

# Cenin Hukuki Statüsü Bağlamında Gebeliğin Bizatihi Gebe Kadın Tarafından Sonlandırılmasının Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

## Evaluation of Self-Abortion in Turkish Penal Law in the Context of Legal Status of the Embryo

Tuba KELEP PEKMEZ\* 

### ÖZ

Gebeliğin sonlandırılması meselesi pek çok farklı alanı meşgul ettiği gibi hukukun da önemli tartışmalı alanlarından biridir. Çeşitli menfaatler dengelenmeye çalışılarak ceza hukukunda da bazı suç tipleri ile yasaklanan bu hareketin en önemli noktalarından birini ise gebe bir kadının kendi gebeliğini sonlandırmasının cezalandırması oluşturmaktadır. Türk Ceza Kanunu m. 100'de yer alan suç tipi gebeliğin gebe kadının kendisi tarafından sonlandırılmasını yasaklamakla birlikte, bu suç tipi ile ilgili olarak hem korunan hukuki değer hem de mağdur başta olmak üzere pek çok sorunlu alan bulunmaktadır. Bu makalenin amacı bu suç tipi ile ortaya çıkan sorunların giderilmesi bakımından suç tipinin incelenmesidir.

**Anahtar kelimeler:** Gebeliğin sonlandırılması, Çocuk düşürme, Çocuk düşürtme, Cenin,

### ABSTRACT

The issue of termination of pregnancy preoccupies many different fields and is also one of the most controversial areas of law. One of the most important aspect of this act, which is prohibited by types of crimes in criminal law in order to balance various interests, is the punishment of a pregnant woman for terminating her own pregnancy. Although the crime type in Turkish Penal Code art. 100 prohibits self abortion, ie; the termination of pregnancy by the pregnant woman herself, there are many problematic areas regarding this crime, such as the protected legal value and the victim. The purpose of this article is to examine art. 100 of TPC in order to eliminate the problems that arise with this crime.

**Keywords:** Termination of pregnancy, Self abortion, Abortion, Embryo

\* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, tubakelep@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2042-2492.

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Tuba KELEP PEKMEZ

**E-posta/E-mail:** tubakelep@gmail.com

**Geliş Tarihi/Received:** 23.11.2024

**Kabul Tarihi/Accepted:** 09.12.2024

## GİRİŞ

Bir gebe kadının kendi gebeliğine son vermesi<sup>1</sup>, hemen hemen tüm ülkelerde cezalandırılabilir bir hareket olarak düzenlenmektedir<sup>2</sup>. İstisnai olarak bazı ülkeler, özel kanunlarında bir gebe kadının gebeliğini kendisinin sonlandırmasını ya da kanuna aykırı olarak gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermesini cezalandırmamaktadır. Örneğin Yeni Zelanda 2020’de, İrlanda ise 2018 yılında kabul ettiği kanuni düzenlemelerde gebe kadının gebeliğine son verme bakımından hiçbir şekilde cezalandırılmayacağını kabul etmektedir<sup>3</sup>. Bu istisnalar bir tarafa bırakılacak olduğunda, bazı ülkelerin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde gebeliğin sonlandırılmasının bir prosedür olarak görüldüğü, bu anlamda bir kimsenin gebeliğinin sonlandırılması işlemini gerçekleştirebilecek kişilerin belirli olması ve/veya gebeliğin sonlandırılması öncesinde bazı

- 1 Gebeliğin sonlandırılmasının olağan yolu olarak doğum bu çalışma kapsamında gebeliğin sonlandırılması kapsamında değerlendirilmemektedir. Çalışmamızda gebeliğin sonlandırılması ifadesi ceninin yaşamsal faaliyetine son vermek amacıyla gerçekleştirilen ve nihayetinde bu nedenle gebeliğin devamının mümkün olmadığı durumları ifade etmektedir. Belirtilmelidir ki gebe bir kadının gebeliğine kendisinin son vermesi, vajinaya cisim sokma, yüksek bir yerden atlama, alkol tüketme, bitkisel karışımlar içme, abdominal bölgeye kuvvet uygulama ya da buna yönelik tıbbi ilaçları bir sağlık mesleği mensubunun önerisi ya da reçetesi olmaksızın alma gibi çeşitli yöntemlerle gerçekleştirilebilir. M. Antonia Biggs, Daniel Grossman, Andrea Becker, Sarah Raifman, Rosalyn Schroeder and Lauren Ralph, ‘Support for criminalization of self-managed abortion (SMA): A national representative survey’ (2024) (340) *Social Science and Medicine* 1, 1-2. Bununla birlikte son yıllarda yapılan araştırmalar gebe kadınların gebeliklerini kendilerinin sonlandırmalarında daha çok tıbbi yöntem olarak ilaç kullanımını tercih ettiklerine işaret etmektedir. Bkz: Daniel Grossman and Nisha Verma, ‘Self – Managed Abortion in the US’, (2022) 328 (17) *JAMA* 1693,1693; diğer yandan Alman StGB açısından gebe kadın tarafından gebeliğin sonlandırılması durumunun dört biçimde görülebileceği belirtilmektedir. Bunlardan ilki gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin tüm hareketlerin yalnız ve bizatihi gebe kadın tarafından yapılması; ikincisi dolaylı faillik yoluyla gebeliğin sonlandırılması suçunun işlenmesi; üçüncüsü müşterek fail olarak üçüncü kişinin çocuk düşürtmesi suçuna katılması ve dördüncüsü ise üçüncü kişilerin çocuk düşürtmesine rıza göstermek suretiyle olabilir. Bkz: Albin Eser and Bettina Weißer, StGB ‘§ 218 Schwangerschaftsabbruch’ Albin Eser et al (eds) *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, (30. Bs Beck 2019) Rn 30.
- 2 Son birkaç yıldır gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hukuki tartışmaların en yoğun yaşandığı ülkelerin başında ise Amerika Birleşik Devletleri gelmektedir. 2022 yılında, yaklaşık elli yıldır Amerikan gebeliğin sonlandırılması politikalarına ve bu anlamda bunun cezalandırılabilirliğine ilişkin kuralların tanınmasında göz önünde bulundurulmuş, gebeliğin sonlandırılmasının anayasal bir hak olduğunu açıklayan *Roe v. Wade* (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 116 (1973)) kararı Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* (*Dobbs v. Jackson Women’s Health Org.*, 142 S. Ct. 2228 (2022)) kararı ile geçersiz kılınmıştır. *Roe v. Wade* kararı gebeliğin sonlandırılmasını gebe kadın bakımından anayasal bir hak olarak görüyor; gebeliğin sürdürülmesinin zorunlu kılınmasını ise yasaklıyordu; *Dobbs* kararında mahkeme Ondördüncü Değişikliğin kürtaj hakkını kapsamadığını, zira bu değişiklik yürürlüğe girdiğinde eyaletlerin kürtajı yasaklayan düzenlemeleri olduğunu dolayısıyla da bu hakkın tarihsel ve geleneksel olarak anayasal haklardan biri olmadığını belirtmiştir. Reva B. Siegel, ‘How “History and Tradition” Perpetuates Inequality: *Dobbs* on Abortions’ *Nineteenth Century Criminalization*’ (2023) 60 (4) *Houston Law Review*, 905, 905-906; Mahkemenin yeni tarihli *Dobbs* kararı ile kürtajın anayasal bir hak olarak tanınmaması sonucunda pek çok eyalet kürtajın cezalandırılması için; pek çoğu da kürtaj haklarını genişletmek üzere yeni düzenlemeler yapmaya başladılar. Eyaletlerin Demokratlar veya Cumhuriyetçiler tarafından yönetilip yönetilmemesine göre yapılan bu ayırım, Amerikan sivil savaşında köleliğin kaldırılması bakımından Amerika’nın iki keskin kampa bölünmesinden sonra en geniş çaplı bölünme olarak görülmektedir. Bkz: Paul Schiff Berman, Roey Goldstein and Sophie Leff ‘Conflicts of law and the abortion war between the states’ (2024) 172 (2) *University of Pennsylvania Law Review* 399, 400; 29 Temmuz 2024 tarihi itibarıyla sınırlı istisnalar dışında tam bir *kürtaj yasağı* uygulayamaya başlayan on dört eyalet bulunmaktadır. Tam kürtaj yasağı, kürtajın son derece sınırlı durumlarda – örneğin gebe kadının hayatı riski bulunması – kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Bkz: <https://states.guttmacher.org/policies/wisconsin/abortion-policies>.
- 3 Lucia Berro Pizzarossa and Patty Skuster ‘Toward Human Rights and Evidence-Based Legal Frameworks for (Self-Managed) Abortion: A Review of the Last Decade of Legal Reform’ (2021) 23(1) *Health and Human Rights Journal* 199, 205-206.

danışmanlık hizmetlerinin alınması gibi prosedürlerin yerine getirilmesi gebeliklerin hukuka uygun olarak sonlandırılmasının şartları olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>4</sup>. Dolayısıyla gebeliğin sonlandırılması işlemi genellikle bir tıbbi müdahale olarak görülmekte; bu anlamda da bu tıbbi müdahalenin hukuka uygun kılınmasının koşulları kanunlarla farklı şekillerde belirlenmekte<sup>5</sup> ve genel olarak bir kadının kendi gebeliğini kendisinin sonlandırılması cezalandırılmaktadır<sup>6</sup>.

Denge kurulmaya çalışılan yararlar göz önüne alındığında, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin bir ikilemin yansıması olduğu söylenebilir<sup>7</sup>. Nitekim gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hukuki düzenlemeler henüz doğmamış bir insanın yaşamını koruma görevini yerine getirirken diğer yandan gebe kadının kendi kaderini tayin hakkını da göz önünde bulundurmaktadır<sup>8</sup>. Alman hukuku bakımından ceza kanununda yer alan gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeler Anayasal koruma altına alınmış olan doğmamış çocuğun yaşam hakkını koruma yükümlülüğünü yerine getirmektedir<sup>9</sup>. Ancak bu düzenlemeler bakımından göz önünde bulundurulması gereken mesele “doğmamış çocuğun kaderinin annenin kaderine bağlı olması”dır<sup>10</sup>. Dolayısıyla devletin doğmamış çocuğun hayatını koruma yükümlülüğünün sınırını gebe kadının vücut bütünlüğü ve insan onuru oluşturmaktadır ki bu husus da gebe kadının gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin her düzenleme bakımından kazanılmasını gerektirmektedir<sup>11</sup>. Gebe kadının bir çocuğu doğurmaya zorlanamayacağı durumlar göz önünde bulundurulduğunda, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeler her zaman için – ağırlıkları değişen – farklı yararların dengelenmesini gerektirmektedir<sup>12</sup>. Nitekim Alman ceza kanununda daha önceden kullanılan “düşürmek” ifadesi yerine daha nötr olan “gebeliğin sonlandırılması” ifadesinin tercih edilmesinin nedenlerinden biri olarak, doğmamış bir hayatın sonlandırılmasının her durumda ceza hukuku açısından bir haksızlık oluşturmayacağı gerçeği gösterilmektedir<sup>13</sup>. Doğmamış insanları öldürme konusundaki düzenlemelerin doğmamışları

4 *Ibid* 208; Alman ceza kanununda temelde yasak normun – gebeliğin sonlandırılması yasağı – konulması ve fakat takip eden hükümlerde bu yasağa istisnalar getirilmesi şeklinde bir sistemin belirlenmiş olması Alman ceza hukukunun olduğu kadar Alman toplumsal gerçekliğiyle de ilgili görülmektedir. Reinhard Merkel ‘StGB § 218’, in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen and Frank Saliger (eds) *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (6. bs Nomos 2023) Rn. 1; bununla birlikte Alman hukukunda kural olarak on ikinci haftaya kadar gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin her işlemin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesine karşın cezalandırılmıyor olması hukuki bir paradoks olarak değerlendirilmekte ve doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. Ralf Eschelbach, StGB § 218 Schwangerschaftsabbruch, *BeckOK StGB*, ed., Bernd von Heintschel-Heinegg, Hans Kudlich, Münih: Beck, 63. bs., 2024, Rn.1.

5 Ulrike Wollersheim ‘§ 6 Ärztliches Berufsrecht’ in Tilman Clausen and Jörn Schroeder-Printzen (eds) *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, (3. bs, Beck 2020) Rn. 175-184.

6 Gebeliğin sonlandırılmasının tıbbi müdahale olarak görülmemesi ve gebeliğin sonlandırılmasının tıbbi müdahale olarak değerlendirilmekten çıkarılması ile cezalandırılmaktan çıkarılmasının birlikte gelişmesi gerektiği ifade edilmektedir. Pizarossa and Skuster (n 3) 208.

7 Walter Gropp and Liane Wörner, ‘Vor. § 218’ in Volker Erb and Jürgen Schäfer (eds) *Münchener Kommentar zum StGB* (4. bs Beck 2021) Rn. 11.

8 Reinhard Merkel, ‘vor. StGB § 218’ in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen and Frank Saliger (eds) *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (6. bs Nomos 2023) Rn.1-3.

9 Ulrich Sommer and Michael Tsambikakis ‘§ 3 Strafrechtliche Arzthaftung’ Tilman Clausen and Jörn Schroeder-Printzen (eds) *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, (3. bs Beck 2020) Rn. 223-229

10 Gropp and Wörner (n 7) Rn. 11.

11 *Ibid*

12 Merkel (n 8) Rn. 1-3; Gropp and Wörner (n 7) Rn 11.

13 *Ibid*; bu ifadelerin birbiri yerine tercih edilmesinin hüküm bakımından bir açıklık getirmedeği ve isabetli olarak

korumaya hizmet ettiği yönündeki fikir birliği, gebeliğin sonlandırılması düzenlemelerinin tarihi bakımından oldukça yenidir<sup>14</sup>. Bunlar göz önünde bulundurulduğunda hukuk tarihi boyunca gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin normların gelişiminin doğrusal bir boyutta değil, çeşitli faktörlerin göz önüne alındığı dalgalı bir seyir izlediği ve bu nedenle de tüm ilgililer bakımından tatmin edici bir yere ulaşamadığı görülmektedir<sup>15</sup>.

Gebeliğin sonlandırılması meselesi ahlaki, sosyal, ekonomik yönlerden tartışıldığı gibi kaçınılmaz olarak her zaman için ceza hukukunun da tartışmalı alanlarından biri olmuştur. Gebeliğin sonlandırılmasını diğer tıbbi müdahalelerden ayıran ve bu denli çok yönlü alanlar bakımından tartışılmasına neden olan ise ceninin statüsünün belirlenmesi noktasındaki farklı yaklaşımlardır. Gebe kadının vücudunun sıradan bir parçası olmanın çok ötesinde bir anlama sahip olan ceninin, doğumla birlikte insan statüsüne kavuşacak olması, insan olmaya ilişkin bu potansiyelin özel olarak korunmasını gerektirmektedir. Diğer yandan gebe kadının vücudu üzerinde belirli tasarruflarda bulunması bağlamında ortaya çıkan ve uluslararası metinler bakımından da kabul edilen bazı haklar ceninin özel korunmasının sınırsız olamayacağına işaret etmektedir. Bu bakımdan ceninin potansiyelinin korunması ile gebe kadının bazı haklarını kullanabilmesi noktasında bir dengeleme ihtiyacı hasıl olmaktadır.

Gebe bir kadının gebeliğine son verilmesine ilişkin kurallar farklı hukuk disiplinler tarafından düzenlenmektedir<sup>16</sup>. Ceza hukuku da belirli şartları taşımayan gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin bazı hareketleri suç tipleri ihdas etmek suretiyle cezalandırmaktadır. Biyolojik açıdan insan yaşamının kısımlara ayrılamayan; bütünlük arz eden bir seyri olduğu kabul edilmektedir<sup>17</sup>. Oysa ki ceza hukuku bakımından hayatın başlangıcından önceki evrelerin ve başlamasından sonra yaşamın korunmasının farklı hükümler vasıtasıyla gerçekleştirilmesi söz konusu olmaktadır<sup>18</sup>. Öte yandan gebeliğin sonlandırılması bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı ile bağlantılı bir husustur<sup>19</sup>. Buna göre kişinin varolan bir duruma ilişkin karar vermek suretiyle, gelecekte olabileceklere etkide bulunabilme ve bu yolla geleceği şekillendirebilme olanağı yaratabilme kişinin geleceğini belirleme hakkının kullanılması olarak görülmektedir<sup>20</sup>. Gebeliğin sonlandırılması da bir tarafta ceninin korunması diğer tarafta ise kadının kendi geleceğini belirleme hakkına ilişkin değerlerin çatıştığı

nitelendirilemeyeceği yönündeki eleştiri için bkz: Merkel (n 4) Rn. 9.

14 Gropp and Wörner (n 7) Rn. 13.

15 Merkel (n 8) Rn. 1-3.

16 Gebeliğin sonlandırılması hukuk biliminde tartışılan bir husus olduğu kadar ekonomik, ahlaki ve etik yönleri de olan çok boyutlu tartışma konularından biridir. Bkz. Şemsettin Varol 'Yaşam Hakkı ve Kürtaj' (2020) 15(171), Tıp Hukuku Dergisi 2303, 2304.

17 Hans Lüttger 'Gebeliğin Önlenmesi İle Çocuk Düşürme Arasındaki Sınırı Tesbitte Federal Almanya Ceza Hukukunda Yeni Problemler.' (1971) 28(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 250, 250

18 Merkel (n 8) Rn. 23; Lüttger (n 17) 250.

19 Alper Uyumaz and Yasemin Avcı 'Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması' (2016) 17 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 579, 586-587; Salih Oktar, *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürme ve Çocuk Düşürme Suçları (TCK m. 99-100)* (1. Baskı Oniki Levha Yayıncılık 2016) 13.

