

T.C.
İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
TIP HUKUKU ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK VE CEZA HUKUKU AÇISINDAN
GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI

Yüksek Lisans Tezi

Oğuzhan TÜRE
15340801004

TEMMUZ – 2019

T.C.
İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
TIP HUKUKU ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK VE CEZA HUKUKU AÇISINDAN
GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI

Yüksek Lisans Tezi

Oğuzhan TÜRE
15340801004

DANIŞMAN
Doç. Dr. Fena İPEKEL KAYALI

TEMMUZ – 2019

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığımı ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt ederim.

Oğuzhan TÜRE



Danışmanlığını yaptığım işbu tezin tamamen öğrencinin çalışması olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığını taahhüt ederim.

Doç. Dr. Fena İPEKEL KAYALI



İMZA SAYFASI

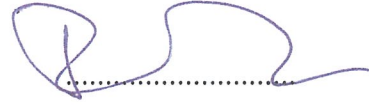
Oğuzhan TÜRE tarafından hazırlanan ‘zel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Gebeliğın Sonlandırılması’ başlıklı bu yüksek lisans tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tıp Hukuku Anabilim Dalında hazırlanmış ve jürimiz tarafından kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

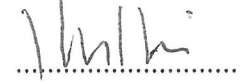
Tez Danışmanı:

Doç. Dr. Fena İPEKEL KAYALI
İstanbul Medeniyet niversitesi

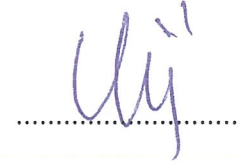


Üyeler:

Prof. Dr. Hakan HAKERİ
İstanbul Medeniyet Üniversitesi



Prof. Dr. Yener ÜNVER
zyeğın niversitesi



Tez Savunma Tarihi: 26/07/2019

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR CETVELİ	vii
ÖZET.....	ix
ABSTRACT	x
1. GİRİŞ	1
BÖLÜM I	3
2. GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI KAVRAMI VE GEBELİĞİN SONLANDIRILMASININ HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI	3
2.1. GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI KAVRAMI, YASAL GELİŞİMİ, DÜZENLENDİĞİ MEVZUAT, TÜRLERİ VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER.....	3
2.1.1. Gebeliğin Sonlandırılması Kavramı	3
2.1.2. Yasal Gelişim.....	5
2.1.3. Gebeliğin Sonlandırılmasının Düzenlendiği Mevzuat.....	7
2.1.4. Gebeliğin Sonlandırılmasının Türleri	7
2.1.5. Korunan Hukuki Değer.....	10
2.2. GEBELİĞİN SONLANDIRILMASININ HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI	12
2.2.1. Ortak Şartlar.....	13
2.2.1.1. Müdahalenin Yetkili Kişi Tarafından Yapılması	13
2.2.1.2. Gebeliğin Sonlandırılmasında Aydınlatılmış Rızanın Bulunması	16
2.2.1.2.1. Hastanın Aydınlatılmış Olması	17
2.2.1.2.1.1. Aydınlatmanın Türleri	18
2.2.1.2.1.1.1. Tedavi Aydınlatması	18
2.2.1.2.1.1.2. Karar Aydınlatması	19
2.2.1.2.1.1.3. Risk Aydınlatması.....	21

2.2.1.2.1.2. Aydınlatmanın Kapsamı	22
2.2.1.2.1.2.1. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamının Genişlemesi	22
2.2.1.2.1.2.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamının Daralması ..	23
2.2.1.2.1.2.3. Aydınlatma Yükümlülüğünün Ortadan Kalkması.....	23
2.2.1.2.1.3. Aydınlatmanın Yöntemi ve Şekli.....	24
2.2.1.2.1.4. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yöneleceği Kişi.....	27
2.2.1.2.2. Tıbbi Müdahaleye Rıza Verilmesi.....	28
2.2.1.2.2.1. Rızanın Kurucu Unsuru: Rızanın Açıklanması.....	29
2.2.1.2.2.1.1. Genel Olarak	29
2.2.1.2.2.1.2. Varsayılan Rıza	31
2.2.1.2.2.2. Rızanın Geçerlilik Unsurları	33
2.2.1.2.2.2.1. Rıza Ehliyeti	33
2.2.1.2.2.2.2. İrade Sakatlığının Bulunmaması	37
2.2.1.2.2.2.3. Rızanın Hukuka Aykırı Olmaması	40
2.2.1.3. Müdahalenin Tıp Biliminin Bilimine Göre Zorunlu Ve Tıp Bilimi Kurallarına Uygun Olması	40
2.2.1.3.1. Müdahalenin Tıp Bilimi Kurallarına Uygun Olması.....	40
2.2.1.3.2. Bir Endikasyonun Varlığı	43
2.2.1.3.2.1. İstek Üzerine Gebeliğin Sonlandırılması Bakımından	44
2.2.1.3.2.2. Sağlık Sebepleriyle Gebeliğin Sonlandırılması Bakımından	44
2.2.1.3.2.3. Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sonlandırılması Bakımından	46
2.2.2. Özel Şartlar	47
2.2.2.1. Süre Şartı	48
2.2.2.2. Eşin Rızası.....	48
2.2.2.2.1. Kanuni Düzenlemelerde Eşin Rızası	48
2.2.2.2.2. Eşin Rızasının Aranmasının Değerlendirilmesi	51
2.2.2.3. Bildirim Yükümlülüğü	53
BÖLÜM II.....	57
3. GEBELİĞİN SONLANDIRILMASININ HUKUKİ SONUÇLARI	57

