

TÜRK KANUNUN'DAKİ YERİ VE FEMİNİST BAKIŞ AÇISIYLA KÜRTAJ

Ahmet Faruk GÜRSES

GİRİŞ

Fetüsün ve uterusun dışında yaşama yeteneğini kazanmadan gebenin yazılı izni müteakip gebeliğin kendi istemiyle ya da tıbbi bir zorunluluk nedeniyle çeşitli yöntemler kullanılarak sonlandırılması işlemi kürtaj olarak tanımlanır. Her ne kadar kürtaj içerisindeki materyalin boşaltılması anlamında kullanılan cerrahi bir teknik olsa da gebeliğin sonlandırılması ile aynı anlamda kullanılmaktadır.

Gebeliğin sonlandırılması sağlık, hukuk, tıp etiği, felsefe, din ve kadın hakları çalışmaları gibi birçok alanda tartışılmalıdır. Tıp etiğinin eski konularından gebeliğin sonlandırılması aynı zamanda sağlık hukuku alanında da tartışılmalıdır. Bu konudaki destekleyici görüşe göre kadın kendi bedeni üzerinde özgürce tasarruf edebilirken karşıt görüş bunu kadının rahminde başlamış olan hayata müdahale olarak ve hatta cinayet olarak yorumlamaktadır. Eski Yunan uygarlığındaki Özgün Hipokrat Andı'nda hekimlerin kadınlara çocuk düşürmek için yardımcı olmamak için yemin ettikleri bilinmektedir. Kürtajda diğer bir ifadeyle, dünyaya bir çocuk getirmeyi isteyip istememek kadının tek başına, birey olarak karar vereceği bir mesele olarak görülmez. Tartışmalar da işte bu noktada şiddetlenir.

Bu makalede kapsam itibarıyla çok açılmamak için tıp etiği ve dinle ilgili alanlarda yukarıda bahsedilmekle yetinilecek, kürtajın Türk Hukuku'ndaki yeri ile bu konuda, kanaatimce en fazla söz hakkına sahip olan kadınların, feminist sel bakış açısıyla görüşlerine yer verilecektir.

Kavramlar

Cenin kelimesi Arap dilinde sözlükte “gizlemek, saklamak, gizli olmak” anlamına gelen “cenne” kökünden türemiştir. Bir terim olarak “cenin” kelimesi ise anne rahminde bulunan çocuk demektir.¹ Gerek Kur'an'da, gerekse İslam hukukçuları arasında cenin kelimesi sözlükteki bu anlamı ile kullanılmaktadır.

¹ Müsfir b. Ali b. Muhammed EL-KAHTÂNÎ “İslam Hukukuna Göre Anne Rahminde Sakat Olan Çocukların Kürtaj Yoluyla Düşürülmesinin Hükmü”, (Çev. Abdullah KAHRAMAN) Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2008, XII/1, ss.441-485. s.444; İbrahim TÜFEKÇİ, “İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2013, Cilt-Sayı 45, ss.111-154, s.112.

Tıbbi bir terim olarak kürtaj hakkında ise şu hususları ifade etmek mümkündür. Evre gözetilmeksizin, uterus içindeki embriyo ya da fetüsün yaşamının sonlandırılması amacıyla vaktinden önce dışına çıkarılması ya da imha edilmesi tıp literatüründe “abortus”² ya da “küretaj”³ olarak tanımlanmaktadır. Sıklıkla “abortus” yerine kullanılan “kürtaj” ise, bir vücut boşluğunda yer alan sağlıklı ya da fazla dokuların teşhis ya da tedavi amacıyla kazanmasıdır.

Tıbbi bir deyim olarak günlük dilde yaygın olarak “kürtaj” kelimesi kullanılmakla beraber, hamileliğin istemli olarak sona erdirilmesi hali için hukuki terim olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 99 ve 100’üncü maddelerinde “çocuk düşürtme” (TCK, m.99) ve “çocuk düşürme” (TCK, m.100) deyimleri kullanılmaktadır. Söz konusu maddelerin yorumlanmasında göz önünde bulundurulması gereken ve madde gerekçelerinde de belirtilen, 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da ise “gebeliğin sona erdirilmesi” ve “rahim tahliyesi” (2827 sayılı Kanun, m.5) deyimleri kullanılırken, nihayetinde bu kanuna uygun olarak çıkarılan “Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük”⁴te ise “rahim tahliyesi” deyimini kullanılmaktadır.