20 Çağatay Üstün and Gülsün Ayhan Aygörmüş Uğurlubay 'Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirilmesi' (2014) (53) Fasikül 29, 29.

bir alandır<sup>21</sup>. Ceza hukuku da çatışan bu iki değer in adil bir şekilde dengelenmesi amacına hizmet eden bir pozisyonda görülmekle birlikte, bu iki değerden bir diğerine daha fazla üstünlük tanınması – gebeliğin istem üzerine sonlandırılmasını mutlak olarak suç olarak düzenlemek veya gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hiçbir sınırlama getirmemek – gibi görüşler de mevcuttur<sup>22</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) özel hükümler kısmı incelendiğinde ise henüz bir insan vasfını kazanmamış – doğmamış insanın – olan ceninin de belirli hükümlerle koruma altına alındığı görülmektedir. Nitekim pek çok suç tipinde gebe kadının vaktinde önce doğum yapmasına ya da çocuğun düşmesine neden olunması biçimindeki neticeler failin daha fazla cezalandırılması noktasında göz önünde bulundurulmuştur<sup>23</sup>. Bu düzenlemeler ceninin korunmasına dolaylı yoldan hizmet etmekle birlikte doğrudan doğruya ceninin korunmasına hasredilmiş düzenlemeler de mevcuttur. TCK'nın “Kişilere Karşı Suçlar” başlığını taşıyan İkinci Kısımının “Çocuk Düşürme, Düşürme veya Kısırlaştırma” başlıklı Beşinci Bölümü'nde sırasıyla; çocuk düşürme (m. 99), çocuk düşürme (m. 100)<sup>24</sup> ve kısırlaştırma (m. 101) suçları düzenlenmiştir. Kısırlaştırma suçu hariç olmak üzere, bu kısımda düzenlenen bu iki suç tipi, doğrudan doğruya hukuka aykırı olarak sonlandırılan gebelikler bakımından suç tipleri ihdas etmektedir. Söz konusu suç tiplerine ilişkin düzenlemeler gebelik süresi on haftayı<sup>25</sup> aşmayan bir kadının gebeliğini kendisinin sonlandırmasını veya on haftayı aşmayan gebeliğin kadının rızasıyla yetkili bir üçüncü kişi tarafından sonlandırılmasını yaptırım altına almamaktadır. Ancak tıbbî zorunluluk bulunmamasına rağmen gebe kadının rızasının varlığı halinde dahi, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürmek (m. 99/2) ve gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu kendi isteğiyle düşürmesi (m. 100) suç teşkil etmektedir.

Çalışmamızda Türk Ceza Hukuku bakımından söz konusu bu yararların ne şekilde dengelenmeye çalışıldığını tespit edebilmek amacıyla, gebe kadının bizzat kendisi tarafından gerçekleştirilen gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hareketlerin cezalandırılabilirliğine ilişkin norm incelenecektir. Bu norm incelenmeden önce ise ilgili suç tipi bakımından özellikle tartışmalı olarak gördüğümüz korunan hukuki değer in ve bu suçun mağdurunun tespit edilmesi hususlarına hizmet edeceği

21 Oktar (n 19) 12.

22 Oktar (n 19) 13.

23 Neticesi sebebiyle ağırlanmış yaralama suçunun TCK m 87/1-e gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına, TCK m. 87/2-e gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine; Taksirle yaralama TCK m. 89/2-f gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına, TCK m. 89/3-e gebe bir kadının çocuğunun düşmesine neden olmuşsa; neticesi sebebiyle ağırlanmış işkence TCK m. 95/1-e gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına TCK m. 95/2-e gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine sebep olması şeklindeki hükümler bu hususu düzenlemektedir.

24 Çocuk düşürme ve düşürme suçlarının gebeliğin sonlandırılması başlığı altında aynı suç tipi içerisinde düzenlenmesi, gebe kadının gebeliğine kendisinin son vermesi halinin Alman StGB'de olduğu gibi suçun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali olarak yer alması gerektiği hakkındaki öneri için bkz: Hüseyin Ertuğrul, *Çocuk Düşürme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları* (Adalet 2016) 81.

25 Mevzuatımızda gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılması için üst sınırın on hafta olarak belirlenmesi, çocuğun cinsiyetinin yaklaşık on ikinci hafta civarı tespit edilebilir hale geldiği göz önünde alındığında isabetli bir yaklaşım olmaktadır. Zira aksi durumda cinsiyete dayalı olarak gebeliğin sonlandırılmasını talep etme ihtimali bulunabilecektir. Aynı yönde bkz. Ertuğrul *Suçlar* (n 24) 81.

kanaatıyla Türk Hukuku'nda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin ceza hukuku dışındaki normlar ve ceninin hukuki statüsü kısaca ele alınacaktır.

## I. CENİN KAVRAMI VE CENİNİN HUKUKİ STATÜSÜ

Çocuk düşürme suçu açısından önem arz eden kavramlardan ilki cenin kavramıdır. Cenin “döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesinden doğumuna kadar gelişim sürecindeki<sup>26</sup> insan oluşumu” olarak tanımlanmaktadır<sup>27</sup>. Gebeliğin gelişim aşamalarına bakıldığında gebeliğin ilk sekiz haftasında döllenmiş bir yumurtaya zigot (embriyo) denildiğini; sekizinci haftadan sonra ise bunun fetüs ya da cenin adını aldığı görülmektedir.

Öte yandan mevzuat incelendiğinde cenin kavramına ilişkin hukuki bir tanıma rastlanmamaktadır. Cenin kavramı TCK'da ya da diğer mevzuatta tanımlanmamıştır<sup>28</sup>. Türk hukukunda cenin kavramına ilişkin normatif bir tanım bulunmamakta ise de, ceninin hukuki olarak koruma altına alındığı bazı mevzuat hükümleri bulunmaktadır<sup>29</sup>. Bu açıdan ceninin hukuki statüsünü tespit etmek önem arz etmektedir<sup>30</sup>.

Türk Medeni Kanunu m. 28 “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümler sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*” demektedir. Hükmün lafzından anlaşıldığı üzere Türk hukukunda hak ehliyetinin başlangıç anı çocuğun ana rahmine düştüğü andır<sup>31</sup>. Ancak kişiliğin kapsamı içerisinde yer alan hak ehliyetinin ana rahminden itibaren başlaması, tam ve sağ doğum şartına bağlanmıştır. Şayet çocuk tam ve sağ doğum<sup>32</sup> gerçekleşirse ana rahmine düştüğü andan itibaren kişiliğe ve bu kapsamda hak ehliyetine sahip olacaktır. TMK m. 28'e göre çocuğun kişiliği ana rahmine düştüğü andan itibaren başlayacağından doktrinde<sup>33</sup>, çocuğun “ana rahmine düştüğü an” ifadesinden genel olarak gebeliğin

26 Ceninin ana rahmindeki gelişim evreleri bakımından farklı isimlere sahip olduğu tespit edilebilmekle birlikte TCK bakımından bu durum önem taşımamaktadır. Bkz. Oktar (n 19) 6.

27 Oktar (n 19) 5; “Anne karnına düşmüş ancak doğmamış olan çocuk” tanımı için bkz. Rona Serozan *Çocuk Hukuku* (Vedat 2017), s. 91; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi and Saibe Oktay – Özdemir, *Kişiler Hukuku*, (20. Bası Filiz 2021) 10; Tülay Aydın Ünver *Cenin Hukuki Konumu* (1. Baskı Oniki Levha, 2011) 8; Leyla Müjde Kurt, ‘Cenin Malvarlığı Hakları’ (2011) (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 177, 179.

28 Ancak bazı hukuk sistemlerinde embriyo ve cenin kavramlarının tanımlayan mevzuatlar bulunabilmektedir. Örneğin Alman hukukunda Embriyonun Korunması Hakkında Kanun buna örnektir. Bkz. Oktar (n 19) 10 dn 19.

29 Oktar (n 19) 10.

30 Fulya Korkmaz ‘Çocuk Düşürme Suçunda Mağdur Kim Olduğu Sorunu ve Ceninin Hukuki Niteliği’ (2024) (59) TAAD 273, 277.

31 Halbuki gebeliğin başlangıç anı olarak nidation yani anne rahmine tutunma anının göz önünde bulundurulması gerektiğinden, TMK bakımından da ilgili düzenlemede bu yönde bir değişikliğin yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Ertuğrul Suçlar (n 24)13.

32 Tam doğumdan kastedilenin, çocuğun göbek kordonunun kesilip kesilmediğine bakılmaksızın ana rahminden ayrılarak bağımsız bir varlık kazanması iken, sağ doğumdan kastedilenin ise çocuğun bir an için dahi olsa anneden bağımsız yaşaması olduğu yönünde bkz. Mustafa Dural and Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku C.2*, ( Filiz 24. Bası 2024) 17; Aydın Ünver ( n 27) 10 ff

33 Dural and Öğüz ( n 32) 21; Aydın Ünver ( n 27) 18; Muhammet Hamza Muş *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürme Suçu* (Adalet 2019) 23; krş. Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 27) 10 ff

başladığı anın anlaşılması gerektiği, gebeliğin başlangıç anının ise tıp bilimine bırakılması gerektiği ifade edilmektedir.

TMK m. 28'de aranan tam ve sağ doğum şartı doktrindeki baskın görüşe<sup>34</sup> göre geciktirici şarttır. Bu nedenle tam ve sağ doğum anına kadar ceninin statüsü ile tam ve sağ doğum şartının gerçekleşmesi sonrası statüsü farklılaşabilmektedir. Düzenleme ceninin gebeliğin başladığı andan itibaren tam ve sağ doğum şartına bağlı bir hak sujesi olarak görülmesini sağlamakla birlikte geciktirici şart gerçekleşene kadar ceninin annenin bedenine ait bir parça olarak değerlendirilmesini sonuçlamaktadır<sup>35</sup>. Cenin açısından ise şart geciktirici olduğundan tam ve sağ doğum gerçekleşmezse kişilik başlamayacak, çocuğun ana rahmine düşme anı önemini yitirecektir. Örneğin cenin anne karnında iken ölürse, sağ doğum gerçekleşmeyeceğinden kişiliğin varlığından bahsedilemeyecektir. Ancak tam ve sağ doğum şartının gerçekleşmesiyle gebeliğin başladığı andan itibaren kişiliği başlayan çocuğa anne karnındaki müdahalelere karşı tam ve sağ doğum sonrası hukuki mekanizmalara başvurabilme imkanı tanınmıştır. Örneğin anne karnındaki kendisine yapılan hukuka aykırı müdahaleden bir süre sonra bu müdahale nedeniyle kısmi felçli doğan çocuk, anne karnındaki müdahale nedeniyle yapılan saldırıya karşı tam ve sağ doğum sonrası tazminat davası açabilme hakkına sahiptir<sup>36</sup>. Hülasa TMK uyarınca cenin tam ve sağ doğum şartının gerçekleşmesinden önce hem üçüncü kişilerin hem de ana ve babanın zarar verici nitelikteki hareketlerine karşı tam ve sağ doğum şartının gerçekleşmesiyle korunmaktadır<sup>37</sup>.

Türk Medeni Kanunu çerçevesinde kural bu yönde olmakla birlikte, tam ve sağ doğum şartıyla mirasa ehil olabilecek bir ceninin varlığı özellikle miras hukukunda çeşitli hükümlerle göz önüne alınmaktadır. Örneğin TMK m. 643/1'e göre mirasın paylaşılması sırasında henüz doğmamış bir cenin varsa paylaşırma doğum anına kadar ertelenir. Cenin tam ve sağ doğarsa, ana rahmine düştüğü andan itibaren sahip olduğu mirasçı sıfatıyla paylaştırmaya katılır. Bununla birlikte kural olarak tam ve sağ doğum şartının birlikte gerçekleşeceği ana kadar ceninin ana ve babanın kişilik haklarının bir parçası olarak kabul edildiği ve cenine sağlanan hukuki korumanın bu kapsamda sağlandığına işaret edilmektedir<sup>38</sup>. Ara sonuç olarak ceninin hukuki statüsü tam ve sağ doğum şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine göre farklılaşmaktadır. Bu sonuç TCK m. 99 ve 100'deki çocuk ifadesinin ceninle olan ilişkisini belirlemesi bakımından da önem arz eder.

TCK m. 99 ve m. 100'de ise çocuk ifadesinin kullanılmış olduğu görülmektedir. Çocuk, TCK m. 6'tan tanımlanmıştır ve esasen söz konusu suçlar açısından bu tanım göz önünde bulundurulduğunda

34 Dural and Ögüz ( n 32) 21; Aydın Ünver ( n 27) 25; Kurt (n 27) 181; Dilşad Keskin 'Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Nedeniyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi' (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 743, 745-746; şartın bozucu şart olduğunu savunan görüş ile hakkın niteliğine ve ceninin korunma ihtiyacına göre şartı bozucu veya geciktirici kabul eden görüşlerin isabetsiz olduğuna ilişkin değerlendirme için bkz. Kurt (n 27) 181-182; Keskin (n 34) 746-747; krş. Aydın Ünver ( n 27) 27 ff

35 Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 27) 10-11; Oktar (n 19) 10; Keskin (n 34) 752; Kurt (n 27) 191, dn. 66.

36 Ceninin bu süreçteki müdahalelere karşı tam ve sağ doğum sonrasındaki tazminat talebine ilişkin ayrıntılı değerlendirme ve diğer ihtimaller için bkz. Keskin (n 34) 748 vd; Aydın Ünver ( n 27) 25-26; Kurt (n 27) 192 vd.

37 Dural and Ögüz (n 32) 22; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (n 27) 11 ff; Keskin (n 34) 752; haksız fiile karşı korunma ya da ana-babanın özen yükümlülüğü şeklindeki hükümler buna örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Oktar (n 19) 11.

38 Oktar (n 19) 11.

çocuk ifadesinin kullanılmasının isabetli olmadığını belirtmek gerekmektedir<sup>39</sup>. Nitekim bu hükümler bakımından çocuk ifadesi ile on sekiz yaşını doldurmamış kişilerin değil, ceninin anlaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla söz konusu suç tiplerinde kullanılan çocuk kavramı, TCK m. 6'da yer alan tanımıyla çocuğu değil, cenini ifade eder şekilde anlaşılmalıdır<sup>40</sup>. Dolayısıyla TCK'da yer verilen "çocuk düşürme/düşürme" ifadesinin isabetsiz olduğunu belirtmek gerekmektedir<sup>41</sup>. Maddenin çocuk düşürülmesi şeklinde düzenlenmiş olması isabetli değildir. Zira TCK bakımından çocuk on sekiz yaşın altındaki kişileri ifade ederken (TCK m. 6), ceninin tam ve sağ doğum şartının gerçekleşmesinden önce bir kişiliği bulunmamaktadır. Kural olarak, kişiliğe sahip olmayan cenin bir varlık veya menfaatin sahibi ya da hamili olarak kabul edilemez<sup>42</sup>. Çocuk düşürme/düşürme ifadesi ise içeriğinde tam ve sağ doğum şartının gerçekleşmediği sonucunu zorunlu kıldığından çalışmada bu nedenlerle cenin kavramı tercih edilmiştir.

Bu bakımdan da bu suç tipi açısından önem arz eden cenin sıfatının başladığı ve sona erdiği anın tespit edilmesidir. Cenin sıfatının başlangıcına ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre cenin sıfatı yumurtanın sperm tarafından dölleniş ile başlar; bir diğer görüşe göre ise cenin sıfatı döllenişten sonraki yaklaşık bir haftalık süreden sonra gerçekleşen ve dölleniş yumurtanın uterus iç zarına yerleşmesi yani "nidation" ile kazanılmaktadır<sup>43</sup>. Bu iki görüşten birinin tercih edilmesi ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi noktasında önem arz etmektedir. Nitekim ilk görüş kabul edildiğinde doğum kontrol hapları döllenişten önce ortada bir cenin bulunmayacak ve dolayısıyla ceza hukuku açısından bir sorumluluk doğmayacaktır. Yine ertesi gün hapları (morning after pill) ise döllenişten önce dölleniş yumurtanın rahme yerleşmesini önlediğinden ilk görüşün kabulü durumunda ceza hukuku sorumluluğu doğacaktır, ikinci görüşün kabulü durumunda ceza hukuku sorumluluğu doğmayacaktır<sup>44</sup>. Doktrindeki hakim görüş cenin sıfatının nidasyon ile kazanıldığını kabul etmektedir<sup>45</sup>. Bu açıdan cenin nidasyon ile doğum arasındaki evrede anne rahmindeki varlık olarak tanımlanmaktadır<sup>46</sup>.

Kanaatimizce Türk hukuku bakımından nidation anının ceninin belirlenmesi noktasında göz önünde bulundurulması eğilimi, Alman Ceza Kanunu m. 218'de yer alan ve gebeliğin sonlandırılması hareketlerinin dölleniş yumurtanın ana rahmine yerleşmesinden önce gerçekleştirilmesi

39 Aynı yönde bkz: Mustafa Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (Adalet Yayınevi 2024) 305; Murat Aydın 'Çocuk Düşürme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu' (2011) 19(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, 73; Recep Doğan 'Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları' (2016) (127) TBB Dergisi 73, 101; Bu suç tiplerinde yer alan çocuk ifadesi bakımından TCK m. 6/b'de yer alan tanımın geçerli olmadığı da doktrinde ayrıca ifade edilmektedir. Bkz: Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem and Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (19 bs Seçkin 2021) 376.

40 Burcu Dönmez 'TCK'da Çocuk Düşürme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması' (2007) 9 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99, 106; Oktar (n 19) 5.

41 Aynı yönde; Dönmez (n 40) 106.

42 Korkmaz (n 30) 279.

43 Lüttger (n 17) 250.

44 Eser and Weißer (n 1) Rn 21; Lüttger (n 17) 250.

45 Serap Keskin – Kızıroğlu 'Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları' (2003) 19(2) Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 166, 172; Oktar (n 19) 6; Lüttger (n 17) 250.

