

## TÜRK CEZA KANUNU'NDA ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU

Av. Tülay KİTAPÇIOĞLU\*

### ANAHTAR SÖZCÜKLER

Çocuk düşürtme, kürtaj, gebe kadın, anne, gebelik süresi, cenin, rıza, tıbbi zorunluluk, tıbbi müdahale.

### ÖZET

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 99.maddesinde düzenlenen çocuk düşürtme suçu detaylı olarak incelendiğinde, birçok eksiklik ve çelişkiyi içinde barındırdığı görülecektir. Bu suç tipi üzerinde yeteri kadar bilimsel çalışmanın yapılmamış olması, kanuni düzenlemede gebe kadının irade serbestisi ile ceninin gelecekteki yaşamının korunması arasında bir dengenin sağlanmamış olması gibi nedenlerin doğurduğu sıkıntılar, uygulamada kendisini etkili bir şekilde göstermektedir. Bu çalışmamızda, çocuk düşürtme suçu ceza hukuku açısından incelenecektir. Bu kapsamda, suçun koruduğu hukuksal değer, suçun unsurları, şahsi cezasızlık sebebi, nitelikli halleri ve yaptırımı, tartışmalı olan hususlara değinilerek ele alınacaktır.

### KEYWORDS

İllegal abortion, pregnant woman, mother, period of gestation, fetus, consent, medical obligation, medical intervention.

### ABSTRACT

When analyzed in detail, it will be noticed that illegal abortion, specified under article 99 of Turkish Penal Code numbered 5237, contains

---

\* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

numerous deficiencies and contradictions. Inconveniences caused by lack of sufficient scientific studies on this type of crime and unprovided balance between freedom of will of pregnant woman and protection of future life of fetus in legal regulation come into prominence in practise. In this study, illegal abortion is analyzed from the viewpoint of criminal law. In this context, the legal good as protect by the crime, elements of crime, aggravating circumstances and punishment of crime are handled referring to contentious points.

## GİRİŞ

Hukuk düzeni kişiyi kendisine karşı gelebilecek her türlü iç ve dış etke- ne karşı korumayı amaçlamaktadır. Türk Hukuk sisteminde, kişiliğin tam ve sağ doğum ile birlikte kazanıldığı kabul edilmektedir<sup>1</sup>. Bu halde, tam ve sağ doğum gerçekleşmeyen hallerde, “cenin”, “*kişi*” sıfatı kazanılmadığından bahisle hukuk düzenin korumasından faydala-namayacak mıdır?<sup>2</sup> Böyle bir durum, hiç şüphesiz “ceninin gelecekteki yaşamının korunması” anlamında bir boşluğun ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu itibarla, Türk Ceza Kanu- nu ve diğer mevzuatlar ile ceninin gelecekteki yaşamının korunması amacı- la gebeliğe son verme belirli koşullarla sınırlandırılmıştır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 99.maddesinde, çocuk düşürtme suçu düzenlenerek ceninin gelecekteki yaşamının ve buna bağlı haklarının koruma altına alınması amaçlanmıştır. Bu çalışmamızda TCK md.99’da yer alan ‘Çocuk Düşürtme’ suçu, unsurları, özellikleri, maddenin gerekçesi, Yargıtay kararları, tartışmalı noktaları ve uygulamada görülen sıkıntıları ile ele alınarak değerlendirilmiştir.

<sup>1</sup> 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 28.maddesinde, “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.*” olarak düzenlendiği için kişiliğin tam ve sağ doğum ile başladığı kabul edilmektedir.

<sup>2</sup> *Tek’e göre, henüz doğmamış olan çocuğun yaşama hakkından söz edilemeyeceği için kadının kendi vücudu üzerinde tasarruf etme hakkının karşısında ceninin yaşama hakkı- nın olduğu ve bu iki hakkın çatıştığı iddia edilemeyecektir. Bu görüş için bkz: TEK, Gül- şah, Sinem, Türk Hukuku’nda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler, Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Yayınları, Temmuz, 2012, s.109.*

## I- GENEL BİLGİLER

Çocuk düşürtme suçu, Sağlık Hukuku'nun tartışmalı konularından birisidir. Bu suçun düzenlenmesindeki amaç ile ilgili olarak birbirinden farklı iki görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden ilki, kadının gebeliğine son verme hakkına sahip olduğunu, bu konuda kadının vücudu üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğunu savunurken<sup>3</sup>, diğer görüş ise, çocuk düşürtmenin rahimde başlayan hayata müdahale etmek olduğunu ve bunun da cinayete eş değer olduğunu kabul etmektedir<sup>4</sup>. Kanaatimizce, yaşama hakkının korunması hukuki anlamda kişiliğin başlaması ile mümkün olduğundan ceninin gelecekteki yaşamı koruma altına alınmalı ve tıbbın çizeceği belli ölçülerde gebe kadına gebeliği sona erdirme hakkı mutlak ve sınırsız bir hak olmayacak şekilde tanınmalıdır.

Bilindiği üzere, çocuk düşürtme suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap, birinci kısım, beşinci bölümünün 99.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede,

- a- Rızası olmamasına rağmen bir kadının çocuğunu düşürtmek (*TCK md.99/1*),
- b- Rızası olsa dahi, tıbbi zorunluluk olmamasına rağmen gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürtmek (*TCK md.99/2*),
- c- Rızası olmamasına rağmen bir kadının çocuğunun düşürtmek, (kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa veya fiil kadının ölümüne yol açmışsa - *TCK md. 99/3*),
- d- Rızası olsa dahi, tıbbi zorunluluk olmamasına rağmen gebelik süreci on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürtmek, (kadının

<sup>3</sup> DÖNMEZER, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul, 2001, s.201.

<sup>4</sup> DÖNMEZ, Burcu, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:9, Sayı:2, 2007, s.99.

beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa veya fiil kadının ölümüne yol açmışsa - *TCK md.99/4*),

- e- Rızası olsa dahi, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kimse tarafından düşürülmesi veya bu madde kapsamındaki diğer fiillerin yetkili olmayan bir kimse tarafından işlenmesi (*TCK md.99/5*),
- f- Son olarak, mağduru olduğu bir suçtan dolayı gebe kalan kadının süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının da rızasının bulunması şartıyla, gebeliği son veren kişinin cezalandırılmayacağı hususu (*TCK md.99/6*) düzenlenmiştir<sup>5</sup>.

Bu konu ile ilgili 5237 sayılı TCK md.99 dışındaki diğer düzenlemeler ise, 1983 tarihli Nüfus Planlaması Hakkında Kanun<sup>6</sup>, Rahim Tahliyesi ve Strelizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük ve 509 Sayılı Nüfus Planlama Hizmetlerini Yürütme Yönetmeliği'dir. Konuya ilişkin bu düzenlemeler üzerinde ilgili olduğu kısımlarda durulacaktır.

## II- KORUNAN HUKUKİ YARAR

*Tezcan/Erdem/Önok*'a göre, bu suç ile öncelikli olarak gelecekteki yaşamın korunması ve ikincil olarak ise annenin sağlığının korunması amaç-

<sup>5</sup> Eski TCK ile yeni TCK arasında önemli farklar bulunmaktadır. Şöyle ki; 765 sayılı Kanunu'nun 472.maddesinde yer alan çocuk düşürtme suçunun kişinin kendisinin ya da akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlenmiş olması halinde cezasının indirilmesi öngörülmüştü. Bu düzenleme, yeni kanunda yer almamaktadır. 5237 Sayılı TCK md.99/6'da, suç dolayısıyla gebe kalan kadının daha uzun süreli gebeliklerinin sona erdirilmesi mümkün kılınmıştır. Ancak gebe kadının suç mağduru olduğu yönündeki beyanı ile hastane ortamında ve uzman hekimler sayesinde gebeliği sona erdirmeye imkanı sağlanmıştır. Bu konu hakkında bkz: ÖZBEK, Veli, Özer/KANBUR, Nihat/DOĞAN, Korumay, BACAĞIZ, Pınar, TEPE, İlker, 'Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2010, s.337-338; DÖNMEZER, s.224-225.

<sup>6</sup> Çocuk düşürtme suçunun düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 99.maddesinin gerekçesinde; çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçları bakımından 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda yer alan hükümler göz önünde bulundurularak düzenleme yapıldığı vebu kanunda öngörülen hükümlerin günümüz toplumsal ihtiyaçlarını karşıladığı için madde metninin düzenlenmesinde esas alındığı ifade edilmiştir. Kanaatimce, ceninin yaşama hakkı ve annenin sağlığını koruma amacı esas alınarak hazırlanan bir suçla ilişkin düzenlemede, nüfus planlamasını öngören bir kanunun temel alınmaması gerekirdi.

lanmaktadır<sup>7</sup>. *Kanbur*'a göre, çocuk düşürtme suçlarında korunan öncelikli yarar, ceninin gelişim hakkıdır. Bu görüşe göre, ceninin yaşam hakkının korunması öncelikli olmakla beraber rızası bulunsun veya bulunmasın çocuğu düşürtmek suretiyle vücudu üzerinde girişimde bulunulan gebe kadının sağlığı da korunmalıdır. Çünkü, bu fiillerden dolayı doğrudan kadının sağlığı etkilenecektir<sup>8</sup>. *Hakeri*'ye göre, çocuk düşürtme suçu ile sadece cenin değil annenin de korunması amaçlanmıştır. Bu koruma, ilk olarak çocuk düşürtme eyleminin hekim olmayan bir kimse tarafından yapılmasının cezalandırılmasından, ikinci olarak da, çocuğun alınmasına ilişkin getirilen süre kısıtlamasından anlaşılmaktadır. Çocuğun alınması için annenin rızasının aranması ile de, hamile kadının karar verme özgürlüğü koruma altına alınmaktadır.<sup>9</sup> *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre, bu suç ile korunması amaçlanan öncelikli yarar yaşam hakkıdır. Ceninin annenin sağlığını tehlikeye düşürmesi söz konusu olsa bile onun da yaşam hakkı dikkate alınmakta ve korunmaktadır. Burada, çocuğu düşürtülmek suretiyle vücudu üzerinde girişimde bulunulan kadının sağlığı da korunmaktadır. Bunun dışında, toplumun varlığını sürdürme hakkı, aileye ait bir varlığın var olma hakkı, genel ahlak ve devletin nüfus politikasının korunması amaçlanmıştır<sup>10</sup>. *Dönmez*'e göre, bu suç ile birden fazla hukuki yararın korunması amaçlanmıştır. Buna göre, TCK md.99/1'de, hem ceninin yaşama hakkı, hem de annenin sağlığı korunmak istenirken md.99/2'de ise, sadece ceninin yaşama hakkının korunması amaçlanmıştır. Çünkü; bu fıkrada "*rızaya dayalı olsa bile*" ifadesi ile belli sürelerin dışında gebeliğin sona erdirilmesini suç olarak tanımlamış ve cenin-

<sup>7</sup> TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa, Ruhan/ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2010, s.277.

<sup>8</sup> KANBUR, Nihat, "Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu", Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2008, s.1231.

<sup>9</sup> HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2010, s.415. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Paton v. UK kararında mahkeme, ceninin yaşama hakkının annenin haklarından ayrı değerlendirilemeyeceğini ve annenin tercihleri doğrultusunda sınırlanabileceğini belirtmiştir (Paton v. UK (1980) 3EHR 408). DÖNMEZ, s.137.

<sup>10</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.338.

nin yaşama hakkına üstünlük tanımıştır<sup>11</sup>. *Bakıcı*'ya göre korunan hukuki yarar, ceninin hayatı, gebe kadının sağlığı ve hayatı, genel ahlak kuralları ve devletin nüfus politikasının korunmasıdır<sup>12</sup>. *Parlar/Hatipoğlu*'na göre, bu suçta korunması amaçlanan hukuki yarar, ceninin ve kadının şama hakkı ile birlikte 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda öngörülen hükümlerin dışında gebeliği sona erdirmenin önlenmesini sağlamak amaçlanmıştır<sup>13</sup>.