DÜNYA’DA VE TÜRKİYE’DE KÜRTAJ VERİLERİ

Dünyada her yıl 46 milyon isteyerek düşüğün uygulandığı tahmin edilmekte, Bunlardan 26 milyonu isteyerek düşüğün yasal olduğu ülkelerde gerçekleşmektedir. Üreme çağındaki her bin kadından 35’i her yıl isteyerek düşük yaptırmaktadır. Bu oranın %20’sini yasal, %15’ini yasal olmayan düşükler teşkil etmektedir. İsteyerek düşük yaptıran bu kadınların 36 milyonu (%78) gelişmekte olan ülkelerde, 10 milyonu (%22) gelişmiş ülkelerde yaşamaktadır.⁵

Türkiye’de isteyerek düşük sıklığı, doğurganlık yaşındaki kadınlar bakımından (15-49) 2003 yılı TNSA (Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması) sonuçlarına göre 0,38’dir. Düşük hızının, 1000 kadın ölçü alındığında 25 olduğu hesaplanmıştır. Doğurganlık yaşındaki evli kadınların % 24’ü en az bir kez isteyerek düşük yapmıştır. Bu oran 45-49 yaş grubunda %41’e yükselmektedir. Ülkemizin batısında ve şehirlerde daha fazla düşük yapılmaktadır. 2008 yılında isteyerek düşük oranı 100 gebelikte 10’a kadar düşmüştür. 2003 yılından önceki 5 yıl içinde

² Saliha ALTIPARMAK, Meltem ÇİÇEKLİOĞLU, Gülay YILDIRIM, “Abortus ve Etik”, Cumhuriyet Tıp Dergisi, 2009, 31, s.84-90, s.85. Aktaran Recep DOĞAN, TBB Dergisi, Sayı: 127, 2016

³ Yeşim Işıl ÜLMAN, “Yaşamın Başlangıcı ile İlgili Tıp Etiği Sorunları”, Güncel Hukuk, 2008, sayı 50, s.32. Aktaran Recep Doğan TBB Dergisi

⁴ 18.12.1983 tarih ve 18255 sayılı Resmi Gazete. Aktaran Recep DOĞAN, Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları, TBB Dergisi. Sayı: 127, 2016.

⁵ ÇOKAR Muhtar, “Kürtaj”. İstanbul 2008. S.26 vd. Aktaran Recep DOĞAN, Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları, TBB Dergisi, Sayı: 127, 2016

isteyerek düşük oranının 100 gebelik için 11,3 olduğu belirlenmiştir. 1998'de ise bu oran % 14.5'tir. 1987'de bu oran 100 gebelikte 24'tür.⁶ Ülkemizde de isteyerek düşük hızındaki azalmanın en önemli nedeni etkin gebelikten korunma yöntemlerinin kullanımındaki artıştır.⁷

GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI, ÇOCUK DÜŞÜRTME VE DÜŞÜRME SUÇU

5237 sayılı TCK, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPHK), Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük hükümlerine göre, gebeliğin sonlandırılması ve bununla ilgili hususların düzenlenmesi 4 ihtimale bağlı olarak belirlenmektedir. Daha önce belirtildiği üzere, Tüzükte gebeliğin sonlandırılması “kürtaj” değil “rahim tahliyesi” adıyla anılmaktadır. Buna göre, Türk hukukunda gebeliğin sonlandırılması hususu, on haftayı geçmeyen gebeliklerde gebeliğin sonlandırılması, on haftayı geçen gebelikte gebeliğin sonlandırılması, acil hallerde gebeliğin sonlandırılması, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde gebeliğin sonlandırılması olmak üzere dört ayrı başlık altında düzenlenmiştir

1- ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU

1.1. Yasal Düzenleme

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 100' üncü maddesine göre “Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.” Yine 2827 sayılı Kanun'un 5' inci maddesine göre, “Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.” Dolayısıyla çocuk düşürme suçunun konusunu teşkil eden gebelikler, süresi on haftayı geçmiş olan gebeliklerdir. Gebelik süresi on haftadan az olan gebeliklerin tıbbi yardım alınarak veya tıbbi yardım alınmaksızın istemli olarak sonlandırılması, gebe kadın açısından suç teşkil etmemektedir. Ancak gebeliğe son verecek kişilerin TCK'nın 99/5 ve Tüzüğü'nün 3 ve 4 üncü maddeleri gereğince yetkili sayılan kişiler olması gerekir. Aksi takdirde, bu kişiler açısından TCK'nın 99/5 maddesinde belirtilen çocuk düşürtme suçu oluşur ve gebe kadının rızası işlenen fiili bu kişiler açısından suç olmaktan çıkarmaz. Tüzüğü'nün 3' üncü maddesine göre, süresi 10 haftayı geçmeyen gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır. Kadın hastalıkları ve doğum uzmanları mesleklerini uyguladıkları yerlerde gebeliği sonlandırabilirler. Gebeliği sonlandıracak hekimin ge-

⁶ ÇOKAR, 29

⁷ ORTAYLI Nuriye /ÇAĞATAY Levent Türkiye Sağlık Dergisi, “Bir Bütünün Parçaları”, s.67 vd

rekli vasıfları taşınamaması veya işlemin gerçekleştirileceği fiziksel mekânın araç gereç açısından gerekli vasıflara sahip olmaması halinde, gebelik müsaade edilen şartlarda sonlandırılmadığı için gebeliği sonlandıran kişiler TCK'nın 99/5 maddesi kapsamında cezalandırılacaktır.

