizasyon işleminde eşlere ait ortak bir semere kabul edilen cenin mevcut olmadığı halde eşin rızası aranmaktadır⁴²⁹. Bir başka görüşe göre

⁴²² Tansu Sayar ve Yasemin Kılıç Öztürk, ‘Türkiye’de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey Kararı’ (2018) 20(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 321, 325.

⁴²³ Doğan, ‘Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları’ (n 156) 103.

⁴²⁴ Kanbur (n 126) 1245.; Aynı yönde görüş için Bkz. Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 191.

⁴²⁵ Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 191.

⁴²⁶ ibid 197.

⁴²⁷ Yokuş Sevik (n 202) 304-305.

⁴²⁸ Can (n 38) 91-92.

⁴²⁹ Güven (n 60) 30.

üreme hakkı her iki taraf için de söz konusu olduğundan her iki tarafın da üremeyi kabul etmesi halinde üreme gerçekleştirilmelidir⁴³⁰. Fakat kadının gebeliğini sonlandırmak istemediği eşin ise sonlandırılmasını istediği halde her iki tarafın da üremeyi kabul etmemesi sebebiyle üremenin gerçekleşmeyeceği kabul edilirse bu halde kadının rızası bulunmaksızın gebeliğin sonlandırılması işlemi yapılabilecek midir? Yapılması halinde TCK m.99 bakımından sorumluluğun gündeme geleceği açıktır. Kanaatimizce TCK'da gebeliğin sonlandırılması bakımından eşin rızasının bulunması şartı aranmadığından NPHK'da öngörülen eşin rızasının alınmadan yapılan gebeliğin sonlandırılması işlemleri TCK m.99 bakımından suç teşkil etmeyecektir.

Öğretide eşin rızası şartının on haftaya kadar olan tıbbi zorunluluk bulunmayan hallerin yanı sıra tıbbi zorunluluk bulunan hallerde de aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre olağan endikasyon hallerinde de eşin rızasının alınması gerekmektedir⁴³¹. Bu görüş kadının sağlığının söz konusu olduğu durumlarda kadının sağlığının eşin rızasına bırakılmasının isabetli olmaması sebebiyle eleştirilmektedir⁴³². Diğer bir görüşe göre NPHK m.5/3 halinde yani derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisinin tehdit eden hallerde eşin rızası aranmadan tıbbi müdahale yapılabilecektir⁴³³. Tıbbi zorunluluk ve ağır maluliyet hallerinde eşin rızası aranmayacaktır⁴³⁴. NPHK'nın ifadesinden de 5. maddenin 1. fıkrasındaki kişiler yani isteğe bağlı gebeliği sonlandırmak isteyen kişiler bakımından eşin rızası şartının arandığı anlaşılmaktadır⁴³⁵.

Eşin rızasının alınmasının gerekli olup olmadığına ilişkin tartışmaların yanı sıra bu iznin alınmamasına bağlanan hukuki sonuç bakımından da tartışmalar mevcuttur. Her ne kadar NPHK bakımından eşin rızası öngörülmüş ise de TCK bakımından gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösteren kişi sadece gebe kadın olarak gösterildiğinden gebe kadının on haftaya kadar olan gebeliğinin sonlandırılmasına rıza göstermesi halinde suç

⁴³⁰ Sert (n 404) 152.

⁴³¹ Yurtcan (n 56) 58.

⁴³² Katoğlu, 'Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması' (n 185) 281.

⁴³³ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 206.

⁴³⁴ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 209.

⁴³⁵ Sayar ve Kılıç Öztürk (n 422) 331.

oluşmayacaktır⁴³⁶. Eşin rızasının alınmaması durumunda NPHK m.8/2 uyarınca hekimin para cezası ile cezalandırılabilirliğini ifade eden görüşlerin⁴³⁷ yanı sıra söz konusu hükmün gebeliği önleyici rahim içi vb. yöntemleri uygulayan kişiler bakımından kabul edilmesi sebebiyle gebeliği sonlandıran hekim bakımından herhangi bir sorumluluk öngörülmediğini ifade eden görüşler mevcuttur⁴³⁸. Bununla birlikte NPHK'nın 8. maddesinin 5728 Sayılı Kanun'un 401. maddesi ile ilga edilmesi ile eşin rızasının alınmamasının herhangi bir müeyyideye bağlanmadığına ilişkin görüşler de mevcuttur⁴³⁹. Bir diğer görüşe göre eşin rızasının alınmadığı durumlarda kamu görevlileri bakımından görevi kötüye kullanma suçu meydana gelebilmektedir⁴⁴⁰. Yargıtay bir kararında, her ne kadar Tüzük'te eşin rızasının alınması gerektiği düzenlenmesi mevcut olsa da bu rızanın alınmaması durumunda herhangi bir ceza hukuku sorumluluğu mevcut olmaması sebebiyle kanun yararına bozma isteminin reddine karar vermiştir. Belirtmek gerekir ki Yargıtay bu kararında, sanığın özel hastanede çalışması sebebiyle kamu görevlisi olmadığı hususunu da dikkate almıştır⁴⁴¹. Kanaatimizce gebeliği eşin rızasını almaksızın sonlandıran yetkili kişiler bakımından herhangi bir ceza yaptırımını bulunmamaktadır. Nitekim NPHK m.8 uyarınca saptanmamış ilaç ve araçların kullanılmasına idari yaptırım öngörülmüş olup eşin rızasının alınmaması karşısında TCK bakımından herhangi bir yaptırım öngörülmediği gibi NPHK'nın 8. maddesi de eşin rızasının alınmaması durumunda uygulanamaz. Kadın ile eşinin gebeliğin sonlandırılması konusunda fikir birliğinde olmaması halinde kadının başvurabileceği bir hukuki müessese olarak TMK m.195 uyarınca hâkime başvuru hakkının kullanılabilirliği ifade edilmektedir⁴⁴². Eşin rızasının aranması ve eşlerin bu konuda anlaşamaması durumunda eşlerin yerleşim yerinde bulunan aile mahkemesinin uyuşmazlığın çözümünde karar merci olacağı kabul edilmektedir⁴⁴³. Her ne kadar gebeliğin sonlandırılması konusunda eşlerin anlaşamamaları halinde eşlerin yerleşim yerinde bulunan aile mahkemesinin uyuşmazlığı

⁴³⁶ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 373.

⁴³⁷ Bkz. Yurtcan (n 56) 69.; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 226.; Can (n 38) 92; Dönmez (n 38) 114.; Keskin Kızıroğlu, 'Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Kanununun Bakımından Değerlendirilmesi' (n 194) 212.

⁴³⁸ Doğan, 'Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları' (n 156) 103-104; Güven (n 60) 32.

⁴³⁹ Ertuğrul (n 2) 77.

⁴⁴⁰ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 208.

⁴⁴¹ Yargıtay 5 CD., 10.03.2015, 2014/11481 E., 2015/8083 K. <www.lexpera.com.tr>erişim tarihi:20.03.2023

⁴⁴² Güven (n 60) 29.

⁴⁴³ Uyumaz ve Avcı (n 77) 610.

çözeceği ifade edilse de yargılamanın gebeliğin sonlandırılması bakımından öngörülen on haftalık süre içerisinde yapılamayacağı açıktır. Bu bakımdan söz konusu TMK m. 195 hükmü gebeliğin sonlandırılması bakımından yargılama sürelerinin uzunluğu da dikkate alındığında bir çözüm olmaktan uzaktır.

Gebeliğin sonlandırılmasına eşin rızasının aranmasının hukuki niteliği ve bu izne bağlanan hukuki sonuçların yanı sıra bu düzenlemenin gerekli olup olmadığına ilişkin tartışmalar da mevcuttur. Gebeliğin sonlandırılmasının bir sonucu olarak ceninin yaşam varlığı sona erdirildiğinden eşin her ne kadar yaşam varlığı sona erdirilen cenin bakımından üreme hakkı engellenmiş olsa da bu engellenme sadece o cenin bakımından söz konusu olduğundan eşin üreme hakkı mutlak suretle ortadan kaldırılmamaktadır. Gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasının alınmamasının eşin üreme hakkının ihlali olarak kabul edilmesi halinde gebeliğin tüm sonuçlarını kendi vücudu üzerinde yaşayan gebe kadının üreme hakkının tüm inisiyatifinin eş üzerinde bırakılması gibi sakıncalı bir sonuç ortaya çıkmaktadır⁴⁴⁴. Bununla birlikte eşinden gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin rıza almadan gebeliği sonlandıran kadın bakımından erkeğin üreme hakkının korunması sebebiyle TCK'da müeyyide öngörülmesi gerektiğini ifade eden görüşler mevcuttur⁴⁴⁵. Kanaatimizce kadına cezai müeyyide uygulanması kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkı ve özgürlükçü ceza hukuku bakımından da oldukça sakıncalıdır. Şüphesiz üreme hakkı muhtevasında ürememe hakkını ya da istendiği zaman üreme hakkını da içermektedir. Çalışmanın ilk bölümünde de ele alınan R.H. v. Norveç başvurusunda AİHM, on dört haftalık cenini AİHS'nin 8. maddesi kapsamında aile hayatının bir parçası olarak kabul etse de hamilelikten doğrudan etkilenen kadının kararı ile hareket edilmesi gerektiğine ve bu sebeple partnerin rızasının alınmamasının AİHS'nin 8. maddesini ihlal etmediğine hükmetmiştir⁴⁴⁶.

Gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasının alınması günümüzde çok az sayıda ülke tarafından kabul edilmektedir. Japonya, Tayvan, Endonezya, Fas, Suudi Arabistan, Yemen, Birleşik Arap Emirlikleri, Türkiye ve Ekvator Ginesi gebeliğin

⁴⁴⁴ Güven (n 60) 31.

⁴⁴⁵ Ertuğrul (n 2) 77-78.

⁴⁴⁶ R.H / Norway App no.17904/90 (AİHM 19.05.1992) <www.hudoc.echr.coe.int> erişim tarihi:20.03.2023

sonlandırılmasında eşin rızası (*spousal authorization*) şartını arayan ülkelerdir⁴⁴⁷. Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Konvansiyonu İzleme Komitesi 7. Periyodik Raporu'nda Tüzük'ün 13. maddesinde ve NPHK'da evli kadınlarda gebeliğin sonlandırılması bakımından öngörülen eş rızasının kadınlara karşı ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu ifade etmiştir⁴⁴⁸. Yine aynı Komite'nin 8. Periyodik Raporu'nda da devlet hastanelerinde on haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılması işlemlerinin yapılmamasının kadınların cinsel ve üreme haklarını ihlal ettiği ve gebeliğin sonlandırılması için eşin izninin aranmasının kadının bedensel söz hakkını ihlal ettiği ifade edilmiştir⁴⁴⁹.

Amerika Yüksek Mahkemesi'nin Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey kararında 1982 tarihli Pennsylvania Kürtaj Kontrol Kanunu'nun (*Pennsylvania Abortion Control Act*) istisnai durumlar hariç olmak üzere evli kadının eşini kürtaj yaptıracığı konusunda bilgilendirdiğine ilişkin yazılı bir beyan şartı aranan hükmü Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Mahkeme bu kararında eyalette evlilik içinde eşinin fiziksel veya psikolojik şiddetine maruz kalan kadınların sayıca fazla olması ve bu sebeplerle kadınların gebeliklerini sonlandırma konusunda eşlerinin iznine bağlı kalmaları onların kürtaja erişimlerine engel teşkil edeceğini vurgulamıştır. Bununla birlikte Mahkeme kişilerin evlenme ile kişilik haklarından vazgeçmiş sayılmayacaklarını ve kendi geleceğini belirleme hakkından mahrum bırakılmayacaklarını vurgulamıştır⁴⁵⁰. Bu karar ülkemiz bakımından da dikkat çekicidir. Nitekim Türkiye Kadın Federasyonu'nun Ev İçi Şiddet Acil Yardım Hattı Ocak 2022 Raporu'nda sadece TKDF yardım hattına 1-31 Ocak 2021 tarihleri arasında toplam 491 çağrı geldiğini ve eşlerin %62,2 oranla ev içi şiddette ihbar edilen en geniş saldırgan grubunu oluşturduğu ifade

⁴⁴⁷ Bkz. The World's Abortion Laws Center for Reproductive Rights <www.maps.reproductiverights.org>erişim tarihi:28.03.2023

⁴⁴⁸ Bkz. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Turkey <<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2021/09/27/N1825893.pdf>>erişim tarihi:20.03.2023

⁴⁴⁹ Bkz. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Concluding Observations on the Eighth Periodic Report of Turkey < <https://www.ecoi.net/en/file/local/2075376/N2242093.pdf>>erişim tarihi:20.03.2023

⁴⁵⁰ Planned Parenthood of Southeastern Pannsylvania / Casey (Amerika Birleşik Devleti Yüksek Mahkemesi) 29.06.1992 <www.supreme.justia.com>erişim tarihi:20.03.2023; Sayar ve Kılıç Öztürk (n 422) 341-345.

edilmiştir⁴⁵¹. Bununla birlikte gebeliğinin onuncu haftasına kadar isteğe bağlı bir şekilde gebeliğinin sonlandırılmasına rıza göstermeye ehil kabul edilen kadının evlenme ile bu ehliyetinden mahrum bırakılarak eşin onayına tabi tutulması Anayasa m.10'da yer alan kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna ve devletin bu eşitliği yaşama geçirmesine ilişkin pozitif yükümlülüğünü ifade eden hükme aykırıdır⁴⁵². Yine eşin rızasının aranmasının Türkiye'nin de taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil ettiği de ifade edilmektedir⁴⁵³.

3.1.6.1.4.5 Hukuka uygunluk nedenleri bakımından hata

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata halinde herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamasına rağmen failin hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğuna inanması söz konusudur. Failin düştüğü bu hatanın kaçınılmaz bir hata olması halinde fail TCK m.30/3 uyarınca bu hatasından yararlanarak cezalandırılmamaktadır. Fakat failin hatasının kaçınılmaz bir hata olmaması halinde ise fail bu hatasında yararlanamayacaktır. Failin hatasının kaçınılmaz olmaması halinde işlenen fiilin taksirli şeklinin kanunda öngörülmesi halinde failin suçun taksirli halinden cezalandırılabilmesi ifade edilmektedir. Bununla birlikte madde gerekçesinde ise failin içine düştüğü kaçınılmaz hatanın cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı ifade edilmektedir⁴⁵⁴.

Hekimin gebeliğin süresi bakımından hataya düşmesi halinde on haftayı aşmayan gebeliklerde kadının rızasının bulunması hukuka uygunluk sebebinin fiili şartlarında hataya düşmesi sebebiyle çocuk düşürtme suçundan sorumluluğu meydana gelmeyecektir⁴⁵⁵. Diğer bir görüşe göre gebelik süresinin on haftadan fazla olması suçun bir unsuru olarak kabul edildiğinden failin suçun unsurunda hataya düşmesi sebebiyle fail TCK m. 30/1 uyarınca hatasından yararlandırılarak cezalandırılmayacaktır⁴⁵⁶. Hekimin

⁴⁵¹ Bkz. Türkiye Kadın Federasyonu'nun Ev İçi Şiddet Acil Yardım Hattı Ocak 2022 Raporu (2022) <<https://www.milliyet.com.tr/gundem/tkdf-ocak-raporunu-yayimladi-siddet-en-cok-hane-icinde-6704684>>erişim tarihi: 26.03.2023

⁴⁵² Sayar ve Kılıç Öztürk (n 422) 345.; Bkz. Anayasa m.10/2 "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz."

⁴⁵³ Uyumaz ve Avcı (n 77) 629.

⁴⁵⁴ Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (n 169) 199-200.

⁴⁵⁵ Oktar (n 2) 205.

⁴⁵⁶ Erman ve Özek (n 183) 200.

ceninde ağır maluliyet olduğuna ilişkin teşhiste hataya düşmesi ve bu sebeple gebeliğin sonlandırılması ve daha sonra ceninde ağır maluliyet olmadığının anlaşılması halinde ise hukuka uygunluk sebebinde hata söz konusu olacak ve hatanın kaçınılmaz olması halinde TCK m.30/3 uyarınca cezalandırılmayacaktır⁴⁵⁷.

Hekimin kadının rızası konusunda hataya düşmesi halinde sorumluluğunun nasıl belirleneceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu halde kast ortadan kalkacağından ve çocuk düşürtme suçunun taksirli hali kanunda öngörülmediğinden hekimin çocuk düşürtme suçundan sorumluluğu meydana gelmeyecektir⁴⁵⁸. Başka bir görüşe göre rızanın varlığı konusunda hataya düşülmesi halinde rızanın tipikliğe ilişkin olması sebebiyle TCK m.30/1 hükmünün uygulanacağı ifade edilmektedir⁴⁵⁹. Failin kadının rızası konusunda makul bir hataya düşmesi halinde failin bu hatasından faydalanacağı kabul edilmektedir⁴⁶⁰. Bir başka görüşe göre hekimin kadının rızası konusunda hataya düşmesi halinde dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sebebiyle taksirle yaralama suçu meydana gelebilecektir⁴⁶¹. Yukarıda kadının rızasının tipikliğe ilişkin değil hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir unsur olduğu ifade edilmiştir. Kanaatimizce kadının rızası hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiğinden hekimin bu hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi halinde TCK m.30/3 gereğince cezalandırılmaması gerekmektedir.

3.1.6.2 Manevi unsur

3.1.6.2.1 Kast

Çocuk düşürtme suçu kasten işlenebilen bir suç olarak düzenlenmektedir⁴⁶². Failin kastının ceninin yaşam varlığını sona erdirmeye yönelik olması gerekmektedir⁴⁶³. Çocuk

⁴⁵⁷ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 217.; Bkz. TCK m.30/3 “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”

⁴⁵⁸ Erdem (n 59) 1666.

⁴⁵⁹ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 411.; Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 378.

⁴⁶⁰ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 496.

⁴⁶¹ Oktar (n 2) 202.

⁴⁶² Yokuş Sevik (n 202) 305.

⁴⁶³ Kanbur (n 126) 1251.

düşürtme suçunun meydana gelebilmesi için failin istek ve iradesinin gebeliğin sonlandırılmasına yönelmesi, bilerek ve isteyerek çocuk düşürtmeye elverişli davranışları gerçekleştirmesi gerekmektedir⁴⁶⁴. Bir görüşe göre failin gebeliği sonlandırmaya elverişli davranışlarda bulunmuş olması gebeliği bildiğini göstermekte olup ayrıca failin gebeliği bilip bilmediğinin tespiti gerekmemektedir⁴⁶⁵. Suçun taksirli halinin kanunda öngörülmemiş olması sebebiyle suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir⁴⁶⁶. TCK m.99/1 uyarınca gebeliği sonlandıran failin kadının gebeliğinin sonlandırılmasına ilişkin rızasının olmadığını bilmesi gerekmektedir⁴⁶⁷. Bu bakımdan failin kastının kadının rızasına ilişkin de olması gerekmektedir. Bir görüşe göre kadının gebeliğinin sonlandırılmasına rızası varmış gibi hareket ederek faili yakalatma amacıyla hareket etmesi durumunda failin rıza konusunda hayata düştüğü kabul edilmelidir. Bu halde failin hatası esaslı hata olarak kabul edilmeyeceğinden çocuk düşürtme suçu meydana gelmeyecektir⁴⁶⁸. Yargıtay bir kararında failin gebeliğinin sonlandırılması konusunda rızası bulunan kadının gebeliğinin on haftanın altında olduğu inancıyla çocuğu düşürtmesi durumunda gebelik süresi bakımından hatasının esaslı hata olması halinde bu hatasından yararlanacağını ve suçun taksirli hali öngörülmediğinden failin cezalandırılmayacağını ifade etmiştir⁴⁶⁹.