3.1. SORUMLULUK (TAZMİNAT) HUKUKU YÖNÜNDEN GEBELİĞİN HUKUKA AYKIRI BİR ŞEKİLDE SONLANDIRILMASININ SONUÇLARI

.....	57
3.1.1. Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Kaynakları.....	58
3.1.1.1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk	58
3.1.1.1.1. Hekimlik Sözleşmesi	59
3.1.1.1.2. Hastaneye Kabul Sözleşmesi.....	61
3.1.1.2. Haksız Fiil Sorumluluğu	62
3.1.1.3. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk.....	64
3.1.1.4. Sözleşme Öncesi Kusur Sorumluluğu.....	66
3.1.2. Tazminat Sorumluluğunun Şartları.....	68
3.1.2.1. Fiil	68
3.1.2.2. Hukuka Aykırılık	69
3.1.2.3. Zarar	71
3.1.2.3.1. Maddi Zarar	73
3.1.2.3.2. Manevi Zarar	75
3.1.2.4. İlliyet Bağı.....	76
3.1.2.5. Kusur	77
3.1.2.5.1. Kural: Kusur Sorumluluğu	77
3.1.2.5.2. İstisna: Kusursuz Sorumluluk Halleri	79
3.1.2.5.2.1. Sözleşme Sorumluluğu Bakımından Kusursuz Sorumluluk Halleri	79
3.1.2.5.2.2. Haksız Fiil Sorumluluğu Bakımından Kusursuz Sorumluluk Halleri	82
3.1.3. Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı	84
3.1.3.1. Maddi Tazminatın Kapsamı	84
3.1.3.2. Manevi Tazminatın Kapsamı	85
3.1.4. Tazminat Sorumluluğunda Borçlu ve Alacaklı	87
3.1.4.1. Borçlu.....	87
3.1.4.2. Alacaklı	88
3.1.5. Tazminat Sorumluluğunda İspat Yüğü ve Zamanaşımı	92
3.1.5.1. İspat Yüğü	93

3.1.5.2. Zamanaşımı	96
BÖLÜM III	99
4. GEBELİĞİN SONLANDIRILMASININ CEZAİ SONUÇLARI	99
4.1. GENEL OLARAK.....	99
4.2. ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇLARI	101
4.2.1. Türleri	101
4.2.2. Rızasız Çocuk Düşürtme Suçu.....	103
4.2.2.1. Genel Olarak	103
4.2.2.2. Korunan Hukuksal Yarar	103
4.2.2.3. Fail.....	105
4.2.2.4. Suçun Konusu	106
4.2.2.5. Mağdur	108
4.2.2.6. Suçun Maddi Unsuru.....	109
4.2.2.6.1. Hareket.....	109
4.2.2.6.2. Rıza Yokluğu	111
4.2.2.6.3. Netice.....	112
4.2.2.6.4. Nedensellik Bağı.....	113
4.2.2.7. Suçun Manevi Unsuru	114
4.2.2.8. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru.....	115
4.2.2.9. Suçun Özel Görünüm Biçimleri.....	117
4.2.2.9.1. Teşebbüs	117
4.2.2.9.2. İştirak	119
4.2.2.9.3. İçtima	119
4.2.2.10. Suça Etki Eden Nedenler.....	122
4.2.2.11. Yaptırım	124
4.2.3. Rızaya Dayalı Çocuk Düşürtme Suçu.....	124
4.2.3.1. Genel Olarak	124
4.2.3.2. Korunan Hukuksal Yarar	125
4.2.3.3. Fail.....	125
4.2.3.4. Suçun Konusu	126
4.2.3.5. Mağdur	127
4.2.3.6. Suçun Maddi Unsuru.....	127