1.2. Korunan Hukuksal Yarar Ve Suçun Konusu

Çocuk düşürme suçu TCK'da kişilere karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olup bu bağlamda çocuk düşürme suçunda korunan hukuksal yarar, anne karnındaki biyolojik varlığın insana dönüşme potansiyelidir. Burada gelecekte oluşma ihtimali olan bir hayat korunma altına alınmaktadır. Dönmezer'in deyiimiyle, anne karnındaki biyolojik varlığın müstakil bir hayata sahip olma imkânı korunma altına alınmakta, kanun nüve halindeki insan hayatını korumaktadır. Bununla birlikte hem çocuk düşürme hem de düşürtme suçunda korunan hukuksal yarar aynı zamanda devletin nüfus politikasıdır.⁸ Doktrinde ayrıca, "ulusun, ırkın, ya da toplumun varlığını sürdürme hakkı, aileye ait bir varlığın var olma hakkının da korunduğu" belirtilmektedir.⁹

Ancak bu yorumlar insan hak ve hürriyetlerini devletin çıkarlarına üstün kılan bir sistematik ile yazılmış 5237 sayılı TCK açısından, bu tür yorumların geçerli olması mümkün gözükmemektedir. Gebelik süresi on haftayı geçmiş anne karnındaki biyolojik varlığın korunmasını hedefleyen bu düzenleme, kadının bedeni üzerindeki tasarruf hakkının belli ölçülerde tanınmasını sağladığı gibi, hukukta lâikleşmenin en dikkati çekici örneklerinden birini de oluşturmaktadır.¹⁰

Suçun konusunu, gebelik süresi on haftayı geçmiş bir kadının rahminde bulunan ceninin hayatının kasten sona erdirilmesi oluşturur. Dolayısıyla anne karnında ölmüş veya hayatı sona ermiş cenine karşı bu suç işlenemez. Suçun maddi konusunu, döllenme anından doğum anına kadar anne karnında bulunan biyolojik varlık oluşturduğu halde, gerek TCK'nın 99 gerekse 100'üncü maddesinin başlığında "çocuk düşürme" ve "çocuk düşürtme" deyimleri kullanılmaktadır.çocuk on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi; ifade etmekte olup daha doğmamış ve kişilik kazanmamış anne rahmindeki varlığın çocuk olarak nitelendirilmesi hukuki açıdan isabetli değildir. Bu durumda madde başlığının "gebeliğin hamile kadın tarafından kasten hukuka

⁸ Burcu DÖNMEZ, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk Ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, s.7.

⁹ Köksal BAYRAKTAR, "Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu", İstanbul, 1972, s.246; Veli Özer ÖZBEK, "TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı", Cilt 2, Özel Hükümler,

¹⁰ DÖNMEZ, a.g.m. s.10.

aykırı şekilde sonlandırılması” şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Burada gerçekleştirilen fiil, ceninin anne rahminde gelişimine son verilmesidir.¹¹

Suçun faili, hamileliği on haftadan fazla olan gebe kadındır. Ancak gebe kadının taşıyıcı anne olması durumunda, sorumluluğun daha ağır olması gerekir. Çünkü kanun koyucu gebeliği on haftadan fazla sürmüş olan kadının kendi yumurtasından üremiş ceninin hayatına bizzat son vermesi halini cezalandırarak, kadının kendi bedeni üzerinde on haftaya kadar tasarrufta bulunmasına izin vermiştir. Oysa taşıyıcı annelik (surrogacy) müessesesinde, taşıyıcı anne (surrogate mother) sadece döllenmiş yumurtanın muhafazasını sağlayan ve hamilelik süresince çocuğu rahminde taşımakla yükümlü olan kimsedir. Taşıyıcı anne ve biyolojik aile arasında bir sözleşme akdedilmekte, bu sözleşme uyarınca doğacak çocuğun doğum sonrası velayet haklarının biyolojik anne ve babaya, taşıyıcı anne tarafından devredildiği peşinen hüküm altına alınmaktadır. Bu durumda, gebe kadının taşıyıcı anne olması ve gebeliği kasten sona erdirmesi halinde, gebeliğin süresi ve evresine bakılmaksızın TCK'nın 99/1 maddesinde belirtilen çocuk düşürtme suçunun işlendiğinin kabulü gerekir. Çünkü 10 haftalık süre, sadece rahminde döllenmiş kendi yumurtasını taşıyan hamile kadın için geçerli olup taşıyıcı anne bu madde kapsamına girmez. Gebe kadın dışında, kadına çocuk düşürmesini sağlayacak veya bu hususa yarayacak vasıta tedarik eden veya çocuğunu düşürmesi hususunda onu teşvik veya tahrik eden kimse ise suça iştirakten dolayı cezalandırılacaktır.

1.3. İzni Gerekli Kılan Haller Ve Rızaya İlişkin Tartışmalı Hususlar

Gebeliğin sonlandırılmasında izini gerektiren haller 2827 sayılı NPHK'nın 6'ncı maddesi ile Tüzüğün 13 ve 14'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Tüzüğün 13'üncü maddesine göre, 10 haftayı geçmeyen gebeliğin sonlandırılması için gebe kadın reşit ve bekâr ise kendisinden, evli ise hem kendisinden hem de eşinden izin alınması gerekmektedir. Gebe kadın küçük ise kendi rızasının yanında velisinin izni, vesayet altında olan küçüklerin gebeliğine son verilmesi halinde ise hem küçüğün, hem vasinin, hem de sulh hukuk hâkiminin izni gerekmektedir. Vesayet altında bulunan diğer kısıtlılar için de aynı usul uygulanır. Ancak akıl hastalığı sebebiyle algılama yeteneği ortadan kalkmış gebe kadınlarda kadının rızası aranmaz (Tüzük, m.14). Yine veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hallerde izin şartı aranmaz (Tüzük m.14).