Çocuk düşürtme suçunun manevi unsuru doğrudan kast olmakla birlikte bu suç olası kast ile de işlenebilmektedir⁴⁷⁰. Failin gebe kadına karşı yaralamaya yönelik davranışları gerçekleştirirken çocuğun düşmesini öngörmesi ve bu neticenin oluşmasını göze alarak yaralama teşkil eden davranışları gerçekleştirmesi durumunda çocuk düşürtme suçunun olası kast ile işlenmesi söz konusudur⁴⁷¹. Karşı görüşe göre çocuk düşürtme suçunun oluşabilmesi için failin kesin olarak çocuk düşürtmeye sebebiyet vereceğini bilmesi ve öngörmesi gerekmekte olup bu suç ancak doğrudan kast ile işlenebilmektedir⁴⁷². Yargıtay bir kararında mağdurun karnına oturma şeklinde gerçekleşen davranışın köy yaşamı ve

⁴⁶⁴ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 220.

⁴⁶⁵ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (61) 496.

⁴⁶⁶ TCK m.22/1 “Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.”; Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 205.

⁴⁶⁷ Ertuğrul (n 2) 92.

⁴⁶⁸ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 235-236.

⁴⁶⁹ Yargıtay CGK., 12.12.2017, E.2016/330, K.2017/536 <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi:20.03.2023

⁴⁷⁰ Yokuş Sevik (n 202) 305.; Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 275) 1292.

⁴⁷¹ Can (n 38) 89.

⁴⁷² Ertuğrul (n 2) 92.

köyün sosyo- kültürel yapısı dikkate alındığında çocuk düşürtmek maksadıyla gerçekleştirildiğinin kabulü ile failin olası kastla hareket ederek çocuk düşürtme suçundan sorumlu olacağı gözetilmeden taksirle yaralama suçundan hüküm verilmesini bozma sebebi olarak kabul etmiştir⁴⁷³.

Çocuk düşürtme suçunun işlenmesinde failin saiki önemli değildir⁴⁷⁴. 765 Sayılı mülga TCK'da suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması ile ilgili hüküm bulunmamasıyla birlikte m.472'de kendisinin veya akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için gebeliğin sonlandırılması durumunda bu hal hafifletici neden olarak kabul edilmişti⁴⁷⁵. Akrabanın kimler olduğu ise 765 Sayılı mülga TCK'nın 259. maddesinde açıklanmıştır⁴⁷⁶. Bu halde failin kendisinin veya akrabasının şeref ve namusunu kurtarma amacıyla hareket etmiş olması gerekmektedir. Hâkime bu hafifletici nedeni uygularken 1/3 ile 2/3 oranları arasında belirlenecek cezayı azaltma konusunda takdir yetkisi tanınmıştır⁴⁷⁷. Bu hüküm gebeliği sonlandırmak istemeyen kadının akrabası tarafından gebeliğinin sonlandırılması durumunda akrabanın fiilinin hafifletici neden sayılması gibi haksız bir durumu ortaya çıkarması sebebiyle eleştirilmekteydi⁴⁷⁸. 2001 yılında yapılan değişiklikle bu hafifletici neden kaldırılmıştır⁴⁷⁹.

Erken doğum gerçekleştirme amacı ile yapılan hareketler gebeliği sonlandırma kastı içermediğinden çocuk düşürtme suçu değil eğer unsurları mevcutsa yaralama suçuna sebebiyet verecektir. Fail eğer erken doğumun gerçekleştirilmesi amacıyla gerçekleştirdiği davranışları sebebiyle gebe kadının veya ceninin ölmesine sebebiyet vermişse mülga TCK bakımından m.452'de düzenlenen kastın aşılması suretiyle adam öldürme sebebiyle sorumluluğu söz konusu olacaktır. Yürürlükteki TCK bakımından ise bu halde m.87/4 uyarınca neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumluluğu gündeme

⁴⁷³ Yargıtay 3. CD., 29.11.2006 E.2006/2128, K.2006/9059 <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi:20.03.2023

⁴⁷⁴ Erman ve Özek (n 183) 200.

⁴⁷⁵ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 224.; Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 498; Katoğlu, 'Hekimin Cezai Sorumluluğu' (n 216) 71; Can (n 38) 96.; Yarsuvat (n 4) 460.; Recep Gülşen, 'Suç Sonucu Oluşan Gebeliklerin Sona Erdirilmesi', (2008) Türkiye Barolar Birliği V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları 1209, 1214.

⁴⁷⁶ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 498.

⁴⁷⁷ Yurtcan (n 56) 79.

⁴⁷⁸ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 499.

⁴⁷⁹ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 225.

gelecektir. Kadının erken doğumu gerçekleştirme amacıyla gerçekleştirdiği davranışları sonucunda cenin ölmüş ise fiilleri kendi bedeni üzerinde gerçekleştirdiği için cezai sorumluluğu meydana gelmeyecektir⁴⁸⁰.

Failin davranışlarının gebe kadını yaralamaya yönelik olması durumunda davranışların ceninin düşürülmesine yönelik olmaması sebebiyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden sorumluluk meydana gelecektir⁴⁸¹. Her ne kadar davranış çocuğun düşmesine sebep olsa da failin kastı yaralamaya yöneliktir. Oysa çocuk düşürme suçunda failin kastının doğrudan ceninin yaşam varlığının sona erdirilmesine yönelik olması gerekmektedir⁴⁸². Failin kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan çocuğun düşmesine sebep olunması hali (TCK m.87/2-e) ile cezalandırılabilmesi için kadının gebe olması ve failin kadının gebe olduğunu bilmesi yeterli olup çocuk düşürme kastıyla hareket etmesi gerekmemektedir⁴⁸³.

3.1.6.2.2 Hekimin taksirli davranışı sebebiyle gebeliğin sonlandırılmasına sebebiyet vermesi

Yukarıda çocuk düşürme suçunun meydana gelebilmesi için failde kastın oluşması gerektiğinden bahsedilmektedir. TCK m.22/1 uyarınca taksirle işlenen fiillerin ancak kanunla öngörülmesi durumunda cezalandırılabilceği hüküm altına alındığından ve çocuk düşürme suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden gebeliğin sonlandırılmasına sebebiyet veren taksirli fiiller bu suç kapsamında cezalandırılmayacaktır⁴⁸⁴. TCK m.22/2'ye göre taksir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. Dikkat ve özen yükümlülüğü taksirin objektif kısmını oluştururken öngörülebilirlik ise taksirin sübjektif kısmını oluşturmaktadır⁴⁸⁵.

⁴⁸⁰ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 493.

⁴⁸¹ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları' (n 182) 184.

⁴⁸² Yenerer Çakmut, 'Türk Ceza Yasası'nda Çocuk Düşürme Suçu (n 106) 592.

⁴⁸³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7. Bası, Adalet 2020) 233.

⁴⁸⁴ Ertuğrul (n 2) 92-93; Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 205.

⁴⁸⁵ Koray Doğan, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç* (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2010) 241.

Hekimlerin taksirli davranışları sebebiyle gebeliğin sonlandırılmasına sebebiyet vermeleri durumunda cezai sorumluluklarının belirlenmesi önem arz etmektedir. Hekimler her ne kadar taksirli davranışlarından dolayı çocuk düşürtme suçundan sorumlu tutulamayacaklarsa da taksirle yaralama suçundan sorumlulukları gündeme gelebilmektedir⁴⁸⁶. Hekimin tıbbi müdahale sırasındaki kusurlu davranışları sebebiyle ceninin yaşam varlığına son vermesi halinde çocuk düşürtme suçu meydana gelmeyecek fakat bu hallerde gebe kadına karşı taksirle yaralamaya ya da taksirle ölüme sebebiyet verme suçu meydana gelebilecektir⁴⁸⁷. Hekimin tıp mesleğinin tüm kurallarına uymuş olmasına ve dikkatsizlik, tedbirsizlik veya acemilik göstermemesine rağmen hasta bakımından zararlı bir sonuç meydana gelmiş ise kusurunun mevcut olmadığı kabul edilmektedir⁴⁸⁸. Doğumun normal yolla gerçekleşmemesi ve müdahaleye geç kalınması sebebiyle ceninin amnion sıvısını yemesi sonucu asfiksi sebebiyle öldüğü olayda Yargıtay, hekimin ihmali davranışı ile kadına karşı taksirle yaralama suçunun gebe bir kadının çocuğunun düşmesine neden olması nitelikli halinden (TCK m.89/3) cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁸⁹.

Prenatal tanı sırasında hekimin çocuk düşürtmeye sebebiyet vermesi halinde sorumluluğunun nasıl belirleneceği de tartışılmıştır. Prenatal tanı tedavisi olmayan ciddi fiziksel ya da zihinsel bozukluklara sebebiyet veren hastalıkların tespit edilmesini sağlayarak gebeliğin sonlandırılması seçeneğini gündeme getirmektedir⁴⁹⁰. Bir görüşe göre prenatal tanı testleri teşhise yönelik müdahaleler olduğundan bu testler sonucunda ceninin ölmesi halinde gebe kadına karşı taksirle yaralama suçu meydana gelebilecektir⁴⁹¹. Bir diğer görüşe göre gebe kadının bilgilendirmemiş olması, tanı için prenatal testin çok gerekli olmaması, gebe kadında düşük riskinin yüksek olması durumunda hekimin TCK m. 89/3'te yer alan taksirle yaralama suçunun nitelikli halinden sorumlu tutulması gerekmektedir⁴⁹².

⁴⁸⁶ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 196.; Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 275) 1284.

⁴⁸⁷ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 205.

⁴⁸⁸ Keyman, 'Hekimin Cezai Sorumluluğu' (n 364) 76.

⁴⁸⁹ Yargıtay 4. CD., 12.03.2013, 2011/17412 E., 2013/66986 K <www.legalbank.com.tr>erişim tarihi:20.03.2023 Aktaran: Altunbaş, Söğüt, Tacir (n 166) 65.

⁴⁹⁰ Çorbacıoğlu ve Yüksel (n 55) 84.

⁴⁹¹ Yener Ünver, 'Genetik Teşhislere Yönelik Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Ceza Hukuki Sorumluluğu' (2013) 2(4) *Tıp Dergisi Özel Sayı: Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar* 191, 201.

⁴⁹² Güney Tunalı (n 67) 142.

3.1.7 Suçun ortaya çıkış biçimleri

3.1.7.1 Neticesi sebebiyle ağırlaşan haller

3.1.7.1.1 Fiilin kadının beden veya ruh sağlığı bakımından zarara uğramasına neden olması

Kanun koyucu çocuk düşürtme suçunun basit şeklinin ötesinde bazı sonuçların meydana gelmesi halinde öngördüğü cezayı ağırlaştırmak suretiyle neticesi nedeniyle ağırlaşan haller öngörmüştür. TCK m. 99/3-4 hükümleri ile neticesi sebebiyle ağırlaşan suç öngörüldüğünden TCK m.23 uyarınca failin bu ağır netice bakımından en az taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekmektedir⁴⁹³. Bu bakımdan ikili bir ayırım yapılmaktadır. Birinci durumda failin neden olduğu ikinci sonuç bakımından failin taksirle ya da kasten hareket etmiş olması halinde cezanın artırılması yoluna gidilmektedir. Fail ikinci sonucun gerçekleşmesini istemiş olsa da olmasa da en azından taksirle kusurluluğu mevcut ise faile öngörülen ceza artırılmaktadır. İkinci durumda ise failin ikinci sonucun gerçekleşmesini dolaylı da olsa istememiş olması gerekmektedir. Çünkü failin ikinci sonucun gerçekleşmesini istemesi halinde başka bir suç meydana gelecektir. Çocuk düşürtme düzenlemesi de ikinci duruma dahil suçlardan kabul edilmektedir. Çocuk düşürtme suçunda failin ikinci sonucun gerçekleşmesini istemesi halinde başka suçlar meydana gelecektir. Örneğin, failin kadını yaralamayı ya da öldürmeyi istemesi halinde yaralama veya öldürme suçları oluşacaktır. Bu bakımdan çocuk düşürtme suçunda ikinci sonucun failin sadece taksirli davranışından kaynaklanması gerekmektedir⁴⁹⁴. Çocuk düşürtme suçunda failin ağır netice bakımından kasten hareket etmesi başka suçların oluşmasına sebebiyet vermektedir⁴⁹⁵. Çocuk düşürtme suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerini de içeren bu ikinci durumda ayrı

⁴⁹³ TCK m.23 “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.”; Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 203.; Erdem (n 59) 1673.

⁴⁹⁴ Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (n 169) 242-243.

⁴⁹⁵ Nazmiye Özenbaş, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası* (Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi 2012) 42.

bir suç tipi ortaya çıkmadığından bunlar gerçek olmayan (görünüşte) neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar olarak adlandırılmaktadır⁴⁹⁶. Yapılan bu açıklama aşağıda anlatılan çocuk düşürtme suçunda gebe kadının ölümüne sebebiyet verilmesi halinde de geçerlidir.

Bu neticesi sebebiyle ağırlaşan halden anlaşılması gereken gebeliğin sonlandırılması sonucunda oluşması muhtemel olan beden veya ruh sağlığı zararları değildir⁴⁹⁷. Kanun kadında oluşan bedensel zararın niteliği bakımından herhangi bir ayırım yapmamıştır. Bir görüşe göre ceza tayininde kadının uğradığı bedensel zarar bakımından herhangi bir ayırım yapılmaması hatalıdır. Bu görüşe göre zararın niteliğinin ceza tayininde mahkemelerce dikkate alınması gerekmektedir⁴⁹⁸. Bir görüşe göre bedensel zararlardan TCK m. 87'de yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamada gösterilen haller anlaşılmalıdır. Bunun sebebi ise zaten TCK m. 86'da yer alan neticelerin çocuk düşürtmenin doğası gereği mevcut olmasıdır⁴⁹⁹. Kadının beden veya ruh sağlığı bakımından zarara uğradığının tespiti Adli Tıp Kurumu'nun ilgili ihtisas dairesi tarafından bilirkişi raporu hazırlanmak suretiyle yapılmaktadır⁵⁰⁰. Yargıtay bir kararında cinsel saldırıya uğrayan mağdurun suçun sonucunda beden veya ruh sağlığında bozulma olup olmadığının Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Dairesinden görüş alınarak saptanması gerektiğinin gözetilmemesini bozma sebebi olarak kabul etmiştir⁵⁰¹. Bu bakımından ortaya çıkan zarar ile gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin müdahale arasında uygun bir illiyet bağının kurulması gerekmektedir. Müdahaleden belirli bir zaman geçmesinden sonra kadının tekrar gebe kalamadığını fark etmesi halinde müdahale ile zarar arasındaki illiyet bağının ispatında güçlükler meydana gelebilmektedir⁵⁰². Gebeliğin sonlandırılmasının gebe kadında zaten bedensel ve ruhsal bir zarara sebebiyet vereceği açıktır. Bu bakımdan bedensel veya ruhsal zararın oluştuğunun neye göre tespit edileceği önem arz etmektedir. Her ne kadar Adli Tıp uygulamasında bedensel veya ruhsal zararın kalıcı olması gerektiği şartı aranmış ise de bu şart bedensel ya da ruhsal zararın daha sonra ortaya çıktığı ya da daha sonra ortadan kalktığı hallerde ne olacağı sebebiyle

⁴⁹⁶ ibid 36.

⁴⁹⁷ Kanbur (n 126) 1242.; Erdem (n 59) 1673.

⁴⁹⁸ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları' (n 182) 202.

⁴⁹⁹ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 419.

⁵⁰⁰ Dönmez (n 38) 130.; Güney Tunalı (n 67) 169.

⁵⁰¹ Yargıtay 5. CD, 10.04.2006, 2006/2706 E., 2006/3034 K. <www.legalbank.net>erişim tarihi:19.03.2023

⁵⁰² Güney Tunalı (n 23) 205-206.

eleştirilmektedir⁵⁰³. Yargıtay kararlarında ise kanun metninde ruh sağlığındaki zararın kalıcı olması şartının aranmadığı fakat Adli Tıp Kurumu'nun on sekiz yaşından küçükler bakımından suç tarihinden itibaren en az altı ay, on sekiz yaşından büyükler bakımından ise en az bir yıl sonra rapor düzenleme kanaatinde olduğunu ifade etmektedir⁵⁰⁴.

Adli Tıp Kurumu beden ve ruh sağlığı bakımından zararı tespit ederken belirli kriterler uygulamaktadır. Örneğin Yargıtay kararına konu olan olayda Akdeniz Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı tarafından düzenlenen raporda mağdura projektif ve psikometrik testler yapılmış mağdurun öz bakımının azalmış olduğu, gece uykuya dalmada ve uykuyu sürdürmede zorlandığı, kabuslar gördüğü, ağlama atakları geçirdiği, iştahsızlık ve kilo kaybı yaşadığı, insanlara güven duygusunu kaybettiği, korku, kaygı, endişe, değersizlik gibi duygular yaşadığı, geleceğe dair beklentilerinin azaldığı, görüşmeler sırasında yorgun, ağlamaklı, uykusuz olduğunun gözlemlendiği, afekti anksiyöz belirtileri gösterdiği tespit edilerek mağdurun ruh sağlığının kalıcı olarak bozulduğu sonucuna ulaşılmıştır⁵⁰⁵.

Ceninin yaşam varlığının sonlanması ile tamamlanan çocuk düşürtme suçu kadının bedensel veya ruhsal zarara uğraması ya da kadının ölümüne neden olması halinde zarara uğrama ya da ölüm neticesinin meydana geldiği an tamamlanmış sayılacaktır. Failin bu neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerden sorumlu tutulabilmesi için kadının failin davranışları sebebiyle ölmesi veya beden/ruh sağlığı bakımından zarara uğraması gerekmektedir⁵⁰⁶. Failin davranışları ile bu neticeler arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir⁵⁰⁷. Bu neticesi sebebiyle ağırlaşan halin tespitinin güç olması ve bunun tespiti için kadının daha fazla ruhsal sıkıntı yaşaması sebepleriyle kanun metninden çıkarılmasını ve kanunda öngörülen müeyyidenin artırılması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁰⁸.

⁵⁰³ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 430-431.

⁵⁰⁴ Yargıtay 14 CD., 17.09.2015, 2013/8748 E., 2015/8520 K. <www.legalbank.net> erişim tarihi:20.03.2023

⁵⁰⁵ Yargıtay CGK, 26.06.2018, 2016/1417 E., 2018/302 K. <www.legalbank.net> erişim tarihi:20.03.2023

⁵⁰⁶ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 496-497.

⁵⁰⁷ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 194) 144.

⁵⁰⁸ Ertuğrul (n 2) 103-104.