Kanaatimizce, bu suç ile birden fazla hukuki yararın korunması amaçlandığı için korunan hukuki yarar, karma yapıdadır. Çocuk düşürme fiillerinin suç olarak düzenlenmesi ile ceninin gelecekteki yaşamı, gebe kadının kendi bedeni üzerindeki hakları ve toplumun çocuğun sağ ve tam doğuma yönelik yararının korunması amaçlanmıştır. Her ne kadar doktrinde bu suç ile genel ahlakın korunmasının amaçlandığı savunulmuşsa da, genel ahlak kavramı, soyut ve düşünceyi meşru kılma amacı ile hemen her durumda kullanılabilir olduğu için kanaatimizce, bu suçta korunan hukuki yarar arasında görülmemelidir. Aynı zamanda, doktrinde genel ahlak kavramı, korunan hukuksal değer olarak kabul edilmemektedir. Bu suçun ihdas edilmesi ile birden fazla hukuki yararın korunması amaçlandığından çok yönlü bakış açısı ile konuya yaklaşılarak değerlendirme yapılması gerekmektedir.

### III- SUÇUN UNSURLARI

#### 1- Maddi Unsur

##### a- Fiil

---

<sup>11</sup> DÖNMEZ, s. 109. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, H v. Norway başvurusunda, 14 haftalık gebeliğin sosyal nedenlerle sona erdirilmesini sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Komisyon, sözleşmeye üye olan devletlerin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak mevzuatlarını istedikleri gibi düzenleme yetkisine sahip olduklarını ileri sürmüştür. Bu nedenle, ceninin yaşama hakkının sözleşme ile uyumlu olmadığı yönündeki iddiaları kabul etmemiştir (H v. Norway Application No:17004/90) DÖNMEZ, s.137.

<sup>12</sup> BAKICI,Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Ankara, 2010 s.1017.

<sup>13</sup> PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara, 2008, s.1588.

Çocuk düşürtme suçunda fiil, “bir kadının çocuğunu düşürtmek”dir. Bu suç her türlü hareket ile işlenebileceğinden *serbest hareketli bir suçtur*<sup>14</sup>. Ceninin gebe kadın ile olan yaşamsal bağlantısına son verilmesi, tıbbi müdahalelerle gerçekleşebileceği gibi yaralama niteliği taşıyan fiillerle de gerçekleşebilir<sup>15</sup>. Çocuk düşürtmeye yönelik müdahale, kürtaj gibi doğrudan ceninin alınması şeklinde olabileceği gibi hamile kadın üzerindeki müdahale şeklinde de olabilir<sup>16</sup>. Gebe bir kadının çocuğunu düşürtmeye yönelik tekmelemesi, yumruklaması, sopayla dövülmesi, ilaç yutturulması, karnının üzerine oturulması vb. fiillerle çocuk düşürtme suçu oluşabilmektedir<sup>17</sup>. Gebe kadına kimyasal bir ilacın verilmesi veya biyolojik bir etki gösteren ilacın kullanılması da çocuk düşürtme suçunun oluşumuna neden olabilecek fiillerdir<sup>18</sup>.

Hekimin hastanın sağlığına kavuşması için yaptığı her şey tıbbi müdahale olarak kabul edilebilir. Tıbbi müdahalenin kapsam ve sınırları, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md.13’ de belirtilmiştir<sup>19</sup>. Çocuk düşürtme suçu bakımından tıbbi müdahale, tıbbi usullere göre gebe kadın üzerinde gerçekleştirilen ve çocuğun düşürtülmesine yönelik olan her türlü harekettir<sup>20</sup>.

Çocuk düşürtme suçunda fiil, gebelik sırasında yani doğumdan önce gebeliği sona erdirme amacı ile cenine yönelik her türlü müdahaledir. Bu suçun oluşmasında, gebeliğin ne şekilde gerçekleştiği –doğal mı, suni olarak mı- önemli değildir<sup>21</sup>. Bunun yanı sıra, suçun oluşumu bakımından fiilin

<sup>14</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.278; KANBUR, s.1237; HAKERİ, s.418;ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAK-SIZ/TEPE, s.341; BAKICI, s.1019; METİN, s.501.

<sup>15</sup> KANBUR, s.1238. HAKERİ, s.418; METİN, s.501.

<sup>16</sup> HAKERİ, s.418; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.341.

<sup>17</sup> KANBUR, s.1238.

<sup>18</sup> DÖNMEZ, s.113.

<sup>19</sup> “Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muahaze edilemez. Tababet prensip ve kaidelere aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip veya dış tabibi;teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bendeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.”Tıbbi Deontolojisi Nizamnamesi, md.13.

<sup>20</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.341.

<sup>21</sup> TEZCAN/ERDEM/ ÖNOK, s.279.

gerçekleştirildiği sırada, gebeliğin kaçınıcı ayında olduğu da kural olarak önemli değildir. Ancak, tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen, kadının rızası olsa dahi, gebelik süresi on haftayı aşmışsa, bu fiil suç oluşturacaktır (TCK md.99/2)<sup>22</sup>. Bu halde, gebelik süresi on haftayı aşmamışsa ve kadının da rızası varsa, fiil suç oluşturmaz. Bu düzenlemede, rıza gösteren gebe kadına verilecek ceza ile çocuk düşürtme fiillerini gerçekleştiren hekime verilecek ceza arasında ayırım yapılmıştır. Buna göre, düşürtme fiillerini gerçekleştiren hekim, “iki yıldan dört yıla kadar” hapis cezası ile cezalandırılacakken bu fiile rıza gösteren gebe kadın, “bir yıla kadar hapis veya adli para cezası” ile cezalandırılacaktır. Oysa, 765 sayılı TCK md.468/2’de, bu tür fiiller için hekime de rıza gösteren gebe kadına da aynı miktarda ceza öngörülmekteydi. Bu farklılığın nedeni, madde metninden de maddenin gerekçesinden de anlaşılamamakta ve eleştirilmektedir<sup>23</sup>.

Çocuk düşürtme suçu incelenirken değişik ihtimaller de göz önüne alınmalıdır. Şöyle ki; çocuğun anne karnında ölmesi ile canlı doğduktan sonra kürtaj ameliyesi nedeniyle ölmesi arasında suçun hukuki niteliği bakımından bir fark yoktur. Bu itibarla, çocuk düşürtme amacı ile yapılan müdahale neticesinde çocuğun zamanından önce doğması ve ölmesi durumunda suç, çocuk düşürtme suçudur; ceninin rahim içinde veya dışında olmasının bir önemi yoktur<sup>24</sup>.

Gelişim süreci devam eden, yaşayan bir cenine yönelen ve onun gebe kadın ile olan yaşamsal bağlantısına son vermeye çalışan her türlü müdahale, TCK md.99 anlamında çocuk düşürtmedir. Ana rahmindeki ceninin herhangi bir yaşamsal fonksiyona sahip olmaması halinde ise, gebe kadına yönelik

---

<sup>22</sup> Çocuk düşürtme suçunda gebelik süresinin kesin bir suretle belirlenmesi uygulanacak yaptırım bakımından önem arz etmektedir. Yargıtay verdiği bir kararda, “Gebelik süresinin on haftadan fazla olduğunun kesin tıbbi kanıtlarla saptanamadığı gözetilmeden, sanıkların beraati yerine atılı suçtan mahkumiyetlerine karar verilmesi....” demiştir (Yargıtay 8.CD. 11.11.1998-13413/4523). EROL, Haydar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 1.Cilt, Ankara, Yıl Bilinmiyor, s.1235.

<sup>23</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.342-343.

<sup>24</sup> HAKERİ, s.418.



yapılan müdahale çocuk düşürtme suçunu değil, şartlarına göre kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarını oluşturur<sup>25</sup>.

Çocuk düşürtme fiilinin neticesinde, çocuğun düşürtülmesi yani ceninin gebe kadın ile yaşamsal bağlantısının sona ermesi gerektiğinden, bu suç *netice suçudur*. Yapılan müdahale ile ceninin rahim içinde ölümüne yol açılmış olması gerekmektedir. Neticenin, failin ceninin yaşamsal faaliyetini sona erdirmeye yönelik faaliyetinin sonunda ortaya çıkması ve bunun objektif olarak faille isnat edilebilir olması gerekmektedir<sup>26</sup>. Bu nedendir ki; ceninin rahim içinde müdahaleden önce canlı olması gerekmektedir. Yani, müdahale, gebelik sırasında cenin canlı iken yapılmalı ve cenin üzerinde etki göstermelidir<sup>27</sup>. Gelişim süreci devam eden ve yaşayan cenine yönelik olan ve onun gebe kadın ile yaşamsal bağlantısına son vermeye çalışan her türlü müdahale md.99 anlamında "*çocuk düşürtme*"dir. Bu itibarla, müdahaleden önce ölmüş olan cenin üzerindeki fiiller bakımından bu suç oluşmaz. Ana rahmindeki ceninin herhangi bir yaşamsal fonksiyona sahip olmaması halinde, gebe kadına yönelik yapılan müdahale, çocuk düşürtme değil şartlarına göre, kasten öldürme veya kasten yaralama suçunu oluşturabilecektir<sup>28</sup>.

#### **b- Fail**

Çocuk düşürtme suçunda fail, herhangi bir kişi olabilir. Bu suçun faili, anne olabileceği gibi annenin dışında herhangi bir kimse de olabilir. Zira, TCK md.99/2'de, rıza gösteren kadın da cezalandırıldığından, bu suçun faili,

<sup>25</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.341-342.

<sup>26</sup> KANBUR, s.1241.

<sup>27</sup> TEZCAN/ERDEM/ ÖNOK, s. 280. KANBUR, s.1238. DÖNMEZ, s.112.

<sup>28</sup> KANBUR, s.1238. İngiliz Hukuku'nda cenine yönelik gebeliği sona erdirici hareketin insan öldürme suçu olarak değerlendirildiğine ilişkin dava örneği bulunmamaktadır. İnsan öldürme suçunun oluşabilmesi için çocuğun canlı olarak doğması gereklidir. Bu kapsamda, 1861 tarihli Kişilere Karşı Suçlar Kanunu (bölüm 58- 59), 1929 tarihli Yeni Doğanın Hayatını Koruma Kanunu'nda ve 1967 tarihli Kürtaj Kanunu ile bu konuya ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Detaylı bilgi için bkz: DÖNMEZ, s.101.

herhangi bir üçünü kişi olabileceği gibi, cenini taşıyan anne de olabilecektir<sup>29</sup>.