¹¹ Murat AYDIN, “Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, Cilt 19, Sayı 2, ss.69-100, s.74.

2. ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇUNUN KONUSU VE UNSURLARI

2.1. Suçun Konusu:

Suçun konusunu anne rahminde bulunan cenin oluşturur. Dolayısıyla yapay yollardan tüp bebek vb. yollardan üretilmiş olan döllenmiş yumurta veya embriyonun yok edilmesi, embriyo veya döllenmiş yumurta anne rahmine henüz yerleştirilmediği için çocuk düşürtme suçunu oluşturmaz. Tüpte döllenmiş yumurta anne rahmine yerleştirilmediği sürece cenin olarak kabul edilmez ve tüpe yönelik eylemler de çocuk düşürtme suçuna vücut vermez.¹² Anne rahminde bulunan ceninin doğal veya yapay yollardan elde edilmiş olması sonucu değiştirmez.¹³

Taşıyıcı annenin rahminde bulunan ceninin hayatına son verilmesi halinde de yine çocuk düşürtme suçunun oluştuğunun kabulü gerekir. Taşıyıcı anne döllenmiş yumurtayı rahminde taşıyan bir tıbbi cihaz olarak kabul edilemez. Dolayısıyla başkasına ait olsa da, ceninin kaybı taşıyıcı anne için de manevi yıkımlara ve fiziki tahribata sebep olacağından, bu fiilin de suç olarak cezalandırılması gerekir. Kadın hamile değilse veya cenin canlı değilse, bu durumda çocuk düşürtme suçu açısından işlenemez bir suç söz konusu olacak, fail kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır.¹⁴

2.2. Maddi Unsur:

Suçun maddi unsurunu, ceninin anne rahminde ölmesiyle sonuçlanan ve gebe kadın dışında üçüncü kişi/kişiler tarafından yerine getirilen hareketler oluşturur. TCK kapsamında çocuk düşürmeye yönelik hareketlerin ne olacağı kanunda tek tek sayılmamıştır. Bu nedenle çocuk düşürtme suçu serbest hareketli suç tanımına uygun bir suçtur. Gebeliğin sonlanmasına neden olan her hareket bu kapsamda değerlendirilmelidir.¹⁵ Eylemin ana rahmine doğrudan müdahale edilerek gerçekleştirilmesi gerekmez. Kimyasal bir madde içirilerek veya enjekte edilerek de bu suç işlenebilir.¹⁶ Suçun oluşması bakımından netice dikkate alındığı için, çocuk düşürtme suçu aynı zamanda netice suçudur. Dolayısıyla failin gebeliği sonlandırmaya yönelik fiilinin, ceninin hayatının son bulması ile sonuçlanması gerekir. Failin müdahalesine rağmen

¹² Salih OKTAR, “*Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları*”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

¹³ DÖNMEZ, s.112.

¹⁴ DÖNMEZ, s.112

¹⁵ DÖNMEZ, s.113.

¹⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, 2010, s.271; DÖNMEZ, s.113.

ceninin hayatının son bulmaması halinde, değişik ihtimallere göre değerlendirme yapmak gerekir. Fail sadece ocuk düşürtme kastı ile hareket etmiş ve kadının yaralanması söz konusu olmamışsa, bu durumda hazırlık hareketlerin tamamlanıp gebeliği sonlandırmaya yönelik icra hareketlerine başlandığından ocuk dşrtmeye teşebbüs suçu olur. Çünkü TCK'nın 35/1 maddesi gereğince, fail işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış, ancak elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamıştır. Eğer fail kadına yönelik bir yaralama kastı ile hareket etmiş ve gebe kadının çocuğunun erken doğmasına ya da düşmesine sebebiyet vermiş ise bu durumda TCK'nın 87/1-e, 87/2-e maddelerinde belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçu olur. Failin taksirle neden olduğu yaralanmanın gebe kadının çocuğunun erken doğmasına sebep olması halinde TCK'nın 89/2-f maddesi, düşmesine sebebiyet vermesi halinde ise TCK'nın 89/3-e maddesi uygulanır. Failin eylemine rağmen cenin sağ doğar, ancak sonradan gebeliğe son verilmesine yönelik eylem dolayısıyla hayatını kaybeder ise yine ocuk düşürtme suçu olur.