46 Dilek Erdem 'Çocuk Düşürme Düzenlemesi' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1637, 1649.



durumunda cezalandırılmayacağını belirten hükmün varlığı ile ilgilidir. Nitekim çocuk düşürtme ve düşürtme suçlarının düzenlemesi göz önüne alındığında, Alman hukukunda doğmamış olan insana dört katmanlı bir yaşam koruması tanındığı görülmektedir<sup>47</sup>. Bu bakımdan ilgili hükümler nidation öncesi evreye ilişkin bir koruma sağlamazlar<sup>48</sup>. Dolayısıyla Alman hukukunda söz konusu koruma, gebe kadının son menstrüasyon tarihinden sonraki beşinci haftaya tekabül ettiği kabul edilen nidation ile başlamaktadır<sup>49</sup>. Döllenmiş yumurtanın rahime yerleşme yani nidation anı hamileliğin başlangıcı olarak kabul edilmektedir<sup>50</sup>. Ancak kanundaki ifadenin kanunkoyucunun döllenmenin başlangıcından itibaren oluşan süreci hamilelik olarak nitelediği şeklinde de yorumlanmaktadır<sup>51</sup>. Zira hamilelik terimi doğmamış çocuğun rahim içinde olmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla aşılama öncesi durumdaki embriyo ya da dış gebelik gibi durumlarda bir gebelikten söz edilemez<sup>52</sup>. Bu görüş suçun konusunu ise cenin olarak kabul etmektedir<sup>53</sup>. Bu nedenle bu suç tipinde yaşamın başlangıcı meselesi değil, cenin sıfatının kazanılma anının tespit edilmesi suç tipinin incelenmesi yönünden önem arz etmektedir<sup>54</sup>. Oysa ki TCK'da esas alınan gebelik haftalarının hesaplanmasında nidation anına ilişkin bu yönde dışlayıcı bir düzenleme olmadığından, cenin sıfatının kazanılması bakımından nidation anı bir önem teşkil etmez. Zira bize göre TCK'da hükümlerin yorumlanması bakımından, kabul edilen bu cenin tanımı yetersiz kalmaktadır. Zira TCK m. 100 gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu düşürmesinden bahsetmektedir. Bu durumda çocuk ifadesinin cenin olarak kabul edilmesi gerektiği kabul edildiğinde bile, nidation anı TCK bakımından ceninin varlığını tespit açısından uygun bir yöntem olmayacaktır. Zira TCK'da dikkate alınan husus gebelik haftası olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim TCK gebeliğin ilk on haftasında gebeliğin gebe kadının kendisi veya bir üçüncü kişi tarafından sonlandırılmasını cezalandırmaz. Bu nedenle TCK'nın cenini onuncu haftadan başlayarak canlı bir varlık olarak kabul ettiği değerlendirilmektedir. Bu bakımdan TCK açısından ceninin gebeliğin onuncu haftasından sonra canlı bir varlık olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>55</sup>. Nitekim bu sonuç TMK'da yer alan hükümlerle de uyum arz eder.

## II. TÜRK HUKUKUNDA GEBELİĞİN SONLANDIRILMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Türk Hukukunda gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon ve kastrasyona ilişkin hususlar 24.5.1983 tarihli ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun<sup>56</sup>'da(NPHK) ve buna dayanılarak çıkarılan

47 Gropp and Wörner (n 7) Rn. 48; Merkel (n 4) Rn. 10.

48 Gropp and Wörner (n 7) Rn. 49; ancak bu evre için koruma Emrbriyonun Korunması Hakkında Kanun ile sağlanmaktadır. Bkz. *Ibid* Rn. 50.

49 *Ibid* Rn. 57; bunun dışında tıbbi – sosyal endikasyon ve kriminal endikasyonlar ile de doğum öncesi yaşamın korunduğu belirtilmektedir. Bkz: *Ibid* Rn. 58.

50 *Ibid* Rn. 72.

51 *Ibid*

52 *Ibid*

53 Lüttger (n 17) 251.

54 *Ibid*

55 Dönmez (n 40) 106.

56 RG 27.05.1983 t 18059 s

83/7395 sayılı 14.11.1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük (Tüzük) ile düzenlenmektedir<sup>57</sup>. 1965 yılına kadar gebeliğin<sup>58</sup> sonlandırılmasının yasaklandığı Türk Hukukunda, önce 557 sayılı NPHK ile gebeliğin tıbbi zorunluluk halinde sona erdirilebileceğine ilişkin hükümler getirilmiş; daha sonra ise 2827 sayılı NPHK'nın kabulü ile belirli koşullar altında gebeliğin isteğe bağlı olarak da sonlandırılabilmesine ilişkin düzenlemeler kabul edilmiştir<sup>59</sup>. Bu düzenlemelere göre on haftayı aşmayan gebelikler kadının rızasıyla tıbbi yöntemlerle sona erdirilebilir<sup>60</sup>. Bununla birlikte tıbbi zorunluluklar halinde süreye bağlı olmaksızın yine tıbbi yollarla gebeliklerin sonlandırılması mümkündür<sup>61</sup>. Türkiye'de bu hususun bir sessizlik içerisinde fazla toplumsal muhalefet veya tartışmaya yer vermeksizin kanunlaşması "*Türk halkının gerçekleri görme ve kabul etme hususundaki salim tutumu*" ile bağdaştırılmaktadır<sup>62</sup>.

NPHK m. 2/4 uyarınca bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve kısırlaştırma veya kastrasyon işlemleri yapılamaz. Tüzük'e göre ise gebeliğin sonlandırılması rahim tahliyesini; sterilizasyon kadınlarda tüp ligasyonunu (tüplerin bağlanması), erkeklerde vazektomi (erkeğin tohum kanallarının ameliyatla bağlanması) ifade etmektedir (Tüzük m. 2/ b, c). NPHK'da gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hususlar m. 5 ve 6'da düzenlenmekte; konunun ayrıntıları ise Tüzük'te m. 3-9 arasında yer almaktadır.

TCK, NPHK ve Tüzük'te gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yer verilen ifadeler bakımından kanunkoyucunun terim birliğini sağlayamadığı görülmektedir<sup>63</sup>. TCK'da çocuk düşürme/düşürme

57 Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 22 de konuya ilişkin bir hüküm getirmektedir. Bu düzenlemede "*Ananın hayatını kurtarmak için yegane çare teşkil ettiği takdirde, abortman yapılması caizdir*" ifadesine yer verilmektedir. Görüldüğü üzere bu düzenleme gebeliğin sonlandırılmasını "abortman" ile ifade etmektedir.

58 Gebelik "cinsel ilişki sonunda döllen yumurtanın ana rahmine düşmesi, yani ana rahminde bulunması gereken yerde bulunması ve gelişme sürecine girmesiyle başlar, belli bir süre sonunda canlının (feto) vücuttan doğal olarak dışarı atılması, yani doğumla sona erer" şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz: Zeki Hafizoğulları and Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, (US-A Yayıncılık 5. Baskı 2016) 139.

59 Sulhi Dönmezer 'Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü' (1984) 50 (1-4) İÜHFMD 3, 3; Duygun Yarsuvat, 'Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi', 1982-83 48-49 (1-4) İHFMD 451, 458 ff; Bu düzenleme ile gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılmasını kadının cenin üzerinde tasarruf edebilme hakkının tanımlanması olarak yorumlanmaktadır. Bkz: Erdener Yurtcan *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması Yasal Kürtaj ve Sterilizasyon Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları* (2. Baskı Kazancı Hukuk Yayınları 1990) VIII; NPHK düzenlemelerinin günümüzde bireylerin üreme haklarını etkin bir şekilde kullanabilmelerinin sağlanması noktasında eksiklik taşıdığı eleştirisi getirilmektedir. Buna göre kanunun gebeliğin kadının rızası dahilinde onuncu haftaya kadar sonlandırılabilmesine ilişkin düzenlemesi, onuncu haftanın üst sınırı olarak kabul edilmesinin gerçekleştirilmemesi bakımından çağın ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikte değildir. Aynı değerlendirme benzer gerekçelerle TCK bakımından da yapılmaktadır. Bkz. Melike Şentürk Tur 'Kadının Üreme ve Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasında Yasal Sürelerin Başlangıcı' (2023) 27(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 383, 400.

60 Gebeliğin tıbbi yöntemlerle sonlandırılması ilaç ile olabileceği gibi, cerrahi müdahale – ki kürtaj ve vakumlama yöntemlerini ifade eder – ile olabilmektedir. Gropp and Wörner (n 7) Rn. 79-81. Ertuğrul *Suçlar* (n 24)21-22.

61 AİHM'e göre gebeliğin sonlandırılmasına yasal olarak izin veren devletler, aynı zamanda gebe kadınların bundan yararlanmalarını önleyebilecek nitelikteki engelleri de ortadan kaldırmak zorundadır. Bkz. Eray Sinan Demirhan 'Abortion Jurisprudence Under the European Convention on Human Rights (2024) 12(23) ABÜHFD 25,28.

62 Dönmezer (n 59) 3; Alman hukukunda ise danışmaya dayalı süre modeli benimsenmiş ve bu durum ceza kanununa yansıtılmıştır. Bkz: Merkel (n 4) Rn. 1-6.

63 Türk hukukunda gebeliğin sonlandırılması, gebeliği durdurma, çocuk düşürme ve düşürtme ifadelerinin eşanlamlı olduğu; bunun yanında gebeliğin sonlandırılması işleminin bir türü olan kürtajın ise Türk Hukuku bakımından bunları kapsayacak şekilde kullanıldığı da ifade edilmektedir. Bkz: Yurtcan (n 59) VII.

olarak ifade edilen gebeliğin sonlandırılması terimi, NPHK'da gebeliğin sona erdirilmesi olarak yer almakta; Tüzük 'te ise rahim tahliyesi şeklinde ifade edilmektedir. Buna göre ilgili Tüzük m. 2/b ise rahim tahliyesini "gebeliğin sonlandırılması" olarak tanımlamaktadır. Kanaatimizce hem TCK hem de ilgili kanun ve tüzük bakımından bu hareketi ifade etmek üzere kullanılacak en uygun terim "gebeliğin sonlandırılması" olacaktır<sup>64</sup>. Terim birliğini sağlamak adına Kanun ve ilgili Tüzük 'te aynı ifadelerin kullanılması uygun olacaktır. Ayrıca TCK'da yer alan suç tipinde de gebeliğin sonlandırılması ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağı yönündeki görüşe biz de iştirak ediyoruz<sup>65</sup>.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, gebeliğin sonlandırılması kavramı çocuğun normal veya müdahaleyle doğumunu sağlamaya yönelik ve çocuğu yaşatma amacına yönelik doğum, erken doğum, sezaryen gibi ameliyeleri kapsamamaktadır. Bu ifade, ana rahmin gelişimi sürdürmekte olan ve canlı halde bulunan ceninin, cenini yaşatma amacı olmaksızın, müdahale ile rahimden ihraç edilmesi anlamını taşımaktadır<sup>66</sup>. Bir başka tanıma göre fetüsün uterusun dışında yaşama yeteneğini kazanmadan, gebenin yazılı iznini müteakip, gebeliğinin kendi isteği ile ya da tıbbi zorunluluk nedeniyle çeşitli yöntemler kullanılarak sonlandırılması işlemine denilmektedir<sup>67</sup>. Biz çalışmamızda gebeliğin sonlandırılması kavramını tercih etmekteyiz

Gebeliğin sonlandırılması meselesi, ceza hukukunu da yakından ilgilendiren kanunkoyucunun belirli koşulları taşımayan gebeliğin sonlandırılması hareketlerini suç tipleri ihdas etmek suretiyle cezalandırma yoluna gittiği bir husustur. Türk Ceza Hukuku bakımından gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin suç tipleri TCK'nın Özel Hükümler Kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısımında, "Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma" başlıklı Beşinci Bölümünde çocuk düşürtme (m. 99) ve çocuk düşürme (m. 100) suçları olarak düzenlenmektedir. Bu suç tipleri mülga 765 sayılı TCK'da da aynı şekilde çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçları olarak isimlendirilmekteydi<sup>68</sup>.

Gebeliğin sonlandırılması hususunda çatışan değerlerin dengelenmesi amacıyla kanunlarda gebeliğin farklı durumlarda sonlandırılması halinde bunu gerçekleştiren kişiler bakımından bir imkan tanınma, buna izin verilme ya da cezasızlık sebebi olarak görme şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>69</sup>. Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kabul edilen kanuni düzenlemelerde temelde üç farklı model benimsenmektedir. Bunlardan ilki gebeliğin belirli bir zamana kadar sona erdirilebileceğinin kabul edildiği süre modelidir. Bu modelde gebe kadınlara gebeliğin belirli haftasına kadar istekleri doğrultusunda gebeliğin sonlandırılması imkânı verilmektedir<sup>70</sup>. Bir diğer model endikasyon modeli olarak adlandırılan modeldir. Bu modelde gebeliğin süresi önem taşımamakta, mevzuatta yer alan

64 Aynı yönde, Dönmez (n 40) 107.

65 Hüseyin Ertuğrul 'Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu' (2016) 6(2) Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 362, 372; Muş (n 33) 25.

66 Bkz. Oktar (n 19) 9.

67 Engin Kurt and Yusuf Tunca 'Temel Etik İlkeler Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasındaki Etik İlkelerle Bir Bakış' (2016) (54) Medical Bulletin Haseki 57, 57.

68 Oktar (n 19) 5.

69 Oktar (n 19) 20.

70 *Ibid*

belirli endikasyonların varlığı halinde gebeliğin sonlandırılmasına hukuki olarak izin verilmektedir<sup>71</sup>. Bu modelde gebeliğin ancak gebe kadında veya ceninde belirli endikasyonların gelişmesi suretiyle sonlandırılması imkanının getirildiği tıbbi endikasyonlar göz önünde bulundurulabileceği gibi (tıbbi sebepler ve embriyopatolojik sebepler<sup>72</sup>); hukuki – ahlaki (kriminolojik) sosyal – ekonomik<sup>73</sup> veya endikasyonların göz önünde bulundurulması da mümkün olabilmektedir. Üçüncü model ise acil durum modeli olarak karşımıza ve bu durumda gebeliğin gebe kadının yaşamını tehlikeye sokan acil bir durumda sonlandırılması imkanı getirilir. Türk hukukunda yer alan hükümler bu modeller göz önünde bulundurularak değerlendirildiğinde Türk Hukuku bakımından gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak birden fazla modelin kabul edildiğini söylemek mümkündür. Buna göre gebeliğin onuncu haftaya kadar başkaca bir koşul aranmaksızın isteğe bağlı olarak sonlandırılması mümkün olduğundan süre modelinin; on haftadan sonra ise tıbbi endikasyon (tıbbi zorunluluk hali veya gebeliğin gelecek nesiller için ağır maluliyet riski taşıması) modelinin benimsendiği görülmektedir<sup>74</sup>. Bunun yanında mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalan kadının bu endikasyonlar olmaksızın ve belirtilen sürelerden daha uzun bir sürede karar verebileceği şekilde gebeliğinin sonlandırılması imkanı bakımından da kriminolojik endikasyon modelinin benimsendiği görülmektedir<sup>75</sup>. Ayrıca gebe kadının hayatının tehlikede olduğu acil hallerde de gebeliğin sonlandırılması imkanının tanınmış olması, acil durum modelinin kabul edildiğine işaret etmektedir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde Türk Hukuku'nda gebeliğin iki halde sona erdirilebileceği saptanmaktadır<sup>76</sup>. Bunlardan ilki gebeliğin isteğe bağlı olarak sonlandırılması, diğeri ise gebeliğin tıbbi zorunluluk haline bağlı olarak sonlandırılmasıdır.

Buna göre gebelik, onuncu haftaya kadar gebe kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde isteğe bağlı olarak sonlandırılabilir (NPHK m. 5/1). Gebeliğin onuncu haftasının dolmamış olması ve gebe kadının sağlığı bakımından tıbbi bir sakıncanın bulunmaması şartları, gebeliğin isteğe bağlı olarak sonlandırılması için birlikte bulunması gereken şartlardır. Gebeliğin bu şartlarda sonlandırılmasına yönelik işlem Tüzük m. 3/2 uyarınca kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır. Ancak, Tüzük m. 3/3 uyarınca Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlere de, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilme yetkisi tanınmıştır. Menstrüel regülasyon

71 *Ibid* 21; Gebeliğin sonlandırılmasında tıbbi endikasyonların göz önünde bulundurulmasına yönelik olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Tysiac v. Polonya* kararında, m. 8 yönünden yaptığı incelemede devletlerin gebeliğin gebe kadının sağlığına yönelik tehlike durumunda sonlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemelerin gebe kadın ve hekimler arasındaki çıkar çatışmasını düzenleyen kapsayıcı nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Demirhan (n 61) 28.

72 Oktar (n 19) 21-22.

73 *Ibid* 23-24.

74 *Ibid*

75 *Ibid* 24; Erdem (n 46) 1640.

76 Gebeliğin sonlandırılmasına yönelik sınırlamaların kimi durumlarda kadınları sağlığa elverişsiz koşullar altında gebeliğin sonlandırılması müdahalesinin yapılmasına ittiği iddia edilmektedir. Bkz. Helin Rojda İlalı 'Kadının Menfaati Bakımından Rahim Tahliyesi' (2020) (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 671, 672. Ancak kanaatimizce gebeliğin sonlandırılmasına hiçbir sınır getirilmemesinin yaratacağı ahlaki, etik ve hukuki sorunlar düşünüldüğünde, elbette ki bu müdahalenin belirli şartlara tabi kılınması olağandır ve gereklidir.

(MR) deyimi, vakum aspirasyon yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahaleyi ifade eder (Tüzük m. 2/d).

Diğer yandan gebeliğin onuncu haftasının dolmasından sonra sonlandırılması, ancak tıbbi bir zorunluluğun varlığı halinde mümkündür. Burada TCK m. 99 uyarınca kadının mağduru olduğu bir suç sonucu<sup>77</sup> gebe kalması durumunda gebelik süresinin yirmi haftayı aşmamak ve kadının rızası olmak şartlarıyla gebeliğin sonlandırılmasının tıbbi bir zorunluluk olmaksızın mümkün kılındığını eklemekte fayda bulunmaktadır.