Bu suçun faili olan kişinin, gebeliği sonlandırmaya yetkili olan bir kimse olması şart değildir. Ancak, çocuğun yetkili olmayan bir kimse tarafın düşürtülmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haldir (TCK md.99/5). Bu itibarla, çocuk düşürtme suçunda, suçun failinin çocuk düşürtülmesinde yetkili olan bir kimse mi yoksa yetkili olmayan bir kimse mi olduğu, ceza miktarının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. 1983 tarihli ve 18255 sayılı Rahim Tahliyesi ve Strelizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te rahim tahliyesine yetkili olan kimseler sınırlı sayıda gösterilmiştir. Bu düzenlemeye göre, rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları tarafından yapılır (md.3/2). Ancak, Bakanlık tarafından açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek pratisyen hekimler de, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetiminde menstrüelregülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler (md.3/3). Tüzükte açıkça belirlendiği gibi, rahim tahliyesine yönelik fiilleri gerçekleştirmeye yetkili olan kimseler, kadın doğum alanında uzmanlaşmış hekimlerdir. Bunun yanı sıra, Sağlık Bakanlığı tarafından verilen yeterlilik belgesi alan pratisyen hekimler de rahim tahliyesi yapabilecektir<sup>30</sup>. Ne var ki, bu kapsam dışındaki kişiler, yet-

<sup>29</sup> *Tezcan/Durmuş/Önok*'a göre, bu suçun faili, TCK md.100'de ayrıca çocuk düşürme fiili cezalandırıldığından cenini taşıyan kadın dışında herhangi bir kimse olabilecektir. Diğer bir anlatımla, çocuğun düşmesi, anne dışında üçüncü bir kişinin fiili ile gerçekleşmiş olmalıdır. Bkz: TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.278. *Kanbur*'a göre, TCK md.99/1'de düzenlenen fiiller bakımından suçun faili gebe kadın dışında herkes olabilirken md.99/2'de düzenlenen fiiller bakımından çocuk düşürtmeye rıza gösteren de kadın cezalandırılabilir. Bkz: KANBUR, s.1234. *Hakeri*'ye göre, fail, gebe kadın dışında herkes olabilir. Bkz: HAKERİ, s.417. *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre, bu suçun faili gebe kadın dışındaki herkestir. Zira, gebe kadının çocuğunu bizzat düşürmesi halinde TCK md.100 hükmü uygulanacaktır. Bkz: ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/-BACAKSIZ/TEPE, s.339. *Dönmez*'e göre, çocuk düşürtme suçunun faili, gebe kadın dışındaki herhangi birisi olabilir. Gebeliğin yetkili olmayan bir kinse tarafından sona erdirilmesi halinde ise, yetkisiz kişinin bu fiili, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali oluşturur. Bkz: DÖNMEZ, s.109. *Artuç*'a göre, TCK md.99/2'de düzenlenen suçun faili, ancak gebe bir kadın olabilir. Bkz: ARTUÇ, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, 2008, s.538.

<sup>30</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.278; KANBUR, s.1235-1236; HAKERİ, s.417; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ, s.340; DÖNMEZ, s.111.

kisiz kişi olarak kabul edilerek bu kişiler hakkında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller uygulanacaktır.

### c- Mağdur

Çocuk düşürtme suçunun mağduru, gebe kadındır. Kadın, çocuk düşürtmeye yönelik fiillere rıza göstermiş dahi olsa md.99/2 ve md.99/5'de belirtilen hallerde söz konusu rıza, kanun tarafından geçerli kabul edilmiştir. Bu halde de, suçun mağduru gebe kadındır. Kadının yanı sıra, toplum ve kamu da genel anlamda suçun mağdurudur<sup>31</sup>. Suçun mağdurunun gebe kadın olması, suçun unsurlarından olup tipikliğe ilişkin bir özelliktir<sup>32</sup>.

Kadının gebe olması, hukuka uygun her türlü delil ile ispat edilebilir. Tanık beyanları, doktor raporları ile kadının gebe olduğu belirlenmelidir. Kadının gebe olmaması halinde çocuk düşürtme suçu oluşamayacağından fail kastına göre yaralama, öldürme, cinsel taciz veya cinsel saldırı suçundan yargılanabilir<sup>33</sup>.

### d- Konu

Çocuk düşürtme suçunun konusu, doğumdan önceki yaşamın korunması amaçlandığından "cenin"dir. TCK md.6-b'de, çocuk, "henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanmışsa da, çocuk düşürtme suçundaki çocuk kavramı açısından, bu tanım geçerli değildir. Bu nedenle, doğumdan önceki yaşamın korunması amaçlandığından bu suçun konusu, "cenin"dir. Bu suçun konusu cenin olduğu için cenin sıfatının kazanılma anı önemlidir. Cenin sıfatının kazanılma anı, *nidation*'dur. *Nidation*, döllenmiş yumurtanın rahmin iç zarına yerleşmesidir. Bu bakımdan, cenin, "döllenmeden doğuma kadar geçen sürede, ana rahminde bulunan varlık"tır<sup>34</sup>. Bu nedenle, doğmuş bir yaşam söz konusu ise, çocuk düşürtme suçu değil, kasten veya taksirle insan öldürme suçu oluşur<sup>35</sup>. Türk Hukuku'nda, kişi sıfatı-

<sup>31</sup> KANBUR, s.1236; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.340.

<sup>32</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.340.

<sup>33</sup> BAKICI, s.1019.

<sup>34</sup> HAKERİ, s.415; METİN, Sevtap, Biyo-tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul, 2010, s.500.

<sup>35</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.279.

nın kazanılma anı olarak doğumun bitmesi yani ceninin anadan tamamen ayrılması aranmaktadır<sup>36</sup>. Kişi sıfatının kazanılma anının belirlenmesi, suçun hukuki niteliğinin tespit edilmesi bakımından da önem taşımaktadır. Örneğin, karnındaki ağrılardan şikayetçi olan hastanın doktora gitmesi üzerine, hastanın hamile olmadığını söylemesi nedeniyle ilaç yazıp gönderen hekimin sorumluluğu doğabilir. Kadının kısa bir süre sonra ölü çocuk doğurması halinde hekim, taksirle yaralamadan sorumlu olacaktır. Çünkü, henüz yaşam söz konusu olmadığından çocuğun öldürülmesi de söz konusu olamayacağından TCK md.89 gereğince taksirle yaralamadan sorumlu olması gerekecektir<sup>37</sup>.

TCK md.99’da yer alan çocuk düşürtme suçunun konusu, ana rahmindeki cenin iken, madde başlığında ve içeriğinde “çocuk” deyiminin kullanılmıştır. Ancak, TCK bakımından çocuk, henüz on sekiz yaşını tamamlamamış kişidir (TCK md.6/1-b). Bu itibarla, suçun kanuni tanımında, “cenin” ifadesinin kullanılması gerekirken “çocuk” deyiminin kullanılmış olması yerinde değildir<sup>38</sup>. Suçun kanuni düzenlemesinde “çocuk” ifadesi yerine, gerek tıbbi gerekse de hukuki olarak suçun konusunu tam olarak karşılayacak “cenin” ifadesinin kullanılması daha doğru olacaktır.

<sup>36</sup> Alman Hukuku’nda ise, doğum sancılarının başladığı an kabul edilmektedir. Bu nedenle, doğal sancılar ile suni sancılar arasında ayırım yapılmamaktadır. HAKERİ, s.416. Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (md.4)’de, yaşama hakkı gebelikten itibaren koruma altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, sözleşmenin kimlerin yaşama hakkını koruduğu konusunda sessiz kalmıştır. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz: DÖNMEZ, s.139.

<sup>37</sup> Aynı örnek Almanya’da gerçekleşmiş olsa idi, Alman Hukuku’nda doğum sancuları ile yaşamın başladığı kabul edildiği için hekim çocuğu taksirle öldürmeden sorumlu tutulacaktır. HAKERİ, s.416.

<sup>38</sup> Aynı yönde görüş için bkz: DÖNMEZ, s.106; ARTUÇ, s.540. Esasen İngiliz Hukuku’nda da, benzer bir bakış açısı bulunmaktadır. Buna göre, çocuk düşürtme suçu, insan öldürme suçu kapsamında değerlendirilmez. Zira, İngiliz Hukuku da, cenine kişilik hakları tanımamaktadır. Ceninin kanun ile korunması sağlanmıştır ancak bu koruma, doğmuş bir insandan farklıdır. Ayrıca, gebeliğin sonlandırılması da sadece rızaya dayalı (law of consent) olarak mümkün olabilecektir. Bkz: DÖNMEZ, s.107. *Bakıcı*’ya göre, kanunkoyucu, “çocuk” tabirini, “cenin” tabirine göre kullanılması daha kolay olduğu için tercih etmiştir. Bkz: BAKICI, s.1018.

Çocuk düşürtme suçunun maddi konusunun belirlenmesinde, tartışılması gereken bir husus da, çoklu gebeliklerde bir ya da birden fazla fetüsün<sup>39</sup> sonlandırılmasının hukuki niteliğidir. Fetal redüksiyon, çoklu gebeliklerde bir ya da birden çok fetüsün kalanların gelişimine etki etmeyecek şekilde çocuk düşürtme suretiyle sonlandırılmasıdır<sup>40</sup>. Farklı amaçlarla ve farklı yöntemler ile yapılmış olsa dahi, çoklu gebeliklerde bazı fetüslerin gelişimlerinin sonlandırılması, ceza hukuku anlamında “çocuk düşürtme” olarak kabul edilmelidir. Bu anlamda, çoklu gebeliklerde ana rahminde bulunan birden fazla fetüslerin gelişiminin sona erdirilmesi de, çocuk düşürtme suçunun konusunu oluşturmalıdır. Ancak, bu halde, failin tek bir suçtan mı, yoksa birden fazla suçtan mı cezalandırılacağı önem taşımaktadır. Kanaatimizce, tek bir fiil ile çoklu gebeliklerde birden fazla fetüsün gelişiminin sonlandırılması durumunda birden fazla çocuk düşürtme suçu oluşacaktır. Zira, zincirleme suç hükümlerinin düzenlendiği TCK md.43/2’de, “*aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fülle işlenmesi*” bir cezaya hükmedileceği fakat cezanın artırılacağı düzenlenmiştir. Ancak, cenin kişi olarak kabul edilmediği için zincirleme suç hükümleri uygulanmamalı, failin her fiilinden dolayı gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır. Diğer yandan, hızlı gelişen biyoloji ve teknoloji ile kanuni düzenlemeler arasında uyumun sağlanması için bu konuda açık bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır<sup>41</sup>.

#### e- Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller

##### aa. Fiilin Kadının Beden veya Ruh Sağlığı Bakımından Zarara Uğramasına Neden Olması (TCK md.99/3-4)

Çocuk düşürtme fiili, cenini taşıyan annede beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olmuşsa, faile verilecek ceza artırılacaktır. Fiilin TCK md.99/1 veya md.99/2’de düzenlenen suçlardan hangisine uyduğuna göre, verilecek cezada da değişiklik olacaktır. Kadının beden ve ruh sağlığının

<sup>39</sup> Fetüs, üçüncü gebelik ayı başından doğuma kadarki devre içinde ana rahmindeki canlıya verilen isimdir. Bkz: <http://www.anlambilim.net/fetus-nedir-106311.htm> (Erişim Tarihi: 24.04.2012)

<sup>40</sup> KANBUR, s.1233.

<sup>41</sup> Aynı yönde görüş için bkz: KANBUR, s.1233; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/-BACAĞIZ/TEPE, s.339.

bozulmasından müdahalenin neden olacağından daha ciddi sağlık bozukluklarının meydana gelmesi anlaşılmalıdır. Bu nedenledir ki, rahim tahliyesi neticesinde meydana gelen yaralar ve sağlık sıkıntıları bu kapsamda değildir<sup>42</sup>. Ağır neticeden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için netice bakımından en azından taksirinin bulunması gerekir (TCK md.23).

Kadının ruh sağlığı bakımından zarara uğramasını ise, kadının psikolojik yönden hayatını eskisi gibi sürdürememesi olarak anlamak gerekir. Burada, gebe kadının çocuğunu kaybetmesinin verdiği üzüntüyü aşan aşırı ve kalıcı olan rahatsızlıklar kastedilmektedir<sup>43</sup>. Gebe kadının beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı tespit edilirken Adli Tıp Kurumu'nun ilgili İhtisas Dairesinden rapor alınmalı ve bu rapor göz önünde bulundurulmalıdır<sup>44</sup>.