Gebeliğin sonlandırılmasına elverişli davranışların gerçekleştirilmiş olmasına rağmen gebelik sonlandırılmamış fakat bu davranışlardan dolayı gebe kadın beden veya ruh sağlığı bakımından zarara uğramış ise çocuk düşürtme suçu tamamlanmamış olmasına rağmen neticesi sebebiyle ağırlaşan halin meydana geldiği kabul edilmektedir. Suçun tamamlanmamış olması verilecek cezanın tayininde dikkate alınmaktadır⁵⁰⁹. Çocuk düşürtme suçu tamamlanmayarak teşebbüs aşamasında kalsa dahi fail ağır neticeden sorumlu olacaktır⁵¹⁰. Bununla birlikte failin gebeliği sonlandırma kastının olmamasına rağmen yapılan müdahale neticesinde kadının beden veya ruh sağlığı bakımından zarara uğraması durumunda taksirle yaralama suçunun nitelikli hali bakımından (TCK m.89/3-e) sorumluluğu gündeme gelecektir. Gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösteren gebe kadın için suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan halleri bakımından herhangi bir cezai sorumluluk öngörülmemiştir⁵¹¹. Bunun sebebi ise zararın kadının bedeni üzerinde gerçekleşmesi sebebiyle söz konusu zarardan sorumlu tutularak cezasının artırılmasının hakkaniyete uygun olmamasıdır⁵¹². Bir görüşe göre on haftadan fazla olan gebeliğinin sonlandırılmasına rıza gösteren gebe kadının ruh sağlığının bozulması bakımından ceza artırımı gidilmemelidir⁵¹³. Bir başka görüşe göre teorik olarak on haftadan fazla olan gebeliğinin tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde sonlandırılmasına rıza gösteren gebe kadın fail olarak kabul edildiğinden ağırlaştırıcı halden de sorumluluğunun kabulü mümkün olup kanunun amacı dikkate alınarak TCK m.99/4 bakımından değişiklik yapılarak bu neticesi sebebiyle ağırlaşan halin rıza gösteren kadın hakkında uygulanmayacağı açıkça düzenlenmelidir⁵¹⁴. Kanaatimizce on haftadan fazla olan gebeliğinin tıbbi zorunluluk bulunmadığı hallerde sonlandırılmasına rıza gösteren ve bu bakımdan TCK m.99/2 uyarınca fail olarak kabul edilen gebe kadının kendi bedeni üzerinde gerçekleşen ağır neticeden dolayı sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu bakımdan gebe kadının ağır neticeden sorumlu tutulmayacağına ilişkin bir düzenlemeye de gerek yoktur. Ağır netice sebebiyle gebe kadın bir yandan suçun mağduru olurken TCK m.99/2 bakımından ise suçun faili olacaktır. Suçun failinin ve

⁵⁰⁹ Doğan (n 418) 289-290.

⁵¹⁰ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 497.

⁵¹¹ Güney Tunalı (n 67) 170.

⁵¹² Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 501.

⁵¹³ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 419.

⁵¹⁴ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 204.

mağdurunun aynı kişi olamayacağına ilişkin kural gözetildiğinde zaten gebe kadının bu ağır neticeden sorumlu tutulamayacağı açıktır.

3.1.7.1.2 Fiilin kadının ölümüne neden olması

Çocuk düşürtme suçu sonucu kadının ölmesi durumunda faile on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmiştir. Kadının ölümüne neden olunması halinde de TCK m. 23 uyarınca failin neticesi sebebiyle ağırlaşan suçtan sorumlu olabilmesi için kadının ölümüne neden olma bakımından en az taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekmektedir. İlk gerçekleştirilen fiilin olası kast ile de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Bunun sebebi olası kastın, kastın bir türü olarak düzenlenmiş olmasıdır⁵¹⁵. Failin gebe kadını öldürmeye yönelik fiillerde bulunması sebebiyle gebe kadın ölmüşse bu durumda failin kastının gebe kadını öldürmeye yönelik olması sebebiyle gebe olduğu bilinen kadına karşı kasten öldürme suçundan sorumluluk meydana gelecektir⁵¹⁶. Bir görüşe göre kanun koyucu TCK m.99/3 ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kapsamında TCK m.23'e yollama yapmadan doğrudan ceza tayin ederek taksir karinesi oluşturmuştur⁵¹⁷. Fakat taksir karinesinin olmadığı her suç bakımından mutlaka taksirin aranması gerektiği ifade edilmektedir⁵¹⁸. Taksir karinesini kabul eden görüşe göre kanun TCK m.23'te "en azından taksirle hareket etme" ibaresi ile kastı aşan ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda kusursuz sorumluluk yerine taksir karinesini kabul etmiştir. Bu görüşe göre neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda iki netice mevcut olup fail hem bilip istediği hem de kastına veya taksirine dayanmayan neticeden sorumlu olmaktadır. Bu sebeple fail gerçekleşmesini istediği netice yanında dikkatsizlik veya tedbirsizlik sebebiyle başka bir neticenin meydana gelmesine sebebiyet vermişse hem kasıtlı çocuk düşürtme hem de taksirli insan öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır⁵¹⁹. Kanaatimizce failin her iki netice sebebiyle ayrı ayrı suçlardan cezalandırılması mümkün değildir. Failin çocuk düşürtme suçu bakımından kasıtlı davranması ve sonucunda gebe kadının ölümüne sebebiyet

⁵¹⁵ Doğan (n 418) 29.

⁵¹⁶ Keskin Kızıroğlu, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (62) 176.; Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 419.

⁵¹⁷ Mustafa Özen, 'Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (2007) 2(5) Terazi Hukuk Dergisi 97, 99.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 194) 144.

⁵¹⁸ Cengiz Topel Çiftcioğlu 'Türk Ceza Kanunu'nda Taksir' (2013) (3) Ankara Barosu Dergisi 315, 335.

⁵¹⁹ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 316) 288.

verilmesi halinde çocuk düşürtme suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali meydana gelecektir. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen ve ağır netice olarak ölüm neticesini öngören suçlarda failin ölüm neticesi bakımından kastının olması halinde kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Bu sebeple çocuk düşürtme suçunda failin ölüm neticesi bakımından kasten hareket etmesi halinde kasten öldürme suçunun meydana geleceği açıktır⁵²⁰.

Hekimlerin netice bakımından sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkin farklı ihtimallerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Hekimin her türlü tıbbi önlemi almış olmasına rağmen gebe kadının öngörülemez bir sebeple ölmesi halinde hekim bu neticeden sorumlu tutulmamalıdır. Hekimin hukuka uygun bir şekilde gebeliği sonlandırması sonrasında gebe kadında oluşan komplikasyonları gereken özenle takip etmemesi sebebiyle kadının ölümüne sebebiyet vermesi durumunda ise taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir⁵²¹.

3.1.7.2 Suçun nitelikli hali olarak failin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi

Yukarıda fail başlığı altında ele alındığı şekilde Tüzük'ün 3. maddesi uyarınca gebeliğin sonlandırılması bakımından yetkili olan kişiler kadın hastalıkları ve doğum uzmanları olarak gösterilmiş ve Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerin kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle gebeliği sonlandırabilecekleri düzenlenmiştir. Bununla birlikte Tüzük'ün 5. maddesinde tıbbi zorunluluk hali bulunması durumunda gebeliğin ancak kadın hastalıkları ve doğum uzmanları tarafından sonlandırılacağı düzenlenmiştir. TCK m.99/5 uyarınca Tüzük'te yetkili olarak düzenlenen kişilerin dışındaki kişilerin gebeliği sonlandırması durumunda iki yıldan dört yıla kadar ceza verileceği hüküm altına alınmıştır. Hükmün devamında yetkisiz kişilerce gebeliğin sonlandırılması durumunda bu fıkralara göre verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı düzenlenmiştir. Yani yetkisiz kişilerce çocuk düşürtme suçunun işlenmesi

⁵²⁰ Özenbaş (n 495) 331.

⁵²¹ Güney Tunalı (n 67) 171.

halinde m.99/1 uyarınca verilecek cezanın yarı oranında artırılarak tayin edilecektir⁵²². Failin yetkisiz kişi olması failin şahsından kaynaklanan nitelikli hal olarak kabul edilmektedir⁵²³. Bu nitelikli halin kabul edilmesindeki sebep yetkisiz kişilerin müdahaleleri ile gebe kadının sağlığının ve hayatının daha fazla tehlikeye atılıyor olmasıdır⁵²⁴.

Suçun bu nitelikli halinin meydana gelebilmesi için gebelik süresinin on haftayı geçmemiş olması gerekmektedir. Bu nitelikli hal bakımından gebeliğin sonlandırılmasına kadının rızasının bulunup bulunmaması önemli değildir⁵²⁵. On haftadan fazla olan gebeliğinin tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde sonlandırılmasına rıza gösteren kadın bakımından bu nitelikli hal uygulanmayacaktır⁵²⁶. Bir görüşe göre soyut tehlike suçu öngörülmesinin sakıncaları dikkate alınarak fiilin yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilmesi kadının sağlığı bakımından herhangi bir somut tehlike yaratmamışsa bu durum suç teşkil etmemeli ve bu durum bakımından idari yaptırım öngörülmelidir⁵²⁷.

TCK'da failin yetkisiz olması halinde çocuk düşürtme hareketleri sonucunda gebe kadının ölümüne sebebiyet vermesi halinde nasıl cezalandırılacağı belirlenmemesi eleştirilmektedir. Bu eleştiriye göre TCK m.99/3 ve 99/4 hükümleri ile 1. ve 2. fıkra bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin düzenlemesine rağmen fiilin yetkisiz kişi tarafından işlenmesi halinde gebe kadının ölümüne neden olunması durumundan benzer bir düzenleme ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal öngörülmemesi anlaşılabilir. Yetkisiz bir kişinin gebe kadının çocuk düşürtme fiilleri sonucunda ölümüne sebebiyet vermesi halinde kanunilik ilkesi gereği TCK m.99/5 ve taksirle ya da kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekmektedir⁵²⁸.

⁵²² Yokuş Sevük (n 202) 305.

⁵²³ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 422.

⁵²⁴ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 376.

⁵²⁵ Yokuş Sevük (n 202) 305.

⁵²⁶ Oktar (n 2) 224.

⁵²⁷ Keskin Kızıroğlu, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 176.

⁵²⁸ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 194) 145-146.

3.1.7.3 Hafifletici sebepler

765 Sayılı mülga TCK ile çocuk düşürtme suçu bakımından iki hafifletici sebep öngörülmüştü. Bunlardan ilki yetkisiz kişinin gebe kadının rızasının bulunması koşuluyla gebe sanılan kadına karşı gebeliği sonlandırmaya yönelik hareketleri sonucunda kadının bedensel zarara uğraması ya da ölmesi halidir. Bu hal mülga TCK'nın 470. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş olup verilecek cezanın üçte biri oranında indirilmesine sebebiyet vermekteydi. İkinci hafifletici sebep ise mülga TCK m.472'de düzenlenen şeref kurtarmak ile çocuk düşürtme suçunun işlenmesidir. Bu hafifletici sebebe göre bu suç kendisinin veya akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlenmiş olması halinde cezanın yarından üçte ikiye kadar indirilecektir⁵²⁹. 5237 Sayılı TCK bakımından çocuk düşürtme suçu için herhangi bir hafifletici sebep öngörülmemiştir.

3.1.7.4. Teşebbüs

Çocuk düşürtme suçu teşebbüse elverişli bir suçtur⁵³⁰. Fail çocuk düşürtmeye elverişli hareketleri doğrudan doğruya icra etmeye başlamış fakat elinde olmayan sebeplerle bu hareketlerini tamamlayamamış veya çocuk düşürtmeye elverişli hareketlerin sonucu fiil gerçekleşmemiş ise çocuk düşürtme suçuna teşebbüs meydana gelecektir⁵³¹. Çocuk düşürtme için ilaç alma, hekim ile görüşme gibi hareketler hazırlık hareketleri olduğundan suçun oluşmasına sebebiyet vermeyeceklerdir⁵³². Teşebbüsün meydana gelebilmesi için icra başlangıcı şartı arandığından çocuk düşürtme konusunda anlaşılması teşebbüse sebebiyet vermez⁵³³. Bununla birlikte müdahale öncesi kadına birtakım testlerin yapılması da hazırlık hareketlerinden kabul edilmektedir⁵³⁴. Bir görüşe göre

⁵²⁹ Erman ve Özek (n 183) 202-203.

⁵³⁰ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 213.; Katoğlu, 'Hekimin Cezai Sorumluluğu' (n 216) 72; Keskin Kızıroğlu, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 175.; Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 198.; Yokuş Sevik (n 202) 310.

⁵³¹ Yokuş Sevik (n 202) 310.

⁵³² Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 213.; Keskin Kızıroğlu, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 175.

⁵³³ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 500.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 194) 143.

⁵³⁴ Ertuğrul (n 2) 94.

kadına narkoz verilmesi, ameliyathaneye alınması gibi hareketler ise icra hareketlerinin başladığını göstermektedir⁵³⁵. Karşı görüşe göre kadının narkoz verilerek ameliyat masasına yatırılması tek başına suçun varlığını göstermemektedir. Bu hareketler çoğunlukla jinekolojik muayene sırasında da gerçekleştirildiğinden tek başlarına çocuk düşürtme kastının varlığını göstermemektedirler⁵³⁶. Teşebbüs bakımından failin mutlaka doğrudan kastının olması gerekmektedir. Bu bakımından failin olası kast ile hareket etmiş olması halinde teşebbüs halinde kalmış suç meydana gelmeyecektir⁵³⁷. Çocuk düşürtme suçunun her ne kadar olası kast ile işlenebileceği ifade edilmiş olsa da failin olası kast ile hareket ederek çocuk düşürtme suçuna teşebbüs bakımından sorumluluğunun gündeme gelmesi mümkün değildir. Bununla birlikte teşebbüsün kabul edilmesi için kadın üzerinde müdahaleye başlanmış olması şartı da aranmamaktadır⁵³⁸. Yargıtay bir kararında on dört haftalık gebe olan kadının tıbbi nedenler olmadan çocuğunun düşürtülmesi için gerekli tüm icrai hareketlerin tamamlandığı fakat kadının rahminin delinmesi üzerine gebe kadının hastaneye kaldırılarak ceninin ölü olarak çıkarıldığı olayda çocuk düşürtme suçunun tam teşebbüs aşamasında kaldığı sonucuna ulaşmıştır⁵³⁹. Kanaatimizce Yargıtay'ın kararına konu olan olayda tüm icrai hareketlerin gerçekleşmiş olması sebebiyle çocuk düşürtme suçunun oluştuğu kabul edilmelidir. Yargıtay kararında yer verilen tam teşebbüs kavramı failin fiillerini sonuna kadar gerçekleştirmesine rağmen suçun oluşması için gerekli olan sonucun gerçekleşmemesi anlamına gelmektedir. Belirtmek gerekir ki 5237 Sayılı TCK ile eksik teşebbüs ve tam teşebbüs ayrımı kaldırılmıştır⁵⁴⁰.

TCK m.36'da yer alan gönüllü vazgeçme hükmünün çocuk düşürtme suçunda uygulanması mümkündür. Gönüllü vazgeçmede fail icra hareketlerinin tamamlanmasına kendi iradesi ile engel olmaktadır⁵⁴¹. Gönüllü vazgeçme failin netice gerçekleşmeden suça ilişkin davranışlarından dönmesini ifade etmektedir⁵⁴². Gönüllü vazgeçmede fail

⁵³⁵ Hakeri, *Tip Ceza Hukuku* (n 131) 213.

⁵³⁶ Aşçıoğlu (n 359) 173.

⁵³⁷ Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (n 169) 312.

⁵³⁸ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 235.

⁵³⁹ Yargıtay 8 CD., 18.02.1998, 1998/837 E., 1998/1919 K. <www.legalbank.net> erişim tarihi:20.03.2023

⁵⁴⁰ Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (n 169) 302.

⁵⁴¹ Demirbaş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Güncellenmiş 16. Bası, Seçkin 2021) 506.

⁵⁴² Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Seçkin 2021) 474-475.

teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz fakat icrayı tamamladığı davranışları başka bir suçun oluşmasına sebebiyet veriyorsa sadece tamamlanan suç bakımından cezalandırılır⁵⁴³. Gönüllü vazgeçme halinde failin icrayı tamamladığı davranışları gebe kadına karşı kasten yaralama suçunun oluşmasına sebebiyet verebilir. Bu bakımdan failin çocuk düşürtmeye elverişli davranışları gerçekleştirmekten vazgeçmesi durumunda teşebbüsten sorumluluğu gündeme gelmeyecektir⁵⁴⁴.

NPHK m.7 uyarınca Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca NPHK m.3'e 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 ve bunların reklam ve propagandasını yapanlara müeyyide öngörülmüştür. Bu sebeple çocuk düşürtme suçunun failinin NPHK m.3'e göre gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilmeyen ilaç ve araçları imal etmesi, bulundurması vs. durumunda bu hazırlık hareketleri bağımsız olarak cezalandırılacaktır⁵⁴⁵. Bu halde mevcut bir gebelik söz konusu olmadığından gebeliğe son vermeye yönelik hareketler mevcut olmayıp gebeliğin önlenmesine yönelik hareketler bulunmaktadır⁵⁴⁶. Zaten bu hallerde söz konusu ilaç ve araçlar gebeliği önleyici nitelikte olmadıklarından çocuk düşürtme suçu bakımından hazırlık hareketleri olarak kabul edilmeleri de mümkün değildir.

3.1.7.5 İştirak

On haftadan fazla olan gebeliğinin tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde sonlandırılmasına rıza gösteren gebe kadın hakkında iştirak hükümleri uygulanmamakta ve rıza gösteren gebe kadın fail olarak cezalandırılmaktadır⁵⁴⁷. Bu bakımdan on haftadan fazla gebeliğinin sonlandırılmasına rıza gösteren kadın azmettiren olarak değil fail olarak sorumlu

⁵⁴³ TCK m.36 “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”

⁵⁴⁴ Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 198.

⁵⁴⁵ Dönmez (n 38) 126.; Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 198-100.; Ertuğrul (n 2) 94-95.

⁵⁴⁶ Erdem (n 59) 1675.

⁵⁴⁷ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 215.; Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 275) 1301.; Keskin Kızıroğlu ‘Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları’ (n 62) 179.; Yokuş Sevük (n 202) 311.

olacaktır⁵⁴⁸. Bir görüşe göre rıza gösteren gebe kadının fail olarak sorumlu tutulup çocuk düşürten kişiye oranla daha hafif bir ceza ile cezalandırılmasının hukuki dayanağı yoktur. Bu görüşe göre ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da azaltan bir durumun mevcut olması sebebiyle kişiye daha az ceza verilmesi ya da ceza verilmemesi söz konusu olmaktadır. Bu sebeple rıza gösteren gebe kadının müşterek fail olarak sorumlu tutularak fail ile aynı ceza ile cezalandırılması gerekmektedir⁵⁴⁹. TCK m.99/1 uyarınca suçun sadece yetkili kişiler tarafından işlendiğini kabul eden görüşlere göre yetkisiz kişiler bu suça ancak yardım eden veya azmettiren şeklinde iştirak edebilirler⁵⁵⁰. Yargıtay kadının gebeliğinin on haftayı doldurmadığını bildiği halde gebe kadının yetkili olmayan ebeye götürmek ve ücret vermek suretiyle TCK m.39/2-c uyarınca yardımda bulunan sanık bakımından iştirakin nasıl oluştuğu tespit edilmeden suçun birlikte işlendiğinin kabulü ile ceza verilmesini bozma sebebi olarak değerlendirmiştir⁵⁵¹.

Gebeliği sonlandırmada hekimle birlikte tıbbi müdahalede bulunan sağlık çalışanlarının çocuk düşürtme suçuna iştirak etmeleri mümkündür. Çocuk düşürtme hareketlerine iştirak eden her sağlık çalışanının iştirak bakımından sorumluluğunun doğması mümkün olmayıp olayın özelliğine göre bu kişilerin sorumlulukları belirlenmelidir. Sağlık çalışanının iştirak bakımından sorumluluğu belirlenirken kadının gebeliğini sonlandırılmasına rızasının bulunup bulunmadığının, gebelik süresinin on haftadan fazla olup olmadığının ve hekimin yetkili olup olmadığının bilinmesi hususları dikkate alınmalıdır⁵⁵². Bir görüşe göre gebeliğini hukuka aykırı bir şekilde sonlandırmak isteyen gebe kadına hekimin başka bir hekim önermesi durumunda hekimler arasında iş birliği yoksa sadece başka bir hekimin ismini veren hekimin iştiraktan sorumlu tutulmaması gerekmektedir⁵⁵³. Fakat kanaatimizce hekim gebeliğini hukuka aykırı bir şekilde sonlandırmak isteyen gebe kadına başka bir hekimin ismini vermek suretiyle TCK m.39/2-b uyarınca suçun nasıl işleneceği konusunda yol gösterdiğinden yardım eden olarak sorumlu tutulması gerekmektedir.

⁵⁴⁸ Dönmez (n 38) 129.