Gebeliğin sonlandırılması için ilgilinin rızası gerekmektedir. NPHK m. 6 uyarınca hem onuncu hafta dolmadan önce hem de onuncu hafta dolduktan sonra gebeliğin sonlandırılması için izin şartı getirilmiştir. Tüzük m. 13 ise yalnızca on haftası dolmamış gebelikler bakımından izin şartı getirmektedir. Gebeliğin sonlandırılmasında gebe kadın reşitse kendisinden, küçükse kendisinin de rızası alınmakla birlikte velisinden, vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse reşit olmayan gebe kadını kendisinden ve vasisinden ve ayrıca sulh hakiminden izin alınması gerekmektedir (NPHK, m. 6; Tüzük, m. 13). Tüzük'te ayrıca belirtilmeyen fakat NPHK'da yer alan bir başka koşul ise gebe kadının evli olması durumunda eşinin de söz konusu tıbbi müdahale için izninin gerekmesidir. Gebe kadının reşit olmasına rağmen kendisinin rızasının aranmayacağı hallerden

77 TCK'da kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinin hangi makam tarafından tespit edileceğine ilişkin bir açıklık bulunmaması eleştirilmektedir. Keskin-Kızıroğlu (n 45) 183; Uyumaz and Avcı (n 19) 607; buna göre bu suçun varlığını tespit açısından kesinleşmiş bir mahkeme kararının aranması durumunda bu cezazırlık nedeni uygulama olanağı bulamayacaktır, zira bir ceza mahkemesi hükmünün yirmi haftadan önce kesinleşmesi pratikte mümkün değildir. Bu durumda Alman StGB 218A(3)'de yer alan ve bir hekim tarafından gebe kadına karşı bu şekilde bir suçun işlendiğinin ve gebeliğin bu suç sonucu oluştuğunun kuvvetle muhtemel görülmesi şeklindeki şartın TCK bakımından da getirilmesi önerilmektedir. Bkz. Keskin-Kızıroğlu (n 45) 183; hükmün uygulanması noktasında gebeliğin suç sonucu olduğunun belirlenmesi hususundaki yetkinin hekime verildiğine ilişkin hükümde bir açıklık olmadığı ve fakat hükümde bunun yasaklanmadığı da belirtilerek söz konusu kararın hekim tarafından verilmemesinin hukuka uygun olacağı yönünde bkz: Barış Işık, 'Mağduru Olduğu Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürülmesi Suçu (TCK m. 99/6)' (2015) 3(2) CHKD 25, 39; hükmün uygulanması için gebeliğin bir suç sonucu olup olmadığı noktasındaki araştırmanın Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılması ve buna ilişkin kuvvetli şüphenin elde edilmesi durumunda gebeliğin sona erdirilebilmesine izin verilmesi şeklindeki bir başka öneri için bkz: Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 314; öte yandan konu Anayasa Mahkemesi tarafından da bireysel başvuru yoluyla tartışılmıştır. Anayasa Mahkemesi önüne gelen somut olayda suç tarihinde onsekiz yaşını doldurmamış bir çocuğun gebeliğinin sonlandırılması talebinin ilgili makamlarca yerine getirilmemesini AY m. 17'ye aykırı göyerek ihlal kararı vermesinin yanında, suçun mağdurunun çocuk olması durumunda TCK m. 99/6 ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Buna göre "5237 sayılı Kanun'un 99. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, bir suç sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılması ile ilgili olarak alınması gerekli iznin nasıl bir usul izlenerek hangi yargısal makam tarafından verileceği konusunda bir düzenleme yer almadığı görülmektedir. Ancak somut olay bakımından bu durum kanunilik kriteri yönünden bir eksiklik ortaya çıkarmamaktadır. Zira somut olayda başvurucunun 18 yaşından küçük, hukuken *çocuk* statüsünde olması dolayısıyla 5237 sayılı Kanun'un anılan hükmün 5395 sayılı Kanun hükümleri ile birlikte uygulanması zorunludur. 5395 sayılı Kanun ise yukarıda da detaylı olarak açıklandığı üzere suç mağduru çocuk yönünden alınması gereken koruyucu ve önleyici tedbirler ile bu tedbirlere karar verecek yetkili yargı makamlarının hangileri olduğu konularında açık ve ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Nitekim kanun yararına bozma talebini inceleyen Yargıtay'ın kararında da somut olay bakımından 5395 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gereğine işaret edilmiştir. Bu durumda somut olay bakımından müdahalenin dayanağı olan kanun hükümleri 5237 sayılı Kanun'un 99. maddesinin (6) numaralı fıkrası ile 5395 sayılı Kanun'un suç mağduru çocukla ilgili koruyucu ve destekleyici tedbirleri düzenleyen hükümleridir." demek suretiyle TCK m. 99/6'nın uygulanmasında suç mağduru çocuklar yönünden gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kararın 5395 sayılı Kanun kapsamında alınabileceğini belirtmektedir. Karar için bkz: R.G. BAŞVURUSU Başvuru Numarası: 2017/31619 Karar Tarihi: 23/7/2020.G. Tarih ve Sayı: 10/9/2020-31240.

biri gebe kadının “akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmaması” halidir (NPHK m. 6/1, Tüzük m. 14). Ayrıca küçüklerde veliden, reşit ve mümeyyiz olmayan vesayet altındaki kişilerde ise sulh mahkemesinden izin alınması zamanı gerektiriyorsa ve derhal müdahale edilmediği takdirde yaşamı veya yaşamsal organlardan birini tehdit eden acil durum varsa bunlardan izin alınması koşulu aranmaz. Ancak reşit kişiler bakımından bu gibi acil durumlarda izin alınmadan müdahalenin gerçekleştirilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı belirtilmelidir<sup>78</sup>.

Bu düzenlemeler gebe bir kadının gebeliğinin on haftaya kadar kendisi veya rızası olmak koşulu ile bir yetkili hekim tarafından sonlandırılmasını söz konusu suçların kapsamı dışında değerlendirmektedir. Bu nedenle de söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde gebe kadının kendi geleceğini belirleme hakkının gebeliğin onuncu haftasının dolmasına kadar korunduğu belirtilmektedir<sup>79</sup>. NPHK on haftayı aşmayan gebeliklerde gebeliğin sonlandırılması işleminin yetkili hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtirken, TCK açısından böyle bir şart aranmamaktadır. TCK on haftayı geçmeyen bir gebeliğin gebe kadının kendisi tarafından sonlandırılmasını cezalandırmamaktadır. Ancak on haftayı geçtikten sonra gebeliğin gebe kadının kendisi tarafından sonlandırılması her halükarda suç olarak düzenlenmiştir<sup>80</sup>.

TCK'nın 100. maddesine göre çocuk düşürme suçu “*gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur*”. Dolayısıyla TCK m. 100 ise on haftayı aşan gebeliklerin gebe kadının kendisi tarafından sonlandırılmasını çocuk düşürme suçu olarak düzenlemektedir<sup>81</sup>. Mülga TCK'da söz konusu hüküm m. 469'da yer almaktaydı ve cezası bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmişti. Aşağıda ayrıca ele alacağımız üzere bu iki düzenleme arasında ilk olarak suç tipi karşılığında öngörülen yaptırım bakımından önemli bir fark bulunmaktadır. İkinci olarak ise mülga TCK m. 469/2'de gebe kadını çocuk düşürmeye yarayacak vasıta tedarik etmek suretiyle çocuğu düşürmeye tahrik eden kişinin cezalandırılmasına ilişkin düzenlemeye TCK m. 100'de yer verilmemiştir. Bu bakımdan çocuk düşürme suçuna iştirak genel hükümlere göre cezalandırılacaktır<sup>82</sup>. Alman StGB ise 218/III'te de buna benzer olarak gebe kadının gebeliğini kendisinin sona erdirmesi suç olarak düzenlenmiş ve bir yıla kadar hapis ya da adli para cezası şeklinde bir yaptırım öngörülmüştür.

78 Bu gibi durumlarda zorunluluk halinin fiili hukuka uygun kılacağı yönünde bkz. Keskin-Kızıroğlu (n 45) 168.

79 Üstün and Aygörmüş Uğurlubay (n 20) 34; doktrinde kişinin kendi bedeni üzerinde karar verme hakkıyla ceninin yaşama hakkının çatışmasına dayanan gebeliğe son verilmesine ilişkin ikilemin, gebe kadının söz konusu hakkının sınırsız bir biçimde kabul edilmeyip ceninin yaşam hakkının kutsal kabul edilmesi suretiyle aşılabileceği; bu yönden Türk hukukunda bahsettiğimiz düzenlemelerin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin bu çatışmaya makul bir çözüm getirdiği dile getirilmektedir. Bkz: Uyumaz and Avcı (n 19) 589; bu yöndeki ikilemin tıp etiği açısından ortaya koyduğu sorunlar için bkz: Kurt and Tunca (n 67) 58 ff

80 Bu suç tipinin gebeliğin 11 ila 40'inci haftaları arasında hangi evrede gerçekleştirildiğinin cezalandırma bakımından bir etkisinin olmaması doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. Mustafa Özen ‘Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (2007) (5) THD 97,101.

81 Ertuğrul Düşürme (n 65) 362.

82 Veli Özer Özbek, Koray Doğan and Pınar Bacaksız *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Baskı Seçkin 2024) 322.

### III. GEBELİĞİN BİZATİHİ GEBE KADIN TARAFINDAN SONLANDIRILMASI BAKIMINDAN TCK M. 100'ÜN İNCELENMESİ

#### A. SUÇ TİPİYLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bu suç tipi ile korunan hukuki değer ne olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Belirtmek gerekmektedir ki bu suçla korunan hukuki değer tespiti, esasen ceninin yaşam hakkına sahip olup olmadığı tartışmaları ile bağlantılıdır. Etik açıdan ceninin yaşam hakkına sahip olup olmadığı meselesi, hukuki boyutuyla gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin hayata geçirilmesi noktasında önemli bir rol oynamaktadır. Yaşam hakkı bir çok uluslararası belgede korunma altına alınan temel haklardan biridir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirisi m. 3; Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 6, Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 6 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 2 bu temel hakkı koruma altına almaktadır. Söz konusu hükümler incelendiğinde ulaşılan ortak kanaat, bir çocuğun yaşam hakkına sahip olduğunun kabul edilebilmesi için doğmuş olması gerektiği yönündedir<sup>83</sup>. Örneğin gebeliğin sonlandırılmasının AİHS sistemi bakımından herhangi bir hakkın ihlalini oluşturup oluşturmadığı meselesi AİHM kararlarında ele alınmaktadır. AİHS sistemi bakımından konu yaşam hakkı (m. 2) , özel hayat ve aile hayatının korunması (m. 8), adil yargılanma hakkı (m. 6) ve ifade özgürlüğü (m.10) kapsamında incelenmektedir<sup>84</sup>. Korunan hukuki değer tespit edilmesi noktasından yaklaşıldığında, AİHS'in yaşam hakkına ilişkin sağladığı koruma önem kazanmaktadır. AİHS m. 2 herkesin yaşam hakkını güvence altına almaktadır. Sözleşmenin uygulanması noktasında da tartışılan esaslı meselelerden biri ceninin de AİHS m.2 kapsamında yaşam hakkı güvence altına alınan *herkes* olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda ceninin yaşam hakkından bahsedilip edilemeyeceğidir. AİHM Vo v. Fransa<sup>85</sup> kararında rutin kontrolü için doktor kontrolüne giden başvuru, isimle aynı soyisme sahip olan bir başka hasta ile isimlerinin karışması sonucu diğer hastanın üzerinde uygulanması gereken tıbbi müdahaleye maruz kalarak bebeğini kaybetmiştir. Başvurucunun AİHM'e başvurusunun gerekçesi gebeliğinin sona ermesi sonrası doktor hakkında yapılan yargılamada ceninin taksirle öldürülmesine ilişkin bir sorumluluğunun yerel mahkemeler tarafından tespit edilmemesi olmuştur. Bu anlamda başvuru ceninin yaşam hakkının ihlal edildiğini öne sürmektedir<sup>86</sup>. "*Başvurucunun gündeme getirdiği temel soru Fransız hukuk sisteminde ceninin kasit olmaksızın yok edilmesini cezalandıracak bir ceza çaresinin bulunmamasının, Devletin sözleşmenin 2inci maddesinin anlamı dahilinde yaşam hakkını korumada kanunla korumada başarısız olup olmadığıdır.*"<sup>87</sup>. Bu bağlamda Mahkeme yaptığı değerlendirmede sözleşmenin ikinci maddesinde geçen "herkes" ifadesinin sözleşme kapsamında tanımlanmadığını; dolayısıyla sözleşmenin kimlerin yaşam hakkına sahip olduğu hususunda sessiz kaldığını; bu nedenle de bir kişinin yaşamının ne zaman başladığını ve bu başlangıcın doğmamış

83 Şemsettin Varol *Yaşam Hakkı Bağlamında Ötanazi ve Kürtaç*, ( 1. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2022) 92-94.

84 *Ibid* 216.

85 Vo v. Fransa, Başvuru No: 53924/00; bu konuda AİHM kararları olduğu gibi konu Komisyon önüne de gelmiştir. Bkz: X. v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 8416/78; H. v. Norveç, Başvuru No:17004/90

86 Vo v. Fransa, para. 49.

87 Vo v. Fransa, para. 74.

bir çocuğu da kapsayıp kapsamadığının tespit edilmesi gerektiği üzerinde durmuştur<sup>88</sup>. Ancak Mahkeme'nin taraf devletlerin hukuk sistemlerinde ceninin statüsünün farklı ele alınmasını göz önünde bulundurarak ceninin yaşam hakkı olup olmadığı hususunda görüş açıklamadığını belirtmek gerekmektedir<sup>89</sup>. Ceninin yaşam hakkının açık bir biçimde tanınmamış olması, doğum öncesinde belirli korumalardan yararlanabilmesinin önünde bir engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla her ne kadar yaşam hakkının başlangıç anı doğum olsa da, cenin de annenin menfaatleri ile dengelendiği ölçüde hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde belirli korumalardan yararlanmaktadır. Bu açıdan kanaatimizce söz konusu suç tipi kapsamında ceninin yararlandığı menfaatin ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Öte yandan bu suç tipinde korunan hukuki değer tespit edilmesi mağdurun belirlenmesi için zorunluluk etmektedir<sup>90</sup>. Söz konusu suç tipinde korunan hukuki değer ne olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekmektedir ki bir görüş, cenini hem TCK m. 99 hem de TCK m. 100'de yer alan suçlar bakımından bir hukuki değer olarak nitelendirmektedir<sup>91</sup>. Ancak kanaatimizce suçun konusunu oluşturan cenin, bir değer olarak değil, maddi varlığı haiz bir suje olarak suçun konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu suçta, aşağıda görüleceği üzere bazı yazarlar tarafından dile getirildiği gibi, cenine ait olan bir değer korunmasından bahsetmek mümkün olabilirse de, ceninin bir hukuki değer olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

Çocuk düşürme ve düşürme suçlarında korunan hukuki menfaatleri bütüncül olarak ele alanlardan bir kısmı, bu suçlarda hem kişisel hem de kamusal menfaatlerin korunduğunu öne sürmektedir. Buna göre söz konusu hükümlerle korunan hukuki değerlerden kişisel olanlar ana rahminde meydana gelen canlı varlığın yani ceninin hayatının veya bağımsız bir hayat sahibi olma imkanı bir başka deyişle çekirdek halindeki insan hayatı<sup>92</sup> ile gebe kadının hayat ve sağlığı ile cinsel özgürlüğüdür<sup>93</sup>. Buna annenin biyolojik olma hakkı ile baba adayının baba olabileme hakkını ekleyenler de bulunmaktadır<sup>94</sup>. Söz konusu suçlarla korunan kamusal menfaatler ise devletin nüfus politikası olarak belirlenmektedir<sup>95</sup>.

Diğer yandan bu suç ile cenine ait menfaatlerin korunduğunu öne sürenler bu menfaati değişik biçimlerde ifade etmektedir. Bunların bir kısmına göre bu suçla korunan hukuki değer ceninin

88 Vo v. Fransa, para.75; AİHM'in konuya ilişkin benzer yönde değerlendirmeleri bakımından bkz: Boso v. İtalya, Başvuru No: 50490/99; Open Door and Dublin Well Woman v. İrlanda, Başvuru No: 14235/88

89 Varol (n 83) 94.

90 Korkmaz (n 30) 291.

91 Oktar (n 19) 12.

92 Dönmezer (n 59) 7.

93 *Ibid*; kadının cinsel özgürlüğünün korunduğu yönünde bkz: Yurtcan (n 59) 45; ceninin gelecekteki yaşam hakkı ile devletin nüfus politikasının; ancak bunlar yanında insanların kendi sağlıkları üzerindeki tasarruf yetkilerinin kısıtlı olmasından hareketle gebe kadının sağlığının da korunduğu belirtilmektedir. Bkz. Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 322; Üstün and Aygörmez Uğurlubay (n 20) 34.

94 Ertuğrul Suçlar (n 24)134; Ertuğrul Düşürme (n 65) 372-373.

95 Dönmezer (n 59) 7; Ertuğrul Düşürme (n 65) 372-373; diğer yandan 765 sayılı TCK'da çocuk düşürme ve düşürtme suçları, kanuni olarak isteğe dayalı gebeliğin sonlandırılmasına izin verilen düzenlemelerin hayata geçirilmesinden önce, "İrkin tümlüğü ve sağlığı aleyhinde cürümler" başlığı altında düzenlenmekteydi. Bu nedenle bu dönemde söz konusu suç tipleri ile mülga TCK'da milletin tümlüğü ile çoğalma gücünün korunduğu savunulmaktaydı. Dönmezer (n 59) 8.



gelecekteki yaşam hakkıdır<sup>96</sup>. Bir başka görüş ise bu suçla korunan hukuki değeri anne karnındaki biyolojik varlığın insana dönüşme potansiyeli olarak ele almaktadır<sup>97</sup>. Buna benzer biçimde rahimde belirli bir haftaya kadar gelişimini tamamlamış olan ceninin doğma hakkının korunduğu da belirtilmektedir<sup>98</sup>. Söz konusu değeri ceninin mevcut yaşamı olarak tespit edilmesi gerektiğini belirtenler de bulunmaktadır<sup>99</sup>. Bu görüşe göre TCK sistemi cenini bir suje olarak korumaktadır. Cenin bir insan veya kişi niteliğini haiz olmamakla birlikte insan varlığına dahil sayılmakta; ancak doğan bir insanla eşit bir korumadan değil daha zayıf bir korumadan yararlanmaktadır<sup>100</sup>. Gebe kadının yaşamının ve sağlığının korunduğu şeklindeki yaklaşıma karşı çıkanlar, bu suçta gebe kadının kendisinin fail olması dolayısıyla ona ait bir hak veya menfaatin korunamayacağı düşüncesinden hareket etmektedir<sup>101</sup>.

Bir başka görüş ise korunan hukuki değerın kamusal bir yarar olduğunu ve bunun ise beşeri hayatın başından başlayarak bunun esenliğinin ve güvenliğinin teminine yönelik yararlar olduğunu belirtmektedir<sup>102</sup>. Buna göre insan hayatının esenliği ve güvenliği<sup>103</sup> kamusal bir yarar olarak korunmaktadır<sup>104</sup>.