2.3. Manevi Unsur:

ocuk düşürtme suçu, hamile kadın dışında ikinci bir kişinin kasıtlı müdahalesini zorunlu kılar. Bu nedenle kasten işlenen bir suçtur. Suç olası kastla da işlenebilir. ocuk düşürtme suçunun taksirli hali kanunda öngörülmemiştir. Bu nedenle, taksirle çocuğun dşrtlmesi söz konusu olduğunda fail ocuk düşürtme suçundan dolayı sorumlu tutulamaz. Fail ancak kadına yönelik taksirle yaralama suçundan (TCK.m.89) sorumlu tutulabilir. Ancak gerek hekimlerce gerek diğer kimselerce ocuk düşürtme suçunun taksirle işlenmesi daha doğru bir deyişle bir kadının gebeliğinin taksirle işlenen bir eylem neticesinde sonlandırılması ve ceninin hayatının son bulması mümkündür. Kanımızca da, bu yönde bir boşluk bulunmakta olup kanunda düzenleme yapılması gerekir.¹⁷

2.4. Fail:

Faillik hususu gebe kadının rızasının olup olmamasına, gebeliği sonlandıran kişinin rahim tahliyesi yetkisinin bulunup bulunmadığına ve son olarak gebeliğin 10 haftadan fazla sürüp sürmediğine göre farklılık göstermektedir. 99'uncu maddenin birinci fıkrası kadının rızası olmaksızın çocuğun düşürtülmesine ilişkin olup fail gebe kadın dışında herkes olabilir. Bu fıkra kapsamında belirleyici unsur kadının rızasının bulunmamasıdır, gebeliğin süresi veya failin hekim olup olmamasının önemi yoktur

¹⁷ DÖNMEZ, s.115.

İkinci fıkra kapsamında suç açısından önemli olan husus, gebeliğin on haftadan fazla sürmüş olması, kadının rızasının bulunması, ancak gebeliğin sonlandırılması için tıbbi zorunluluğun bulunmamasıdır. Bu fıkra kapsamında, gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösteren kadın açısından da ayrı bir faillik durumu söz konusu olup gebe kadın rahim tahliyesine yetkisi olan hekimin fiiline iştirak eden olarak değil, ayrıca fail sıfatıyla cezalandırılmaktadır. Bu husus, TCK'nın iştirak hükümlerinden bağımsız olarak, TCK'nın 99'uncu maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde ayrıca ele alınmıştır. Süresi 10 haftadan fazla olan gebeliği, tıbbi zorunluluk olmadığı halde kadının rızası ile sonlandıran ve fakat rahim tahliyesine yetkisi olmayan kişiler ise bu fıkra kapsamında değil, 99 uncu maddenin beşinci fıkrasının ikinci cümlesi kapsamında ele alınmaktadır. Bu bağlamda rahim tahliyesine yetkisi olmayan fail daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır.

99'uncu maddenin üçüncü fıkrası birinci fıkrada düzenlenen suçun ağırlaştırılmış halini, dördüncü fıkrası ise ikinci fıkrada düzenlenen suçun ağırlaştırılmış halini düzenlemektedir. 99'uncu maddenin beşinci fıkrasına göre ise fail, süresi 10 haftadan az olan bir gebeliği kadının rızası doğrultusunda sonlandıran ve fakat rahim tahliyesine yetkisi olmayan, yani hekim olmayan kişilerdir.

2.5. Acil Hallerde Gebeliğin Sonlandırılması Ve Tıbbi Zorunluluk Halleri:

On haftayı geçen gebeliklerde acil durumlarda rahmin tahliyesi, fiili suç olmaktan çıkarılan ve çocuk düşürtme suçunun oluşmasını engelleyen durumlardan biridir. Acil haller dışında, TCK'nun 99'uncu maddesi gereğince, on haftayı geçen gebeliklerde, ancak tıbbi bir zorunluluk bulunması halinde rahim tahliye edilebilmektedir. Aksi takdirde çocuk düşürtme suçu oluşmakta, kadının rızası, gebeliği sonlandıran kişiler açısından fiili suç olmaktan çıkarmaktadır. NPHK'nun 5'inci maddesine göre, "Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.

2.6. Suç Sonucu Oluşan Gebeliklerde Gebeliğin Sonlandırılması:

5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nın 472'nci maddesinden farklı olarak, süresi 10 hafta fazla olan gebeliğin namus saikiyle sonlandırılması hali, hafifletici bir neden olarak düzenlenmemiş, bunun yerine 99/6 maddesi ile kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, bu gebeliğin 20 haftaya kadar sonlandırılmasına izin verilmiştir.

TCK' nın 99/6 maddesine göre, "Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir." Kanımızca da, bu maddede çocuk düşürtme suçuna ilişkin olarak özel bir cezasızlık hali söz konusudur.¹⁸ Cezasızlık hali sayılması gereken bu hükmün uygulanabilmesi için, kadının kendisine karşı işlenen bir suç sonucunda gebe kalması, gebeliğin 20 haftadan fazla sürmemesi, kadının rızasının olması ve gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane koşullarında sonlandırılması gerekmektedir. Maddede belirtilen ve gebe kalmaya neden olan suçların, reşit kadınlar için cinsel saldırı (TCK.m.102), reşit olmayan çocuklar için ise çocuğun cinsel istismarı (TCK.m.103) ile reşit olmayan ile cinsel ilişki (TCK.m.104) suçlarından ibaret olduğu düşünülmektedir.