⁵⁴⁹ Özen, 'Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 517) 99.

⁵⁵⁰ Ertuğrul (n 2) 96.

⁵⁵¹ Yargıtay 14 CD, 10.12.2002, 2011/5612 E., 2012/12703 K. <www.legalbank.net> erişim tarihi:20.03.2023

⁵⁵² Kanbur (n 126) 1253.

⁵⁵³ Güney Tunalı (n 67) 177.

3.1.7.6 İçtima

Çocuk düşürtme suçu içtima bakımından özellik arz etmemektedir⁵⁵⁴. Çocuk düşürtme suçu bakımından tartışmalı olan konu zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıdır⁵⁵⁵. Öncelikle TCK m.43/1 bakımından değerlendirme yapmak gerekmektedir. TCK m.43/1 uyarınca değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi gerekmektedir. Burada suçun mağdurunun gebe kadın mı yoksa cenin mi olduğuna göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bir görüşe göre çoğul gebelikler bakımından on haftadan az olan gebeliklerde suçun mağdurunun gebe kadın olarak kabul edilmesi halinde gebe kadının çoğul gebeliğinin aynı kişi tarafından sonlandırılması durumunda TCK m.43/1 hükmünün uygulanabileceği kabul edilmelidir. Buradaki on hafta ayrımı on haftadan sonraki gebeliklerin sonlandırılmasında öncelikle ceninin yaşam varlığının korunması sebebiyle yapılmaktadır. Suçun mağdurunun cenin olarak kabul edilmesi halinde ise suçun mağdurunun birden fazla olduğu kabul edilecek ve TCK m.43/1 hükmü uygulanamayacaktır. Fakat bu halde de ceninin kişi olarak kabul edilmesi gibi sakıncalı bir durum meydana gelecektir. Suçun mağdurunun hem kadın hem de cenin olarak kabul edilmesi durumunda ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir⁵⁵⁶. Bir başka görüşe göre failin çoğul gebeliklerde birden fazla çocuğun düşürülmesi kastıyla hareket etmesi durumunda tek bir davranış mevcut olsa da birden fazla yaşam varlığı sona erdirildiğinden her bir çocuk için çocuk düşürtme suçu oluşacaktır⁵⁵⁷. Fakat bu görüşe göre failde her iki çocuk bakımından da düşürtme kastının bulunması gerekmektedir. Failin tek bir çocuğu düşürtme maksadıyla çocuk düşürtmeye elverişli davranışı gerçekleştirmesi halinde diğer çocuk bakımından davranış taksirle

⁵⁵⁴ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 380.; Dönmez (n 38) 126.

⁵⁵⁵ TCK m. 43 uyarınca; (1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

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

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

⁵⁵⁶ Dönmez (n 38) 127-128.

⁵⁵⁷ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 215.

gerçekleştirilmiş olacağından ve çocuk düşürtme suçunun taksirli şekli de kanunda öngörülmediğinde suç meydana gelmeyecektir⁵⁵⁸.

Karşı görüşe göre gebe kadının birden fazla cenin taşınması durumunda ona karşı gerçekleştirilen davranış tek bir çocuk düşürtme suçunu meydana getirecektir. Ceninin birden fazla olması ise cezanın artırılması sebebi olarak kabul edilebilir. Bu görüşe göre bu durum ancak failin kastının mevcut olması ve bu yönde yasal bir düzenleme mevcut olması halinde cezada artırım sebebi olarak kabul edilebilir. Fakat düzenlemenin bu haliyle de cenin sayısının birden fazla olması cezanın üst sınırdan tayin edilmesi bakımından dikkate alınabilir⁵⁵⁹. Mağdur gebe kadın olduğundan tek bir çocuk düşürtme suçundan sorumluluğu meydana gelecektir⁵⁶⁰. Suçun gebe kadına karşı işlenmesi fakat suçun konusunun birden fazla olması sebebiyle tek bir suç söz konusu olacaktır⁵⁶¹. Yine tek bir suç işlenmiş olacağını kabul eden bir başka görüşe göre failin çocuk düşürtmeye elverişli davranışı sonucu tüm ceninler öleceğinden bir suçu işlerken diğer suçu işlenmenin de zorunlu olması sebebiyle muhtelit suç oluşacağından tek suçun işlendiği kabul edilecektir. Bunun sebebi ceninlerinden birinin düşürtülüp diğerinin düşürtülmemesinin tıbben mümkün olmamasıdır⁵⁶².

TCK m.43/2 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda da öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Her ne kadar güç olsa da birden fazla gebe kadına aynı anda örneğin gebeliği sona erdirmeye yönelik ilaç enjekte edilmesi gibi çocuk düşürtmeye elverişli davranışın gerçekleştirilmiş olması durumunda TCK m.43/2 uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği ifade edilmektedir⁵⁶³. Kanaatimizce aynı anda birden fazla gebe kadına tek bir fiil ile ilaç enjekte edilebilmesi mümkün olmadığından TCK m. 43/2 bu suç bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Bunun dışında çoğul gebeliklerin sonlandırılması halinde cenini kişi olarak kabul ederek TCK m.43/2 uyarınca suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiiller işlenebileceği ifade edilse de⁵⁶⁴ kanaatimizce

⁵⁵⁸ Hakeri, *Tip Hukuku* (n 275) 1301.

⁵⁵⁹ Keskin Kızıroğlu, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 177.; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 157) 313.; Kanbur (n 126) 1254.

⁵⁶⁰ Yokuş Sevik (n 202) 311-312.

⁵⁶¹ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 199.

⁵⁶² Erman ve Özek (n 183) 205.

⁵⁶³ Kanbur (n 126) 1254.

⁵⁶⁴ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 381.

ceninin kişi olarak kabulü mümkün olmayacağından TCK m.43/2 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır.

3.1.8 Suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması

TCK m.99/6 uyarınca kadının suç sonucu gebe kalması durumunda rıza göstermesi ile yirmi haftaya kadar olan gebeliklerin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sonlandırılması halinde ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Suç sonucu oluşan gebelikler bakımından düzenleme ilk defa 5237 Sayılı TCK ile kabul edilmiştir⁵⁶⁵. TCK m.99/6 uyarınca suç sonucu oluşan gebelikler bakımından düzenleme yapılmış olmasına rağmen NPHK'da bu yönde paralel bir düzenleme bulunmamaktadır⁵⁶⁶. Uygulamada suç sonucu oluşan gebeliğini sonlandırmak isteyen kadının bu hakkını kullanabilmesi bakımından NPHK'da paralel bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu ifade edilmektedir⁵⁶⁷. Kanaatimizce TCK suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması bakımından yeterli olup NPHK bakımından ayrıca düzenleme yapılması gerekmemektedir. TCK m.99/6 ile kabul edilen suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması suç endikasyonu olarak da adlandırılmaktadır⁵⁶⁸.

TCK m.99/6'da suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasının düzenlenmesinde amaç kadının maruz kaldığı saldırı sonucunda oluşan gebeliğinin sürdürmesinin kadının ruhsal sağlığı bakımından kendisinden beklenemeyecek olmasıdır⁵⁶⁹. Suç sonucu gebe kalan kadının ruhsal bunalım yaşaması, intihar etmesi, doğacak olan çocuğun kadına maruz kaldığı saldırıyı hatırlatacak olması ve bu sebeple dünyaya gelen çocuğuna gerekli bakımı sağlayamayacak olması gibi ihtimaller göz önüne alınarak birçok hukuk düzeni suç sonucu gebe kalınması halinde gebeliğin sonlandırılabilirliğini düzenlemiştir⁵⁷⁰. Kanaatimizce bu cezasızlık nedeni kadının ruhsal sağlığını korumak amacıyla düzenlenmiştir. Bu cezasızlık halinin uygulanabilmesi için kadının mutlaka suçun

⁵⁶⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 275) 1303.

⁵⁶⁶ Uyumaz ve Avcı (n 77) 606-607.

⁵⁶⁷ ibid 629.

⁵⁶⁸ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 218.

⁵⁶⁹ Gülşen (n 475) 1209.

⁵⁷⁰ Metin (n 13) 446.

mağduru olması gerekte olup suçtan zarar gören sıfatını taşıması yeterli değildir⁵⁷¹. Kanaatimizce zaten gebeliğin oluşmasına sebebiyet verebilecek suçlara ilişkin fiil ile ihlal olunan varlık veya menfaatin sahibi kadın olup ve sahip olduğu varlık ya da menfaati doğrudan zarar gören kişi de yine kadındır. Bu sebeple suç sonucu oluşan gebelikler bakımından kadın hem suçun mağduru hem de suçtan zarar gören olacağından bu ayrımın önemi bulunmamaktadır. Bir görüşe göre bu hükmün uygulanabilmesi için gebe kadının sağlığı bakımından herhangi bir sakınca bulunmaması gerekmektedir⁵⁷². Diğer hallerdeki gebeliğin sonlandırılmasında olduğu gibi suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasında da gebe kadının rızasının bulunması gerekmektedir⁵⁷³.

Suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasının hukuki niteliği bakımından öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre TCK m.99/6'da düzenlenen gebeliğin sonlandırılması hali cezasızlık nedeni olarak kabul edilmektedir⁵⁷⁴. Bir başka görüşe göre bu hal özel bir hukuka uygunluk nedenidir⁵⁷⁵. Diğer bir görüş ise suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasını zorunluluk hali olarak değerlendirmektedir. Çünkü esasen bu halde kadının içinde bulunduğu bir zorunluluk hali mevcuttur⁵⁷⁶. Bu görüş suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasının genel düzenlemeden ayrı bir şekilde düzenlenmesi sebebiyle zorunluluk hali olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bununla birlikte suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasının ilave bazı koşullarla birlikte esasen ilgili kimsenin rızası hukuka uygunluk nedeninin özel bir düzenlemesi olarak kabul eden görüşler de mevcuttur. Bu görüşe göre gebe kadının dışında suç sonucu oluşan gebeliği sonlandıran diğer kişiler bakımından da ceza verilmeyeceğinin düzenlenmesi bu halin bu suça özgü bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu açıklamaktadır⁵⁷⁷. Kanaatimizce kanunda gebelik süresi yirmi haftadan fazla olmamak kaydıyla ve kadının rızası olmak koşuluyla gebeliği sonlandıran ceza verilmeyeceğini

⁵⁷¹ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 206.

⁵⁷² Kanbur (n 126) 1241.

⁵⁷³ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 219.; Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 208.

⁵⁷⁴ Kanbur (n 126) 1251.; Benzer görüş için bkz. Dönmez (n 38) 134.; Bu halin koşula bağlı kişisel bir cezasızlık nedeni olduğuna ilişkin bkz. Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 423.; Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 378.

⁵⁷⁵ Keskin Kızıroğlu, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 182.; Keskin Kızıroğlu, 'Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Kanununun Bakımından Değerlendirilmesi' (n 194) 213.

⁵⁷⁶ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 218-219.; Metin (n 13) 446.

⁵⁷⁷ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 209-210.

ifade edilmekle cezasızlık nedeni öngörülmüştür. Kanun koyucu suç sonucu oluşan gebeliklerin yirmi haftalık süre içerisinde hastane ortamında ve uzman hekimlerce sonlandırılması halinde ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır.

TCK m.99/6 hükmünün uygulanabilmesi için gebeliğin cinsel istismar, cinsel saldırı, reşit olmayanla cinsel ilişki gibi suçlar sebebiyle meydana gelmiş olması gerekmektedir⁵⁷⁸. Bir görüşe göre suçun mutlaka nitelikli cinsel saldırı suçu olması gerekmemekte ve suçun kadının gebe kalmasına sebep olacak nitelikte olması yeterlidir⁵⁷⁹. Yetişkinler arasında rıza ile gerçekleşen zina veya ensest niteliğindeki fiiller sonucunda oluşan gebelikler suç sonucu oluşan gebelikler olarak kabul edilmemektedirler⁵⁸⁰. İşlenen suçun kasten işlenmiş olması ve suça yönelik herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması gerekmektedir⁵⁸¹. Bir görüşe göre örneğin, tıbbi bir işlem (tüp bebek uygulaması gibi) sırasında gerçekleşen taksirli bir davranış sebebiyle kadının gebe kalması halinde de gebeliğin suç sonucu oluştuğu kabul edilmeli, suçun kasten ya da taksirle işlenmesi arasında herhangi bir ayırım yapılmamalıdır⁵⁸². Fakat kanaatimizde bu hallerde suç kasten işlenmediğinden herhangi bir suç oluşmamaktadır.

Küçükler arasında gerçekleşen cinsel suçlar sonucunda küçüğün gebe kalması durumunda bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bu sorunlar hükmün eksik düzenlenmesinden kaynaklanan sorunlara işaret etmektedir⁵⁸³. On beş yaşından küçük olan küçüğün gebe kalması halinde cinsel ilişkiye rızadan bahsedilemeyeceğinden gebeliğin suç sonucu oluşması sebebiyle gebeliğin yirmi haftaya kadar sonlandırılabilmesi kabul edilmelidir⁵⁸⁴. Eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçu bakımından bu hükmün uygulanması açısından tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre evlilik içi cinsel saldırı suçu sebebiyle şikayetçi olan kadın yirmi haftalık gebeliğin sonlandırılması imkanından yararlanarak daha sonrasında şikâyetten vazgeçerek bu imkânı kötüye kullanabilme imkanına sahiptir⁵⁸⁵. Bir başka görüşe göre nitelikli cinsel saldırı suçunun

⁵⁷⁸ Yokuş Sevük (n 202) 309.

⁵⁷⁹ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları' (n 182) 206.

⁵⁸⁰ Oktar (n 2) 226.

⁵⁸¹ Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 275) 1305.

⁵⁸² Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 401-402.

⁵⁸³ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 220.; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 226) 1305.

⁵⁸⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 275) 1306.

⁵⁸⁵ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 220.; Aynı yönde görüş için bkz. Gülşen (n 475) 1219.

eşe karşı işlenmesi durumunda yirmi haftalık süre fazladır. Bunun sebebi yirmi haftalık süre eş dışındaki mağdurlar bakımından travma atlatma ve düşünme süresi sebebiyle makulken eş bakımından süre fazla uzun kabul edilmektedir⁵⁸⁶. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kişinin evli olması onun vücut bütünlüğüne karşı gerçekleştirilen haksız eylemi daha önemsiz hale getirmemelidir. Bu sebeple eşin de evlilik içerisinde cinsel saldırıya maruz kalması TCK m.102/2 uyarınca suç olarak kabul edildiğinden eş de suç sonucu oluşan gebelikler bakımından kabul edilen yirmi haftalık süreye tabi olarak gebeliğini sonlandırabilmelidir. Bununla birlikte kişinin evli olması eşi tarafından gerçekleştirilecek tüm cinsel fiillere önceden rıza göstermiş olduğu anlamına da gelmemektedir⁵⁸⁷.

Bir görüşe göre suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması sonucu elde edilen doku ve organların hukuka uygun eylemler sonucu elde edilmeleri sebebiyle TCK m.91 kapsamında olmaması ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 21. maddesindeki insan vücudunun parçalarının ticari kazançta konu olamayacağına ilişkin yükümlülük⁵⁸⁸ gereğince madde metninin yeniden düzenlenerek elde edilen ceninin, organ ve dokuların ticarete konu edilmesinin yasaklanması gerekmektedir⁵⁸⁹. Fakat kanaatimizce TCK m.91/3 hükmü hukuka aykırı ya da hukuka uygun ayrımı yapmaksızın organ ve doku satın alan, satan ve satılmasına aracılık eden kişiler bakımından düzenlenmiş olup suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması neticesinde elde edilen cenini, ceninin organ ve dokularını da kapsar niteliktedir. Ceza hukuku anlamında malvarlığı özel hukuka kıyasla daha geniş yorumlandığından insan vücudundan ayrılan ve ekonomik değeri olan organ ve dokular da ceza hukuku anlamında malvarlığı niteliği taşıdığından hem TCK m.91'de düzenlenen doku ve organ ticareti suçunun hem de TCK m.247'de düzenlenen zimmet suçunun konusunu oluşturabilirler⁵⁹⁰.

Suç sonucu oluşan yirmi haftaya kadar olan ileri gebeliklerin sonlandırılabilmesi için kanun koyucu on haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılması halinden daha sıkı

⁵⁸⁶ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları' (n 182) 214.

⁵⁸⁷ Uyumaz ve Avcı (n 77) 610.

⁵⁸⁸ Biyotıp Sözleşmesi m. 21 uyarınca "İnsan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticarî kazanç sağlanmasına konu olmayacaktır."

⁵⁸⁹ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları' (n 182) 207.

⁵⁹⁰ Güneş Okuyucu Ergün, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, (1. Bası, Çakmak 2008) 80.

şartlar öngörmüştür. Bunun sebebi ise sonlandırılan gebeliğin ileri düzeyde olması sebebiyle kadının sağlığı bakımından sakıncaların meydana gelmesinin önlenmesidir⁵⁹¹. Bazı tıbbi müdahaleler bakımından hekimlerin uzman sıfatına sahip olmaları aranmaktadır. Suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması da bu hallerden bir tanesidir⁵⁹². TCK m.99/6 2. cümlesinde suç sonucu oluşan gebeliklerin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sonlandırılabilceği düzenlenmiştir. Bir görüşe göre suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasında müdahalenin hastane ortamında yapılması koşulunun aranması kadının sağlığı bakımından kanun koyucunun amaçladığı güvenceyi sağlamamaktadır. Müdahalenin uzman hekim tarafından gerçekleştirilip hastane ortamında gerçekleştirilmemesi halinde nasıl bir yaptırım uygulanacağı belirsizdir⁵⁹³. Bununla birlikte bu düzenleme müdahalenin yapıldığı ortamın hastane ortamı olup olmadığı konusunda da tartışmalara sebebiyet vermektedir⁵⁹⁴. Yine aynı görüşe göre uzman hekim koşulunun aranması zorunluluk halinin mevcut olması durumunda olumsuz sonuçlar doğurabileceğinden hekim ve hastane ortamı koşulları yerine müdahaleye uygun steril bir ortam, tıbbi araç, ilaç, personel vs. gibi koşulların bulunduğu bir ortam aranması daha yerinde olurdu⁵⁹⁵. On haftaya kadar olan gebeliklerin sonlandırılması bakımından hastane ortamı şartı aranmazken suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasında hastane ortamı şartının aranması her ne kadar tutarsız görünse de suç sonucu oluşan gebeliklerin yirmi haftaya kadar sonlandırılabilceği dikkate alındığında bu müdahalelerin gebe kadının sağlığı bakımından daha fazla risk içerdiği açıktır. Fakat Türkiye’de sağlık hizmetlerinin her bölgede aynı koşullarda olmadığı dikkate alındığında hastane ortamı koşulları yerine müdahaleye uygun steril bir ortam, tıbbi araç, ilaç, personel vs. gibi koşulların aranması yerinde görüşü isabetli görünmektedir. Gebeliğin hastane ortamında sonlandırılmaması halinde gebe kadın bu hukuka uygunluk sebebinden faydalanamayacağı ifade edilmektedir. Fakat böyle bir durumda ceza sorumluluğunun ne olacağı düzenlenmemiştir⁵⁹⁶. Kanaatimizce kanunun lafzından süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla ceza verilmeyeceği ancak bunun için gebeliğin hastane ortamında uzman hekimler tarafından sonlandırılabilceği açıkça

⁵⁹¹ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 221.

⁵⁹² Altunkaş, Söğüt, Tacir ‘Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları’ (n 166) 58.

⁵⁹³ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 396.

⁵⁹⁴ Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 213.

⁵⁹⁵ Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 215.