Diğer yandan çocuk düşürmenin suç olmaktan çıkarılması gerektiği görüşünde olanlar, bu suçla korunan bir hukuki değer olmadığını belirtmektedirler. Buna göre insanların üremesi, hayvanlardan farklı olarak doğa kanunlarına bırakılamaz. Nitekim soyunu sürdürebilme veya üreme özgürlüğü çocuk sahibi olmayı kapsadığı kadar, çocuk sahibi olmamayı da kapsamaktadır. Bu konudaki kararı da eşlerin vermesi gerekmektedir. Bu nedenle de gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemelerde bu hususa riayet edilmesi gerekmektedir. Gebeliğin sonlandırılmasının serbest olmasının yanında; bunun uygulanmasını mümkün olduğunca kolaylaştırmak bakımından hem tıbbi hem de sosyal yardımların yapılması gerektiği öne sürülmektedir<sup>105</sup>.

96 Berrin Akbulut and Ola Raheem Kareem 'Türk Ceza Kanunu ve Irak Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları' (2018) 13(37) Ceza Hukuku Dergisi 11, 60; Aylin Kul 'Türk Ceza Hukuku'nda Çocuk Düşürme Suçunun Tartışmalı Yönleriyle İncelenmesi' (2018) 4(7) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 88; Tezcan, Erdem and Önok ( n 39) 373; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 184; Muş (n 33) 63; gebe kadının kendi vücut bütünlüğüne zarar vermesinin önlenmesine ilişkin bir amaç güdülmüş olabileceği de belirtilmektedir. Bkz. Kul, (n 95) 89; çocuk düşürtme ve düşürme suçlarıyla doğmamış ceninin yaşamının yanı sıra gebe kadının yaşamına ve sağlığına ilişkin değerlerin korunmasının amaçlanması nedeniyle söz konusu suç tipleriyle biyolojik babaya ait bir değerın ihlal edilmediği belirtilmektedir. Bkz: Walter Gropp and Liane Wörner 'StGB. § 218' in Volker Erb and Jürgen Schäfer (eds) *Münchener Kommentar zum StGB* (4. bs Beck 2021) Rn. 33

97 Doğan (n 39) 100.

98 Oktar (n 19) 232.

99 Korkmaz (n 30) 292.

100 *Ibid*

101 *Ibid* 291.

102 Hafizoğulları and Özen (n 58) 143.

103 *Ibid* 146; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 332.

104 Hafizoğulları and Özen (n 58) 146

105 Faruk Erem *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1985) 474 ff.

Alman hukukuna bakıldığında Alman StGB 218 hükmünün hayata karşı suçlar arasında düzenlendiği görülmektedir. Nitekim buna paralel olarak korunan hukuki değer “hayat tohumu” farklı bir ifadeyle “oluşmakta olan hayat”<sup>106</sup> veya anne rahminde henüz doğmamış insanın gelişmekte olan yaşamı<sup>107</sup> olduğu ifade edilmektedir. Böylelikle hayat annenin iradesinden ve hayatından bağımsız kişisel bir hukuki menfaat olarak korunmaktadır<sup>108</sup>. Ancak bu korumanın ceninin bağımsız bir yaşam hakkı sahibi olduğu anlamına gelmediği zira ceza hukukunda korunan değer temel bir hakkı yansıtmak zorunda olmadığı da ifade edilmektedir<sup>109</sup>. Doğmamış çocuğun anneye fiili bağımlılığına karşın korunma ihtiyacı annenin görüşünden bağımsız olarak değerlendirilir. Hamilelikte birden fazla cenin bulunuyorsa, bu durumda her bir ceninin hayatı bağımsız birer hukuki değer olarak korunmaktadır. Ancak gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin suçlar karşılığında öngörülen cezaların öldürme suçlarına nazaran daha az olması, ceninin yaşamının doğmuş bir kişinin yaşamından daha az değerli olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine anne ve çocuk eşit bireyler olarak görülmektedir. ancak yine de, doğmamış çocuğun yaşam hakkı kabul edilse bile, bunun ceza hukuku bakımından annenin yaşamından ve diğer temel haklarından daha az korunduğu görülmektedir<sup>110</sup>. Ancak cenine tanınan bu korumanın dölleme anından itibaren başladığı kabul edilse bile, ceninin anne rahmindeki “yaşayabilirlik” düzeyine göre bu korumanın sınırı artırılıp azaltılabilmektedir<sup>111</sup>. Bunun yanında Alman hukuku bakımından annenin sağlığının korunup korunmadığı hususu tartışmalı olmakla birlikte, gebeliğe son verilmesi noktasında tıbbi gereksinimlerin, sürelerin ve kadının rızasının göz önünde bulundurulması bağlamında gebe kadının sağlığının ve karar verme özgürlüğünün de korunduğu belirtilmektedir<sup>112</sup>. Alman hukukunda gebe kadının gebeliğini devam ettirmesine yönelik açıkça teşvik edici bir danışmanlık modeli getirilmiş olmasından nüfus politikalarının bu suçla korunmadığı da belirtilmektedir<sup>113</sup>. Bu düzenlemeler ceninin gelecekteki yaşam hakkının ihlal edildiğine işaret etmektedir. Bu nedenle de Alman hukukunda cenin doğumdan sonra başlayan yaşam hakkının sahibi bir kişi olarak değil, fakat bir embriyo olarak koruma altına alınmaktadır.

Kanaatimizce ceninin doğumdan önce bir hak sujesi olamayacağı hususu göz önünde bulundurulduğunda, Türk hukuku bakımından ceninin yaşam hakkının varlığından ve bu hakkın korunduğundan bahsetmek isabetli olmayacaktır. Suçun kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiş olmasından hareketle ise bu suç tipiyle korunan hukuki menfaatin kişisel hukuki menfaatlerden olması gerektiği açıktır. Bu bakımdan TMK hükümleri de göz önünde bulundurulduğunda ceninin anne rahminde bulunduğu sırada doğum sonrasında üzerinde tasarruf edebileceği bir yaşam hakkının sujesi olduğu tespitini yapmak gerekmektedir. Dolayısıyla tıpkı ceninin üzerinde tasarruf edebileceği diğer hakları gibi anne rahminde bulunduğu süre içerisinde bu hakları muhtemel doğuma bağlı olarak belirli bir koruma altına alınmaktadır. Türk hukuku bakımından ceninin muhtemel yaşam

106 Lüttger (n 17) 251.

107 Gropp and Wörner (n 7) Rn. 38; Eschelbach, StGB § 218, Rn. 1; Merkel, (n 8) Rn. 7

108 Gropp and Wörner (n 7) Rn. 38.

109 Merkel (n 8) Rn. 7.

110 Gropp and Wörner (n 7) Rn. 38.

111 *Ibid* Rn. 39.

112 *Ibid* Rn. 40, 42.

113 *Ibid* Rn. 43.

hakkı koruması onuncu gebelik haftası itibariyle başladığından, bu suç tipiyle öncelikli olarak ceninin **muhtemel yaşam hakkının** korunduğunu belirtmek gerekmektedir. Bunun yanında söz konusu korumanın başlamasından önce, ceninin anne rahminden ayrılması işlemi Türk hukuku bakımından bir tıbbi müdahale olarak nitelendirilmektedir ve yukarıda belirtildiği üzere belirli koşullara tabi kılınmıştır. Bu müdahalenin belirli koşullara tabi kılınmasının nedenlerinden en önemlisi gebe kadının sağlığının korunmasıdır. Bu açıdan bize göre bu suç tipiyle gebe kadının sağlığının teminine ilişkin menfaatlerin de korunduğunu söylemek mümkündür. Kanaatimizce gebe kadının bu suçun faili olması, soyut olarak gebe kadının sağlığının teminine ilişkin menfaatlerin korunmasını engellemez.

## **B. SUÇUN MADDİ UNSURLARI**

### **1. Suçun Konusu**

Doktrinde suçun konusuna ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlardan ilki suçun konusunu on haftayı geçmiş anne karnındaki ceninin gelecekteki hayatı olarak kabul etmektedir<sup>114</sup>. Diğer bir görüş ise suçun konusunu gebe kadının vücudu ve düşürülen cenin olarak ele almaktadır<sup>115</sup>. Farklı bir görüş ise suçun konusunun gebe kadın olduğu kanaatinde<sup>116</sup>. Kanaatimizce bu suçun konusunu cenin oluşturmaktadır<sup>117</sup>. Ceninin doğal veya tıbbi yollarla oluşup ana rahminde yer alması önem arz etmez<sup>118</sup>. Suçun konusunu oluşturabilecek nitelikteki ceninin muhakkak canlı durumda olması gerekmektedir<sup>119</sup>. Bu bakımdan ceninin ölümü açısından beyin ölümü kriteri kullanılmaz. Zira beyin varlığı, özellikle ilk haftalarda bir beyinden söz edilemeyeceğinden, ceninin yaşama kriteri olarak ele alınamaz. Bu noktada cenin açısından yaşama belirtisi olarak embriyonik kalp hareketliliği esas alınmaktadır<sup>120</sup>. Bununla birlikte ceninin gelişimi ya da hastalıklı olup olmaması suçun konusunu oluşturması açısından önem arz etmez<sup>121</sup>. Dolayısıyla ceninin doğum sonrasında yaşama kabiliyetine sahip olup olmadığı araştırılmaz<sup>122</sup>. Alman hukukunda suçun konusu döllenmiş yumurtanın rahim iç zarına yerleşmesiyle başlayan ve doğum sancılarına kadar devam eden süreçteki anne rahminde bulunan doğmamış insan olarak görülmektedir<sup>123</sup>.

Suçun konusu cenin olarak tespit edildiğinde anne rahminde yer alan gebelik ürününün hangi andan itibaren cenin sayıldığı meselesi de önem arz etmektedir. Nitekim eğer ki gebelik ürünü eğer

114 Akbulut and Kareem (n 96) 62; Ertuğrul Düşürme (n 65) 273; Doğan (n 39) 99-101; Erdem (n 46) 1681; Ertuğrul *Suçlar* (n 24)135.

115 *Özen Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 332.

116 Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 322; yazarlar cenini ise suçun hukuki konusu olarak ele almaktadır. Bkz: *Ibid* 322.

117 Keskin-Kızıroğlu (n 45) 172; Doğan (n 39) 101; Erdem (n 46) 1681; Dönmez (n 40) 112; Eser and Weißer (n 1) Rn. 5; Merkel, ( n 8) Rn.17.

118 Hafizoğulları and Özen (n 58) 139.

119 Merkel ( n 8) Rn. 19; Akbulut and Kareem (n 96) 62; Dönmez(n 40) 112.

120 Merkel ( n 8) Rn. 20-21.

121 Akbulut and Kareem (n 96) 62.

122 Merkel ( n 8) Rn. 19.

123 Groppe and Wörner (n 96) Rn. 5; Eschelbach, StGB § 218, Rn. 2; Sommer and Tsambikakis (n 9) Rn. 223-229.

henüz cenin sıfatını kazanmamışsa, bu durumda çocuk düşürme suçunun konusunun varlığından söz edilemez. Yukarıda da açıklandığı üzere cenin sıfatı embriyonun ana rahmine yerleştiği anda yani nidation ile kazanılmış sayılmakta, bunun da döllenmeden sonraki yaklaşık yedi gün ile sekiz hafta içerisinde gerçekleştiği kabul edilmektedir<sup>124</sup>. Bu durumda cinsel ilişki sonrasında embriyonun ana rahmine tutunmasını önleyici nitelikteki ilaçların kullanımı durumunda henüz tıbbi olarak bir ceninden bahsedilemeyeceği için, ortada suçun konusu bulunmayacak ve bu hareketler suç oluşturmayacaktır. Benzer şekilde tüpte döllenmiş olan embriyo da henüz cenin sıfatını kazanmadığından, bunlar da bu suçun konusunu oluşturamazlar<sup>125</sup>. Nidation gerçekleşmesine rağmen ceninde canlılık yok ise, bu durumda bulunan embriyo da suçun konusunu oluşturamaz<sup>126</sup>. Ancak özellikle ifade etmek gerekmektedir ki, nidation anının tespit edilmesi şu andaki tıp biliminin verileri dikkate alındığında mümkün değildir. Nitekim gebelik haftalarının hesaplanmasında kullanılan yöntem kadının son menstrüal döngüsünün başladığı gün olarak kabul edilmektedir<sup>127</sup>. Bu yöntem gebelik süresinin tıbbi olarak hesaplanması anlamına gelmektedir<sup>128</sup>. Dolayısıyla suçun konusunun tespiti bakımından bu hesaplama yapılarak on haftayı doldurmamış gebelikler bakımından bu suçun konusunun bulunmadığı sonucuna varmak gerekmektedir. Bununla birlikte TCK'nın gebelik haftasına özel bir önem vermesi ve fiilin suç tipi kapsamında kalıp kalmadığının tespiti bakımından bu sürelerin hesaplanması büyük önem arz etmektedir. Nitekim TCK ceninden bahsetmemekle birlikte, fiilin suç teşkil etmesi için gebe kadının gebeliğinin onuncu haftayı doldurmuş olmasını aramaktadır. Gebeliğin başlangıcı bakımından gebelik haftasına ilişkin sürelerin hesaplanmasına ilişkin bir düzenlemenin TCK'da yer almaması ise, söz konusu düzenlemelerin belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>129</sup>. Ancak StGB'de gebeliğin başlangıç anına ilişkin olarak döllenme anının kabul edildiğini ifade ederek bu şekildeki bir düzenlemenin belirlilik ilkesi bakımından uygunluk sağlayacağına dair örnek getiren bu görüş, döllenme anının belirlenmesinin kadının menstrüal döngüsünün başlangıç anını belirlemekten daha zor ve hatta çoğu zaman imkansız olduğu hususunu göz ardı etmektedir<sup>130</sup>. Nitekim Alman uygulamasında da gebeliğin ilk haftasının son menstrüal döngü tarihinden itibaren hesaplandığını, kanun tarafından verilen 12 haftalık sürenin bu süreden başlanarak hesaplandığı belirtilmektedir<sup>131</sup>. Bize göre tıp biliminin verileri göz önünde bulundurularak hesaplanması gereken ve hakim kendi bilgisi ile değil hekim bilirkişinin bilgisine başvurulması suretiyle çözüme kavuşturabileceği bir mesele olan gebelik süresinin hesaplanması hususunda, kanunda bir düzenleme olmaması belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Bu husus

124 Lüttger (n 17) 250; Ertuğrul *Suçlar* (n 24)13.

125 Lüttger (n 17) 253; Gropp and Wörner (n 96) Rn. 6; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 213; Ertuğrul *Düşürme* (n 65) 377, Eser and Weißer (n 1) Rn 4; Tezcan, Erdem and Önok (n 39) 373

126 ; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 173.

127 Kul (n 95) 94.

128 Ancak tıbbi gebelik sürelerinin hesaplanmasında iki farklı yöntem olduğu; bunlardan birinin bahsettiğimiz ve Türk doktrininin geneli tarafından da kabul edilen son menstrüal döngünün ilk günü olarak kabul edildiği, bir diğeri ise döllenme anını esas aldığı belirtilmektedir. Bu hesaplama yöntemlerinden menstrüal döngü yönteminin kullanılması durumunda gebelik süresinin başlangıcının hesaplanması bakımından gebe kadının aleyhine olmak üzere yaklaşık iki haftalık bir sapma olduğu belirtilmektedir. Bkz: Şentürk Tur (n 59) 392, 399.

129 Şentürk Tur (n 59) 403.

130 Aynı yönde bkz: Eser and Weißer (n 1) Rn11.

131 Gropp and Wörner (n 96) Rn. 11; Şentürk Tur (n 59) 405, dn. 82.

her halükarda tıp ilminin verileri ile çözülecektir ve kanunda ayrıca açıklık getirilmesi gereken bir mesele teşkil etmemektedir.

## 2. Suçun Faili

Çocuk düşürme suçunun faili gebeliği sona eren kadındır<sup>132</sup>. Bu suç yalnızca gebe kadın tarafından işlenebilen bir özgülü suçtur<sup>133</sup>. Ayrıca bizzat işlenebilen suçlardandır<sup>134</sup>. Gebe kadının yaşının ya da evli veya bekar olmasının faillik sıfatı üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır<sup>135</sup>. Bu suçun faili olan gebe kadın ancak on haftayı doldurmuş gebelik bakımından bu suçu işleyebilir. On haftayı doldurmayan gebelikler bakımından kadının kendi gebeliğine son vermesi hali bu suç tipi kapsamında cezalandırılmaz<sup>136</sup>. Ayrıca belirtmek gerekmektedir ki gebe kadın gebeliğinin bir başkası tarafından sonlandırılmasına rıza gösterirse uygulanacak olan hüküm TCK m. 100 değil TCK m.99/2 olacaktır<sup>137</sup>.

Taşıyıcı annenin gebeliğine son vermesi durumunda hangi suçun oluşacağı noktasında doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. İlk görüşe göre taşıyıcı anne kendi gebeliğini sona erdirirse TCK m. 99/1'de yer alan rızasız çocuk düşürme suçu oluşur<sup>138</sup>. Aksi görüş ise taşıyıcı anne bakımından gebeliği ilk on haftadan sonra sona erdirmesi durumunda TCK m. 100'de yer alan çocuk düşürme suçunun oluşacağını; gebeliğin ilk on haftası açısından ise tıpkı olağan hamileliklerde olduğu gibi bu hareketin suç teşkil etmediğini kabul etmektedir<sup>139</sup>. Gerçekten de suç tipinde gebe kadının hamileliğinin kendi yumurtasının döllenmesi ile mi yoksa bir başkasının yumurtasının döllenerek rahmine yerleştirilmesi suretiyle mi oluştuğuna ilişkin bir ayırım yapılmadığından, her türlü gebeliğin bu suç kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

## 3. Suçun Mağduru

Çocuk düşürme suçunun mağdurunun kim olduğu noktasında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

### a. Mağdurun gelecekteki ebeveynler veya anne/ baba olduğu görüşü

İlk görüşe göre bu suçun mağduru gelecekteki ebeveynlerdir, zira cenin henüz kişilik veya hak sahibi değildir<sup>140</sup>. Buna göre cenin bu suçun konusunu oluşturmaktadır. Suçun konusu olan cenin de ana

132 Keskin-Kızıroğlu (n 45) 184; Doğan (n 39) 101; Oktar (n 19) 233; Ertuğrul *Suçlar* (n 24) 135; Alman hukukundaki düzenleme incelendiğinde ise gebeliğin gebe kadının kendisi tarafından sonlandırılmasının ayrı bir hüküm ile düzenlenmemiş olduğu tespit edilmektedir. Eser and Weißer (n 1) Rn 1-3; buna göre gebeliğin sonlandırılması suçunun gebe kadının kendisi tarafından gerçekleştirilmesi söz konusu suç bakımından cezanın azaltılmasına neden olan bir şahsi sebep olarak yer almaktadır. Bkz. Gropp and Wörner (n 96) Rn. 37; Merkel (n 8) Rn. 1-6.