#### **bb. Fiilin Kadının Ölümüne Neden Olması (TCK md.99/3-4)**

Çocuk düşürtme fiili, cenini taşıyan annenin ölümüne sebep olmuşsa faile verilecek ceza artırılabacaktır. Fiilin TCK md.99/1 veya md.99/2'de düzenlenen suçlardan hangisine uyduğuna göre, verilecek cezada da değişiklik olacaktır. Daha ağır cezayı gerektiren bu halden dolayı kişinin sorumlu tutulabilmesi için, ölüm neticesine yönelik taksirinin bulunması gerekmektedir (TCK md.23). Failde, anneyi öldürmeye yönelik kast var ise, çocuk düşürt-

<sup>42</sup> KANBUR, s.1242; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.343.

<sup>43</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.344.

<sup>44</sup> Yargıtay 5.CD., ".....5237 sayılı yasanın 102/5.maddesinin uygulama olasılığı nazara alınarak kızlığı bozulan mağdurenin suçun sonunda beden veya ruh sağlığında bozulma olup olmadığının Adli Tıp Kurumunun ilgili İhtisas Dairesi'nden görüş alınarak saptanması gereğinin gözetilmemesi..."nin bozma sebebi olduğuna karar vermiştir. (Yargıtay 5.CD. 10.04.2006 tarih ve 2706/3034 S.Karar) Aynı şekilde çocuk düşürtme suçunda da bu yönde araştırmanın yapılması gereklidir. DÖNMEZ, s.130. Yargıtay 8.CD. tarafından verilen bir kararda, ".....5271 sayılı CMK md.170/3'de, iddianamede hangi hususların gösterileceği, aynı kanunun 174/1. maddesinde ise, hangi hallerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, iddianamenin iadesi sebepleri arasında soruşturma konusu olayla ilgili olarak alınan rapor hakkında ayrıca Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması hususunun yer almadığı gibi mahkeme tarafından iade sebebi olarak belirtilen konuda C.Başsavcılığınca Çorlu Askeri Hastanesi'nden uzman doktor raporu alındığı, yargılama aşamasında davayı gören mahkeme tarafından gerekli görüldüğü takdirde Adli Tıp Kurumundan görüş alınabileceği gözetilmeksizin itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir."(Yargıtay 8.CD. 01.10.2007 tarihli 2007/8868E. ve 2007/6472K.) DÖNMEZ, s. 130.

me suçundan değil, kasten öldürme suçundan dolayı failin cezalandırılması ve gebe bir kadına işlendiğinden dolayı da cezanın artırılması gerekir (TCK md.82/1-f)<sup>45</sup>.

Gebe kadının rızasının bulunması halinde gerçekleştirilen çocuk düşürtme fiili ile rızası olmaksızın gerçekleştirilen çocuk düşürtme fiilinde, kadının beden veya ruh sağlığının bozulması veya ölmesi halinde artırılabilecek ceza oranlarının oldukça farklı olması dikkat çekicidir<sup>46</sup>. Diğer yandan, TCK md.99/2'ye göre, cenini taşıyan ve rıza gösteren anne de cezalandırılacakken aynı maddenin dördüncü fıkrasında beden veya ruh sağlığının bozulması veya ölmesi halinde cezanın artırılacağı öngörülmüştür. Kanuni düzenlemeye göre, bir yanda kadın cezalandırılırken diğer tarafta kadının uğradığı zararlardan dolayı failin cezası artırılmaktadır. Bu durum ise, suç ile kimin korunduğunun belirsizleşmesine ve suçtan dolayı mağdur olan bir kimsenin aynı zamanda fail olarak kabulüne neden olmaktadır.

#### **f- Suçun Nitelikli Hali: Yetkili Olmayan Kimse Tarafından İşlenmesi (TCK md.99/5)**

Çocuk düşürtme suçunu yetkili olmayan bir kimse tarafından işlenmesi, daha ağırceza gerektiren nitelikli haldir; bu halde, faile verilecek ceza artırılabilecektir<sup>47</sup>. Yetkili olmayan bir kişi tarafından bu suçun işlenmesi halinde daha ağır ceza verilmesinin amaçlanmasının nedeni, bu şekilde annenin sağlığını<sup>48</sup> ve ceninin gelecekteki yaşamını korumaktır. Rahim tahliyesine yetki-

<sup>45</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.284; DÖNMEZ, s.132.

<sup>46</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.285.

<sup>47</sup> Yargıtay 8.CD. tarafından verilen bir kararda; "765 sayılı TCK'nun 470/1.madde ve fıkrasının son cümlesinde, çocuk düşürtme eyleminin kadının bedenine bir zarara uğramasına neden olması halinde failin ayrıca yaralama suçundan da cezalandırılacağı belirtilmesine rağmen, 5237 sayılı TCK'nun 99/5.madde ve fıkrasında diğer bazı fıkralardan farklı olarak benzer bir düzenlemenin bulunmaması ve yine bu fıkra eylemin yetkili olmayan kişi tarafından gerçekleştirilmesinin suçun unsuru olması nedeniyle aynı fıkranın son cümlesi gereğince bu nedenle artırım yapılamaması karşısında, hükümlü hakkında ..... 5252 sayılı yasanın 9.maddesinin 1.fıkrasındaki "lehe olan hükümlerin derhal uygulanabileceği" hükmüne dayanılmayacağı gözetilmeden evrak üzerinden karar verilmesi...." ifade ederek 5237 sayılı TCK'nun lehe hükümlerinin uygulanması gerektiğine vurgu yapılmıştır. (Yargıtay 8.CD., 20.12.2006, 6791-9450) BALCI, s.1030.

<sup>48</sup> TEZCAN /ERDEM/ÖNOK, s.285.

li olan kişiler, 1983 tarihli ve 18255 sayılı Rahim Tahliyesi ve Strelizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te sınırlı sayıda gösterilmiştir. Bu düzenlemeye göre, rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları tarafından yapılır (md.3/2). Ancak, Bakanlık tarafından açılan eğitim merkezlerinde kurs göyerek pratisyen hekimler de, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetiminde menstrüelregülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler (md.3/3). Ne var ki, bu kapsam dışındaki kişiler, yetkisiz kişi olarak kabul edilerek bu kişiler hakkında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller uygulanacaktır<sup>49</sup>.

Görüldüğü gibi, kadının beden veya ruh sağlığının bozulması veya ölmesi, fiilin meydana getirdiği daha ağır neticeler dolayısıyla verilecek cezanın ağırlaştırılması halleri iken yetkisiz bir kimse tarafından bu suçun işlenmesi failin niteliğinden kaynaklanan ağırlatıcı haldir<sup>50</sup>.

## 2- Manevi Unsur

Çocuk düşürtme suçunun manevi unsuru, kasttır. Gebeliği sona erdirmeye yönelik fiillerin cezalandırılması için, kişinin tipe uygun hareketi ve neticeyi, bilmesi ve istemesi gerekir. Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Çünkü, taksirli suçlar ancak kanunda açık bir düzenlemenin olması halinde cezalandırılabilir. Bu suç, doğrudan kast ile işlenebileceği gibi olası kast ile de işlenebilir<sup>51</sup>. Bu suçun olası kast ile işlenmesi bakımından kasten yaralama niteliğindeki fiillerin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, failin gebe bir kadına karşı kasten yaralama niteliğindeki fiilleri işlerken kadının gebe olduğunun farkına varması ve çocuğun düşme ihtimalini bilmesine rağmen bu neticeyi göze alarak hareketlerine devam etmesi halinde olası kast ile çocuk düşürtme suçu değil olası kast ile kasten yaralama suçu söz konusu olur. Ancak kasten yaralama suçu bakımından gebe

<sup>49</sup> Yargıtay CGK tarafından verilen bir kararda, ruhsatnameli bir ebe tarafından yapılan müdahale neticesinde kadının ölmesini nitelikli hal olarak değerlendirmiştir. Böyle durumlarda, ayrıca Adli Tıp Kurumu raporunun alınmasını zorunlu görmüştür (Yargıtay CGK 27.02.1967, 1967/42E, 1967/53K). DÖNMEZ, s.134.

<sup>50</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.344.

<sup>51</sup> KANBUR, s.1250. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.349; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.258; DÖNMEZ, s.115.



olduğu bilinen bir kadına karşı işlendiğinden nitelikli halinin uygulanması gerekecektir<sup>52</sup>.

Kasten yaralama ile çocuk düşürtme suçlarının ayırt edilmesinde, failin gebe olan kadını yaralama kastının mı yoksa çocuğunun düşmesi için yaralama kastının mı taşıdığı ayırt edilmesi gerekmektedir. Şöyle ki; fail, gebe olan kadının çocuğunu düşürtmek için karnını yumrukluyor veya yaralama niteliğindeki fiilleri gerçekleştiriyor ise bu halde, çocuk düşürtme suçundan sorumlu olması gerekmektedir. Şayet fail, gebe olduğunu bildiği bir kadının karnını yumruklamaya veya yaralama niteliğindeki fiilleri gerçekleştirmeye devam ediyor ise, bu halde failin olası kast ile kasten yaralama suçundan değil olası kast ile çocuk düşürtme suçundan sorumlu olması gerekmektedir.

Manevi unsur olarak taksir, istisnai kusurluluk hali olduğu ve bu suç bakımından ayrıca düzenlenmediği için çocuk düşürtme suçunun taksirle işlenmesi halinde, bu suçtan dolayı ceza verilmez. Şöyle ki; taksirle çocuğun düşmesine yol açan kişi, anneye karşı taksirle yaralama suçundan dolayı cezalandırılmalıdır<sup>53</sup>. Diğer bir ihtimal ile fail, anneye karşı öldürme veya yaralama kastı ile hareket etmiş fakat bu fiil neticesinde çocuk düşmüş ise, anneye karşı kasten öldürme veya neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamadan dolayı cezalandırılması gerekir<sup>54</sup>. Hekimin gebe kadına yanlışlıkla verdiği

<sup>52</sup> KANBUR, s.1250; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.349; BAKICI, s.1022.

<sup>53</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 282.

<sup>54</sup> "... Olay tarihinde sanıkla müdahilin çeşmeden faydalanma hususunda, tartışmaları tartışmanın kavgaya dönüştüğü, sanığın müdahile vurup sert zemine düşürdüğü daha sonra da müdahilin karına çıkıp oturduğu bunun sonucunda 7-8 haftalık hamile olan müdahilin çocuğun düşmesine yol açtığı, yerel mahkeme sanığın müdahilin hamile olduğunu bilebilecek durumda olmadığından bahisle TCK md.23 yollamasıyla netice bakımından sorumlu tutulamayacağı ve fiilin de bu haliyle taksirle yaralamayı düzenleyen 89.maddesine dönüştüğü düşüncesiyle anılan madde gereğince sanığın cezalandırılmasına karar verilmiştir. Somut olaya baktığımızda, olay öncesi köy cami hopörlerinden hamile kadınların köy muhtarlığına çağrıldığı, bu çağrıya müdahilin uyararak gittiği ve hamile olduğuna dair kaydını yaptırdığı, bu çağrıdan 4 gün sonra olay tarihinde sanığın müdahili yere yatırarak karnına oturduğu, hayatın olağan akışı gereği mağdurenin çocuğunun düşmesine yönelik bir davranış olduğunu öngörmesi gerektiği, belirtilen şekilde çocuğun düşmesi sonucunu doğuran eylemde olası kast ile hareket edildiği ortaya çıkmış

ilaç, çocuğun düşmesine neden olursa, hekimin kastı çocuk düşürmek olmadığı için çocuk düşürtme suçundan sorumlu olmaz. Bu halde, hekim taksirle yaralamadan sorumlu tutulur. Kanaatimizce, çocuk düşürtme suçunun taksirle işlenmesi noktasında, kanunda bir boşluk bulunmaktadır ve buna ilişkin düzenleme yapılması ihtiyacı vardır<sup>55</sup>.