ALMAN CEZA KANUN'DA ÇOCUK DÜŞÜRME VE DÜŞÜRTME SUÇLARI

Alman Ceza Kanunu'nda çocuk düşürtme ve düşürme kural olarak cezalandırılan fiillerdir. Alman Ceza Kanunu 218-a hükmüne göre: belirli şartlarla gebeliğin sona erdirilmesi fiilin suç tipine uygun değildir(danışma koşuluyla süre modeli)¹⁹; sosyal-tıbbi veya kriminolojik indikasyonlar varsa fiil hukuk'a aykırılık taşımaz(218a f.2 ve 3)²⁰; 12 haftayı aşmayan gebeliğin hekim tarafından kadının rızası ile ve en az müdahaleden üç gün önce aydınlatılmış olması koşuluyla sona erdirilmesi cezasızlık sebebidir.

Gebeliğin kadının hayatını, ruh ve beden sağlığını tehlikeden korumak amacıyla ve hekim tarafından sona erdirilmesi hukuka aykırı değildir(218a f.2). Aynı durum, Alman Ceza Kanunu uyarınca kadının mağduru olduğu bir cinsel saldırı sonucu oluşan gebeliğin sona erdirilmesi bakımından da söz konusudur.

Gebe kadının danışma şartı yerine getirildikten sonra, hekim tarafından 22 haftayı aşmayan gebeliğin sona erdirilmesi halinde ve ameliyenin yapıldığı sırada kadın özel zorlayıcı sebeplerin baskısı altında ise, mahkemece kadına ceza tayin edilmeyebilir.²¹ Bu şartlar bulunmaksızın fiili işlenmişse, suç tipinin basit şekline göre 3 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası; suçun nitelikli olması halinde 6 aydan 5 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza

¹⁸ DÖNMEZ, s.134

¹⁹ Wessels J / Hettinger M. kn.235,236. Aktaran Salih Oktar, Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları

²⁰ Wessels J / Hettinger M. kn.229 vd. Aktaran Salih Oktar, Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları

²¹ Salih OKTAR, Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları,s,121

tain edilir. Çocuğunu düşüren kadın ise 1 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya veya para cezasına çarptırılır. Gebe kadın hariç, diğer kişilerin teşebbüs teşkil eden fiilleri cezalandırılır. Alman Ceza Kanunu 218b'de hekimin gebeliğin sona erdirilmesi sebeplerinin varlığına ilişkin teşhis ve tespiti olmaksızın veya gerçeğe uygun olmayan teşhis ve tespitle, gebe kadının çocuğunun düşürtülmesini düzenlemektedir. Hekimin gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin yasal yükümlülüklerine aykırı davranmasına 1 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezası veya para cezası tayin edilmiştir(Alman Ceza Kanunu 218c). Nihayet Alman Ceza Kanunu 219a ve 219b'de kazanç sağlamak amacıyla gebeliğin sona erdirilmesi vasıtalarının arzına, bu fiillerin icrasına, teşvik ve desteklemesine ilişkin hizmetlerin verilmesine ilişkin reklam ve tanıtım yapılmasını suç saymış, iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırmıştır.

FEMİNİST BAKIŞ AÇISIYLA KÜRTAJ

Kürtajın kabul edilebilir ya da izin verilebilir bir eylem olup olmadığını etik ve hukuki temellerde tartışan pek çok argüman bulunmakla beraber kürtaj tartışmalarında çoğunlukla "hak" temelli argümanların hakim oldukları görülmektedir. Tartışma genellikle yaşama hakkının hangi noktada başladığı ve kişinin otonomi hakkının sınırları üzerinde dönmektedir. Hak söylemi ceninin yaşama ile kadının kendi bedeni üzerinde tasarruf hakkını karşı karşıya getirmektedir.

1. Ceninin Yaşama Hakkı:

Kürtaj konusundaki en temel tartışma ceninin kişilik haklarına sahip olup olmadığı meselesidir. Bu konuda değişik yaklaşımlar bulunsa da kürtaj hakkını savunanlar çoğunlukla insanların kişilik haklarını döllenme anından itibaren değil daha sonraki bir aşamada elde ettiğini ve hamileliğin erken evrelerinde ceninin bir kişi sayılamayacağı için kürtajın cinayet gibi ahlaki açıdan izin verilemez bir eylem olarak görülemeyeceğini savunurlar. Yaşama hakkı üzerinde kürtaja karşı çıkan kişiler tüm insanların yaşama hakkını kutsal olduğunu ceninin de bir insan olduğunu savunurlar fakat kürtaj hakkı savunucuları bu argüman da iki farklı insan kavramının yer aldığına dikkat çekmiştir²². Birisi biyolojik olarak Homo sapiens türüne dâhil olmak anlamında insan olmaktır. Cenin insan DNA'sı taşıması nedeniyle bu gruba girmektedir. Diğer ise ahlaki anlamda insan topluluğunun bir parçası olmaktır. Yeni döllenmiş bir zigotu bu iki anlamda insan kabul edip diğer insanlarla aynı haklara sahip olduğunu söylemek insan kavramının içini boşaltmaktır.