133 Oktar (n 19) 233; Hafızoğulları and Özen (n 58) 146; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 184; Akbulut and Kareem (n 96) 61 ; Doğan (n 39) 101, Erdem (n 46) 1681; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 322.

134 Merkel (n 8) Rn. 45b; Akbulut, Kareem, s. 61.

135 Kul (n 95) 91.

136 Akbulut and Kareem (n 96) 61.

137 *Ibid*

138 Doğan (n 39) 101-102.

139 Akbulut and Kareem (n 96) 61.

140 Halil Yılmaz 'Cenini Öldürme (Düşürtme/Düşürme) Suçu' (2001) 27(4) Yargıtay Dergisi 705, 718.

ve babaya ait olduğundan, söz konusu suçun mağduru ana ve baba olarak kabul edilmelidir<sup>141</sup>. Bu görüşe karşı çıkanlar gebe kadının suçun faili olması hususu üzerinde durmaktadır. Suçun faili ve mağduru aynı kişi olamayacağından, suçun mağdurunu gebe kadın olarak kabul etme imkanı bulunmamaktadır<sup>142</sup>. Dolayısıyla da bu durumda mağduru baba olarak tespit edilmelidir<sup>143</sup>. Anne ve babanın mağdur olarak belirlenmesi gerektiği ancak suçun şu andaki düzenlenişi itibariyle bunun mümkün olmadığını belirtenler, suç tipinin kişilere karşı suçlar arasında değil; aile düzenine karşı suçlar arasında düzenlenmesini önermektedir<sup>144</sup>. Kanaatimizce suçun aile düzenine karşı suçlar arasında düzenlenmesi, gebeliğin evlilik birliği içerisinde gerçekleşmemiş olması ihtimalinde ve bu suçun işlenmesinde hangi değer korunduğu ve mağdurun belirlenmesini güçleştireceği için kabul edilemez. Nitekim suç aile düzenine karşı suçlar arasında düzenlendiğinde mağdur eş olarak kabul edilerek sorun aşılmaktadır. Ancak bu ihtimalde evlilik birliği içerisinde oluşmamış olan bir gebeliğin sonlandırılması için söz konusu suçun işlenmesi durumunda korunan hukuki değer olarak aile düzeni veya ailenin birliği gibi değerler öne sürülemeyeceği gibi; bu defa da mağdurun eş olarak belirlenmesi mümkün olmayacaktır. Bu takdirde mağdurun evlilik birliği içerisinde olsun olmasın baba olarak kabulü durumunda ise korunan hukuki değer ve mağdur bakımından bir uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır.

### **b. Mağdurun cenin olduğu görüşü**

Bir kısım ise TCK sistemi bakımından ceninin bizatihi bir varlık olarak koruma altına alındığını, kişilere karşı suçlar altında düzenlenen bu suç bakımından kanunkoyucunun cenini “potansiyel kişi” olarak gördüğünü ve bu nedenle de suçun mağdurunu cenin olarak kabul etmek gerektiğini belirtmektedir<sup>145</sup>. Benzer biçimde her ne kadar medeni hukuk bakımından cenine doğmadan evvel kişilik tanınmamış olsa da, bu durumun ceninin söz konusu suç açısından mağdur olarak görülemeyeceği anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir<sup>146</sup>. Bu görüşe göre TCK’da bu şekilde bir suç tipinin kabul edilmesi ile kanunkoyucu Medeni Kanun düzenlemelerinden ayrılan bir düzenleme getirmiş; hukukun yeknesaklığını bozan bu düzenleme ise bir istisna olarak kabul edilmek suretiyle bir kuralın içine sıkışılmasını önlemiş olmaktadır<sup>147</sup>. Dolayısıyla suçun mağdurunu gebe kadının rahmindeki onuncu haftayı doldurmuş cenin olarak belirlemek gerekmektedir<sup>148</sup>. Cenin bir insan olmaya aday, yaşayan bir varlık olarak nitelendirilmektedir. Bu potansiyeli nedeniyle de hukuk sistemi, doğumdan önce de cenini, insan onuru adına korur ve ona birtakım haklar tanır. Örneğin sağ ve tam doğum şartıyla, ceninin anne rahmine düştüğü andan itibaren miras hakkına sahip olması, çocuk

141 *Ibid*

142 Ertuğrul Düşürme (n 65) 374; Korkmaz (n 30) 294; Samet Sarıkaya ‘Türk Ceza Hukuku ve Türk Medeni Hukukunun Tarihsel Gelişimi Işığında Çocuk Düşürme Suçunun Mağduru Sorunsalı’(2024) 2(1) Periodicum Iuris Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77, 87; Kul (n 95) 93; Tezcan, Erdem and Önok ( n 39) 375;

143 Babanın suçtan zarar gören olduğuna ilişkin olarak bkz: Ertuğrul Düşürme (n 65) 375; Kul (n 95) 94

144 Nevzat Toroslu *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu* (Sevinç Matbaası, 1970) 313; Aynı yönde bkz: Erdem ( n 46) 1654.

145 Korkmaz (n 30) 293.

146 Oktar (n 19) 233; Kul (n 95) 94.

147 *Ibid*

148 Akbulut and Kareem (n 96) 61; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 185.

düşürme ve düşürtme suçunun konusunu oluşturması gibi düzenlemeler buna örnektir. Ancak bu koruma ve haklar, onu ceza hukuku anlamında “yaşam hakkı” na sahip bir “kişi” haline getirmez<sup>149</sup>. Ancak bu görüş ceninin Medeni Kanun uyarınca henüz kişilik kazanmadığı ve suçun mağdurunun ancak gerçek kişiler olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Dolayısıyla Türk hukukundaki mevcut düzenlemeler bakımından cenin de suçun mağduru olarak kabul edilemez<sup>150</sup>.

### ***c. Mağdurun toplum/ toplumu oluşturan herkes olduğu görüşü***

Bir başka görüş çocuk düşürme suçunun mağdurunu toplum olarak kabul etmektedir<sup>151</sup>. Buna göre bu suçun mağduru toplumu oluşturan ve yaşama hakkına sahip olan herkeştir<sup>152</sup>. Baba adayı ise suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedir<sup>153</sup>. Diğer yandan bu suçun mağdurunun toplum da olamayacağı, zira suçun kişilere karşı suçlar arasında düzenlendiği belirtilmektedir<sup>154</sup>. Diğer yandan bir başka görüş suçtan zarar görenin toplum ve devlet olduğunu belirtirken mağdura ilişkin bir tespitte bulunmamaktadır<sup>155</sup>. Toplum ve devletin suçtan zarar gören olduğunu belirten ancak mağduru tespit etmeyen görüşler de bulunmaktadır<sup>156</sup>. Suç tipinin düzenlendiği yer göz önünde bulundurulduğunda, bu suçun kişilere karşı suçlar arasında düzenlendiği görülmektedir. Bu nedenle kanaatimizce burada toplumu oluşturan herkes ya da toplum mağdur olarak görülemeyecektir<sup>157</sup>.

### ***d. Kanaatimiz***

Cenin hukukumuz bakımından kişi olarak kabul edilmemektedir. Suçun mağdurunun ancak gerçek kişiler olabileceği göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce bu suçta mağdurun cenin olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Öte yandan fail olan annenin aynı zamanda mağdur olarak kabul edilmesi de mümkün gözükmemektedir. Suç, kişilere karşı suçlar arasında düzenlenmiş olduğundan kanaatimizce suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olarak kabulü isabetli değildir. Bu bakımdan doktrinde suçun aile düzenine karşı suçlar arasında yer alması ya da suçla korunan hukuki değer olarak gebeliğin sonlandırılmasının tıbbi müdahale yolu ile gerçekleştirilmesindeki kamusal menfaat de göz önüne alınmak suretiyle farklı bir düzenleme yapılması önerilmektedir<sup>158</sup>. Söz konusu değişiklik önerileri mağdurun tespitini kolaylaştırmak açısından göz önünde bulundurulabilirse de, şu andaki düzenleme bakımından mağdurun kim olduğunun tespitini ceza hukukunun mağdurunun tespitine ilişkin genel kabulleri uyarınca yapmak gerekmektedir. Mağdurun tespiti bakımından,

149 Güneş Okuyucu Ergün ‘Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler’ Muharrem Özen et al (eds) *Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan C. II* (Ankara Üniversitesi Yayınları 2015) 832.

150 Aynı yönde bkz: Erdem ( n 46) 1653.

151 Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 332

152 Ertuğrul Düşürme (n 65) 374; Ertuğrul Suçlar (n 24) 136

153 Ertuğrul Düşürme (n 65) 374; Ertuğrul Suçlar (n 24) 136

154 Korkmaz (n 30) 291.

155 Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 332.Özen *Çocuk* (n 80) 247.

156 Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 322

157 Bu suçun yapılacak bir değişiklikte topluma karşı suçlar arasında yer alması önerilmektedir. Bkz. Sarıkaya (n 142) 93.

158 Erdem (n 46) 1682.

suçun mağdurunu suçla korunan hukuki değer sahibi olan gerçek kişiler olarak kabul eden görüş esas alındığında, bu suçun mağduru cenin olarak tespit edilir. Ancak bu görüş, belirttiğimiz üzere, ceninin bir kişi olarak kabul edilmemesinden dolayı bu suç tipinde uygulanamaz. Diğer yandan suçun konusunun sahibini mağdur olarak kabul ettiğimizde, suçun konusunu teşkil eden ceninin *sahibinin* gebe kadın ve biyolojik baba olmasından hareketle, bu kişilerin mağdur olabileme ihtimalleri değerlendirilmelidir. Bu bakımdan gebe kadının aynı zamanda suçun faili olması dolayısıyla mağdur olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından, şu andaki düzenleme bakımından mağdurun biyolojik baba olarak belirlenmesi zorunluluk arz etmektedir.

#### 4. Hareket

Çocuk düşürme suçu serbest hareketli suçlardandır<sup>159</sup>. Bu bakımdan çocuk düşürme neticesini doğurmaya elverişli her türlü hareketle bu suçun işlenmesi mümkündür. Dolayısıyla bu suçun hareketi rahimdeki canlı durumdaki ceninin canlılığını sona erdirebilecek nitelikteki her türlü hareket olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>160</sup>. Bu nedenle hareketin ana rahmine doğrudan fiziki bir müdahale niteliği arz etmesi gerekmez. Kimyasal ya da biyolojik yöntemlerin kullanılması da mümkündür<sup>161</sup>. Ayrıca ceninin oluşmasını önleyici nitelikteki hareketler de bu suç tipi kapsamında değerlendirilmez<sup>162</sup>. Doktrinde suçun sadece icrai hareketlerle işlenebileceğini ifade edenler<sup>163</sup> olduğu gibi; baskın görüş bu suçun icrai hareketler yanında ihmali hareketlerle de işlenebileceğini kabul etmektedir<sup>164</sup>.

#### 5. Netice

Bu suç neticeli bir suçtur. Suçun neticesi çocuğun düşmesidir<sup>165</sup>. Çocuk düşürme suçu serbest hareketli bir suç olmakla birlikte, netice olarak çocuğun düşmesi neticesinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu ise ceninin ana rahminden ayrılmasını gerektirmemekle birlikte doğumdan önce ceninin canlılığını kaybetmesi olarak anlaşılabilir<sup>166</sup>. Ana rahmine yerleşmiş olan döllenmiş yumurtanın (nidation) yerleşme durumunu ortadan kaldıran vasıta ve metotlar gebeliğin sonlandırılması yani çocuk düşürme olarak değerlendirilmelidir<sup>167</sup>.

159 Oktar (n 19) 234; Akbulut and Kareem (n 96) 62; Kul (n 95) 95; Yurtcan (n 59) 75; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82). 322

160 Eser and Weißer (n 1) Rn 20; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 173; Oktar (n 19) 179;

161 Eser and Weißer (n 1) Rn 20; Dönmez (n 40) 113.

162 Aydın (n 39) 76.

163 Tezcan, Erdem and Önok (n 39) 375; Aydın (n 39) 77; Ertuğrul *Suçlar* (n 24) 141; Merkel (n 8) Rn.90.

164 Hafizoğulları and Özen (n 58) 139; Akbulut and Kareem (n 96) 62; Kul (n 95) 96; Ertuğrul *Düşürme* (n 65) 376; Erdem (n 46) 1682; Özen *Çocuk* (n 80) 247; Oktar (n 19) 181.

165 Akbulut and Kareem (n 96) 63; Alman hukukunda suçun hayata karşı suçlar altında düzenlemesi de göz önünde bulundurularak suçun neticesi ceninin ölümü olarak kabul edilmektedir. Bkz: Gropp and Wörner (n 96) Rn. 13; Eser and Weißer (n 1) Rn19; Eschelbach, StGB § 218, Rn. 9; Merkel, StGB § 218, Rn. 46.

166 Merkel (n 8) Rn. 46; Ertuğrul *Düşürme* (n 65) 378; Hafizoğulları and Özen (n 58) 140; Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 335.

167 Lüttger (n 17) 253.



Bu neticenin gerçekleşmiş sayılması için ana rahmindeki ceninin canlılığını yitirmesi gerekmektedir. Ceninin canlılığını yitirmesinin ana rahminde mi gerçekleşmesi gerektiği yoksa bunun ana rahmi dışında gerçekleşmesi durumunda da bu suçun oluşup oluşmayacağı meselesi ise tartışmalıdır.

Bir görüşe göre gerçekleşen hareket nedeniyle cenin canlılığını ana rahminde yitirebileceği gibi, ana rahminden canlı olarak çıkartılıp yaşama kabiliyetine sahip olmadığından bu canlılığı ana rahmi dışında yitirmesi durumunda da çocuk düşmüş sayılacaktır<sup>168</sup>. Dolayısıyla bu görüşe göre ceninin canlılığını yitirmesi cenin ana rahmindeyken yapılan çocuk düşürmeye elverişli hareket sonucu gerçekleşmiş olmalıdır, ancak çocuğun ana rahminin içinde ya da dışında canlılığını kaybetmesi önemli değildir. Gerçekten de bu neticenin gerçekleşmiş sayılması için ceninin ana rahminden tamamen ayrılmış olması aranmamalıdır. Burada rahim içinde ceninin canlılığının imkansız hale gelmesi durumunda da neticenin gerçekleştiği kabul edilir<sup>169</sup>. Ayrıca dikkat edilmesi gereken husus cenin ana rahminden ayrılıp da kordon bağı kesilene kadar canlılığın yitirilmesi gerektiğidir<sup>170</sup>. Bu açıdan erken doğum yapılmış olması çocuk düşürme olarak nitelendirilmez<sup>171</sup>. Her halde gerçekleşen neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi gereklidir<sup>172</sup>.

### C. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Bu suçun manevi unsuru kasttır. Bu durumda gebe kadın gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hareketleri kasten gerçekleştirmelidir. Fail suçu gebe olduğunu, gebelik süresinin on haftadan fazla olduğunu bilerek ve canlı olan ceninin canlılığını sona erdirmeyi isteyerek işlemelidir<sup>173</sup>. Kastın ceninin rahim içinde ya da rahim dışında canlılığını kaybetmesine yönelik olup olmadığı ise önem arz etmemektedir<sup>174</sup>. Kanuni düzenleme açıkça gebe kadının çocuğunu isteyerek düşürmesinden bahsetmektedir. Bu nedenle bu kast doğrudan kast olarak anlaşılmalıdır<sup>175</sup>. Zira olası kast bakımından failin istemesinden bahsedilemez<sup>176</sup>. Bunlarla birlikte bu suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden, gebe kadının dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması suretiyle gebeliğinin sona erdiği; yani çocuğun düştüğü hallerde gebe kadın cezalandırılmayacaktır. Gebe

168 Keskin-Kızıroğlu (n 45) 174; Dönmez (n 40) 113; Aydın (n 39) 77; örneğin “iyi niyetle” başlatılan erken doğumun ceninin yaşama kabiliyeti olmaması nedeniyle ölmesi ile sonuçlanması tamamlanmış çocuk düşürme olarak kabul edilmektedir. Gropp and Wörner (n 96) Rn. 13.

169 Eser and Weißer (n 1) Rn 22; Kul (n 95) 96; Aydın (n 39) 80; Oktar (n 19) 185.

170 Ertuğrul Suçlar (n 24) 91.

171 Eser and Weißer (n 1) Rn.19.

172 Gropp and Wörner (n 96) Rn. 18; Merkel ( n 8) Rn. 48; Akbulut and Kareem (n 96) 63; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 323

173 Keskin-Kızıroğlu (n 45) 185; Merkel ( n 8) Rn. 127; benzer şekildeki tespit için bkz: Oktar (n 19) 236.

174 Gropp and Wörner (n 96) Rn. 26; Eschelbach, StGB § 218, Rn. 9.

175 Hafizoğulları and Özen (n 58) 140; Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 334; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 185; Akbulut and Kareem (n 96) 63; Ertuğrul Suçlar (n 24)143. Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 323; Merkel, ( n 8) Rn. 127; Gropp and Wörner (n 96) Rn. 24; aksi görüş için bkz Tezcan, Erdem and Önok ( n 39) 375; Kul (n 95) 97; ancak suçun olası kastla işlendiğinde cezalandırılacağını kabul etmekle birlikte tercih edilen suç politikası bakımından isabetli olmadığı yönünde bkz: Erdem ( n 46) 1683

176 Gebe kadının intihara teşebbüs ettiği durumlarda aynı zamanda çocuğunun düşmesine yönelik kastının olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bkz: Gropp and Wörner (n 96) Rn. 25.

kadının ceninin canlılığı ya da gebeliğinin süresi bakımından hataya düşmesi mümkündür<sup>177</sup>. Nitekim gebe kadının ceninin canlı olmadığını ya da gebelik süresinin on haftayı aşmadığını düşünerek bu suçu işlemesi durumunda TCK m. 30/1 uyarınca hataya ilişkin hükmün uygulanması gerekmektedir.