### 3- Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suçta hukuka uygunluk sebebi, *tıbbi zorunluluk* hali ve *hakkın kullanılması*dır. Daha iyi anlaşılması için ayrı başlıklar altında incelenecektir.

#### a- Tıbbi Zorunluluk Hali

TCK md.99/2’de, tıbbi zorunluluk bulunmayan hallerde, gebelik süresinin on haftadan fazla olan bir kadının çocuğun düşürtülmesi durumunda cezalandırılacağı öngörülmüştür. Bu halde, tıbbi zorunluluğun bulunması halinde, gebeliğin sona erdirilmesi suç oluşturmayacaktır. Tıbbi zorunluluğun varlığı belirlenirken tıbbi veriler göz önüne alınmalıdır. Tıbbi anlamda önemli bir sakınca, ciddi bir tehlike bulunmakta ise, hangi aşamada olursa olsun gebeliğin sona erdirilmesi mümkün olmalıdır<sup>56</sup>.

Tıbbi zorunluluk kapsamında yer alan haller, Nüfus Planlama Kanunu md.5/2,3’de düzenlenmiştir. Tıbbi zorunluluk kapsamında yer alan hallerden ilki, annenin hayatını tehdit eden, edecek olan veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller bakımından ağır maluliyete neden olacak hallerdir(md.5/2). İkincisi ise, derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı tehdit eden hallerdir(md.5/3).

---

*olmakla, netice bakımından çocuk düşürme sonucundan sorumlu tutulması gerektiği halde yazılı şekilde olayda uygulama yeri bulmayan taksirle yaralama suçundan ceza verilmesi bozmayı gerektirir....”* Yargıtay 3.CD. 29.11.2006 2128/9059). TEZCAN/ERDEM-ÖNOK, s. 282.

<sup>55</sup> DÖNMEZ, s.115.

<sup>56</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.347. İngiliz Hukuku’nda ise, hukuka uygunluk nedenleri gebeliğin aşamaları dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bu aşamalar, ön dölleme aşaması, dölleme ile 24 hafta arası olan dönem ve 24 hafta sonrası dönem olarak belirlenmiştir. Her dönem bakımından ayrı sınırlamalar ve hukuka uygunluk nedenleri belirlenmiştir. Ayrıca, anne rahminde birden fazla ceninin bulunması hallerinde cenin sayısının azaltılmasına ilişkin düzenlemeler de yapılmıştır. DÖNMEZ, s.116.

Tartışılması gereken bir husus ise, tıbbi zorunluluğunun varlığı halinde kadının rızasının alınıp alınmayacağına ilişkindir. Şöyle ki; gebeliğin sona erdirilmesinde, tıbbi zorunluluk varken, kadın gebeliğin sona erdirilmesine rıza göstermemiş olabilir. *Tezcan/Erдем/Önok*'a göre, madde metninde, “*rızaya dayalı olsa bile*” ifadesi yer aldığından, rıza olsa dahi tıbbi zorunluluğun varlığı halinde gebelik sona erdirilebilecek ve suç oluşmayacaktır. Ayrıca, Nüfus Planlama Hakkında Kanunu md.6/son'da, “*derhal müdahale edilmediği takdirde, hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde*” iznin şart olmadığı öngörülmüştür<sup>57</sup>. *Kanbur*'a göre, somut olayın özelliklerine göre değerlendirmek gereklidir. Örneğin, kadının hastaneye bilinci yerinde gelmesi halinde mutlaka rızasının alınması gerekir. Kadının üzerinde mutlak tasarruf edebileceği bir hak olduğu için bu halde rıza aranmalıdır. Ancak gebe kadının hayatı bakımından ağır bir tehlikenin bulunduğu hallerde, kadının bilinci açık değilse ve hiçbir yakınına da ulaşamıyorsa, bu halde rıza beklenmemeli ve hekim mesleğinden kaynaklanan müdahale hakkı kullanılmalıdır (Hasta Hakları Yönetmeliği md.24/3)<sup>58</sup>. *Hakeri*'ye göre, gebe kadının rızası olmaksızın yapılacak müdahale için izin alma olanağının olmaması gerekmektedir. Hayati tehlikenin var olması, rızasız müdahale yapılacağı anlamına gelmemeli; aksine rıza alma olanağı bulunmadığından varsayılan rıza söz konusu olmaktadır. Bu nedenledir ki; hayati tehlike olsa bile annenin, veli veya hakim izninin alınmasının mümkün olduğu hallerde, rıza olmaksızın yapılacak müdahale suç oluşturacaktır. *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre, gebe kadının bilincinin açık olması halinde mutlaka rızası alınmalıdır. Bu halde, gebe kadının rızası olmaksızın yapılacak tüm müdahaleler hukuka aykırı olacaktır. Çünkü; rıza, gebe kadının üzerinde mutlak tasarruf edebileceği bir haktır<sup>59</sup>. Ancak gebe kadının bilincinin açık olmaksızın hastaneye getirilmesi halinde, mevcut durum kadının hayatı bakımından ciddi bir tehlike oluşturabilecek nitelikte ise, hekim-

<sup>57</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK,s.283.

<sup>58</sup> KANBUR, s.1247-1248.

<sup>59</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.347.

lerin hakkın icrası kapsamında yapacakları müdahaleler, hukuka aykırı olmayacak ve suç teşkil etmeyecektir<sup>60</sup>.

Kanaatimizce, tıbbi zorunluluk halinde, kadının rızası şart olarak aranmamalıdır. Hukuk, kişiyi kendisine rağmen korumayı amaç edindiğinden kanuni düzenlemeden kadının rızasının şart olmadığı anlaşılmalıdır. Normlar hiyerarşisi bakımından da, Nüfus Planlama Hakkındaki Kanun, Hasta Hakları Yönetmeliği'nden üstün tutulması ve esas alınması gerekmektedir. Bu halde, kadının bilincinin açık olduğu ve rızasının alınmasının mümkün olduğu durumlarda rıza alınmalı ancak hayati tehlikenin varlığı halinde rıza alınmaksızın tıbbi zorunluluk bulunduğu müdahale edilmesi gerekmektedir.

Tıbbi uygulamalar açısından ulusal mevzuatın yanı sıra Türkiye'nin uluslararası alandaki sorumluluğu açısından önem taşıyan uluslararası sözleşmelerin de dikkate alınması gerekmektedir. Türkiye, "*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*"ni 04.04.1997 tarihinde imzalamış, TBMM tarafından 03.12.2003 tarihinde onaylanmış ve 09.12.2003 tarihinde 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>61</sup>. Bu Sözleşme'nin 5.,6.,7.,8.,9., 10. ve 22.maddeleri, aydınlatılmış hastanın rızasına yönelik düzenlemeleri içermektedir. Sözleşme'nin 9.maddesinde, "*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önünde bulundurulur*" denmektedir<sup>62</sup>. Sözleşmenin bu hükmünden de anlaşılacağı gibi müdahale sırasında müdahalenin amaç ve neticelerini algılayamayacak durumda olan hastanın tıbbi müdahale ile ilgi olarak önceki irade beyanı ve istekleri göz önüne alınmalıdır.

#### **b- Hakkın Kullanılması**

<sup>60</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.348.

<sup>61</sup> GOJEYAVA, Alvina, "Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukuku'na Etkileri/ Tıbbi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku", Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1, Sayı:1, Ankara, 2009, s.28.

<sup>62</sup> GOJEVAYA, s.32.

Hekim açısından hakkın kullanılması, hukuka uygunluk nedenlerinden birisidir. Hekimin tedavi veya estetik amaçlı müdahaleleri hakkın kullanılması kapsamına girer. Tıbbi zorunluluk olmamasına rağmen gebeliği sona erdirmeye yönelik operasyonlar da rızaya dayalıdır. Hekimin, rızaya aşan müdahaleleri hukuka uygunluk kapsamında değerlendirilmez. Hekimin gerçekleştirdiği müdahalenin hukuka uygun nitelikte olması, tıbbi gereklerin yerine getirilmiş olmasına bağlıdır. Tıbben gerekli olmamasına karşın müdahalenin yapılması, hakkın kullanılmasının sınırlarının aşılmasına sebep olur. Çocuk düşürtme suçu bakımından da hekimin gebeliği sona erdirmeye yetkili bir kimse olması gerekir, aksi halde gebeliği sona erdirmenin hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir<sup>63</sup>.

Çocuk düşürtme suçunu düzenleyen 99.maddenin ilk fıkrasında ve son fıkrasında, **kadının rızası** olmaksızın kanuni tanımında yer alan fiilleri gerçekleştirmek, suç olarak kabul edilmiştir. Burada, kadının rızasının hukuka uygunluk sebeplerinden birisi olarak anlaşılması gerekir. Çünkü, kadının rızası olmaksızın çocuk düşürtülmesi tipiklik unsurunu yani suç teşkil eden fiili oluşturduğundan, hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmemelidir. Bu hallerde, kadının rızasının bulunması halinde hukuka uygunluk sebebi değil tipiklik gerçekleşmeyeceğinden suç oluşmayacaktır. TCK md.99/6'da ise, maddede aranan diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde çocuk düşürtme fiiline ceza verilmeyeceği düzenlendiği için bu fıkrada bir cezazırlık nedeni öngörülmüştür<sup>64</sup>. Her ne kadar, gebe kadının rızası tipikliğin bir unsuru ise de, doktrinde genel olarak hukuka aykırılık unsuru başlığı altında ele

<sup>63</sup> DÖNMEZ, s.125.

<sup>64</sup> Aynı yönde görüş için bkz: KANBUR, s.1243; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/ BACAK-SIZ/TEPE, s.344. *HAKERİ*'ye göre ise, çocuk düşürtme suçunda gebe kadının rızası hukuka uygunluk nedenidir. Ayrıca, yazara göre, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Kanunu'nun 5.maddesinde de, üç hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Bu nedenler; süre esaslı isteğe bağlı rahim tahliyesi, çocuk ve takip edecek nesiller açısından ağır maluliyet ve zorunluluk halidir. Kanaatimizce, çocuk düşürtme suçundaki tek hukuka uygunluk nedeni, tıbbi zorunluluk halidir. Esasen rıza, suçun kanuni tanımında yer alan bir unsur olduğu için tipiklik şartı olarak ele alınmamalıdır. Nüfus Planlama Kanunu'ndaki düzenleme ise suç ihdas etmediği için o suçun hukuka uygun olmasını sağlayacak nedenler de düzenleyemez. Bu Kanunu'nun 5.maddesindeki düzenleme, hayati tehlike ve derhal müdahale edilmesi gereken durumları düzenlemekte yani TCK md.99'da yer alan çocuk düşürtme suçunun hukuka uygunluk nedenlerinden birisi olan tıbbi zorunluluk hallerini somutlaştırmaktadır. *HAKERİ*, s.422-427.

alındığı için bu çalışmada da rıza, hukuka aykırılık unsuru başlığı altında incelenmiştir.