⁵⁹⁶ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 194) 146.

düzenlendiğinden düzenlemenin bu haliyle suç sonucu oluşan gebeliklerin yetkili hekim tarafından hastane ortamında sonlandırılmaması halinde bu cezasızlık nedeni uygulanamayacaktır. Suç sonucu oluşan gebeliklerin yirmi haftaya kadar sonlandırılabilmesi sebebiyle müdahale daha fazla risk içermekte ve gebe kadının sağlığının korunabilmesi bakımından daha sıkı şartların öngörülmesi gerekmektedir. Hekimin suç sonucu oluşan gebeliği hastane ortamında sonlandırmaması halinde zorunluluk halinin uygulanması da mümkün olmayıp kanun koyucu zaten gebe kadın ve hekim bakımından zorunluluk hallerini öngörmüştür⁵⁹⁷.

Gebeliğin suç sonucu oluştuğuna ilişkin ispatın ve gebeliğin sonlandırılması kararının hangi makam tarafından alınacağı konusu da öğretide tartışmalıdır. Gebeliğin suç sonucu oluştuğuna ilişkin kararın yargılama yapıldıktan sonra mahkeme tarafından verilmesi durumunda yirmi haftalık kesin sürenin aşılabacağı ve hak kayıplarına sebebiyet vereceği açıktır⁵⁹⁸. Aksi durumda ise kişi hakkında yargılama yapılmadan gebeliğin suç sonucu oluştuğuna dair karar verilmesi de Anayasa m. 38 uyarınca suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimsenin suçlu sayılamayacağına ilişkin hükmü ihlal edecektir. Bir diğer görüşe göre olayın en azından adli makamlara ihbar veya şikâyet yoluyla intikal etmiş olması gerekmektedir⁵⁹⁹. Bununla birlikte CMK m.170 uyarınca Cumhuriyet Savcısının gebeliğin sonlandırılmasını talep edebileceği yönünde görüşler mevcuttur⁶⁰⁰. Bir başka görüşe göre Savcılık veya Sulh Ceza Hakimliğince atanan bilirkişilerce kısa bir inceleme sonucunda müdahaleye karar verilmelidir⁶⁰¹. İleri sürülen başka bir görüşe göre CMK m. 162’de Cumhuriyet Savcısının ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görmesi halinde istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin Sulh Ceza Hâkimine bildireceği düzenlenmekle işlemin hukuka uygun olup olmadığının Sulh Ceza Hâkimi tarafından karara bağlanacağı düzenlendiğinden ilk aşamada Cumhuriyet Savcısına yönlendirilen gebeliğin sonlandırılması istemi en kısa süre içerisinde Sulh Ceza Hâkimi tarafından karara bağlanmalı ve konuya ilişkin adli tıp raporu alınmalıdır⁶⁰². Yargıtay’ın kanun yararına bozmaya konu kararında küçüğün cinsel istismar ve reşit

⁵⁹⁷ Gülşen (n 475) 1227.

⁵⁹⁸ Keskin Kızıroğlu, ‘Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları’ (n 62) 183.; Dönmez (n 38) 135.; Uyumaz ve Avcı (n 77) 607.

⁵⁹⁹ Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 222.

⁶⁰⁰ Doğan, ‘Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları’ (n 156) 114.

⁶⁰¹ Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 216.

⁶⁰² Gülşen (n 475) 1218.

olmayanla cinsel ilişki suçları sebebiyle Adli Rapor ile suç sonucu on iki hafta altı günlük gebe olduğunun ve gebeliğin istismar sonucu oluşması sebebiyle sonlandırılmasında tıbbi yararın olduğunun tespit edildiği olayda Cumhuriyet Başsavcılığınca kürtaja izin verilmesi ilgili Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığı tarafından talep edilmiştir. Talep üzerine Cumhuriyet Başsavcılığı söz konusu talebin Sulh Ceza Hakimliği tarafından değerlendirileceğini dikkate alarak talebi Sulh Ceza Hakimliği'ne göndermiş ve talep reddedilmiştir. Söz konusu talebin reddine ilişkin karara itiraz edilmesi üzerine itirazın esastan incelemesi yapılmadan görevsizlik kararı ile itirazın reddine karar vermiştir. Söz konusu olayda Yargıtay 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.5/1-d uyarınca çocuk için sağlık tedbirinin Sulh Ceza Hakimliği'nin görevinde olduğu gerekçesiyle Sulh Ceza Hakimliği'nin kararının bozulmasına karar verilmiştir⁶⁰³. Bir başka görüşe göre gebeliğin suç sonucu oluştuğuna ilişkin şüphenin yeterli kabul edilerek hekimin bu konudaki tıbbi kanaati ile karar verilmesi gerekmektedir⁶⁰⁴. Kanaatimizce bu görüş uygulamada Sulh Ceza Hakimliklerinin etkin bir rol oynamaması ve gebeliğin suç sonucu oluştuğuna dair tespitin tıp biliminin uzmanlarınca tespit edilecek bir mesele olması ve bu sebeple hâkimin gebeliğin suç sonucu oluştuğuna dair değerlendirmeyi yapmasının mümkün olmaması sebebiyle bir çözüm olmaktan uzaktır. Esasen gebeliğin suç sonucu oluşup oluşmadığının tespiti ancak suç mağduru gebe kadının vücudunda meydana gelen birtakım bulguları anlamlandırabilecek kişi olan hekim tarafından yapılabilir. Bununla birlikte reşit olmayanla cinsel ilişki ya da cinsel istismar suçlarında böyle bir tespiti ihtiyaç dahi bulunmamaktadır. Küçüğün gebeliğinin tespiti zaten suçun oluştuğuna ilişkin kesin bir delil olup bunun dışında başka bir tespiti de gerek bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararında on sekiz yaşından küçük olan başvuruçunun birden fazla kişi tarafından cinsel saldırıya uğraması sonucunda oluşan gebeliğinin sonlandırılması konusundaki savcılık başvurusunun sürüncemede bırakılması sebebiyle Anayasa m. 17'de düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Söz konusu olayda küçüğün hastanede yapılan muayenesinde on hafta üç günlük gebe olduğu tespit edilmiş ve küçüğün birden fazla kişi ile birlikte olduğunu ifade etmesi üzerine olay savcılığa

⁶⁰³ Yargıtay 5 CD., 05.03.2018, E. 2018/1826, K.2018/1439 <www.lexpera.com.tr> erişim tarihi:20.03.2023

⁶⁰⁴ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 380.

bildirilmiştir. Bildirinin ardından olay hakkında savcılık tarafından soruşturma başlatılmıştır. Küçüğün velileri bu aşamada savcılıktan gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin talepte bulunmuşlardır. Savcılık tarafından bebeğin babasının tespit edilebilmesi için öncelikle DNA örnekleri alınması gerektiği ve bu işlemin yapılmadan kürtaj işlemine başlanmaması gerektiğine ilişkin olarak küçüğün yerleştirildiği Şiddet Önleme ve İzleme Merkezi'ne yazı yazılmıştır. Ardından küçüğün velileri tarafından Sulh Ceza Hakimliğine gebeliğin sonlandırılması talepli dilekçe sunulmuş ve Sulh Ceza Hakimliği tarafından olayla ilgili olarak savcılık tarafından soruşturma yürütüldüğünden bu soruşturma kapsamında savcılık tarafından gebeliğin sonlandırılması talebinde bulunulması gerektiği gerekçesiyle başvuru usulden reddedilmiştir. Bu kararın ardından küçüğün velileri bu defa savcılığa Sulh Ceza Hakimliğinden gebeliğin sonlandırılmasının talep edilmesi için başvuruda bulunmuşlardır. Savcılık bu başvuru neticesinde gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kararın verilmesi için dosyayı Sulh Ceza Hakimliğine göndermiş ve Hakimlik bu defa reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun söz konusu olabilme ihtimali ve ceninin biyolojik babasının tespit edilememesi ve gebelik süresinin on haftadan fazla olduğu hallerde sadece annenin hayatını tehdit ettiği takdirde gebeliğin sonlandırılabilceği gerekçesiyle dosya kapsamında ceninin anneye herhangi bir fiziksel veya ruhsal zarar verip vermediğinin sağlık kuruluşlarından alınan rapor ile tespit edilmediği gerekçeleri ile talebi reddetmiştir. Bu kararın ardından küçük gebeliğin kendisinin ruhsal ve fiziksel sağlığını olumsuz etkilediği gerekçesiyle tekrar savcılıktan gebeliğin sonlandırılmasına ve bununla ilgili başvuruların ilgili makama iletilmesi talebinde bulunmuştur. Bu defa Hakimlik, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin veliler tarafından verilen dilekçelerin tarihlerinin farklı olması sebebiyle velilerin birlikte müracaat etmemelerini gerekçe gösterilerek talebi reddetmiştir. Hakimliğin ret kararının ardından başvuru vekili tarafından gebeliğin hangi şüphelinin fiili sonucunda oluştuğunun tespiti ile gebeliğin sonlandırılmasının başvuruçunun hayatını tehlikeye sokup sokmayacağı konusunda rapor aldırılması talep edilmiş ve talep üzerinde savcılık tarafından Tıp Fakültesi'nde rapor alınmış ve raporda “...gebeliğin istismar sonucu olması, anne yaşının küçük olması ve annenin ruhsal açıdan travmatik süreç yaşamasından dolayı gebeliğin sonlandırılmasının hem anne hem de ceninin tıbbî yararına olacağı...” kanaatine varılmıştır. Alınan raporun ardından küçük ve velileri tekrar gebeliğin sonlandırılması için Sulh Ceza Hakimliğine talepte bulunulması için

savcılığa başvuruda bulunmuşlardır. Bu defa Sulh Ceza Hakimliği raporun yetersiz olduğu ve zorunluluk hali mevcut olmadığı sürece gebeliği sonlandırmanın yaşam hakkına müdahale teşkil edeceği gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Bu karar karşısında itiraz yoluna başvurulmuş ve dosya üzerinden konu ile ilgili Sulh Ceza Hakimliğinin görevli olmadığı ve talebin soruşturma işlemi niteliğinde olmaması gerekçesiyle talebin Sulh Hukuk Mahkemesine yöneltilmesi gerektiği ifade edilerek talep hakkında kesin olarak karar verilmiştir. Savcılık bu defa Sulh Hukuk Mahkemesine bu talebi iletmış ve Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından görevsizlik kararı verilerek dosyanın Sulh Ceza Hakimliğine gönderilmesine karar verilmiştir. Son olarak dosya savcılık tarafından Sulh Ceza Hakimliği'ne gönderilmiş ve Hakimlik kararın kesinleştiği gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına ilişkin karar vermiştir. Tüm bu sürecin ardından konu ile ilgili bireysel başvuruda bulunulmuştur⁶⁰⁵. Söz konusu karardan da açıkça anlaşıldığı üzere uygulamada suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasında izin alınacak makamın belli olmaması büyük hak mağduriyetlerine sebebiyet verebilmektedir.

Alman Hukuku'nda ise gebe kadının talebi ve hekimin gebeliğin suç sonucu oluştuğuna ilişkin kesin kaniya varması üzerine on iki haftaya kadar olan gebelikler kriminolojik indikasyon kabul edilerek gebeliğin sonlandırılabilceği kabul edilmiş ve suç bakımından soruşturma başlatılmış olması şartı aranmamıştır⁶⁰⁶. Alman Hukuku'na göre hekimin tıbbi bilgileri ile gebeliğin yine Alman Ceza Kanunu'nda gösterilen 176 ile 179. paragrafları arasındaki suçlar sonucu oluştuğuna kanaat getirmesi gerekmektedir. Bir görüşe göre Alman Ceza Kanunu gebeliğe sebep olacak suçların sınırlandırılması, sürenin on iki hafta olarak belirlenmesi ve hekimin tıbbi bilgileri ile tespitte bulunacağının düzenlenmesi sebebiyle TCK'dan daha iyi bir düzenleme getirmiştir. Hekim mesleki tecrübesi ile gebeliğin suç sonucu oluşup oluşmadığını tespit ederek adli makamlarca suçun ispatını beklememektedir. Hekimin gebe kadının gebeliğin suç sonucu oluştuğuna

⁶⁰⁵ Anayasa Mahkemesi, 23.07.2020, Başvuru No:2017/31619, RG Sayısı:31240, RG Tarihi:10.09.2020 <www.resmigazete.gov.tr>erişim tarihi:26.03.2023

⁶⁰⁶ Bkz. m.218/a (3) "Hekimlik bilgisine göre gebe kadın üzerinde Ceza Kanununun 176 ila 179 uncu maddelerinde yer alan hukuka aykırı fiillerden biri işlenmiş olduğu belirlenir, gebeliğin bu suçtan kaynaklandığını kabul etmek için ağır sebepler bulunur ve gebeliğin başlangıcından itibaren on iki haftadan fazla süre geçmemiş ise, çocuk düşürmenin gebe kadının rızasıyla ve bir hekim tarafından gerçekleştirildiği hallerde, ikinci fıkrada tanımlanan koşullar yerine getirilmiş sayılır." Çeviri için bkz. Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch* (Genişletilmiş 2.Bası, Beta 2015); Hilgendorf (n 132) 113; Güney Tunalı (n 67) 42.

yönelik iddiasını inandırıcı bulmaması durumunda ise gebe kadından adli makamlarca olayın aydınlatılmasını talep etme imkânı mevcuttur⁶⁰⁷. Aynı zamanda Alman Hukukunda 218a/4 özel zorlayıcı bir sebebin bulunması halinde danışman görüşü ve hekim onayı ile birlikte mahkeme kararı bulunması halinde on iki haftalık sürenin yirmi iki haftaya kadar uzatılabileceği düzenlenmiştir⁶⁰⁸. İngiltere, Galler ve İskoçya'yı kapsayan fakat Kuzey İrlanda'da yürürlükte olmayan 1967 tarihli Düşük Kanunu (Abortion Act) ile hangi şartlar altında gebeliğin sonlandırılabilceği düzenlenmiş olup her ne kadar suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılabilceği kabul edilmese de yirmi dört haftayı aşmayan gebeliklerin kadının bedensel ve ruhsal sağlığını etkilemesi söz konusu olduğunda ve bu olumsuz etkinin gebeliğin sonlandırılması sonucu oluşacak olumsuz etkiden fazla olduğunun ortaya konması halinde gebeliğin sonlandırılabilceği kabul edilmektedir⁶⁰⁹. Yani İngiliz Hukukunda gebeliğin suç sonucu oluşması halinde yirmi dört haftaya kadar yetkili iki hekimin onayı ile kadının fiziksel ya da ruhsal olarak büyük zarar görmesine sebep olması gerekçesi ile sonlandırılabilir⁶¹⁰. Kanaatimizce gebeliğin suç sonucu oluştuğuna dair tespitin tıp biliminin uzmanlarınca tespit edilecek bir mesele olması sebebiyle bu tespitin ancak hekim tarafından yapılması gerekmektedir.

3.1.9 Müeyyide

TCK m.99/1 uyarınca rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi bakımından beş yıldan on yıla kadar hapis cezası, TCK m. 99/2 uyarınca tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişiye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren gebe kadın bakımından ise daha hafif bir müeyyide olarak bir yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür. Birinci fıkra bakımından kişinin kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına sebep olması halinde altı yıldan on iki yıla kadar, kadının ölümüne neden olması halinde ise on beş yıldan yirmi yıla kadar; ikinci fıkra bakımından fiilin kadının beden veya ruh

⁶⁰⁷ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 221-222.

⁶⁰⁸ Ertuğrul (n 2) 45.

⁶⁰⁹ Kanun metni için Bkz. <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/contents> > erişim tarihi:19.03.2023 Aktaran: Güney Tunalı (n 67) 36-37.

⁶¹⁰ Ertuğrul (n 2) 42.

sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olması halinde, kişi hakkında üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası, kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Çocuk düşürtme fiillerinin yetkisiz bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde ise gebe kadının rızasının olması ve gebeliğinin 10 haftanın altında olması halinde iki yıldan dört yıla kadar, diğer hallerde ise öngörülen cezaların yarı oranında artırılacağı düzenlenerek nitelikli hal düzenlemesi yapılmıştır. Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde ise kadının rızası ile süresi 20 haftayı geçmemek ve uzman hekimlerce hastane ortamında gerçekleştirilmek şartıyla gebeliğin sonlandırılmasına herhangi bir müeyyide öngörülmemiştir.

3.1.10 Muhakeme hükümleri bakımından özel durumlar

Çocuk düşürtme suçunun muhakemesi bakımından failin kamu görevlisi olup olmaması özellik arz etmektedir. 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına Dair Kanununun 2. maddesi kamu hizmetinin gerektirdiği edimleri ifa ederken işledikleri suçlar nedeniyle memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında uygulanmaktadır. Kamu görevlisi hekim hakkında ihbar veya şikâyet nedeniyle soruşturma yapılabilmesi için öncelikle gerekçeli soruşturma izni kararına ihtiyaç duyulmaktadır. Soruşturma izninin verilir verilemeyeceği hususu ön inceleme aşaması ile karara bağlanmaktadır. Soruşturma iznine ilişkin karar itiraz yoluna açıktır. Soruşturma izninin alınması sonucunda ise Cumhuriyet Başsavcılığı soruşturma aşaması için gerekli işlemleri yapmaya başlar⁶¹¹. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali var ise soruşturma iznine gerek olmaksızın soruşturma işlemleri başlatılmaktadır. Suçun kadının ruh ve beden sağlığı bakımından zarar uğramasına veya ölümüne sebebiyet vermesi durumunda ya da yetkisiz kişi tarafından gebeliğin sonlandırılması durumunda suçüstü hali mevcutsa soruşturma izni alınmadan dahi soruşturma işlemlerine başlanabilecektir⁶¹². Görevle alakalı olmayan suçlar bakımından ve adliye tarafından kendisinden istenen bir işte görevi kötüye kullanması durumunda soruşturma izni aranmayacaktır. Kamu görevlisi hekimlerin tazminat sorumluluğu bakımında suçlar için öngörülen izin prosedürü söz konusu değildir. Kamu görevlisinin soruşturulabilmesi için

⁶¹¹ Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı* (n 365) 241.

⁶¹² Kanbur (n 126) 1255.

idari makamdan soruşturma izninin alınması prosedürü adil yargılanma hakkı kapsamında eleştirilmektedir. Soruşturma izni alınmadan yapılan soruşturma ve kovuşturmadan sonra hekim hakkında cezaya hükmedilmesi durumunda idari merciin izninin alınmaması yüksek mahkeme tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmektedir⁶¹³. Söz konusu soruşturma izninin verilmemesi sonucunda AİHM'nin Türkiye aleyhine karar verdiği başvuruya değinmekte fayda bulunmaktadır. AİHM'nin *Asiye Genç v. Türkiye* kararına konu olan olayda başvuru doğum sonrasında yeni doğan çocuğuna gerekli tıbbi müdahalenin yapılmadığı, hastanelerde yer bulunamadığını, hiçbir hastanenin çocuğunu kabul etmeyerek gereken müdahaleleri yapmadığını, sonucunda çocuğunun öldüğü ve sonrasında yürütülen soruşturmanın yetersiz olduğunu iddia ederek Mahkeme'ye başvurmuştur. Mahkeme bu kararında sağlık çalışanlarının sorumluluğu altında yaşamını yitiren kişilerin ölüm nedenlerinin belirlenebilmesi, sorumluların yargılanabilmesi için zorunlu olan etkin ve bağımsız yargı sistemlerinin mevcut olması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme her ne kadar sağlık personeli hakkında savcı tarafından olayın suç teşkil edebileceğine ilişkin görüş olsa da idari makam tarafından soruşturma izni verilmemesi sebebiyle soruşturma açılmaması Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁶¹⁴.