²² Saul 2003, 135-140, Aktaran Fe Dergi: Feminist Eleştiri 7, sayı:1,2015

İnsanı diğer hayvan türlerinden ayıran ve kutsal sayılan haklara layık görülmesini sağlayan özelliklerin neler olduğu tartışmalı bir konudur; fakat kürtaj hakkı savunucularına göre insanlar bu hakları sadece insan DNA'sına sahip olmak nedeniyle veya bir gün tam bir insan haline gelebilmek potansiyeline sahip olmaları nedeniyle elde etmezler. Sonuçta yumurta ve sperm hücreleri de insan DNA'sına ve insan olma potansiyeline sahiptir. Fakat hiç kimse bu hücrelerin yaşama hakkını savunmamaktadır.²³ Dolayısıyla cenin yaşam hakkını, öldürülmesi cinayet sayılamayacak bir zigottan öldürülmesi cinayet sayılacak bir çocuğa giden sürecin bir noktasında elde etmektedir. Hamileliğin hangi aşamasında bu hakkın elde edildiği konusunda görüşler kişi ve insan kavramlarını nasıl tamamlandığına göre değişiklik göstermektedir. Elisabeth Porter kişi olmak döllenme ile mi başlar, beyin yaşamı ile mi, hareketlenme ile mi, akciğer gelişimi ile mi, doğumla mı, karakter ya da rasyonel seçim etkisi ile mi” diye sormaktadır.²⁴

2. Kadının Kendi Bedeni Üzerindeki Tasarruf Hakkı

Cenin diğer insanlarda olduğu gibi devlet tarafından korunması gereken kutsal bir yaşama hakkı olup olmadığı meselesi tartışmayı insanların yaşamını hangi aşamasında kişilik haklarını elde ettikleri gibi cevabı kesin verilemeyen soruların olduğu muğlak ve felsefi bir alana çekmektedir. Bu nedenle kürtaj hakkı savunucuları genellikle kürtaj hakkını cenin yaşama hakkı olup olmamasına bağlamak istemezler. Bu noktada da devreye kadının kendi bedeni üzerinde tasarruf hakkı girmektedir. “Bedensel otonomi argümanı” çerçevesinde toplayabileceğimiz görüşlere göre her insanın yaşama hakkı vardır fakat başkasının bedeni üzerinden o kişinin isteği dışında yaşama hakkı yoktur. Bu nedenle ceninin tüm kişilik haklarına sahip bir insan olduğunu kabul etsek bile kadın ceninin yaşamı için hamileliği sürdürme zorlanamaz. Bu görüş en çarpıcı şekilde Judith Thomson'un Kemancı anolojisi ile savunulmuştur.²⁵ Thomson makalesinde şöyle bir düşünce deneyi ortaya koymuştur. Bir sabah uyandığınızda kendinizi bir hastane odasında ünlü bir Kemancı ile dolaşım sistemlerinin bağlanmış olarak buluyorsunuz. Böbrek yetmezliği çeken kemancıyı hayatta tutabilmek için sizin böbrekleriniz hem sizin hem de kemancının vücuduna kanı temizleyip göndermek için kullanılmaktadır. Kemancı hayatta tutmak için şart olan bu işlemi sadece sizin vücudunuz uygundur ve bu nedenle müzikseverler tarafından kaçırılıp bu duruma sokulmuşsunuzdur. İstedığınız zaman sizi kemancı'ya bağlayan kabloları söküp hastaneden ayrılabilirsiniz. Fakat bu kemancının ölme-

²³ Boonin 2003,19-90, Aktaran Fe Dergi: Feminist Eleştiri 7, sayı:1,2015

²⁴ Porter 1994, 73 Aktaran Fe Dergi: Feminist Eleştiri 7, sayı:1,2015

²⁵ Thomson 1971, 47-66 Aktaran Fe Dergi: Feminist Eleştiri 7, sayı:1,2015

sini yol açacaktır. Öte yandan doktor size 9 ay boyunca bu duruma katlanırsanız, kemancının sizden sorunsuz bir şekilde ayrılacağını ve ikinizin de ayrı hayatlarınıza devam edebileceğinizi söylemektedir. Thomson'a göre kemancı hayatta kalması için bu duruma katlanmayı seçmeniz büyük bir iyilikseverlik olacaktır, fakat kimse sizi buna zorlayamaz. Öte yandan bedeninizi kemancıdan ayırmayı seçmek bencilce bir davranış olarak nitelendirilebilir. Fakat bu seçimi yapmaya kesinlikle hakkınız vardır. Hiç kuşkusuz kemancı yaşama hakkı olan bir insandır, ama kemancıya bağlanmış olan kişi burada kemancının yaşayıp yaşamaması konusunda değil kendi bedenini nasıl kullanacağı konusunda bir karar vermektedir. Thomson'a sana göre kürtaaj da böyle bir karardır.