Çocuk düşürtme fiiline yönelik rıza, sadece gebe kadın tarafından verilebilir. Çünkü, gebe kadının rızası, şahsa sıkı suretle bağlı bir hak olup vücut bütünlüğü ve rahimde taşınan ceninin geleceği hakkında karar verme yetkisi sadece gebe kadında bulunmaktadır. Ancak bu hak yalnızca gebe kadının bilincinin açık olduğu durumlar için geçerlidir<sup>65</sup>. Rızanın geçerli olabilmesinin ön şartı, “aydınlatmadır”. Rızanın geçerli ve hukuka uygun olabilmesi için rıza veren kişinin hile ve diğer nedenler olmaksızın verilmiş olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, kişi ne için rıza verdiğini bilmelidir. Bu nedenle, rıza verilecek konu ile ilgili olarak hasta aydınlatılmış olmalıdır. Aydınlatmanın yapılmadığı veya eksik yapıldığı hallerde, rıza verilmiş olsa da geçerli kabul edilmemektedir<sup>66</sup>. Aydınlatmanın yanı sıra, hekimin gebeliğin süresini de araştırması gerekecektir<sup>67</sup>. Akıl maluliyeti nedeniyle irade serbestisine sahip olmayan gebe kadının rızası geçerli değildir. Aynı zamanda, rızanın sıhhatli olabilmesi de, tehdit veya aldatmanın olmamasına bağlıdır<sup>68</sup>. Bu halde, gebe kadının rızası olmaksızın veya hukuken geçerli rızası olmaksızın yapılan müdahale TCK md.99 anlamında çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır.

Kadının rızası bakımdan tartışılması gereken bir husus da, mümeyyiz olan kişilerin rızalarına ilişkindir. Bir kısım yazarlar, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu’nun 6.maddesine dayanarak küçükler için rızanın, küçüğün rızası ve velinin izniyle; vesayet altında bulunan reşit veya mümeyyiz olmayan kişinin ve vasisinin rızası ile sulh ceza hakiminin izin vermesi gerektiğini savunmaktadırlar<sup>69</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, fiil bakımından mümeyyiz olan kişinin küçük ya da vesayet altında olması, rıza gösterme yetkisinin kısıtlanacağı anlamına gelmemektedir. Çünkü; gebe kadının rızası, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımına ilişkindir. Ancak kadının tem-

<sup>65</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.345.

<sup>66</sup> HAKERİ, Hakan, “Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları”, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1, Sayı:1, Ankara, 2009, s.21.

<sup>67</sup> DÖNMEZ, s.113.

<sup>68</sup> EROL, s.1226.

<sup>69</sup> ARSLAN, Çetin/ AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 2004, s.447-448; BAKICI, s.1025.

yiz gücünün yerinde olmaması halinde veli ya da vasinin vereceği rıza geçerli sayılabilir. Burada, mümeyyiz küçüğün ya da vesayet altında bulunan kişinin rızasının bulunmasına karşın velisi ya da vasisi gebeliğin sona erdirilmesi hususunda rıza göstermezse ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Birinci görüşü savunanlara göre, gebeliğin sona erdirilmesi konusunda mümeyyiz küçüğün ya da vesayet altında bulunan kişinin rızası bulunmaksızın sadece veli ya da vasisinin rızası ile bu gebeliğin sona erdirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu yönde yapılan müdahaleler ise, çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır<sup>70</sup>. Kanaatimizce de, gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin özel şart ve durumları düzenleyen 2827 sayılı kanunda açık bir şekilde müdahalenin izne bağlandığı durumlarda iznin alınmamış olması halinde çocuk düşürtme suçu oluşacaktır. Ancak, tıbbi zorunluluk hallerinde bu kural geçerli olmamalıdır, bu konudaki açıklamalarımız daha önce yapıldığından bu kısma atıf yapmak ile yetiniyoruz. Diğer bir durumda, yani küçüğün rahim tahliyesini talep ettiği fakat veli ya da vasinin aksi kanaatte olduğu hallerde, rahim tahliyesinin gerçekleştirilmesi gerekir. Zira, böylece küçüğün hem menfaati korunmuş hem de şahsa sıkı suretle bağlı bir hakkın kullanılması sağlanmış olacaktır<sup>71</sup>.

Çocuk düşürtme suçunda gebe kadının rızasının hukuki niteliği bahsinde tartışılması gereken bir başka durum ise, eşin rızasının aranıp aranmayacağıdır. 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 6.maddesinde, gebe kadının gebeliğini sona erdirmesinde eşin de rızasının gerekli olacağı belirtilmiştir. Bu halde, gebe kadının gebeliğin sona erdirilmesi hususunda rızası varken eşinin bu fiile yönelik rızasının bulunmaması halinde kanuni sürelerle uygun olarak yapılan rahim tahliyesine yönelik fiiller suç teşkil edecek midir? Kanaatimizce, bu durumda TCK md.99'da aranan şartlar göz önünde bulundurulmalıdır. Çocuk düşürtme suçunun düzenlendiği TCK md.99'da eşin rızası şart olarak aranmamıştır. Bu itibarla da, eşin rızasının

<sup>70</sup> KANBUR, s.1244; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 345; PARLAR/HATİPOĞLU, s.1589. *Tek*'e göre ise, küçüğün rahim tahliyesi istemediği fakat velisinin rahim tahliyesine karar verdiği durumlarda, somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Anne ve babanın rahim tahliyesi istemeleri, hakkın kötüye kullanılması sayılabiliyorsa, küçüğe hakimden rahim tahliyesine izin vermemesini talep etme hakkı tanınmalıdır. Bkz: TEK, s.112.

<sup>71</sup> Aynı yönde görüş için bkz: TEK, s.112.

olup olmaması gebeliği sona erdiren fiiller yönünden suç oluşmasında etkili olmayacaktır<sup>72</sup>. Diğer bir ihtimalde, yani gebe kadının rızası olmaksızın eşin rızasına dayanarak çocuğun düşürtülmesinde, çocuk düşürtme suçu oluşacaktır<sup>73</sup>. TCK md.99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçu yönünden sadece gebe kadının rızası arandığı için Nüfus Planlama Kanunu kapsamında eşin rızasının olmaması halinde, bu kanunun 8.maddesinin 2.fıkrasına göre, hekim adli para cezası ile cezalandırılır<sup>74</sup>.

Gebe kadının rızası olsa da, bu rıza mutlak olarak anlaşılmalıdır. Rızanın varlığı, hekimin tıbbi müdahaleler sırasındaki kusurlu davranışlarını kapsamamaktadır. Hekimin tıbbi müdahale sırasındaki kusurlu davranışları neticesinde oluşan zararları kapsamaz. Bu itibarla, hekim taksir veya kast ile meydana gelen neticelerden sorumlu tutulur<sup>75</sup>.

#### IV- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

##### 1- Teşebbüs

Çocuk düşürtme suçuna teşebbüs mümkündür. Gebeliği sona erdirmeye yönelik elverişli fiillere başlandığı anda teşebbüs alanına girilmiş olur<sup>76</sup>. Örneğin, hekimin süresi on haftayı geçmiş gebelikte rahim tahliyesine yönelik fiillere başlamış fakat kendisinin dışında sebeplerle ceninin gebe kadın ile olan yaşamsal bağının sona erdirilememiş olması halinde teşebbüs söz konusu olacaktır<sup>77</sup>. Ancak, gebeliği sona erdirmeye yönelik ilaç veya aracın satın alınması veya imal edilmesi halinde, bu fiiller suça hazırlık olduğundan cezalandırılmayacaktır. Ne var ki, bu fiiller Nüfus Planlama Hakkında Kanun'unun 7.maddesinde özel olarak düzenlendiğinden bu fiiller dolayısıyla bu

<sup>72</sup> METİN, s.503.

<sup>73</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.346. *Tek'e göre*, (filin suç teşkil edip etmemesi açısından değil) gebeliğin sona erdirilmesinde, kadının kendi vücudundaki tasarruf yetkisi ile eşin baba olmadaki menfaati arasında bir denge sağlanmalı ve eşin rızası aranmalıdır. Bkz: TEK, s.113. *Aydın'a göre*, rızanın hukuken geçerli olabilmesi için evli kadın için eşinin rızası gereklidir. Bkz: AYDIN, Nurullah, Türk Suç ve Ceza Hukuku, Ankara, 2008, s.177.

<sup>74</sup> DÖNMEZ, s.114.

<sup>75</sup> DÖNMEZ, s.119.

<sup>76</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.283; KANBUR, s.1252.

<sup>77</sup> KANBUR, s.1252.



kanun hükümlerine göre cezalandırma yapılması gerekecektir<sup>78</sup>. Örneğin; failin gebe kadını ilacı enjekte etmeye başlaması ya da hekim olmayan bir kimsenin çocuk düşürtmeye yönelik yaralama gibi fiillere başlaması hallerinde suçun icra hareketlerine başlanmıştır. Bu sırada, polisin gelmesi halinde çocuk düşürtme suçu teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

Gebe kadının çocuğunun düşürtülmesi yönünde yaptığı anlaşma veya gösterdiği rıza hazırlık hareketleri olarak kabul edilmelidir. Kadının muayenesi ve ceninin alınması için yapılan anlaşma ile icra hareketleri başlar. Bu fiiller, ceninin alınması için TCK md.35 ile doğrudan doğruya ve yakın ilişkilidirler. Örneğin, bir olayda, gebe kadın otel odasına alınmış, müdahale için gerekli aletler hazırlanmış, kadından elbiselerini çıkarması istendiği anda kadın odadan çıkmış ve polis baskın yapmıştır. Bu olayda, hiçbir alet kullanılmadığı ve kadına dokunulmadığı için hareketler hazırlık hareketi olarak kabul edilmeli ve faile teşebbüsten dolayı ceza verilmemelidir<sup>79</sup>.

Gebe olmayan bir kadına çocuk düşürtme amacı ile gerçekleştirilen hareketler, suçun konusunu cenin oluşturduğu için *işlenemez suç* teşkil eder ve fail, çocuk düşürtme suçundan cezalandırılmaz<sup>80</sup>. Bu halde, faile, somut olayın şartlarına göre yaralamaya ve öldürmeden ceza verilir.

## 2- İştirak

Çocuk düşürtme suçu, iştirak açısından özellik arz eder. Annenin çocuğunu düşürmesi, TCK md.100 anlamında çocuk düşürme suçunu oluşturduğu için bu suçun faili kural olarak cenini taşıyan anne dışındaki herhangi bir kimsedir. Buna göre, TCK md.99/2'ye göre, kadının rızasına dayanarak çocuk düşürten kişi, md.100'de düzenlenen çocuk düşürme suçuna iştirakten değil md.99'da düzenlenen çocuk düşürme suçundan cezalandırılacaktır<sup>81</sup>. TCK md.99/2'de düzenlenen hüküm ile gebe kadın, bu suça iştirakten değil

<sup>78</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.283; DÖNMEZ, s.126.

<sup>79</sup> HAKERİ, s.428.

<sup>80</sup> DÖNMEZ, s.126; ARTUÇ, s. 538.

<sup>81</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK,s.284; KANBUR, s.1253. *Hakeri*'ye göre, iştirak konusunda hekimin çocuk düşürtme suçuna başka kimseleri azmettirme, yardım etme vs. şeklindeki iştirakleri söz konusu olabilir ve bu takdirde genel kurallar uygulanır. HAKERİ, s.428. DÖNMEZ, s.129.

fail olarak cezalandırılması öngörülmüştür. Gebe kadın hakkında ayrıca TCK md.100'de çocuk düşürme suçu düzenlendiğinden bahisle bu suçun faili olamayacağı öne sürülse de, bu suçta çocuk düşürme cezalandırılırken md.99/2'de çocuk düşürtme fiiline rıza gösterme cezalandırılmaktadır<sup>82</sup>. Yani, gebe kadın çocuğun düşmesine yönelik fiilleri kendisi yapmış ise, TCK md.100'den, bir başkasına bu fiilleri yapması için rıza göstermiş ise, TCK md.99/2'den sorumlu olacaktır<sup>83</sup>.