Hekimin kamu görevlisi olmaması durumunda herhangi bir soruşturma izni alınması söz konusu olmaksızın suçtan haberdar olan kolluk ya da savcılık aracılığı ile soruşturma işlemlerine başlanacak ve ardından iddianame düzenlenerek kovuşturma aşamasına geçilecektir⁶¹⁵. Özel hastanelerde gerçekleştirilen gebeliğin sonlandırılması müdahaleleri sonucunda bir zarar meydana gelmesi halinde sözleşme ilişkisine, vekaletsiz iş görmeye veya haksız fiile dayanılarak sorumluluk gündeme gelebilir. Kamu hastanelerinde gerçekleştirilen gebeliğin sonlandırılması müdahaleleri sonucunda kadının zarara uğraması halinde ise uyumsuzluğun idare hukukunun esaslarına göre çözümleneceği kabul edilmektedir⁶¹⁶. Kamu hastanelerinde çalışan hekimler ile hasta arasındaki ilişki hasta ile idare arasındaki sözleşmeye dayandığından ve bu sebeple tıbbi uygulama hatası iddiası ile açılan tazminat davaları idare aleyhine açılacaktır. Hizmet kusuru hizmetin

⁶¹³ Hakeri, *Tıp Hukuku* (n 275) 1156-1157.

⁶¹⁴ *Asiye Genç v. Turkey* App No 24109/07 (AİHM 27.01.2015) Aktaran: Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (n 131) 38.

⁶¹⁵ Kanbur (n 126) 1255.

⁶¹⁶ Uyumaz ve Avcı (n 77) 625-627.

işleyişindeki aksaklık, eksiklik ve yetersizlik anlamına gelmekte olup tıbbi uygulama hatası hizmet kusuru olarak değerlendirilecek ve idarenin tazminat sorumluluğu meydana gelecektir. Fakat hekimin bu kusurlu davranışının hizmetle ilgisi yoksa veya kasıtlı olarak gerçekleştirmişse hekimin bu kusurlu davranışları sebebiyle şahsi sorumluluğu gündeme gelecektir. Özel hastanelerde meydana gelen tıbbi uygulama hataları sebebiyle tazminat sorumluluğu tespit edilirken öncelikle hastanın hekimle mi yoksa özel hastane ile mi vekalet sözleşmesi kurduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Hastanın özel hastane ile vekalet sözleşmesini kurduğu ve hastane hizmetlerinde yaşanan aksaklıklar, eksiklikler vs. sebeplerle zarara uğradığı hallerde tazminat sorumluluğunun özel hastane bakımından gündeme geleceği ifade edilmektedir. Bu hallerde özel hastane vekalet sözleşmesi bakımından sorumlu olurken hekim de haksız fiili sebebiyle sorumlu tutulabilmektedir. Zaten hastanın doğrudan hekim ile vekalet sözleşmesi akdettiği durumlarda bu tazminat sorumluluğu doğrudan hekime yöneltilecektir⁶¹⁷.

3.2 Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100)

3.2.1 Genel olarak

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

Çocuk düşürme suçu 765 Sayılı mülga TCK'nın 469. maddesinde düzenlenmiş ve bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştü. Bununla birlikte gebe kadına çocuk düşürmeye elverişli vasıta tedarik etmek suretiyle tahrik eden kimseye de altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmişti⁶¹⁸. 5237 Sayılı TCK'da ise suça ilişkin herhangi bir nitelikli hal öngörülmemiştir⁶¹⁹. Alman Hukuku'nda ise m.218/3'te gebe kadının kendi çocuğunu düşürmesi hali gebeliğin sonlandırılması suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir⁶²⁰.

⁶¹⁷ Polat (n 376) 289-289.

⁶¹⁸ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 501.; Yenerer Çakmut, 'Türk Ceza Yasası'nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100)' (n 106) 587.

⁶¹⁹ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 503.; Yokuş Sevük (n 202) 313.

⁶²⁰ Ertuğrul (n 2) 44.

3.2.2 Suçun hukuki konusu

Çocuk düşürme suçunun hukuki konusu bakımından öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre kanun koyucu on haftayı geçtikten sonra gebe kadının çocuğunu düşürmesini yasaklamakla ceninin yaşamını korumayı amaçlamaktadır⁶²¹. Çocuk düşürme suçunun hukuki konusu ceninin gelecekteki yaşam hakkıdır⁶²². Öğretide ceninin gelecekteki yaşam hakkının yanında kadının beden ve ruh sağlığının ve yaşamının korunduğu da ifade edilmektedir⁶²³. Bir başka görüşe göre bu suçla hiçbir tıbbi bilgisi olmayan gebe kadının on haftaya kadar olan gebeliğini sonlandırmasının cezalandırılmaması sebebiyle kadının sağlığının korunduğu söylenemez⁶²⁴. Bununla birlikte çocuk düşürme suçunda failin gebe kadın olması sebebiyle gebe kadının sağlığının kendisine karşı korunduğu gibi bir sonuca ulaşılamayacağından bu suç ile gebe kadının sağlığı korunmamaktadır⁶²⁵. Bazı yazarlar tarafından bu suç ile devletin nüfus politikasının korunduğu ifade edilse de bu görüş cezai müeyyidelerin son çare olarak uygulanması gerektiği ve devletin nüfus politikasının cezai müeyyideler ile korunması gereken bir değer olmaması sebebiyle eleştirilmektedir⁶²⁶. Bir başka görüşe göre bu suç ile beşerî hayatın en başından başlayarak esenliğin ve güvenliğin sağlanmasına ilişkin kamusal yarar korunmaktadır⁶²⁷. Kanaatimizce çocuk düşürme suçunun hukuki konusu ceninin gelecekteki potansiyel yaşam hakkıdır. Kanun koyucunun bu suç ile kendi kendine on haftaya kadar olan gebeliğini sonlandıran gebe kadının sağlığını, devletin nüfus politikasını ya da kamusal yararı koruduğu da söylenemez. Nitekim gebe kadının hiçbir tıbbi yardım almadan kendi kendine tamamen tıbbi uzmanlık gerektiren bir işlem olan gebeliğin sonlandırılması işlemlerini gerçekleştirmesi halinde hem gebe kadının sağlığının hem de ceninin sağlığının tehlikeye düşeceği açıktır.

⁶²¹ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 225.

⁶²² Keskin Kızıroğlu, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 184.

⁶²³ Yokuş Sevik (n 202) 314.

⁶²⁴ Güney Tunalı (n 67) 210-211.

⁶²⁵ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 367.

⁶²⁶ Yokuş Sevik (n 202) 314.

⁶²⁷ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 194) 147.

3.2.3 Suçun maddi konusu

Suçun maddi konusu bakımından öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre suçun maddi konusu cenindir⁶²⁸. Fakat çocuk düşürtme suçunda anlatıldığı şekilde çocuk düşürme suçu bakımından da “çocuk” ifadesi anne rahmindeki cenini ifade etmek için kullanılmıştır⁶²⁹. Bir başka görüşe göre suçun maddi konusu gebe kadının vücudu ve yaşam varlığı sona erdirilen cenindir⁶³⁰. Çocuk düşürmeye ilişkin fiiller gebe kadın üzerinde ve gebe kadının vücudu aracılığıyla da cenin üzerinde gerçekleştirildiğinden bu suçun maddi konusu hem gebe kadın hem de cenindir⁶³¹. Kanaatimizce yukarıda çocuk düşürtme suçunun maddi konusunda da anlatıldığı şekilde çocuk düşürme davranışlarının üzerinde işlendiği “şey” olan gebe kadının bedenidir.

3.2.4 Fail

Bu suçta fail sadece gebe kadının kendisidir⁶³². Mülga TCK m.469’da gebe kadına çocuk düşürmeye elverişli araç temin ederek onu çocuk düşürmeye tahrik eden kimse de fail olarak kabul edilmekteydi⁶³³. Suçun failinin sadece gebe kadın olabilmesi sebebiyle çocuk düşürme suçu özgü suç özelliği göstermektedir⁶³⁴. Taşıyıcı annenin de on haftadan fazla olan gebeliği sonlandırması durumunda çocuk düşürme suçundan sorumluluğu meydana gelecektir⁶³⁵. Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde on haftayı aşan gebeliğinin sonlandırılmasına rıza gösteren kadının TCK m.99/2 uyarınca ayrı bir cezai sorumluluğu düzenlendiğinden gebe kadın TCK m.100 bakımından sorumlu tutulmayacaktır⁶³⁶.

⁶²⁸ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 424.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 194) 147.

⁶²⁹ Yenerer Çakmut, ‘Türk Ceza Yasası’nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100)’ (n 106) 585.

⁶³⁰ Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 225.

⁶³¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 157) 314.

⁶³² Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 223.; Erman ve Özek (n 183) 208.

⁶³³ Yenerer Çakmut, ‘Türk Ceza Yasası’nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100)’ (n 106) 588.

⁶³⁴ Erdem (n 59) 1681.; Yokuş Sevik (n 202) 314.; Oktar (n 2) 233.

⁶³⁵ Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182)185.

⁶³⁶ Yokuş Sevik (n 202) 314-315.

Kadının on haftadan fazla olan gebeliğini tıbbi zorunluluk bulunması halinde bu gebeliği kendisinin sonlandırması durumunda yine çocuk düşürme suçundan sorumluluğu doğacaktır⁶³⁷. Bu bakımından TCK m.99/5'te yetkisiz kişinin gebeliği sonlandırması hali nitelikli hal olarak düzenlenirken TCK m.100 ile on haftaya kadar olan gebeliklerde yetkisiz kişi olan gebe kadın cezalandırılmayarak iki hüküm arasında çelişki oluşmasına sebebiyet verilmiştir⁶³⁸.

3.2.5 Mağdur

Çocuk düşürme suçunun mağdurunun kim olduğuna ilişkin görüş birliği mevcut değildir. Bir görüşe göre çocuk düşürme suçunun mağduru cenindir⁶³⁹. Bir başka görüşe göre çocuk düşürme suçunun mağduru gebe kadın olarak kabul edilmektedir. Bu görüş fail ve mağdurun aynı kişi olmasına sebebiyet vermesi sebebiyle eleştirilmektedir⁶⁴⁰. Kanaatimizce suçun failinin ve mağdurunun aynı kişi olamayacağı kuralı dikkate alındığında gebe kadının çocuk düşürme suçunun mağduru olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çocuk düşürme suçunun mağdurunun toplum ve devlet olduğu da ifade edilmektedir. Çünkü bu görüşe göre bu suçla devletin nüfus politikası ve toplumun gelecek hakkı ihlal edilmektedir⁶⁴¹. Çocuk düşürme suçu Kişilere Karşı İşlenen Suçlar başlığı altında düzenlendiğinden mağdurun toplum ve devlet olduğuna ilişkin görüşe katılmak da mümkün değildir. Her ne kadar cenin kişi olarak kabul edilmese de kanun koyucu on haftadan fazla olan gebeliklerin sonlandırılmasını cezalandırmakla gebeliğin onuncu haftasından itibaren korunan ve potansiyel bir yaşama hakkına sahip olan cenini korumayı amaçlamıştır. Bu sebeple suçun mağdurunun cenin olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

⁶³⁷ Güney Tunalı (n 67) 211.

⁶³⁸ Güney Tunalı (n 67) 211-212.; Erdem (n 59) 1681.

⁶³⁹ Keskin Kızıroğlu, 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (n 62) 185.; Erdem (n 59) 1681.; Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 224.; Yenerer Çakmut, 'Türk Ceza Yasası'nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100)' (n 106) 593.

⁶⁴⁰ Erdem (n 59) 1682.

⁶⁴¹ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 425.

3.2.6 Suçun unsurları

3.2.6.1 Maddi unsur

3.2.6.1.1 Davranış

Suçta sebebiyet veren tipik fiil on haftadan fazla olan gebeliğin gebe kadın tarafından sonlandırılmasıdır⁶⁴². Gebelik süresinin on haftanın biraz üzerinde olması ile ceninin doğuma yakın olması arasında hiçbir bir fark bulunmamaktadır. Bir görüşe göre gebelik süresinin ceza miktarının tayininde dikkate alınması gerekmektedir⁶⁴³. Çocuk düşürme suçunun oluşabilmesi için davranışın bizzat gebe kadın tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁶⁴⁴. Çocuk düşürme suçu serbest hareketli bir suç olup bilimsel ya da bilimsel olmayan (rahme cisim sokulması, gebeliğe sonlandırdığı düşünülen bir bitkinin çayının içilmesi vb.) herhangi bir yöntemle ya da araçla bu suç işlenebilmektedir⁶⁴⁵. Bu hareketlerin doğrudan gebe kadının rahmine yönelmesi gerekmez⁶⁴⁶. Bazı yazarlarca çocuk düşürme suçunun ihmal suretiyle işlenebileceği de kabul edilmektedir. Örneğin, gebe kadının hekimin ceninin yaşamasına yönelik verdiği tavsiyelere uymayarak çocuğun düşmesine sebebiyet vermesi halinde gebe kadın ihmal suretiyle çocuk düşürme suçunu işlemiş olacaktır⁶⁴⁷. Kanaatimizce çocuk düşürme suçunun ihmal suretiyle işlenmesi mümkün değildir. Suçun ihmal suretiyle işlenebilmesi için failin neticeyi engelleme yükümlülüğünün ve imkanının bulunması gerekmektedir. Gebe kadının gebeliği sürdürmek konusunda yükümlülüğünün olduğu söylenemeyeceğinden çocuk düşürme suçu ihmalle suretiyle işlenemeyecektir.

Bu suçun meydana gelebilmesi için kadının gebe olması gerekmektedir. Kadının kendini gebe zannederek çocuk düşürmeye ilişkin davranışları gerçekleştirmesi halinde

⁶⁴² Erdem (n 59) 1682.

⁶⁴³ Özen, 'Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 517) 101.

⁶⁴⁴ Oktar (n 2) 234.

⁶⁴⁵ Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 225.; Yokuş Sevik (n 202) 315.; Yenerer Çakmut, 'Türk Ceza Yasası'nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100)' (n 106) 595.

⁶⁴⁶ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 425.

⁶⁴⁷ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 194) 147.; Aynı yönde Bkz. Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (5. Bası, Adalet 2021) 398.

işlenemez suç meydana gelecektir⁶⁴⁸. Kadının kendisini gebe zannederek bedeni zarara uğraması ya da ölmesi halinde suçun faili ve mağduru aynı kişi olamayacağından cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple kadının gebe olmaması halinde davranışı suç teşkil etmeyecektir⁶⁴⁹. Bununla birlikte çocuk düşürme suçunun oluşabilmesi için ceninin de canlı olması gerekmektedir. Ceninin canlı olması yeterli olup sağlıklı olması şartı aranmamaktadır⁶⁵⁰.

3.2.6.1.2 Sonuç

Gebeliğin on haftayı doldurmadığı hallerde çocuk düşürme suçu oluşmayacaktır⁶⁵¹. Ceninin doğumdan önce ölmesi ve gebeliğin sona ermesi suçun neticesidir⁶⁵². Bir görüşe göre suç ceninin yaşam varlığının sona ermesi ile tamamlanmakta olup anne rahminden dışarı çıkarılması şart değildir. Bu bakımdan suçun işlendiği zaman ceninin anne rahminden çıkarıldığı an değil yaşam varlığının sona erdirildiği andır⁶⁵³.

Çocuk düşürme ile erken doğumun karıştırılmaması gerekir. Erken doğum çocuğun vaktinden önce anne rahminden çıkması anlamına gelmektedir⁶⁵⁴. Gebe kadının erken doğum kastı ile birtakım davranışlarda bulunması sonucunda çocuğun düşmesi halinde çocuk düşürme kastı mevcut olmadığından ceza verilmesi söz konusu olmayacaktır. Gebe kadının bu davranışları ancak kasten yaralama suçuna sebebiyet verebilecektir. Fakat belirtmek gerekir ki kadının kendi bedeni üzerinde gerçekleştirdiği kasten yaralamaya ilişkin davranışlar sebebiyle cezalandırılması mümkün değildir. Bununla birlikte çocuk düşürme suçunun taksirli hali kanunda öngörülmediğinden çocuk düşürme suçu bakımından da herhangi bir sorumluluğu meydana gelmeyecektir⁶⁵⁵.

⁶⁴⁸ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 502.

⁶⁴⁹ Erman ve Özek (n 183) 208.

⁶⁵⁰ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 425.

⁶⁵¹ Oktar (n 2) 235.; Erman ve Özek (n 183) 208.

⁶⁵² Yenerer Çakmut, 'Türk Ceza Yasası'nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100)' (n 106) 595.

⁶⁵³ Erman ve Özek (n 183) 209.; Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 428.

⁶⁵⁴ Yenerer Çakmut, 'Türk Ceza Yasası'nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100)' (n 106) 595.

⁶⁵⁵ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 493.

3.2.6.1.3 Nedensellik bağı

Çocuk düşürme için gerçekleştirilen fiiller ile çocuğun düşmesi neticesi arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir⁶⁵⁶.

3.2.6.1.4 Zorunluluk Hali

Çocuk düşürme suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak zorda kalma halinin tartışılması gerekmektedir. Örneğin, muhafazakâr bir ailede evlilik dışı gebeliği sebebiyle namus cinayetine kurban gideceğini bilen bir kadın zorunluluk halinden faydalanabilecek midir? Bir görüşe göre TCK m. 25/2 uyarınca çocuk düşürme suçunda zorunluluk hali uygulanabilmekte iken⁶⁵⁷ kimi görüşlere göre çocuk düşürme suçunda herhangi bir hukuka uygunluk nedeni uygulanamamaktadır⁶⁵⁸. Özellikle gebe kadının sağlığını tehdit eden bir durumun mevcut olması ve gebe kadının yetkili bir hekime başvurma imkanının mevcut olmaması halinde zorunluluk halinden faydalanabileceği ifade edilmektedir⁶⁵⁹. Kanaatimizce evlilik dışı gebeliği sebebiyle namus cinayetine kurban gideceğini bilen bir kadın bakımından ağır ve muhakkak bir tehlikenin mevcut olduğu açıktır. Bu halde gebe kadının gebeliğe “bilerek neden olduğu” da kabul edilemez. Bu sebeple çocuk düşürme suçu bakımından zorunluluk halinin uygulama alanı bulması mümkündür.

3.2.6.2 Manevi unsur

Çocuk düşürme suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Gebe kadın gebe olduğunu ve gebelik süresinin on haftadan fazla olduğunu bilmeli ve gebeliğini sonlandırmayı istemelidir⁶⁶⁰. Bir görüşe göre kadının gebe olduğunu kesin bir şekilde bilmesine gerek olmayıp çocuk düşürmeye yönelik fiilleri gerçekleştirmesi zaten kadının kastını ortaya koymaktadır⁶⁶¹. Bir görüşe göre kadının gebeliğinin on haftadan fazla olduğu konusunda olası kastla

⁶⁵⁶ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 425.

⁶⁵⁷ Keskin Kızıroğlu, ‘Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları’ (n 62) 185.

⁶⁵⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 157) 323.

⁶⁵⁹ Erman ve Özek (n 183) 209.

⁶⁶⁰ Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 226.; Yokuş Sevik (n 202) 315.; Erman ve Özek (n 183) 209.

⁶⁶¹ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 503.

hareket etmesi de yeterlidir⁶⁶². Kanunda yer verilen “*isteyerek*” ifadesinin kastın yeterli olması sebebiyle gereksiz olduğu ifade edilmektedir⁶⁶³.