## D. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bu suç bakımından kanunda herhangi bir hukuka uygunluk sebebi öngörülmemiştir<sup>178</sup>.

Onuncu haftadan önce gebe kadının kendi çocuğunu düşürmesi hali cezalandırılmadığından bu durum kanunkoyucunun gebe kadına isteyerek çocuğunu düşürme yetkisi vermesi olarak yorumlanmakta<sup>179</sup>; dolayısıyla suçun gebeliğin onuncu haftasından önce gerçekleşmesi halinde hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin gündeme geleceği belirtilmektedir<sup>180</sup>. Halbuki bu hareketin cezalandırılmaması, gebe kadının kendisinin gerçekleştirdiği bu fiil nedeniyle yetkili olduğu veya onuncu haftaya kadar kadına kendi gebeliğini kendisinin sonlandırmasına ilişkin bir hak tanındığı anlamına gelmemektedir. Nitekim gebeliğin sonlandırılması, yukarıda da belirttiğimiz üzere yetkili hekimler tarafından gerçekleştirilmesi gereken bir tıbbi müdahaledir. Bu nedenle aslında onuncu haftadan önce böyle bir yetkinin veya hakkın gebe kadına tanınmasından değil, gerçekleşen haksızlığın kanunkoyucu tarafından cezaya layık bir haksızlık olarak görülmemesinden bahsetmek kanaatimizce daha isabetli olacaktır<sup>181</sup>.

Diğer yandan mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalan kadının gebeliğinin sonlandırılması bakımından istisnai bir hüküm sevk edildiği de görülmektedir. Buna göre TCK m. 99/6'da kadının mağduru olduğu bir suçun sonucunda gebe kalması hâlinde, gebelik süresinin yirmi haftayı aşmaması ve kadının da rızasının bulunması koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmeyecektir. Ancak bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sonlandırılması gerekmektedir<sup>182</sup>.

177 Gropp and Wörner (n 96) Rn. 27.

178 Akbulut and Kareem (n 96) 63; Oktar (n 19) 236; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 323; Gropp and Wörner (n 96) Rn. 28; Merkel (n 8) Rn. 136 vd; gebe kadının rızasının hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmektedir. Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 335; bundan başka tıbbi nedenlerin bulunması durumunda gebeliğini sonlandıran kadın bakımından bu nedenlerin de hukuka uygunluk nedeni teşkil edeceği ileri sürülmektedir. Hafizoğulları and Özen (n 58) 147; Varol (n 83) 241. Biz bu görüşlere iştirak etmiyoruz

179 Korkmaz (n 30) 291.

180 Kul (n 95) 99; ayrıca bu durumun kanuni düzenlemeler arasında bir çelişki olduğu yönünde yorumlanabileceği de belirtilmektedir. Bkz. Erdem (n 46) 1681.

181 Karşı görüş ise kanunun bu şekildeki düzenlemesinin gebeliğin gebe kadının kendisi tarafından sona erdirilmesi haline izin verildiği şeklinde yorumlamakta; kanunkoyucunun on haftanın altındaki gebeliklere gebe kadının kendisi tarafından son verilmesi hareketini; gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak NPHK m. 5 ve Tüzük m. 3 ve 4 de göz önünde bulundurularak gelişli olarak yorumlanmaktadır. Bkz. Erdem (n 46) 1681.

182 Bir suç sonucu gebe kalan kadının gebeliğini söz konusu şartlara uymayarak kendisinin sonlandırması halinin suç teşkil edeceği belirtilmektedir. Zira TCK'da bu durumun cezalandırılmayacağına ilişkin istisnai bir hüküm bulunmamaktadır. Bkz. Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 323; Suç sonucu gebe kalınması halinde gebeliğin yirminci haftaya kadar sonlandırılması mümkün olsa da bu kararın kim tarafından verileceğine ilişkin kanunda bir açıklık bulunmaması haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz: Dönmez (n 40) 134; Keskin-Kızıroğlu (n 45) 215-216; bu durumlarda söz konusu kararın Cumhuriyet savcıları tarafından verilmesi gerektiği ancak bu hususun kanunda açık olarak düzenlenmesinin yerinde olacağı yönünde bkz: Doğan (n 39) 114-116; bu düzenlemenin hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni

Kanunda mağduru olduğu suçun sonucunda gebe kalan kadının yirmi haftayı aşmayan gebeliğini kendisinin sonlandırması hâlinde cezalandırılmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından bazı yazarlar bu durumda da fiilin suç teşkil edeceğini düşünmektedir<sup>183</sup>. Gerçekten de TCK m. 100 bakımından TCK m. 99/6'daki hükme benzer bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda bu hükmün TCK m. 100 bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı tespit edilmelidir. Kanaatimizce, TCK m. 99/6'da gebeliğin sonlandırılmasının süresinin daha uzun olabileceğine ilişkin olarak getirilen istisna, TCK m. 100 bakımından uygulama alanı bulamaz. Zira aksi kabul kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir<sup>184</sup>. TCK m. 100'ün uygulanmasında gebe kadının cinsel dokunulmazlığa yönelik bir suç sonucunda gebe kalmış olması hali bir istisna teşkil etmez. Eğer ki gebe kadın cinsel dokunulmazlığa yönelik bir suç sonucunda gebe kalmışsa, bu gebeliğin, gebe kadının rızasıyla gebeliğin yirminci haftasına kadar uzman hekimler tarafından hastane ortamında sonlandırılması mümkündür (TCK m. 99/6)<sup>185</sup>. Dolayısıyla her halükarda gebeliğin onuncu haftasından sonra gebe kadının kendisinin gebeliği sonlandırması durumunda, TCK m. 100'de yer alan çocuk düşürme suçu oluşacaktır<sup>186</sup>.

## E. KUSUR VE KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLER

Bu suç kusur ve kusurluluğu etkileyen nedenler bakımından bir özellik göstermez<sup>187</sup>. Suçta özellikle zorunluluk hali bir mazeret sebebi olarak ortaya çıkabilir<sup>188</sup>. Dolayısıyla TCK m. 25/2'de yer alan şartların gerçekleşmesi durumunda zorunluluk halinde suçun işlenmesi durumunda mazeret nedeninin varlığı nedeniyle kadın cezalandırılmayacaktır. Ancak zorunluluk hali değerlendirmesinde tıbbi zorunluluğun varlığı bakımından NPHK ve Tüzük'te belirlenen koşulların göz önünde bulundurulması gerektiğini; dolayısıyla bu halin varlığı durumunda TCK m. 25/2'nin yorumunda bu ek koşulların da uygulanacağını belirtmek gerekmektedir. Dolayısıyla bir gebe kadın tıbbi bir zorunluluk halinin varlığı dolayısıyla kendi gebeliğine son verdiği takdirde, bu tıbbi zorunluluğun NPHK ve Tüzük gereği bir yetkili hekim tarafından belirlenmesi ve ayrıca bu durumda gebeliğin yetkili kişiler tarafından sonlandırılması gerektiği için, kanaatimizce TCK m. 25/2'de yer alan zorunluluk halinin uygulanması mümkün olmayacaktır<sup>189</sup>.

kapsamında değerlendirilmesi ve ayrıca suç tipinde yer alan kadının "mağduru olduğu suç"un tespit edilmesinde zorunlu olarak kesin hükmün aranması gerektiği, bu nedenle ifadenin "suç şüphesi sonucu gebe kalma" şeklinde değiştirilmesi gerektiği yönünde bkz: Muş (n 33) 119-120.

183 Ertuğrul *Suçlar* (n 24) 140

184 Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 320.

185 Doktrinde bu halin özel bir zorunluluk hali olduğu savunulduğu gibi, şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edildiği de görülmektedir. Görüşler için bkz: Işık (n 77) 34.

186 Ertuğrul *Düşürme* (n 65) 376; aynı yönde bkz: Akbulut and Kareem (n 96) 63; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 323.

187 Groppe and Wörner (n 96) Rn. 31; Merkel (n 8) Rn. 143.

188 Zorunluluk halinin fiili hukuka uygun kılacağı yönünde bkz: Keskin-Kızıroğlu (n 45) 185; Oktar (n 19) 236; Türk Hukukunda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak hiçbir istisnanın kabul edilmediği yasak döneminde doktrinde kadının bir suç sonucu gebe kalması halinde veya kadının hayatının kurtarılması için uygulanan tıbbi müdahale ile gebeliğin sonlandırılması durumlarının zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi savunulmaktaydı. Bkz. Muhtar Çağlayan 'Çocuk Düşürmede Zaruret Hali' (1955) 46(12) *Adalet Dergisi* 1180-1183.

189 Tıbbi zorunluluk durumlarında da belirli durumlarda zorunluluk haline ilişkin TCK m.25/2'nin şartlarının bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Kul (n 95) 100.

Bu suç bakımından tartışılması gereken bir diğer husus ise haksız tahrik hükümlerinin bu suçta uygulanıp uygulanamayacağı olabilir. Kanaatimizce bu suç bakımından haksız tahrik kurumunun uygulanması, şartların belirlenmesi bakımından, bu suçta mağdurun kim olduğunun kabulüne göre değişecektir. Zira haksız tahrikte fail suçu haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı gerçekleştirmelidir. Eğer ki suçun mağduru baba olarak kabul edilirse, gebe kadın haksız fiil gerçekleştiren babanın bu haksız fiili sonucunda kapıldığı şiddetli elem ve öfkenin etkisi ile bu suçu işlese haksız tahrik indiriminden faydalanabilecektir. Halbuki mağdur cenin olarak kabul edildiğinde, gebe kadının hiçbir ihtimalde haksız tahrik indiriminden faydalanma imkanı bulunmamaktadır.

## F. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

### a. Teşebbüs

Bu suç bakımından teşebbüs mümkündür<sup>190</sup>. Bu suçta teşebbüs hem elverişli hareketlere icraya başlanıp da icra hareketlerinin tamamlanamaması hem de hareket tamamlanmış olmasına rağmen neticenin ortaya çıkmaması durumlarında söz konusu olabilir. İcra hareketlerine başlanmış olmasına rağmen hareketin tamamlanması haline örnek olarak gebeliği sonlandırmaya elverişli içeceği hazırlayıp içmek üzereyken içeceğin dökülmesi sonucu icra hareketinin tamamlanması verilebilir. Ancak elbette ki suçun hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin başlangıç anını ayırmak bazı durumlarda zorluk arz edebilir. Yine de gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin ilaç satın alma, bu yönde bilgiler edinme gibi hareketler hazırlık hareketi olarak nitelendirilmelidir<sup>191</sup>. Diğer yandan neticenin gerçekleşmediği durumlarda da teşebbüs söz konusu olabilir. Örneğin cenin elverişli harekete rağmen canlılığını kaybetmeksizin ana rahminden tahliye edilmişse, bu halde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir<sup>192</sup>. Fail suçun işlenmesinden gönüllü vazgeçtiği takdirde TCK m. 36 uyarınca faile ceza verilmeyecektir<sup>193</sup>. Ayrıca failin o ana kadar kendi vücudu üzerinde gerçekleştirdiği düşürmeye yönelik hareket kasten yaralamanın tipik neticelerini oluşturursa da, bu fiili suç teşkil etmediğinden fail cezalandırılmaz<sup>194</sup>.

Bu suçun hazırlık hareketlerinin NPHK m. 7 ile ayrıca cezalandırıldığı belirtilmektedir<sup>195</sup>. NPHK m. 7/1 “Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca bu Kanunun 3 üncü maddesine göre gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilmeyen ilaç ve araçları yurt içinde imal edenler veya her ne suretle olursa

190 Alman hukukunda ise bu durum şahsi cezazırlık nedeni olarak nitelendirilmekte ve teşebbüs aşamasında kalan çocuk düşürme durumunda gebe kadın cezalandırılmamaktadır. Zira kendileri çocuk düşürmeye başvurarak sağlıklarını tehlike altına atan kadınların bir hekim yardımından yararlanma yolunun kapatılmaması gerektiği düşünülmektedir. Groppe and Wörner (n 96) Rn. 35; Eser and Weißer (n 1) Rn 45; Eschelbach, StGB § 218, Rn. 10; Merkel ( n 8) Rn. 144

191 Aynı yönde bkz: Akbulut and Kareem (n 96) 64; Aydın (n 39) 93; benzer şekilde çocuk düşürülmesi suçu açısından da bunların yanında doktorla anlaşma, randevu alma, hastaneye gitme gibi hareketler hazırlık hareketidir. Bkz. Keskin-Kızıroğlu (n 45) 175.

192 Keskin-Kızıroğlu (n 45) 175.

193 Aydın (n 39) 93; Groppe and Wörner (n 96) Rn. 49; Eser and Weißer (n 1) Rn 49; Eschelbach, StGB § 218, Rn. 12; Merkel ( n 8) Rn. 145.

194 Akbulut and Kareem (n 96) 64.

195 Kul ( n 95) 102; Dönmez (n 40) 126; Ertuğrul Suçlar (n 24) s. 94.

olsun dağıtılar veya ticaret maksadıyla yurda sokanlar veya bu maksatla bulunduranlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde bir suç tipi öngörmektedir. Ancak kanaatimizce nüfus planlaması hizmetleri çerçevesinde gebeliği önleyici nitelikte olduğu NPHK m. 3 uyarınca belirlenmemiş olan ilaç ve araçların imalini; dağıtımını veya ticari amaçlarla yurda sokulması veya bulundurulmasını suç olarak düzenleyen bu hüküm, söz konusu suçun hazırlık hareketi niteliğinde sayılamaz. Zira hükümde yer alan ilaç ve araçlar gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilmeyen olarak nitelendirilmektedir. Gebeliği önleyici nitelikte olmayan ilaç ve araçların, gebeliği sonlandırmaya yönelik olduğu kabul edilemez. Oysa ki bu suçun hazırlık hareketi failin suçun işlenmesinden önce gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin ilaç veya araçları temin etmesini kapsamaktadır ki, söz konusu NPHK m. 7’de cezalandırılan hareket bu değildir<sup>196</sup>.

### **b. İştirak**

Bu suç özgü suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca bu suçun icra hareketlerinin bizzat gebe kadının kendisi tarafından gerçekleştirilmesi zorunluluk arz ettiğinden suç aynı zamanda bizzat işlenebilen suçlardandır<sup>197</sup>. Bu nedenle TCK m. 40/2 uyarınca bu suçun işlenişine iştirak eden kişiler ancak azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulur<sup>198</sup>. Bu suçun işlenişine müşterek fail ya da dolaylı fail<sup>199</sup> olarak katılmak mümkün değildir<sup>200</sup>. TCK m. 100’de yer alan hareketin bizatihi gebe kadın tarafından gerçekleştirilmesi zorunluluk arz ettiğinden, bu suça müşterek fail olarak iştirak mümkün değildir<sup>201</sup>.

Bunlar yanında iştirak bakımından özellikle TCK m. 99 hükümlerinin de göz önünde bulundurulması zorunluluk arz etmektedir. Nitekim eğer ki gebe kadın ve üçüncü bir kişi çocuk düşürtmeye yönelik hareketleri birlikte gerçekleştirmişlerse, bu durumda çocuğun düşürtülmesi bakımından üçüncü kişi/ler TCK m. 99/2 uyarınca sorumlu olacaklardır<sup>202</sup>. Gebe kadının bu suça iştiraki ise müşterek fail olarak cezalandırılması sonucu doğurmamaktadır. Nitekim bu suç doktrinde çok failli suç olarak kabul edilmektedir<sup>203</sup>. Birçok failli suç türü olarak karşılaşma suçu niteliği taşıyan bu suçta gebe kadın faildir. Buna ilişkin olarak TCK m. 99/2’de getirilen özel düzenleme gereği gebe kadın suçun diğer faillerine göre daha az bir ceza ile cezalandırılmaktadır. Bu suçta suç politikası gereği kanunkoyucu gebe kadının daha az cezalandırılması yolunu tercih etmiştir. TCK m. 100 bakımından dolaylı faillik

196 Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin bazı hazırlık hareketleri StGB 219a ve 219b’de yaptırım altına alınmıştır. Gropp and Wörner (n 96) Rn. 45; Eser and Weißer (n 1) Rn, 50.

197 Eschelbach, StGB § 218, Rn. 13.

198 Keskin-Kızıroğlu (n 45) 186; Akbulut and Kareem (n 96) 64; Erdem (n 46) 1683; Dönmez (n 40) 129; Hafizoğulları and Özen (n 58) 146; Ertuğrul Suçlar (n 24) 146; Eschelbach, StGB § 218, Rn. 13

199 Aksi yönde bkz: Oktar (n 19) 227; Ertuğrul Düşürme (n 65) 383; Akbulut and Kareem (n 96). 64.

200 Akbulut and Kareem (n 96) 64.

201 Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 336; Oktar (n 19) 238; aksi görüşe göre bu suçun üçüncü kişilerin müşterek fail olarak iştiraki suretiyle işlenmesi mümkündür. Ancak bu halde suça müşterek fail olarak iştirak eden üçüncü kişiler TCK m. 99 uyarınca sorumlu olacaklardır. Bkz: Kul (n 95) 103; Ayrıca karşılaştırmamız: Eser and Weißer (n 1) Rn 55; Merkel, (n 8) Rn. 148.

202 Akbulut, and Kareem (n 96)65; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 325.

203 Akbulut and Kareem (n 96) 57.

de mümkün görünmemektedir. Bu durumda örneğin cebir uygulamak ya da tehdit etmek suretiyle bir kadının çocuğunu düşürmesini sağlanması durumunda cebir ya da tehdidi gerçekleştirenler TCK m. 99 uyarınca çocuk düşürme suçundan dolayı sorumlu olacaklardır<sup>204</sup>.

### c. İçtima

Çocuk düşürtme suçunu düzenleyen m. 99 ile m. 100 arasında görünüşte içtima ilişkisi olup olmayacağı hususunu ele almak gerekmektedir. Zira TCK m. 99/2 uyarınca gebe kadının rızası ile çocuğunun düşürtülmesi durumunda çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadının da cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Oysa ki TCK m. 100 bakımından kadın çocuğun düşürmesine yönelik hareketleri kendisi gerçekleştirmektedir. Kanaatimizce bu iki hüküm arasında bir içtima ilişkisi bulunmamaktadır. Nitekim burada öngörülen suç tipleri bakımından hareketler birbirinden farklılık arz etmektedir. Ancak işaret etmek gerekmektedir ki TCK m. 99/2 ve TCK m. 100 bakımından gebeliği sonlanan fail kadın için öngörülen cezalar bakımından bir fark bulunmamaktadır<sup>205</sup>.