İştirak bahsinde, rahim tahliyesine yönelik fiilleri işleyen hekime yardım eden sağlık mesleği mensuplarının sorumluluğundan söz etmek gerekir. Rahim tahliyesine yönelik fiilleri yapmaya yetkili olan kadın doğum uzmanlarına ve Sağlık Bakanlığı tarafından verilen yeterlilik belgesi alan pratisyen hekimlerine yardım eden her sağlık mesleği mensubu suça iştiraktan sorumlu olmayacaktır. Şöyle ki; kadın doğum uzmanı olmayan bir sağlık mesleği mensubu, gebeliğin yasal şartları oluşmadan sona erdirilmesinin istendiğini bilmesi gerekir. Bu durumu bilmesine rağmen çocuk düşürtme fiillerine yardım sağlık mesleği mensupları md.99'da düzenlenmiş suça iştiraktan sorumlu tutulacaklardır<sup>84</sup>.

### 3- İçtima

Değişik zamanlarda, aynı kişiye karşı çocuk düşürtme suçunun işlenmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. TCK md.43/1'e göre, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için aynı kişiye karşı işlenmesi zorunluluğu aranmaktadır. Cenin de, kişi olarak kabul edilmediği için zincirleme suç kurallarıdır<sup>85</sup>. Buna karşılık, gebe kadının rızası olmaksızın gebeliğinin sona erdirilmesinde suçun mağdurunu gebe kadın olarak kabul edersek zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğini söyleyebiliriz. Yani, gebe bir kadına yöne-

<sup>82</sup> Aynı yönde görüş için bkz:HAKERİ, s.429. Aksi görüş için bkz:TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.278.

<sup>83</sup> Aynı yönde görüş için bkz: ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.350.

<sup>84</sup> KANBUR, s.1254.

<sup>85</sup> Aynı yönde görüş için bkz: DÖNMEZ, s.127. Aksi görüş için bkz: ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, s.351.

lik birden fazla çocuk düşürtmeye yönelik fiilin olması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir<sup>86</sup>.

Tek bir çocuk düşürtme fiili ile birden fazla ikiz veya üçüz çocuğun düşürülmesi söz konusu olduğunda, *Tezcan/Erdem/Önok*'agöre, birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlendiğinden, TCK md.43/2 uyarınca, zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir<sup>87</sup>. *Hakeri*'ye göre, fiil tek olduğu için tek suç olarak kabul edilebilse de, burada iki ayrı yaşama son verildiği için iki ayrı çocuk düşürtme suçundan cezalandırılması gerekmektedir. Ancak bu durumda, gebe kadının sadece tek çocuk doğurmak istediği için diğer çocukların düşürtülmesini istemesi de mümkündür. Bu nedenle de, bir çocuğun alınması ile iki veya daha fazla çocuğun alınması arasında ayırım yapılmalıdır<sup>88</sup>. *Özbek/Kanbur/Doğan/ Bacaksız/ Tepe*'ye göre, cenin sayısı birden fazla olmasına rağmen mağdur sayısı tek olduğu için işlenen suç tektir, ancak bu halde TCK md.61 kapsamında meydana gelen zarar ve tehlike dikkate alınarak ceza belirlenmelidir<sup>89</sup>.

Değişik zamanlarda aynı kişiye karşı bu suçun işlenmesi halinde TCK md.43/1'de düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının *-cenin kişi olarak kabul edilmediği için-* mümkün olmadığını savunan görüş aynı zamanda, birden fazla çocuğun düşürtülmesi halinde de TCK md.43/2'de düzenlenen halde zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğini öne sürmektedir. Esasen bu düşünce kendi içinde çelişmekte ve ceninin kişi olarak kabul edilmemesinin ardından birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi halinde TCK md.43/2'de düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının nedenini açıklayamamaktadır.

Kanaatimizce, birden fazla çocuğun düşürtülmesi halinde de, cenin kişi olarak kabul edilemeyeceğinden zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması ve her bir fiilden ayrı ayrı ceza verilmesi gerekecektir. Diğer yandan, birden fazla gebe kadına aynı anda gebeliği sona erdirici ilaç şırınga edilir ve

<sup>86</sup> DÖNMEZ, s.129.

<sup>87</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK,s.284; PARLAR/HATİPOĞLU, s.1594.

<sup>88</sup> HAKERİ, s.430.

<sup>89</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.351.

bu fiil neticesinde birden fazla ceninin yaşamsal gelişimi sona erdirilirse, TCK md.43/2 uyarınca, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekecektir<sup>90</sup>.

#### V- ŞAHSİ CEZASIZLIK NEDENİ (TCK md.99/son)

Kadının mağduru olduğu bir suçtan dolayı gebe kalması halinde, süresi yirmi haftayı geçmemiş olmak ve kadının rızası olmak koşulu ile gebeliği sona erdiren kişiye ceza verilmeyecektir. Çocuk düşürtme suçunda bu cezasızlık sebebinin uygulanması için gerekli şartlar şöyledir:

- a. Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması,
- b. Kadının gebeliğinin yirmi haftayı geçmemiş olması,
- c. Kadının rızasının bulunması,
- d. Gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi

Görüldüğü gibi, bu cezasızlık nedeninden faydalanılabilmesi için gebeliğin uzman hekimler tarafından yapılmış olması da aranmaktadır<sup>91</sup>. Ancak, Rahim Tahliyesi ve Strelizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te yer alan hükümlere göre, gebelik süresi on haftadan fazla olan kadınlarda rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumları veya özel hastanelerde yapılacaktır (*md.6*). Bu şart, tüzükte zaten arandığından bu maddede özel olarak yer almasının bir gerekliliği bulunmamaktadır<sup>92</sup>. Bunun yanı sıra, kadının mağdur olduğu suç dolayısıyla gebe kalması halinde gebeliğin sona erdirilmesi için kadının bekar ya da evli olması şart olarak aranmamıştır<sup>93</sup>.

Kadının mağdur olduğu suç dolayısıyla gebe kalmasının, sosyal, ekonomik ve psikolojik yönden olumsuzluklara neden olması sebebiyle kadının

<sup>90</sup> Aynı yönde görüş için bkz: KANBUR, s.1254;ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.351.

<sup>91</sup> ÖZKAN, Hasan/AKYILDIZ, Sunay, Öner, Açıklamalı-İçtihatlı Hasta Hekim Hakları ve Davaları, Ankara, 2008, s. 138.

<sup>92</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s 286.

<sup>93</sup> Aynı yönde görüş için bkz: TEK, s.111; METİN, s.507.

rızası ile gebeliğine son verilmesine ılımlı bakılmaktadır. Gerçekten de, bir suç nedeniyle gebe kalan kadının, bu çocuğu taşıması ve doğurması kendisi bakımdan işkence olacağı; böyle bir durum ile karşılaşan kadının psikolojik durumunun bozulacağı; bu şekilde dünyaya gelen çocuğun anneye daima suç teşkil eden olayı anımsatacağı ve hatta kadının uğradığı haksızlığının bedelini çocuğa ödeyebileceği gibi nedenlerle bu halde çocuğun düşürtülmesine doktrin ve kanunlar müsaade etmektedir<sup>94</sup>.

TCK md.99/son uyarınca bazı şartların gerçekleşmiş olması halinde, gebeliği sona erdiren kişi cezalandırılmayacaktır. Bu şartlar arasında kanunda kapsamı tam olarak belirlenmemiş olan kadının mağduru olduğu suç dolayısıyla gebe kalması şartı üzerinde durulması gerekmektedir. Bu halde, gebeliğin suç dolayısıyla meydana geldiğinin belirlenmiş olması gerekmektedir. *Gülşen*'e göre, gebeliği sona erdirecek olan hekimin kadının mağdur olduğu suç dolayısıyla gebe kaldığının saptanması için soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi ile sulh ceza hakiminden bir karar vermesi talebinde bulunulmalıdır<sup>95</sup>. *Hakeri*'ye göre, daha net bir düzenleme yapılınca kadar, olayın adliyeye intikal etmiş olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Failin ilgili makamlara şikayet edilmesi veya ihbarda bulunmuş olması gerekmektedir. Hekim, sadece gebe kadının beyanına itibar ederek müdahalede bulunmamalıdır. Zira, olayın adli makamlara intikal etmiş olması, belli ölçüde güvence sağlayacak ve asılsız bir şikayet olmasının da önüne geçecektir. Uygulamada, savcılıktan alınan bir yazı ile hekimler çocuk düşürtebilmektedir. Savcılık ise, kendisine yapılan ihbar veya yürütülen soruşturma ya da açılan kamu davasını esas alarak bir yazı vermektedir<sup>96</sup>. *Dönmez*'e göre, uygulamada kesinleşmiş bir mahkeme kararının aranması bu istisnai hüküm işlevsiz hale gelecektir. Çünkü; gebe kadının 20 haftalık gebelik süresi dolmadan önce kesinleşmiş bir mahkeme kararının alınması muhakeme süreci düşünüldüğünde mümkün gözükmemektedir. Bu nedenledir ki; bu konudaki açıklığın giderilmesi ve düzenleme yapılması gerek-

<sup>94</sup> GÜLŞEN, Recep, "Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi", Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2008, s.1209; HAKERİ, s.432.

<sup>95</sup> GÜLŞEN, s.1218.

<sup>96</sup> HAKERİ, s.433.

tedir<sup>97</sup>. *Bakıcı*'ya göre, nitelikli cinsel saldırı nedeniyle soruşturma başlatılmışsa bu konuda Cumhuriyet Savcılığına başvurulup bilgi alınması gerekmektedir. Ne var ki; davanın sonuçlanmasının beklenmesi gebe kadın açısından çok geç bir zaman olabilir. Ayrıca, evlilik içinde olan ve istenmeyen bir gebeliğe son verilmesi için de gerçek dışı bir olayın tasarlanabilmesi de mümkündür. Bu nedenlerle, soruşturma veya kovuşturma başlatılıp başlatılmadığı, gebelik süresi ile olayın uyuşup uyuşmadığı, gebe kadının sağlığının müsait olup olmadığı gibi nedenler araştırılmalıdır<sup>98</sup>.

Kanaatimizce, gebeliğin suç dolayısıyla gerçekleştiğini saptayacak kişi şüphesiz tek başına hekim değildir. Elbette, kadının mağdur olduğu suç dolayısıyla gebe kaldığının belirlenmesi için adli tıp raporunun da alınması ve tespitin bilirkişi raporu ile de desteklenmesi gerekmektedir. Ne var ki, böyle bir tespiti tek başına gebeliği sona erdirecek hekim yapmamalı, soruşturma aşamasında savcıdan sulh ceza hakiminden bu yönde karar vermesi için talepte bulunulmalı, isnat edilen suçun gerçekliği ve adliyeye intikal etmiş olup olmadığı araştırılmalıdır.

Alman Ceza Kanunu'nun 218a/3'de bu konuya ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, yapılan hekim muayenesi sonucunda gebeliğin, çocukların cinsel istismarı ve cinsel saldırı suçlarının işlenmesi dolayısıyla oluştuğu ve gebeliğin 12 haftadan fazla olmadığı yönünde kuvvetli bir kabulün söz konusu olduğu durumlarda, gebe kadının rızasıyla hekimin gebelik haline son vermesi suç oluşturmamaktadır<sup>99</sup>. İngiltere ise, Avrupa'daki en liberal kürtaj yasalarına sahiptir. İngiltere'de, 24.haftaya kadar gebelik sona erdirilebilir. Bu süre, Fransa ve Almanya'daki üst limitin iki katı ve İsveç ve Norveç'teki üst limitten altı hafta daha fazladır. İtalya'da ise, suç dolayısıyla gebeliğe ilişkin olarak açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 194 sayılı ve 1978 tarihli Lohusalığın ve Gebeliğin Rızai Olarak Kesintiye Uğratılmasının Sosyal Korunması Hakkında Kanunu'nun 4. ve 8. maddelerine göre, fiziki veya sosyal nedenlerle gebeliğin ilk doksan gününe kadar gebe kadının rızası ile kanunla belirlenen bir danışmana veya güven-

---

<sup>97</sup> DÖNMEZ, s.135.