Çocuk düşürme suçunun olası kast ile işlenip işlenemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre çocuk düşürme suçu olası kast ile işlenemez⁶⁶⁴. Olası kast bulunması durumunda kanun ifadesinde bulunan “*isteyerek düşürme*” şartı sağlanmayacağından çocuk düşürme suçunun olası kastla işlenemeyeceği ifade edilmektedir⁶⁶⁵. Çocuk düşürme suçunun olası kast ile de işlenebileceğini ifade eden görüşler de mevcuttur. Örneğin, gebe kadın düşüğe neden olabilecek bir ilaç içmişse ve çocuk düşürme neticesini öngörmüş ve kabul etmişse bu halde olası kast ile çocuk düşürme suçundan sorumluluğu gündeme gelebilecektir⁶⁶⁶. Kanaatimizce kanunda yer alan “*isteyerek düşürme*” ifadesinden çocuk düşürme suçunun ancak doğrudan kast ile işlenebileceği anlaşılmaktadır. Gebe kadının gebeliğinin sonlanabileceğini öngörerek birtakım davranışlar gerçekleştirmesi halinde kanunda yer alan “*isteyerek düşürme*” şartı karşılanmayacağından bu suç olası kast ile işlenemeyecektir. Çocuk düşürme suçunun taksirle işlenebileceği kanunda düzenlenmediğinden gebe kadının taksirle gebeliğinin sonlanmasına sebebiyet vermesi durumunda sorumluluğu meydana gelmeyecektir. Özgür doğum olarak adlandırılan gebe kadının hiçbir sağlık hizmeti almadan kendi kendine doğumu tercih etmesi halinde bir görüşe göre kadının bu yöntemi tercih etmesinde çocuk düşürme kastı mevcut olabilir. Bu bakımdan kadının kastının tespit edilmesi önem arz etmektedir⁶⁶⁷.

Gebe kadının kendisine verdiği zarar veya intihara teşebbüs etmesi sebebiyle gebeliğin sonlanmasına sebebiyet verdiği durumda artık çocuk düşürme suçundan sorumlu tutulmaması gerekmektedir⁶⁶⁸. Bu durumda cenini düşürme kastı bulunmadığında suç mevcut değildir⁶⁶⁹. Gebe kadının gebeliğinin süresi bakımından esaslı hataya düşmesi

⁶⁶² Tezcan, Erdem ve Önok (165) 377.

⁶⁶³ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 503.

⁶⁶⁴ Keskin Kızıroğlu, ‘Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları’ (n 62) 185.

⁶⁶⁵ Ünver, ‘Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (n 182) 226.; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 157) 315.

⁶⁶⁶ Yenerer Çakmut, ‘Türk Ceza Yasası’nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100)’ (n 106) 599.

⁶⁶⁷ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 427.

⁶⁶⁸ Güney Tunalı (n 67) 213.

⁶⁶⁹ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 426.

durumunda bu hatasında faydalanacak ve kast mevcut olmadığından suç gerçekleşmeyecektir⁶⁷⁰.

3.2.7 Suçun özel görünüş biçimleri

3.2.7.1 Teşebbüs

Çocuk düşürme suçu teşebbüse elverişlidir⁶⁷¹. Alman Hukuku'nda gebe kadının çocuk düşürmeye elverişli davranışları kendisinin gerçekleştirmesi durumunda suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde cezalandırılması söz konusu değildir⁶⁷². Bu durum bir cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir⁶⁷³. Kadının gebe olmadığı halde kendisini gebe zannederek çocuk düşürmeye elverişli davranışları gerçekleştirmesi halinde işlenemez suç meydana gelecektir⁶⁷⁴. Çocuk düşürme suçuna teşebbüsün oluşması için gebe kadının davranışlarının çocuk düşürmeye elverişli olup olmadığı tespit edilmelidir⁶⁷⁵. Kadının kendi gebeliğini sonlandırması halinde bilimsel olmayan yöntemlere başvurması sebebiyle bu yöntemlerin çocuk düşürmeye elverişli olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir⁶⁷⁶. Zira gebe kadının davranışlarının elverişsiz olması halinde suçla korunan menfaati ihlal edilemeyeceğinden işlenemez suç meydana gelip faile ceza verilmesi mümkün değildir⁶⁷⁷.

⁶⁷⁰ Erdem (n 59) 1683.; Oktar (n 2) 237.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 194) 148.

⁶⁷¹ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 502.; Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları' (n 182) 228.; Yokuş Sevik (n 202) 316.; Oktar (n 2) 237.; Yenerer Çakmut, 'Türk Ceza Yasası'nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100)' (n 106) 599.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 162) 148.

⁶⁷² Hilgendorf (n 132) 111.; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 208.

⁶⁷³ Ertuğrul (n 2) 44.

⁶⁷⁴ Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 428.

⁶⁷⁵ Güney Tunalı (n 67) 216.

⁶⁷⁶ Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt 4* (n 61) 502.

⁶⁷⁷ Keyman, 'Cürmi Fiillerin Yapısal Unsuru Olarak Hareket' (n 279) 133.

3.2.7.2 İştirak

765 Sayılı mülga TCK'nın 469. maddesinde yer alan iştirak düzenlemesi 5237 sayılı TCK'nın 99. maddesinde yer almamaktadır⁶⁷⁸. 765 sayılı TCK'da gebe kadını çocuk düşürmeye yarayacak vasıta tedarik etmek suretiyle çocuğunu düşürmeye tahrik eden kimse altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktaydı. Çocuk düşürme suçu özgü suç olarak düzenlendiğinden bu suça ancak azmettirme veya yardım etme şeklinde iştirak edilebilir⁶⁷⁹. Fakat bu suça gebe kadın dışındaki bir kişinin doğrudan doğruya iştirak etmesi halinde TCK m.99'da yer alan çocuk düşürtme suçu meydana gelecektir⁶⁸⁰. Hekimin gebe kadının çocuğunu düşürmesi amacıyla ona tavsiyelerde bulunması, gebeliğin sonlandırılmasının gerekli olduğu konusunda gebe kadına tavsiyelerde bulunması veya çeşitli araçlar önermesi durumunda azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla iştirak nedeniyle sorumluluğunun gündeme gelebileceği ifade edilmektedir. Bir görüşe göre tıbbi zorunluluk bulunması durumunda ise bu hali saptayan hekim bilmeyerek gebe kadına aydınlatma yükümlülüğü kapsamında yol göstermesi ve gebe kadının bunun sonucunda gebeliği sonlandırması durumunda hekimin yardım eden olarak sorumluluğunun doğmaması gerekmektedir. Çünkü tıbbi zorunluluk bulunması halinde hekimin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin davranışları suça sebebiyet vermezken bu halde hekimin suçtan sorumluluğunun doğması çelişkili olacaktır⁶⁸¹.

3.2.7.3 İçtima

Çocuk düşürme suçunda içtima hükümleri uygulama alanı bulmamaktadır⁶⁸². Zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre çocuk düşürme suçunda zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulmakla birlikte farklı zamanlarda aynı kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi söz konusu olmayacağından TCK m.43/1 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Bunun sebebi ise

⁶⁷⁸ Güney Tunalı (n 67) 120.; Ünver, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (n 182) 224.

⁶⁷⁹ Erdem (n 59) 1683.; Yokuş Sevik (n 202) 316.; Yenerer Çakmut, 'Türk Ceza Yasası'nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100)' (n 106) 600.; Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 428.; Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (n 194) 147.

⁶⁸⁰ Oktar (n 2) 238.

⁶⁸¹ Güney Tunalı (n 67) 216-217.

⁶⁸² Yokuş Sevik (n 202) 317.; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 157) 317.

gebe kadının bir cenine birden fazla çocuk düşürmeye elverişli davranışları gerçekleştirmesinin mümkün olmamasıdır. Bununla birlikte aynı görüşe göre cenini kişi olarak kabul etmek de mümkün değildir⁶⁸³. Bir başka görüşe göre gebe kadının çoğul gebeliğinin olması halinde birden fazla cenine karşı bu suçu işlemesi durumunda TCK m. 43/2 uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir⁶⁸⁴. Karşı görüşe göre ise bu suçta hiçbir şekilde zincirleme suç hükümleri uygulanamaz⁶⁸⁵. Kanaatimizce her ne kadar çocuk düşürme suçunun mağdurunu cenin olarak kabul etmiş olsak da ceninin kişi olarak kabulü mümkün olmadığından çoğul gebelik halinde aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille ya da bir kişiye aynı suçun birden fazla işlendiği kabul edilmeyeceğinden zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır.

3.2.8 Müeyyide

Kendi gebeliğini sonlandıran gebe kadın için bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir. Kendi çocuğunu düşüren kadına karşılaştırmalı hukukta da daha anlayışla yaklaşıldığı ve daha az ceza verildiği görülmektedir⁶⁸⁶. Örneğin, Alman Hukuku'nda gebe kadın dışındaki kişiler bakımından üç yıla kadar hapis veya para cezası öngörülmüşken kadının kendi çocuğunu düşürmesi durumunda en fazla bir yıllık hapis cezası öngörülmüştür⁶⁸⁷.

⁶⁸³ Yenerer Çakmut, 'Türk Ceza Yasası'nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100)' (n 106) 600.

⁶⁸⁴ Tezcan, Erdem ve Önok (n 165) 381; Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (n 162) 428.

⁶⁸⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 157) 317.

⁶⁸⁶ Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (n 5) 208.

⁶⁸⁷ Hilgendorf (n 132) 111.

4. SONUÇ

Gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunması tarih boyunca etik, tıp, din, politika, felsefe gibi pek çok alan bakımından tartışma konusu olmuş ve tarih boyunca toplumlar bu konuyu düzenleme ihtiyacı duymuşlardır. Cenine en üst düzeyde koruma öngören hukuk düzenlerinden biri olan İrlanda Hukuku'nda yaşanan liberalleşme konunun zaman içerisinde değişkenlik gösterdiğini çok açık bir şekilde ortaya koymuştur. İrlanda Anayasası'ndaki gebe kadın ile ceninin yaşam hakkını eşit kabul eden ve gebeliğin sonlandırılmasını yasaklayan anlayış, 2018 yılında isteğe bağlı olarak gebeliğin sonlandırılmasına izin veren anlayışa evrilmiştir. Fakat bu liberalleşme eğiliminin her ülkede aynı şekilde gerçekleşmediği Amerika Yüksek Mahkemesi'nin kürtajın anayasal bir hak olmaktan çıkarılmasına ilişkin olarak iptal ettiği Roe v. Wade kararından anlaşılmaktadır. Bu bakımdan gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunmasına ilişkin yaklaşımların doğrusal bir şekilde özgürlükler lehine düzenlenmediği açıktır. Gebeliğin sonlandırılmasına ve ceninin korunmasına karşı yaklaşımlar toplumların değişmesiyle birlikte her zaman değişikliğe uğrayacaktır. Fakat gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunmasına ilişkin tartışmalar her zaman güncelliğini koruyacaktır.

Çalışmada Türk Hukuku'nun bir parçası olması sebebiyle AİHM'nin gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunmasına ilişkin yaklaşımını ortaya koyan bazı kararlarına yer verilmiştir. Bu kararlar değerlendirildiğinde AİHM'nin, ceninin hukuki statüsü ve ne zaman yaşam hakkı kazandığı konusunda taraf devletler arasında görüş birliğinin mevcut olmaması sebebiyle taraf devletlerin bu konuda takdir yetkilerinin olduğu, ceninin AİHS m.2 kapsamında kişi statüsünde değerlendirilmese de insan ırkının bir ürünü olarak korunması gerektiği görüşünü benimsediği görülmektedir. Gebeliğin sonlandırılması konusunda ise AİHM, kürtajı hak olarak tanımamakla birlikte konuyu AİHS'nin 8. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele almaktadır. AİHM kürtaj hakkını kabul etmese de gebeliğin gebe kadının sağlığını tehdit ettiği veya ceninde birtakım anormalliklerin bulunduğu hallerde kürtaja erişimi tamamen yasaklayan yaklaşımların halk sağlığı bakımından ciddi sonuçlar doğuracağını ve hatta AİHS m.3 kapsamında gebe kadına karşı kötü muamele yasağına aykırılık teşkil edeceğini ortaya koymaktadır.

Çalışmada Türk Hukuku'nda yaşanan anlayış dönüşümü 1921'den itibaren tarihsel olarak ele alınmıştır. Türk Hukuku'nda 1921-1926 yılları arasında gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. 1936-1965 yılları arasında gebeliğin sonlandırılması yasaklayıcı bir anlayışla düzenlenmiş ve 1965 yılında ise NPHK'nın kabul edilmesi ile tıbbi zorunluluk bulunması halinde gebeliğin sonlandırılabilmesi kabul edilmiştir. 1983 yılında ise on haftaya kadar istek üzerine gebeliğin sonlandırılabilmesi kabul edilerek konuya özgürlük alanı tanınmıştır. Her ne kadar Türk Hukuku bakımından geçmişten günümüze mevzuatta liberalleşme gerçekleşse de yapılan güncel bir araştırmanın sonuçları uygulamada kamu hastanelerinin birçoğunda isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması işlemlerinin yapılmadığını ortaya koymaktadır. Kanaatimizce kürtaj her ne kadar Türk Hukuku'nda bir hak olarak düzenlenmese de gebeliğin sonlandırılması imkanına erişimin sağlanması bakımından devletin Anayasa'da yer alan sağlık hakkı, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, aile hakkı gibi haklar bakımından anayasal yükümlülüğü mevcuttur. Bu sebeple uygulamada devlet hastanelerince gebeliğin sonlandırılmasına erişimin kısıtlanması ve bu uygulamanın özel sektöre bırakılması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.

Ceninin gelecekte potansiyel bir insan olması ve insan onurunun korunması bakımından hukuk düzenleri ve uluslararası sözleşmeler tarafından belirli bir hukuki korumadan faydalandırıldığı görülmektedir. Çalışmada gebeliğin sonlandırılması ve ceninin korunmasına ilişkin üç farklı koruma kategorisi ele alınmaktadır. Cenine döllenme anından itibaren hukuki koruma öngörerek cenini döllenmeden itibaren yaşam hakkının öznesi olarak kabul eden ve onu kişi statüsünde koruyan koruma kategorisi ilk kategoriyi oluşturmaktadır. Bu koruma kategorisinde yer alan hukuk düzenlerinde devletin henüz doğmamış, anne rahminde gelişmekte olan yaşamı da koruma yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir. Ceninin korunmasına ilişkin ikinci kategoride ise ceninin gelişim evreleri dikkate alınarak cenine belirli bir hukuki koruma öngörüldüğü görülmektedir. Bu koruma kategorisinde cenine yaşam hakkı tanınmasa da gelecekte yaşam hakkına sahip olma potansiyeli sebebiyle belirli bir koruma öngörülmektedir. Örneğin, İngiltere'de yürürlükte olan İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Kanunu uyarınca embriyo araştırmaları döllenme anından itibaren on dört gün içerisinde yapılabileceği düzenlenmekle

embriyoya döllenenmeden itibaren on dört gün sonra ceninin gelişim evreleri dikkate alınarak belirli bir koruma öngörülmüştür. Yine bu kategoride yer alan Türk Hukuku'nda ise TMK m.28'de kişiliğin sağ ve tam doğum ile başlayacağı hüküm altına alınmış ve ceninin kişi statüsünde korunması ancak sağ ve tam doğumdan itibaren kabul edilmiştir. Bununla birlikte TCK m.99 ve 100. maddeleri ile çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçu düzenlenmekle ceninin kişilik kazanmadan önce de belirli bir hukuki korumadan faydalandırıldığı görülmekte ve on haftaya kadar olan gebeliklerin belirli koşullar altından sonlandırılmasına izin verilmekle on haftadan sonra ceninin yaşam varlığının korunmasına öncelik tanımaktadır. Cenine hiçbir hukuki koruma öngörmeyen ve cenini adeta bir deney malzemesi olarak kabul eden kategori ise üçüncü koruma kategorisini oluşturmaktadır. Biyotıp Sözleşmesi'ne taraf devletler arasından embriyoya hiçbir koruma öngörmeyen devlet bulunmamaktadır. Fakat İngiltere'de yürürlükte olan İnsan Dölleniş ve Embriyoloji Kanunu uyarınca araştırma amaçlı embriyo yaratılmasına izin veren düzenleme bu kategori bakımından önem arz etmektedir.

Çalışmanın ikinci bölümünde TCK m.99 ve TCK m.100'de yer alan çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçları unsurları ile incelenmiştir. Türk Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin mevzuatta terim birliğinin mevcut olmadığı görülmektedir. Kanaatimizce gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin mevzuatta terim birliği sağlanarak gebeliğin sonlandırılması ifadesinin tercih edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte kanun koyucu tarafından her iki suç bakımından da hatalı olarak "çocuk" ifadesi tercih edilmiştir. Her ne kadar "çocuk" ifadesi kullanılmışsa da bu ifadeden TCK m.6'da tanımlanan çocuk kavramının anlaşılmasında gerekmektedir. Çocuk düşürtme ve çocuk düşürtme suçlarında yer verilen "çocuk" kavramından anlaşılması gereken cenindir. Bu sebeple bu ifadenin kullanılması hatalıdır.

Çocuk düşürtme suçu bakımından ayrıca sorun arz eden gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızası ve suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması ayrı başlıklar olarak ele alınmış ve bazı kanaatlere ulaşılmıştır. Gebeliğin sonlandırılması bakımından NPHK'da ve Tüzük'te aranan eşin rızasının TCK'da mevcut olmaması sebebiyle eşin rızasının alınmamasının herhangi bir suça sebebiyet vermeyeceği açıktır. Eşin rızasını almayan hekimin NPHK m. 8/2 uyarınca para cezası ile cezalandırılabilmesi ifade edilse de

kanaatimizce yetkili kişiler tarafından süresi içerisinde gebeliği sonlandıran kişilerin eşin rızasını aramaksızın gebeliği sonlandırması halinde uygulanacak herhangi bir ceza müeyyidesi bulunmamaktadır. Eşin rızasının alınmaması halinde NPHK m.8 hükmünün saptanmamış ilaç ve araçların kullanılmasına ilişkin idari yaptırıma ilişkin olması sebebiyle uygulanması mümkün değildir.

Günümüzde gebeliğin sonlandırılması bakımından eşin rızasını arayan az sayıda ülke bulunmaktadır. Çalışmada Türkiye bakımından da önem arz eden Amerika Yüksek Mahkemesi'nin Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey kararına yer verilmiştir. Kararda Yüksek Mahkeme ev içi fiziksel veya psikolojik şiddete maruz kalan kadınların eyalette sayıca fazla olması sebebiyle kadınların gebeliklerini sonlandırma konusunda eşlerinin iznine bağlı kalmalarının onların kürtaja erişimlerine engel teşkil edeceğini ve bu sebeple de eşin yazılı bir beyan şartını arayan hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade etmiştir. Türkiye bakımından da Türkiye Kadın Federasyonu'nun Ev İçi Şiddet Acil Yardım Hattı Ocak 2022 Raporu'nda sadece TKDF yardım hattına 1-31 Ocak 2021 tarihleri arasında toplam 491 çağrı geldiğini ve eşlerin %62,2 oranla ev içi şiddette ihbar edilen en geniş saldırgan grubunu oluşturduğu dikkate alındığında kadının gebeliği sonlandırma imkanının eşin rızasını aramak suretiyle engelleneceği ve on haftaya kadar tanınan gebeliği sonlandırma imkanından faydalanmasının önüne geçeceği açıktır. Bununla birlikte kanunun evli olmayan kadınlar bakımından baba adayının rızasını aramayıp evli olmayan kadınları tek başına rıza gösterme ehliyetine sahip kabul ederken evli olan kadınlar bakımından böyle bir ayırım benimseyerek evlenme ile vücut dokunulmazlıkları ve kendi geleceğini belirleme hakları bakımından eşit davranmaması Anayasa m.10 yer alan eşitlik düzenlemesine de aykırılık teşkil etmektedir. Gebeliğin sonlandırılması konusunda eşin rızasının aranmasına ilişkin Türk Hukuku'ndaki düzenlemeler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne de aykırıdır. Bu sebeple NPHK'da yer alan gebeliğin sonlandırılması bakımından eşin rızasını arayan hükmün kaldırılması gerekmektedir.