Bu suçta zincirleme suç (TCK m. 43/1) hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı meselesinde doktrinde ağırlıklı görüş bu suçun zincirleme suç olarak işlenmeye müsait olmadığı yönündedir. Zira bu suçun işlenmesinde aynı suç işleme kararından bahsetmek mümkün olmaz<sup>206</sup> ya da suçun niteliği zincirleme suç olarak işlenmeye elverişli görülmez<sup>207</sup>. Zincirleme suç bakımından ele alınması gereken bir diğer husus ise bu suçta mağdurun belirlenmesi meselesi ile yakından ilişkilidir. Nitekim bu suçun bir suç işleme kararı kapsamında bir kadının tekrar eden gebelikleri bakımından gerçekleştirilmesi durumunda aynı suç işleme kararının varlığı kabul edilecek olsa bile, suçun mağdurunu cenin olarak kabul eden görüş bakımından suçun zincirleme suç olarak gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır. Suçun mağdurunu baba olarak kabul ettiğimizde ise, babanın her gebelik bakımından aynı kişi olması gerekmektedir ki, bu suçta zincirleme suç hükümleri uygulanabilsin. Bu bakımdan suçun mağdurunu cenin olarak kabul edenler, bu gerekçeyle suçun zincirleme suç olarak işlenmeye müsait olmadığı görüşündedir<sup>208</sup>. Öte yandan suçun mağdurunu toplum olarak kabul edenler bu suçun zincirleme suç olarak işlenmesinin mümkün olduğu sonucuna varmaktadır<sup>209</sup>. Bu bakımdan bu suçun mağdurunun doğru olarak tespit edilmesini sağlayacak açıklıkta bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır<sup>210</sup>.

Bu suçun işlenmesinde gebe kadının çoğul gebeliğe sahip olması durumunda içtima bakımından ne şekilde hareket edileceği de önem arz etmektedir. Eğer ki gebe kadın çoğul gebelik yaşadığını biliyor ve hareketiyle tüm ceninlerin düşürülmesine sebep oluyorsa, bu durumda aynı neviden fikri içtima (TCK m. 43/2) hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira çoğul gebelik durumunda

204 .Ibid 64.

205 Akbulut and Kareem (n 96) 65; failin sıfatının cezalandırma noktasında farklılık arz etmesi yönünde getirilen eleştiri için bkz: Özen *Çocuk* (n 80) 101.

206 Erdem (n 46) 1683; Akbulut and Kareem (n 96) 57; Aydın (n 39) 96.

207 Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 325.

208 Dönmez (n 40) 127.

209 Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 336; Ertuğrul *Suçlar* (n 24) 147.

210 Dönmez (n 40) 128.

anne rahminde suçun konusunu oluşturan birden fazla cenin bulunmakta<sup>211</sup> ve bunların her biri bakımından çocuk düşürme suçu tek bir hareketle gerçekleşmektedir. Ancak bu durumda suçun konusu farklı olsa da, suç tek bir mağdura karşı gerçekleştiğinden burada TCK m. 43/2'nin uygulanma olanağı bulunmamaktadır<sup>212</sup>. Gebe kadının çoğul gebeliği bilmediği durumlardaysa, tek hareketiyle birden fazla ceninin düşmesine sebep olması durumunda, çocuk düşürme suçunun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden gebe kadının tamamlanmış tek bir çocuk düşürme suçundan dolayı cezalandırılması gerekecektir.

## G. MUHAKEME VE YAPTIRIM

Bu suç re'sen soruşturulan bir suçtur. Suçun soruşturulması bakımından şikayet şartının aranmamış olmasının isabetli olduğunu belirtmek gerekmektedir<sup>213</sup>.

765 sayılı TCK'da bu suç m. 469'da düzenlenmekteydi. Bu hüküm çocuk düşürme suçunun cezasını bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası olarak belirlemekteydi. Oysa ki TCK m. 100'de suç karşılığı öngörülen yaptırım bir yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmektedir. Dolayısıyla yeni düzenlemeden suç tipi karşılığı öngörülen yaptırımın sanığın lehine olduğu yorumunu yapmak mümkündür<sup>214</sup>. Hükümün gerekçesine bakıldığında cezanın eski düzenlemeye göre hangi gerekçeyle daha az öngörüldüğüne ilişkin bir açıklama yer almadığı görülmektedir. Ayrıca bu suçun cezasının, TCK m. 99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçları ile kıyaslandığında da oldukça düşük olması doktrinde eleştirilmektedir. Nitekim TCK m. 100 bağlamında gebe kadın, gebeliğin sonlandırılması şeklindeki tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme yetkisi olmayan kişilerden biridir. Bu bakımdan gebe kadının yetkisiz olmasına rağmen, yetkisiz üçüncü kişilere göre gebeliğini kendisinin sonlandırmasına ilişkin hareketine niye daha az ceza öngörüldüğü sorusu ortaya çıkmaktadır. TCK m. 99/5'de yer alan suç tipi bakımından ceza, suç gebeliğin ilk on haftasında gerçekleştiyse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası; diğer hallerde ise ilk iki fıkradaki cezaların yarı oranında artırılarak belirlenecektir. Kanunkoyucu tarafından cezalar arasındaki bu belirgin farkın bir gerekçe gösterilmeden yapılması yerinde bulunmamakta ve eleştirilmektedir<sup>215</sup>. Buna karşın doktrinde gebe kadının bu hareketinden dolayı daha az cezalandırılmasının yerinde olduğu da savunulmaktadır<sup>216</sup>. Bu görüşe göre gebeliğini kendisi sona erdirerek bu suçu işleyen kadın "ağır bir iç çatışma yaşayarak" bu fiili gerçekleştirmekte; nitekim ya annelik içgüdüğü ve şefkati kendisinde gelişmediği görülen, istemediği bir gebelik yaşayan ya da bu güdü gelişmiş olsa bile gebeliğin sonlandırılması iradesinin ağır sosyal ve öznel koşullar altında ortaya çıkan; ancak her iki halde de kendi sağlığını ve hatta hayatını riske atarak bu suçu

211 Eser and Weißer (n 1) Rn.8.

212 Aynı yönde bkz: Aydın (n 39) 95; Özen *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 39) 324; Eğer ki bu suçta mağdur olarak cenin kabul edilseydi bu takdirde aynı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması mümkün olabilirdi. Mağduru cenin olarak kabul ederek bu uygulamayı savunan ve fakat adil bir çözüm olmadığını belirten görüş için bkz: Akbulut and Kareem (n 96) 58; Aynı yönde bkz: Oktar (n 19) 239; Erdem (n 46) 1683; Kul (n 95) 104.

213 Aynı yönde bkz: Kul (n 95) 105.

214 Oktar (n 19) 229.

215 Özbek, Doğan and Bacaksız (n 82) 325.

216 Oktar (n 19) 231.

gerçekleştiren kadının bu durumunun kanun koyucu tarafından göz önünde bulundurulduğu öne sürülmektedir<sup>217</sup>.

## SONUÇ

Türk hukukunda gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin düzenlemelerin incelenmesi çerçevesinde gebeliğin bizatihi gebe kadın tarafından sonlandırılmasının bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiği görülmektedir. Gebe kadının bu suçtan dolayı cezalandırılabilmesinin gebeliğin onuncu haftasından sonra mümkün olduğu göz önüne alındığında, gebe kadının kendi geleceği hakkında karar verme hakkı ile ceninin muhtemel yaşam hakkının korunmasına ilişkin menfaatlerin dengelenmesinin sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. TCK m. 100 düzenlemesinin TCK m. 99 ve NPHK ile ilgili Tüzük düzenlemeleri de göz önünde bulundurulduğunda bu dengelemeyi sağlamak bakımından bazı eksiklikler ihtiva ettiğini değerlendirmekteyiz. Öncelikli olarak suç tipinin adının *çocuk düşürme* olarak belirlenmesi, TCK m. 6'da yer alan çocuk tanımı göz önünde bulundurulduğunda ve ayrıca cenin kavramını dışladığı için isabetli değildir. Bu bakımdan hem TCK m. 99 hem de TCK m. 100'de yer alan suç tiplerinde bu ifade yerine gebeliğin sonlandırılması ifadesinin kullanılması gebelik ürünü olarak ceninin işaret edilmesi ve ayrıca suç tipinde gebelik haftalarına verilen önem sebebiyle daha uygun olacaktır. İkinci olarak suç tipi ile korunan hukuki değerin belirlenmesi noktasında ortaya çıkan görüş ayrılıklarının giderilebilmesi bağlamında, bu suçların hayata karşı suçlar altında düzenlenmesi, ceninin muhtemel yaşamına verilen önemi göstermesi açısından gereklidir. Elbette bu noktada ceninin yaşam hakkına sahip olan bir kişi olarak değil, muhtemel yaşam hakkına sahip bir suje olarak korunduğunu da tekrar etmekte fayda bulunmaktadır. Üçüncü olarak bu suç tipinde TCK m. 99/6'da yer verilen cezasızlık sebebinin yer almaması kanaatimizce büyük bir eksiklik teşkil etmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz, bu durumda gebeliğin bir suç sonucu oluşup oluşmadığının tespiti bakımından yapılan tartışmalar bir kenara bırakılacak olduğunda, gebe kadının bir suç sonucu oluşan gebeliğini onuncu haftadan yirminci haftaya kadar olan zaman diliminde sonlandırılması durumunda, bu halin tespit edilmesi yeterli addedilerek fail gebe kadına bu suçtan dolayı bir ceza yaptırımını uygulanmaması gerekmektedir. Nitekim kriminolojik endikasyon olarak nitelendirilen bu halin, failin kim olduğu önem arz etmeksizin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin tüm suç tipleri bakımından öngörülmesi daha yerinde olacaktır. Biz gebeliğin gebe kadın tarafından sonlandırılmasının suç olmaktan çıkarılmaması gerektiğini, zira bu halde hem özellikle TCK m. 99'un uygulanması bakımından sorunlar yaşanabileceğini hem de gebe kadının menfaatleri ile ceninin menfaatleri arasındaki dengenin bu durumda gebe kadın lehine bozulacağını ve fakat bu menfaat dengesinin korunmasının önemli olduğunu düşünüyoruz. Bu nedenlerle ifade ettiğimiz değişikliklerin yapılması suretiyle gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin iyileştirilebileceği kanaatindeyiz.

217 *Ibid.*



## KAYNAKÇA

- Akbulut B and Kareem OR ‘Türk Ceza Kanunu ve Irak Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları’ (2018) 13(37) *Ceza Hukuku Dergisi* 11-85.
- Aydın M ‘Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu’(2011) 19(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69-100.
- Aydın Ünver T *Ceninin Hukuki Konumu* (1. Baskı Oniki Levha, 2011)
- Berman P S Goldstein R and Leff Sophie, ‘Conflicts of law and the abortion war between the states’ (2024) 172 (2) *University of Pennsylvania Law Review* 399-518.
- Biggs, M A, Grossman D, Becker A, Raifman S, Schroeder R and Ralph L “Support for criminalization of self-managed abortion (SMA): A national representative survey”, *Social Science and Medicine*, S. 340, (2024): 1-10.
- Çağlayan M ‘Çocuk Düşürmede Zaruret Hali’ (1955) 46(12) *Adalet Dergisi* 1180-1183.
- Demirhan ES ‘Abortion Jurisprudence Under the European Convention on Human Rights (2024) 12(23) *ABÜHFD* 25-45.
- Doğan R ‘Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu’(2011) 19(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73-120.
- Dönmez B ‘TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması’(2007) 9 (2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 99-142.
- Dönmezer S ‘Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü’ (1984) 50 (1-4) *İÜHF* 3-11.
- Dural M, Öğüz T *Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku C.2*, ( Filiz 24. Bası 2024)
- Erdem D “‘Çocuk Düşürtme Düzenlemesi’ (2016) 65(4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1637-1688.
- Erem F *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1985)
- Ertuğrul H ‘Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme Suçu’ (2016) 6(2) *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 362-386
- Ertuğrul H *Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları* (Adalet 2016)
- Eschelbach, Ralf StGB § 218 Schwangerschaftsabbruch, *BeckOK StGB*, ed., Bernd von Heintschel-Heinegg, Hans Kudlich, Münih: Beck, 63. bs., 2024.
- Eser A and Weißer B, ‘StGB § 218 Schwangerschaftsabbruch’, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, Albin Eser et al (eds) (30. Bs Beck 2019).
- Gropp W and Wörner L ‘Vor. § 218’ in Volker Erb and Jürgen Schäfer (eds) *Münchener Kommentar zum StGB* (4. bs Beck 2021)
- Gropp W and Wörner L ‘StGB. § 218’ in Volker Erb and Jürgen Schäfer (eds) *Münchener Kommentar zum StGB* (4. bs Beck 2021)
- Grossman D and Verma N ‘Self – Managed Abortion in the US’, (2022) 328 (17) *JAMA* 1693-1694.
- Hafizoğulları Z Özen M *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, (US-A Yayıncılık 5. Baskı 2016)
- Işık B ‘Mağduru Olduğu Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürtülmesi Suçu (TCK m. 99/6)’ (2015) 3(2) *CHKD* 25-55.
- İlaldı HR ‘Kadının Menfaati Bakımından Rahim Tahliyesi’ (2020) (2) *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 671-694.
- Karasaç, Eda Gülsüm Ceninin Yaşama Hakkı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71, S. 3, 2022, s. 1063 (1051-1097)

- Keskin D ‘Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Nedeniyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi’ (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 743-774.
- Keskin Kızıroğlu S ‘Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları’ (2003) 19(2) Prof. Dr. Nur Centle Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 166-183.
- Korkmaz, Fulya ‘Çocuk Düşürme Suçunda Mağdurun Kim Olduğu Sorunu ve Ceninin Hukuki Niteliği’ (2024) (59) TAAAD 273-298.
- Kul A ‘Türk Ceza Hukuku’nda Çocuk Düşürme Suçunun Tartışmalı Yönleriyle İncelenmesi’ (2018) 4(7) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 85-110.
- Kurt, Leyla Müjde “Ceninin Malvarlığı Hakları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1 (2011) s. 177-207.
- Kurt E, Tunca Y “‘Temel Etik İlkeler Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasındaki Etik İkilemelere Bir Bakış’ (2016) (54) Medical Bulletin Haseki 57-61.
- Merkel R ‘StGB vor § 218’, in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen and Frank Saliger (eds) *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (6. bs Nomos 2023)
- Merkel R ‘StGB § 218’, in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen and Frank Saliger (eds) *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (6. bs Nomos 2023)
- Muş MH *Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürme Suçu* (Adalet 2019)
- Lüttger H ‘Gebeliğin Önlenmesi İle Çocuk Düşürme Arasındaki Sınırı Tesbitte Federal Almanya Ceza Hukukunda Yeni Problemler.’ (1971) 28(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 250-253.
- Oğuzman K, Seliçi Ö and Oktay – Özdemir S *Kişiler Hukuku*, (20. Bası Filiz 2021)
- Okuyucu Ergün G ‘Gebe Olduğu Bilinen Kadına Karşı İşlenen Kasten Öldürme Suçuna İlişkin Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler’ Muharrem Özen et al (eds) *Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan C. II* (Ankara Üniversitesi Yayınları 2015) 821-844.
- Oktar S *Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürme ve Çocuk Düşürme Suçları (TCK m. 99-100)* ( 1. Baskı Oniki Levha Yayıncılık 2016)
- Özen M ‘Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları’ (2007) (5) THD 97-101.
- Özen M *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (Adalet Yayınevi, 2024)
- Özbek VÖ Doğan K and Bacaksız P *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* ( 19. Baskı Seçkin 2024)
- Pizzarossa L B and Skuster P ‘Toward Human Rights and Evidence-Based Legal Frameworks for (Self-Managed) Abortion: A Review of the Last Decade of Legal Reform’ (2021) 23(1) Health and Human Rights Journal 199-212.
- Sarıkaya S ‘Türk Ceza Hukuku ve Türk Medeni Hukukunun Tarihsel Gelişimi Işığında Çocuk Düşürme Suçunun Mağduru Sorunsalı’ (2024) 2(1) Periodicum Iuris Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-99.
- Serozan R *Çocuk Hukuku* (Vedat 2017)
- Siegel R B. ‘How “History and Tradition” Perpetuates Inequality: Dobbs on Abortions’ Nineteenth Century Criminalization’ (2023) 60 (4) Houston Law Review 905-906
- Sommer U and Tsambikakis M ‘§ 3 Strafrechtliche Arzhaftung’ Tilman Clausen and Jörn Schroeder-Printzen (eds) *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, (3. bs Beck 2020)
- Şentürk Tur M Kadının Üreme ve Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Çerçevesinde Gebeliğin Sonlandırılmasında Yasal Sürelerin Başlangıcı’ (2023) 27(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 383-414
- Tezcan D Erdem MR ve Önok M *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (19 bs Seçkin 2021)

- Toroslu Nevzat *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu* (Sevinç Matbaası, 1970).
- Uyumaz A and Avcı Y 'Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması' (2016) 17 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 579-638.
- Üstün Ç Aygörmez Ugurlubay G A "Sağlık Hukukunda Bireyin Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Bu Hakkın Etik Açısından Değerlendirilmesi" (2014) (53) Fasikül 29-37.
- Varol Ş 'Yaşam Hakkı ve Kürtaj' (2020) 15(171), Tıp Hukuku Dergisi 2303-2313.
- Varol Ş *Yaşam Hakkı Bağlamında Ötanazi ve Kürtaj*, (1. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2022)
- Yarsuvat D 'Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi', 1982-83 48-49 (1-4) İHFM 451-471.
- Wollersheim U '§ 6 Ärztliches Berufsrecht' in Tilman Clausen and Jörn Schroeder-Printzen (eds) *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, (3. bs, Beck 2020)
- Yılmaz H 'Cenini Öldürme (Düşürtme/Düşürme) Suçu' (2001) 27(4) Yargıtay Dergisi 705-728.
- Yurtcan E *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması Yasal Kürtaj ve Sterilizasyon Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları* (2. Baskı Kazancı Hukuk Yayınları 1990)