<sup>98</sup> BAKICI, s.1025.

<sup>99</sup> GÜLŞEN, s.1211.

diği bir hekime başvurarak gebeliğe son verilmesini isteyebilmektedir. Bu itibarla, İtalya'daki yasal düzenlemeye göre, ilk doksan güne kadar suç dolayısıyla oluşan gebeliğin sonlandırılması da mümkün olabilmektedir<sup>100</sup>. Türk Ceza Hukuku'nda ise, 2003 tasarısında bir süre limiti getirilmemişti. Tasarı üzerinde çalışan Adalet Alt Komisyonu ise, bir sınır getirmiş ve bu sınırı 24 hafta olarak belirlemiştir. Ne var ki; Adalet Komisyonu'nda yapılan tartışmalarda böyle bir gebeliği söz konusu olan annenin 24 haftalık bir süre beklemesinin haklı görülemeyeceği öne sürülmüş ve bu nedenle sınırın 20 hafta olarak belirlenmesi kararlaştırılmıştır<sup>101</sup>.

Gebe kadının gebeliğinin hastanede sona erdirilmesi öngörülmüş ise de, mutlaka gebe kadının hastaneye yatırılması şartı aranmamıştır. Bu nedenle, tıbben mümkün olduğu takdirde müdahale gebe kadın yatırılmadan da yapılabilir. Gebe kadın, suç sonucu hamile kalmış ise, gebeliğine son verilebileceği gibi çocuğunu doğurma hakkına da sahiptir. Bu itibarla, gebe kadın rahim tahliyesine zorlanamaz<sup>102</sup>.

Suç dolayısıyla gebe kalan mağdur kadının gebeliğinin sona erdirilmesinde, "sağlık mensuplarının suçu bildirmeme" yükümlülüğü bir anlamda engel veya zorluk teşkil edebilecektir. Şöyle ki; cinsel istismar ve enstet ilişki sonucunda gebe kalan bir çocuk, hekime başvurur, gebeliğine son verilmesi isteminde bulunur fakat hekim bu durumu TCK md.280'den kaynaklanan yükümlülüğü gereği ihbar ederse, mağdur için ikinci bir mağduriyete neden olunabilir. Zira, böyle bir durumda mağdur, ailesinin fail olarak ihbar edilmesine sebep olduğu için psikolojik veya fiziksel baskılara maruz kalabilecektir<sup>103</sup>. Bu itibarla, hekimlerin bu yükümlülüklerin en azından bu suç açısından mağdurun korunabilmesi, bir kez daha mağduriyet yaşamamasının önlenmesi için sınırlanabilmesine imkan tanınmasında fayda vardır.

---

<sup>100</sup> GÜLŞEN, s.1213.

<sup>101</sup> HAKERİ, s.432.

<sup>102</sup> HAKERİ, s.434.

<sup>103</sup> HIZAL, Sevinç, Arslan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2006, s.96.

TCK md.99/son'da düzenlenen bu hükmün şartlarının gerçekleşmiş olması halinde, fail hakkında 5271 sayılı CMK md.223/4-b maddesi uyarınca “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmelidir<sup>104</sup>.

## VI- HATA

Çocuk düşürtme suçu açısından hata hükümlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin; hekim bir ilacı, gebe olan bir kadına bu durumu bilmeyerek gebe kalmayı önlemesi için vermiş ise, bu halde suçun unsurlarında hata söz konusu olur ve hekimin kastı kalkacağı için TCK md.30/1 gereğince cezalandırılmaz. Bunun dışında, hekim tıbbi zorunluluğun varlığı konusunda hataya düşerse, tıbbi zorunluluk hukuka uygunluk nedenlerinden birisi olduğu için TCK md.30/3 gereğince bu hata kaçınılmaz ise, hekim cezalandırılmaz<sup>105</sup>.

Hekimin gebe kadının rızası olduğu konusunda hataya düşmesi halinde, rıza TCK md.99/1’de suçun unsurlarından birisi olduğu ve tipikliğe ilişkin olduğu için TCK md.30/1 gereğince suçun unsurlarında hata söz konusu olur ve hekim cezalandırılmaz.

Bir kimsenin gebe olmayan bir kadını gebe sanarak çocuk düşürtmeye yönelik fiilleri işlemesi halinde, fail çocuk düşürtme suçunun unsurlarında hataya düştüğü için TCK md.30/1 gereğince çocuk düşürtme suçundan sorumlu olmayacaktır. Bu halde, fail kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Çocuk düşürtme suçunda, hekimin cezasızlık sebebi olan TCK md.99/son’da hataya düşmesi failin cezalandırılmasına etki etmez. Bu itibarla, hekimin kadının suç dolayısıyla gebe kaldığı konusunda hataya düşmesi halinde cezasızlık sebeplerinde hata düzenlenmediği için hekim hata hükümlerinden faydalanamayacak ve cezalandırılacaktır.

## VII- YAPTIRIM

Rızası olmamasına rağmen gebe bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar cezalandırılacaktır (md.99/1). Gebe kadının rızası olsa

<sup>104</sup> Aynı yönde görüş için bkz: PARLAR/HATIPOĞLU, s.1593.

<sup>105</sup> HAKERİ, s.431.



bile süresi on haftayı aşan gebeliklerde tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen çocuk düşürtülmesinde ise, fail iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Aynı fiil bakımından rıza gösteren kadın ise, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Gebe kadının beden veya ruh sağlığının bozulması veya müdahalenin neticesinde ölmesi halinde verilecek cezanın artırılacağı düzenlenmiştir. Ancak, gebe kadının rızası dışında çocuğunun düşürtülmesi fiili ile tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen kadının rızası olsa dahi çocuğunun düşürtülmesi fiilinde daha ağır cezayı gerektiren hallerde yapılan artırımlar dikkat çekicidir. Örneğin, rızası olmaksızın bir kadının çocuğunun düşürtülmesi fiilinde kadının beden veya ruh sağlığının bozulması halinde ceza, 6 yıldan 12 yıla artırılacak iken, tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen kadının rızası olsa dahi çocuğun düşürtülmesi fiilinde kadının beden veya ruh sağlığının bozulması halinde ceza, 3 yıldan 6 yıla artırılacaktır. Bu durum ise, fiilin aynı olmasına rağmen değişen şartların varlığı halinde ceza miktarları arasında uçurumların meydana geldiğini göstermektedir.

## SONUÇ

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen çocuk düşürtme suçu ile hukuk düzeninde korunması amaçlanan birden fazla hukuki yarar olup bu konudaki toplumsal ihtiyaçları giderebilecek çok yönlü düşünme, yeni hukuki düzenleme ve uygulama birliğine ihtiyaç duyulmaktadır. Çocuk düşürtme suçu, Sağlık Hukuku'nda oldukça tartışmalı bir konu olma özelliğine sahip olup aynı zamanda Ceza Hukuku bakımından da boşlukları ve sıkıntıları olan bir konudur. Şöyle ki;

İlk olarak, TCK md.99'da yer alan çocuk düşürtme suçunun konusunu ana rahmindeki ceninin oluşturmasına rağmen, "çocuk" deyiminin kullanılmış olması yerinde değildir. Zira, TCK bakımından çocuk, henüz on sekiz yaşını tamamlamamış kişidir (TCK md.6/1-b). Bu itibarla, suçun kanuni tanımında "çocuk" deyiminin kullanılmış olması yerinde değildir. Suçun kanuni düzenlemesinde "çocuk" ifadesi yerine, gerek tıbbi gerekse de hukuki olarak suçun konusunu tam olarak karşılayacak "cenin" ifadesinin kullanılması daha doğru olacaktır.

İkinci olarak, çoklu gebeliklerde, bir ya da birden fazla fetüsün sonlandırılmasının hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için bu yönde açık bir düzenleme olması gerekmektedir. Zira, farklı amaçlarla ve farklı yöntemler ile yapılmış olsa dahi, çoklu gebeliklerde bazı fetüslerin gelişimlerinin sonlandırılması da ceza hukuku anlamında çocuk düşürtme olarak kabul edilmelidir. Hızlı gelişen biyoloji ve teknoloji ile kanuni düzenlemeler arasındaki uyumun sağlanması için bu konularda da açık bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

Son olarak, TCK md.99/son'da düzenlenen cezasızlık nedeninin uygulanabilmesi için gebeliğin suç dolayısıyla gerçekleştiğinin saptanması büyük önem taşımaktadır. Ancak uygulamada, bu saptamanın objektif ve net bir şekilde yapıldığını söylemek ne yazık ki mümkün değildir. Bu itibarla, saptamayı yapacak tek kişi gebeliği sona erdirecek hekim olmamalıdır. Soruşturma aşamasında, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısından sulh ceza hakiminden bu yönde bir karar vermesi için talepte bulunması istenmelidir. Bu şekilde, isnat edilen suçun gerçekliği ve adliyeye intikal etmiş olup olmadığı araştırılmalıdır.

Çocuk düşürtme suçunun olabilecek tekrar düzenlenmelerinde ve uygulamasında, gebe kadının 'anne' sıfatı ile sahip olduğu haklara ve 'birey' sıfatı ile sahip olduğu özgür iradeye tıbbın imkan tanıdığı belli ölçülerde saygı gösterilmelidir. Bu nedenlerle, yapılacak tüm düzenleme ve uygulamalarda, annenin vücut bütünlüğü ve irade serbestisi ile ceninin gelecekte korunması amaçlanan başta yaşama hakkı olmak üzere tüm haklarına dengeli bir bakış açısı ile yaklaşılması gerekmektedir. Özetle; ceninin gelecekteki yaşama hakkının korunması mutlak olarak anlaşılmalı ve gebe kadının birey ve anne olmaktan kaynaklanan hakları ve tercihleri göz ardı edilmemeli, aynı şekilde gebe kadının irade serbestisine de belli ölçülerde sınırlama getirilmelidir.

#### KAYNAKÇA

- ARSLAN, Çetin/ AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Ankara, 2004
- ARTUÇ, Mustafa, **Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara, 2008
- AYDIN, Nurullah, **Türk Suç ve Ceza Hukuku**, Ankara, 2008
- BAKICI, Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri**, Ankara, 2010

- DÖNMEZ, Burcu, **“TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:2, 2007 (s.99-141)
- DÖNMEZER, Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, İstanbul, 2001
- EROL, Haydar, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, 1.Cilt, Ankara,
- GOJEYAVA, Alvina, **“Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukuku’na Etkileri/Tıbbi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku”**, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1, Sayı:1, Ankara, 2009 (s.28-69)
- GÜLŞEN, Recep, **“Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi”**, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2008 (s.1209-1228)
- HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, Ankara, 2010
- HAKERİ, Hakan, **“Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları”**, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1, Sayı:1, Ankara, 2009 (s.19-27)
- HIZAL, Sevinç, Arslan, **Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- KANBUR, Nihat, **“Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu”**, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2008 (s.1229-1258)
- METİN, Sevtap, **Biyo-tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul, 2010, s.507
- ÖZBEK, Veli, Özer/KANBUR, Nihat/DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2010
- ÖZKAN, Hasan/AKYILDIZ, Sunay, Öner, **Açıklamalı-İçtihatlı Hasta Hekim Hakları ve Davaları**, Ankara, 2008
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Ankara, 2008

TEK, Gülşah, Sinem, **Türk Hukuku'nda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler**, Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Yayınları, Temmuz, 2012, s.109 (s:103-130)

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa, Ruhan/ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara, 2010

<http://www.anlambilim.net/fetus-nedir-106311.htm> (Erişim Tarihi: 24.04.2012)