SONUÇ

Hak temelli argümanlarla ilgili temel sorun pratikte kadınlar aleyhine sonuçlanmaktadır. Zira kadınların kâğıt üstünde devlete karşı mücadelesi, pratikte feministlerin ceninlere karşı mücadelesi olarak gözükmüştür. Kanaatimce ceninlerde hak sahibi canlılar olup masum olmaları nedeniyle ahlaki açıdan, istenmeyen gebeliğe yol açmış dikkatsiz ve özensiz kadın'dan üstün konumda olmaları gerektiği gibi yaşama hakkının, seçim hakkına oranla daha fazla ahlaki ağırlığa sahip olduğu bir gerçektir.

Dünyada birçok ülkede yasal çerçevede gebeliği sonlandırma hakkının kadına tanınmış olması bunun aynı zamanda etik açıdan iyi ve doğru olduğu anlamına gelmemektedir. Brazier'in de ifade ettiği gibi “ Yaşam ve Ölüm ile ilgili son kararlar, sadece basit bir tıbbi karar değildir”. Gebeliğin sonlandırılması sonuçları itibariyle sadece anne babayı değil devletin, yaşanan toplumun, hatta tüm insanlığı ilgilendiren bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak tüm bunlara rağmen zaruri nedenlerden dolayı istenmeyen bir gebeliğin sonlandırılması hakkı her kadına temel ilkeler çerçevesinde yalnızca kendisinin alabileceği bir karar şeklinde tanınmalıdır.

Hukukumuzdaki evli kadının gebeliğinin sonlandırılması için kocasının izninin aranması ile kendi görüşlerini serbestçe oluşturma olgunluğuna erişmiş çocuklarda çocuğun yanında velisinin ya da vasisinin izninin aranması, engelli bir çocuk dünyaya getirme düşüncesinin annenin psikolojisi üzerinde yaratacağı olumsuz etki ile anne sağlığının da bozularak tehlikeye girebileceği değerlendirildiğinde sadece annenin vermesi gereken bir karar olarak düzenlenmelidir. Yine kanunda düzenlenen on haftayı geçen gebeliklerin yasal bir şekilde sonlandırılması için belirlenen tıbbi zorunluluk hallerine ilişkin hastalık ve sakatlıklar listesi, muğlâk bir şekilde düzenlenmiş bulunmakta, özellikle ağır engelli olarak doğacağı tespit edilen çocuklar

yönünden on haftayı aşan gebeliğin sonlandırılıp sonlandırılmayacağına ilişkin belirsizlikler devam etmektedir. Yine özel bir cezasızlık hali olarak Türk Ceza Kanunu'nun 99/6 maddesinde düzenlenen suç sonucu oluşan gebeliklerde, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak, kadının mağduru olduğu bir suç nedeniyle gebe kaldığının tespitinin kim tarafından nasıl yapılacağına belli olmaması, bu maddeyi işlevsiz hale getirmektedir. Bu sebeple ilgili kanun maddelerinin yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ALTIPARMAK Saliha, ÇİÇEKLİOĞLU Meltem, YILDIRIM Gülay, “*Abortus ve Etik*”, Cumhuriyet Tıp Dergisi, 2009, 31, s.84-90, s.85.
- AYDIN Murat, “*Çocuk Düşürme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, Cilt 19, Sayı 2.
- BAYRAKTAR Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, 1972. Doktora Tezi.
- ÇOKAR Muhtar, KÜRTAJ. İstanbul 2008. Babil yay.
- DOĞAN Recep, *Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları*, TBB DERGİSİ
- DÖNMEZ Burcu, “*TCK’da Çocuk Düşürme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007
- EL-KAHTÂNÎ Müsfir b. Ali b. Muhammed, “*İslam Hukukuna Göre Anne Rahminde Sakat Olan Çocukların Kürtaj Yoluyla Düşürülmesinin Hükmü*”, (Çev. Abdullah Kahraman)” Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2008, XII/1
- OKTAR Salih, “*Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürme ve Çocuk Düşürme Suçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi*”, İstanbul Kültür Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- ORTAYLI Nuriye / ÇAĞATAY Levent, “*Bir Bütünün Parçaları*”, Türkiye Sağlık Dergisi.

ÖZBEK Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, *YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NUN ANLAMI*, Cilt 2, Özel Hükümler. Ankara 2008, Seçkin Yay.

TEZCAN Durmuş – ERDEM M. Ruhan – ÖNOK R. Murat, *TEORİK VE PRATİK CEZA ÖZEL HUKUKU*, 7. Baskı, Ankara, 2010

TÜFEKÇİ İbrahim, “*İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması*”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2013, Cilt-Sayı 45

ÜLMAN Yeşim Işıl, “*Yaşamın Başlangıcı ile İlgili Tıp Etiği Sorunları*”, Güncel Hukuk, 2008, sayı 50, s.32.

.....

Kürtaj Tartışmaları ve Feminizm, Fe Dergi: Feminist Eleştiri 7, sayı:1, 2015

Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması, Kadın Çalışmaları Yüksek Lisans Programı, 2012

18.12.1983 tarih ve 18255 sayılı Resmi Gazete.