Çocuk düşürtme suçunun en sorunlu düzenlemelerinden biri olan suç sonucu oluşan gebelikler uygulamada hak kayıplarına sebebiyet vermektedir. Söz konusu hükmün eksik düzenlenmesinden kaynaklanan sorunlardan biri küçükler arasında gerçekleşen cinsel

suçlar sonucunda küçüğün gebe kalması halinde hükmün uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bir başka sorun TCK m.99/6 uyarınca suç sonucu oluşan gebeliklerin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sonlandırılabilmesinin düzenlenmesidir. Her ne kadar kanun koyucu ileri gebelik olması sebebiyle gebe kadının sağlığı bakımından daha sıkı şartlar öngörse de gebeliğin yetkili hekim tarafından hastane ortamında sonlandırılmaması halinde hekimin ceza sorumluluğunun ne olacağı düzenlenmemiştir. En önemli sorun ise gebeliğin suç sonucu oluştuğuna ilişkin kararın hangi merci tarafından verileceği konusunda ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte bu hüküm Anayasa m. 38'de yer alan suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimsenin suçlu sayılamayacağına ilişkin açık hüküm karşısında da tartışmalıdır. Öğretide gebeliğin suç sonucu oluştuğuna ilişkin tespitin nasıl yapılacağına ilişkin birçok farklı görüş ileri sürülmüş olsa da kanaatimizce gebeliğin suç sonucu oluştuğuna dair tespitin tıp biliminin uzmanlarınca tespit edilecek bir mesele olması sebebiyle bu tespit ancak hekim tarafından yapılabilecektir. Bununla birlikte gebeliğin suç sonucu oluştuğuna ilişkin kararın hangi merci tarafından verileceğinin belli olmaması sebebiyle hak mağduriyetlerinin yaşandığı ortadadır. Bu husus yakın tarihli Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararında ortaya konulmuştur. On sekiz yaşından küçük olan başvurusunun birden fazla kişi tarafından cinsel saldırıya uğraması sonucunda oluşan gebeliğinin sonlandırılması konusundaki savcılık başvurusunun sürüncemede bırakılması sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruda kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu karardan TCK m.99/6 hükmünün sorunlu düzenlemesinin hak kayıplarına sebebiyet verdiği açıkça anlaşılmaktadır. Kanun koyucu tarafından gebeliğin suç sonucu oluştuğunun hangi makam tarafından tespit edileceği ve gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin iznin hangi makam tarafından verileceği hususlarının açıkça düzenlenerek yaşanan hak kayıplarının önüne geçilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akipek J G, Akıntürk T, Ateş D, *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku 1. Cilt* (Yenilenmiş 16. Bası, Beta 2020)
- Aksoy Ş, 'Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir mi?', (1996) 4(1) Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi, 12-15. <<https://www.turkiyeklinikleri.com/article/en-kurtaj-sadece-tibbi-bir-karar-olabilir-mi-44452.html>> erişim tarihi:20.03.2023
- Altunkaş A, 'Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları' Aysun Altunkaş, İpek Sevda Söğüt, Hamide Tacir (eds) *II. Ulusal Sağlık Hukuku Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu* (1. Bası, Seçkin 2015)
- Altunkaş A, 'İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2011)
- Antalya O G ve Topuz M, *Medeni Hukuk Cilt:1* (Genişletilmiş 3. Bası, Seçkin 2019)
- Aşçıoğlu Ç, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk: Doktorların Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki)* (1.Bası, Tekışık Ofset Tesisleri 1993)
- Aydın M, 'Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Cezai Sorumluluğu' (2011) 19(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69-100.
- Aydın Ünver T, *Ceninin Hukuki Konumu* (1. Bası, On İki Levha 2011)
- Aydoğan A ve Aydoğan S, *Medical Translation Dictionary* (1. Bası, Ankara Üniversitesi Yayınevi 2013)
- Bayraktar K, 'Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 1972)
- Beksaç M S, Çakar M, Akipek Öcal Ş ve Katoğlu T, 'Embriyo ve Fetus: Etik ve Yasal Boyut' M. Sinan Beksaç, Şebnem Akipek, Tuğrul Katoğlu, Zarife Şenocak, Mehmet Ali Şuğle (eds), *Doğum Hekimliği Maternal-Fetal Tıp'ta Etik ve Yasal Boyut* (Mebas Medical Basın Yayın, 2004) 119-131.
- Bilge S S, 'Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali' (2021) 7(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 365- 389.
- Bora A, 'Birlik ve Beraberliğe En Çok Muhtaç Olduğumuz Şu Günlerde Kürtaj Yasağı' (2012) (26) Amargi Dergi, 32-34. <<http://www.amargidergi.com/yeni/?p=726>> erişim tarihi:20.03.2023
- Can S, 'Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi' (2015) (1) Ankara Barosu Dergisi, 79-104.

Center for Reproductive Rights ‘The World’s Abortion Laws’
<<https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/>>erişim tarihi:20.03.2023

Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding Observations on the Eighth Periodic Report of Turkey
<<https://www.ecoi.net/en/file/local/2075376/N2242093.pdf>>erişim tarihi:20.03.2023

Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Turkey
<<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2021/09/27/N1825893.pdf>>erişim tarihi:20.03.2023

Cooke E, ‘How Roe v. Wade Dies’ (2022) 252(6) New Republic, 12-16.

Cyber Harvard <www.cyber.harvard.edu/population/abortion/Italy.abo.htm> erişim tarihi:20.03.2023

Çavlin A, Tezcan S ve Ergöçmen B, “Kadınların Bakış Açısından Kürtaj” (2014) 34(1) Nüfusbilim Dergisi, 51-67.

Çiftcioğlu C T, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Taksir’ (2013) (3) Ankara Barosu Dergisi, 315-338.

Çoban A, ‘İnsan Hakları Bağlamında Embriyonun Moral Statüsü’ (2007) (109) Toplum ve Bilim Dergisi, 258-295.

Çoban A, ‘Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları’ (2009) (86) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 204-248.

De Meyer F, ‘Abortion Law Reform in Europe: The 2018 Belgian and Irish Acts on Termination of Pregnancy’ (2020) 20(1) Medical Law Review 3-30.

Demir E, ‘Kürtaj Hak Olursa Karar Kadınlara Kalır Mı?’ (2012) (26) Amargi Dergi, 8-11.<

<http://www.amargidergi.com/yeni/?p=397#:~:text=Karar%20vericiler%2C%20baz%C4%B1%20durumlarda%20k%C3%BCrtaj,uluslararası%C4%B1%20hukukta%20da%20farıkl%C4%B1%20de%C4%9Fildir.>>erişim tarihi:20.03.2023

Demirbaş T, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Güncellenmiş 16. Bası, Seçkin 2021)

Demirbaş T, *Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu* (1. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1992)

Dirik M, ‘İslam Hukukunda Cenin Öldürme Suçunun Cezası’ (2012) (2) Bilimname Dergisi, 187-213.

Doğan İ, ‘İnsan Hayatını Koruma Yüklümlülüğü ve Embriyonun Ahlaki Statüsü’ (2005) (8) Kamu Hukuku Arşivleri Dergisi, 104-109.

Doğan K, ‘Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç’ (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2010)

Doğan R, ‘Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları’ (2016) 29(127) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 73-120.

Dölen İ, ‘Kürtaj Gerçeği- Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği Görüşü Özel Sayı 1: Düşükler’ (2012) 10(1) Türkiye Halk Sağlığı Dergisi, 75-82.

Dönmez B, ‘TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması’ (2007) 9(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99-141.

Dönmezer S, ‘Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü’ (2011) 50(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3-11.

Dönmezer S, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (17.Bası, Beta 2004)

Erbaş R, ‘Alman Federal Embriyonun Korunması Hakkında Kanunu’ (2017) 4(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 119-132.

Erdem D Ö, ‘Çocuk Düşürtme Düzenlemesi’ (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1637-1688.

Erdoğan İ ve Keskin D, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku* (Genişletilmiş 3. Bası, Gazi 2020)

Erem F, ‘Çocuk Düşürme’, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hatırasına Armağan (1.Bası, Güzel İstanbul Matbaası 1958) 307-338.

Erem F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 4* (3.Bası, Seçkin 1985)

Erman B, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu* (1.Bası, Seçkin 2003)

Erman S ve Özek Ç, *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (1. Bası, Dünya Yayıncılık 1994)

Ertuğrul H, *Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları* (1.Bası, Adalet 2016)

Esmer Çorbacıoğlu A ve Yüksel A, ‘Prenatal Tanı Sonrası Gebeliklerin Sonlandırılması ve Yasal Durum Özel Sayı 1: Düşükler’ (2012) 10(1) Türkiye Halk Sağlığı Dergisi, 83-93.

Fenwick D, 'The Modern Abortion Jurisprudence Under Article 8 of the European Convention on Human Rights' (2012) 12(3-4) Medical Law International, 249-276.

Gelegeb D G, 'Tartışma: Kürtaj: Cinayet Süsü Verilmiş Bir İntihar mı?' (2011) 3(1) Fe Dergi, 65-71.< <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/937674>>erişim tarihi:20.03.2023

Gökcan H T, 'Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması' Özge Yücel ve Gürkan Sert(eds) *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (2.Bası, Seçkin 2021) 157-203.

Gökcan H T, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (3. Bası, Seçkin 2017)

Grace J, 'Should the Foetus Have Rights in Law' (1999) 67 (2) Medico-Legal Journal, 57-68.

Gülşen R, 'Suç Sonucu Oluşan Gebeliklerin Sona Erdirilmesi', (2008) Türkiye Barolar Birliği V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 1209-1228.

Güney Tunalı I, *Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu* (1.Bası, Seçkin 2015)

Güven K, 'Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin İzni Sorunu', (2016) 2(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11-35.

Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13.Bası, US-A Yayıncılık 2021)

Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (7.Bası, US-A Yayıncılık 2021)

Hakeri H, *Tıp Ceza Hukuku* (1.Bası, Seçkin 2021)

Hakeri H, *Tıp Hukuku* (20. Bası, Seçkin 2020)

Halliday S, 'A Comparative Approach To The Regulation Of Human Embryonic Stem Cell Research In Europe' (2004) 12 Medical Law Review Oxford University Press, 40-69.

Heghmanns M, *Strafrecht Für Alle Semester Besonderer Teil* (1. Bası, Springer 2009)

Hicks, S C, 'The right to Life in Law: The Embryo and Fetus, the Body and Soul, the Family and Society' (1992) 19(3) Florida State University Law Review, 805-850.

Hilgendorf E, *Alman tıp Ceza Hukukuna Giriş* (Salih Oktar tr, 2.Bası, Yetkin 2021)

HUDOC- The Council of Europe
<<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%5B%22GRANDCHAMBER%22%5D%7D>> erişim tarihi:20.03.2023

Irish Statute Book < <https://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html>> erişim tarihi:20.03.2023

Justia US Supreme Court Center 'US Law'
<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>> erişim tarihi:09.12.2022

Kanadoğlu K, 'Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar' (2015) 119 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 11-35.

Kanbur M N, 'Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu' (2008) V. Türk Alman Tıp Sempozyumu Türkiye Barolar Birliği, 1229- 1258.

Kansu Karadağ A, 'Ahlak ve Hukuk Arasında Sıkışan Kürtaj' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2047-2057.

Karaömerlioğlu M A, 'Türkiye'de Kürtajın Kısa Tarihi' (2012) Bianet <<https://bianet.org/bianet/siyaset/139903-turkiyede-kurtajin-kisa-tarihi>> erişim tarihi:20.03.2023

Karasaç E G, 'Ceninin Yaşama Hakkı' (2022) 71(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1051-1097.

Katoğlu T, 'Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması' Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan (2004) 2(2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 269-292.

Katoğlu T, 'Ceza Hukuku ve Etik' (2004) 19(4) Toplum ve Hekim Dergisi, 300-306.

Katoğlu T, 'Ceza Kanununda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları' (2012) 61(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 657-693.

Katoğlu T, 'Hekimin Cezai Sorumluluğu' M. Sinan Beksaç, Şebnem Akipek, Tuğrul Katoğlu, Zarife Şenocak, Mehmet Ali Şuğle (eds) *Doğum Hekimliği Maternal-Fetal Tıpta Etik ve Yasal Boyut* (Mebas Medical Basın Yayın, 2004) 61-72.

Katoğlu T, 'Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi' (2006) 55(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 157-193.

Kayıhan Ş ve Ünlütepe M, *Medeni Hukuk Bilgisi* (Güncellenmiş 4. Bası, Seçkin 2017)

Keskin İ, 'Kürtaj Tartışmaları ve Feminizm' (2015) 7(1) Fe Dergi, 86-95. <<http://federgi.ankara.edu.tr/2022/07/24/kurtaj-tartismalari-ve-feminizm/#single/0>> erişim tarihi:20.03.2023

Keskin Kızıroğlu S, ‘Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi’ (2007) (1) Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyumu, 209-217.

Keskin Kızıroğlu S, ‘Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları’ (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 165-190.

Keyman S, ‘Cürmi Fiillerin Yapısal Unsuru Olarak Hareket’ (1988) 40 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 121-171.

Keyman S, ‘Hekimin Cezai Sorumluluğu’ (1978) 35(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57-89.

Kitapçioğlu T, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme Suçu’ (2012) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 297-334.

Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7. Bası, Adalet 2020)

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası ‘Elektronik Hukuk Bankası’ <<https://legalbank.net/arama>>erişim tarihi: 20.03.2023

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, ‘İçtihat’ <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>>erişim tarihi: 19.03.2023

Littlefield A, ‘The Fight for Abortion After Roe Falls’ (2022) 314(11) Nation, 14-19.

Metin S, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk* (1. Bası, Beşikçizade Tıp ve İnsani Bilimler Merkezi 2019)

Middleton C, ‘America after Roe v. Wade’ (2022) 32(13) Eureka Street, 28-38.

Milliyet ‘TKDF Ocak Raporunu Yayımladı! Şiddet En Çok Hane İçinde’ <<https://www.milliyet.com.tr/gundem/tkdf-ocak-raporunu-yayimladi-siddet-en-cok-hane-icinde-6704684>> erişim tarihi: 20.03.2023

Moroğlu N, ‘Uluslararası Hukukta Kadın Vücut bütünlüğüne İlişkin Düzenlemeler’ (2012) Kadının Vücut Bütünlüğüne İlişkin Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli İstanbul Barosu Yayınları, 23-44.

O’Neil M. L, Altuntaş D ve Keskin A. Ş, ‘Yasal Ancak Ulaşılabilir Değil: Türkiye’deki Kamu Hastanelerinde Kürtaj Hizmetleri-2020’ (2020) Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi <<https://gender.khas.edu.tr/sites/gender.khas.edu.tr/files/docs/2020-12/kurtaj-hizmetleri-raporu.pdf>>erişim tarihi:08.12.2022

Oktar S, *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçu* (1. Bası, 12 Levha 2016)

Okuyucu Ergün G, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, (1. Bası, Çakmak 2008)

Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Seçkin 2021)

Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Bası, Seçkin 2021)

Özen M, 'Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (2007) 2(5) Terazi Hukuk Dergisi, 97-101.

Özen M, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt 1* (5. Bası, Adalet 2021)

Özenbaş N, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suçlarda Ceza Sorumluluğunun Esası (Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi 2012)

Polat O, *Tıbbi Uygulama Hataları* (3. Bası, Seçkin 2019)

Puppinc G, 'Abortion and the European Convention on Human Rights' (2013) 3(2) Irish Journal of Legal Studies, 142-193.

Resmî Gazete, 'T.C. Cumhurbaşkanlığı Resmî Gazete' <<https://www.resmigazete.gov.tr/erişim>>erişim tarihi:20.03.2023

Samuels A, 'Recognition and Protection for The Foetus in The Law' (2016) 84(3) Medico-Legal Journal, 162-165.

Sayar T ve Kılıç Ö Y, 'Türkiye'de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: Planned Parenthood of Southeastren Pennsylvania v. Casey Kararı' (2018) 20(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 321-349.

Sert G, 'Hasta Hakları' Özge Yücel ve Gürkan Sert (eds) *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (2. Bası, Seçkin 2021) 127-155.

Söğüt İ S, 'Biyotıp Sözleşmesi Hükümlerinin İç Hukuktaki Düzenlemelere Etkisi' (2018) 7(14) Tıp Hukuku Dergisi, 181-208.

'Supreme Court Overrules Roe v. Wade and Planned Parenthood v. Casey' (2022) Benefits Quarterly 38(3) 52-53.

Şenocak Z, 'Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası' (2001) 50(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65-80.

Tacir H, 'Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı' (2013) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 1301-1320.

Tacir H, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı* (1.Bası XII Levha 2011)

TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi <<https://www.tbmm.gov.tr/kanun-ve-karar-bilgi-sistemi>>erişim tarihi:20.03.2023

Tek S G, 'Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler' (2012) İstanbul Barosu Yayınları Sağlık Hukuku Makaleleri II, 103-130.

Tezcan D, Erdem M R ve Önok M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (18. Bası, Seçkin 2020)

Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (26. Bası, Savaş Kitabevi 2021)

Toroslu N, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu* (Tıpkı Bası, Savaş 2019)

Tüfekçi İ, 'İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması' (2013) 45(45) Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 111-154.

Türk Dil Kurumu Sözlükleri <<https://sozluk.gov.tr/>> erişim tarihi:20.03.2023

UK Statute Law Database <<https://www.legislation.gov.uk/>>erişim tarihi:20.03.2023

UN Women Global Gender Equality Constitutional Database <https://constitutions.unwomen.org/en/countries/europe/ireland?provisioncategory=b023d3e9cea2418facb51f5115028c03> erişim tarihi:20.03.2023

Uyumaz A ve Avcı Y, 'Türk Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması' (2016) 7(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 579-638.

Ünver Y, 'Genetik Teşhislere Yönelik Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Ceza Hukuki Sorumluluğu Özel Sayı: Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar' (2013) 2(4) Tıp Dergisi 191-213.

Ünver Y, 'Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları Türk Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayı' (2009) 6 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 173-230.

Ünver Y, 'Türk Tıp Hukukunda Rıza' (2006) 3(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 227-288.

Weinstein B, 'Reproductive Choice in the Hands of the State: The Right to Abortion under the European Convention on Human Rights in Light of A, B & C v. Ireland' (2012) 27 (2) American University International Law Review, 391-438.

Yakuppur S, 'Türkiye ve Dünya'da Taşıyıcı Annelik Konusunda Hukuki Gelişmeler' V. Sağlık Hukuku Kongresi (1.Bası, Seçkin 2020) 238-245.

Yarsuvat D, 'Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi' (1983) 48(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 451-471.

Yenerer Çakmut Ö, 'Tıpta Aydınlatma ve Rıza' Hakan Hakeri, Yener Ünver, Zafer Zeytin, Yahya Deryal, Özlem Yenerer Çakmut, Ramazan Çağlayan (tebliğ sahipleri), *Roche Sağlık Hukuku Günleri: Tebliğler* (1. Bası, Roche Müstahzarları Yayınları 2007)

Yenerer Çakmut Ö, 'Türk Ceza Yasası'nda Çocuk Düşürme Suçu (TCK m.100) Sulhi Dönmezer Armağanı Cilt 1 (1.Bası, 2008) 585-600.

Yenerer Çakmut Ö, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi* (1. Bası, Legal 2003)

Yenisey F ve Gottfried P, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (Genişletilmiş 2.Bası, Beta 2015)

Yokuş Sevik H, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3. Bası, Adalet 2020)

Yurtcan E, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması* (2.Bası, Kazancı 1990)

Zeytin Z ve Ergün Ö, *Türk Medeni Hukuku* (5. Bası, Seçkin 2020)

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : Mihriban Avcı

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yüksek Lisans Öğrenimi : Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Bildiği Yabancı Diller : İngilizce

İş Deneyimi

Çalıştığı Kurumlar ve Tarihleri: Bursa Barosu'na 6874 sicil numarası ile kayıtlı avukat
(10.11.2021-...)