4.2.3.6.1. Hareket	128
4.2.3.6.2. Tıbbi Zorunluluğun Yokluğu	128
4.2.3.6.3. Kadının Rızası	129
4.2.3.6.4. Netice.....	129
4.2.3.6.5. Nedensellik Bağı	129
4.2.3.7. Suçun Manevi Unsuru.....	130
4.2.3.8. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru.....	130
4.2.3.9. Suçun Özel Görünüm Biçimleri.....	131
4.2.3.9.1. Teşebbüs	131
4.2.3.9.2. İştirak.....	131
4.2.3.9.3. İçtima	132
4.2.3.10. Suça Etki Eden Nedenler	132
4.2.3.11. Yaptırım	133
4.2.3.12. Zorunluluk Hali.....	134
4.2.4. Yetkisiz Kişinin Rızaya Dayalı Çocuk Düşürtme Suçu	137
4.2.4.1. Genel Olarak	137
4.2.4.2. Korunan Hukuksal Yarar	138
4.2.4.3. Fail.....	138
4.2.4.4. Suçun Konusu	139
4.2.4.5. Mağdur	139
4.2.4.6. Suçun Maddi Unsuru.....	139
4.2.4.7. Suçun Manevi Unsuru.....	139
4.2.4.8. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru.....	140
4.2.4.9. Suçun Özel Görünüm Biçimleri.....	140
4.2.4.9.1. Teşebbüs	140
4.2.4.9.2. İştirak.....	140
4.2.4.9.3. İçtima	140
4.2.4.10. Suça Etki Eden Nedenler	141
4.2.4.11. Yaptırım	141
4.3. ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU	142
4.3.1. Kanuni Düzenleme	142
4.3.2. Korunan Hukuksal Yarar	142

4.3.3. Fail	143
4.3.4. Suçun Konusu	143
4.3.5. Mağdur	144
4.3.6. Suçun Maddi Unsuru	144
4.3.6.1. Hareket	144
4.3.6.2. Netice	145
4.3.6.3. Nedensellik Bağı	145
4.3.7. Suçun Manevi Unsuru.....	145
4.3.8. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru	146
4.3.9. Suçun Özel Görünüm Biçimleri.....	146
4.3.9.1. Teşebbüs.....	146
4.3.9.2. İştirak.....	147
4.3.9.3. İçtima.....	148
4.3.10. Suça Etki Eden Nedenler	149
4.3.11. Yaptırım	149
5. SONUÇ	151
6. KAYNAKÇA	155
7. ÖZGEÇMİŞ VE İLETİŞİM BİLGİSİ	163

KISALTMALAR CETVELİ

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
Bs.	: Baskı
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CEDAW	: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
Dn.	: Dipnot
Dr.	: Doktor
E.	: Esas
Ed.	: Editör
ETCK	: 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu(Mülga)
f.	: Fıkra
Fe Dergi	: Feminist Eleştiri Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.	: Karar
m.	: Madde
MR	: Menstruel Regölasyon
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Faköltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
RTSHYDİT	: Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütölmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
Tüzük	: Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütölmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük
v.	: Versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl

ÖZET

ÖZEL HUKUK VE CEZA HUKUKU AÇISINDAN GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI

Türe, Oğuzhan

Yüksek Lisans Tezi, Tıp Hukuku Anabilim Dalı, Tıp Hukuku Tezli Yüksek Lisans
Programı

Danışman: Doç. Dr. Fena İpek Kayalı

Temmuz, 2019, 163 sayfa.

Bu çalışma gebeliğin sonlandırılmasının hukuki ve cezai sonuçlarını açıklamayı amaçlamaktadır. Hukuk, gebeliğin sonlandırılmasına esas olarak “hak” temelinde yaklaşmaktadır. Gebeliğin sonlandırılmasında, müstakbel anne, cenin, baba veya eş, toplum, devlet gibi pek çok menfaat sahibi bulunmaktadır ve bunlardan hangisinin veya hangilerinin sahip olduğu menfaatin bir hak olarak tanınacağı, büyük ölçüde izlenen hukuk politikasının bir sonucudur. Türk hukukunda gebeliğin sonlandırılmasının şartları esas olarak Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da düzenlenmiştir. Ayrıca ikincil düzenlemelerde bu şartlar somutlaştırılmaktadır. Öte yandan Türk Ceza Kanunu’nda da esas olarak gebeliğin sonlandırılmasının cezai sonuçlarına ilişkin çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Gebeliğin sonlandırılmasında, söz konusu kanuni düzenlemelere aykırı davranılması halinde, gebeliğin hukuka aykırı bir şekilde sonlandırıldığından söz edilecektir ve gebeliği sonlandıran kişinin hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

Anahtar Kelimeler: Gebelik, Gebeliğin Sonlandırılması, Cenin, Kürtaj, Tıbbi Müdahaleden Sorumluluk.

ABSTRACT

TERMINATION OF PREGNANCY FROM THE PERSPECTIVE OF PRIVATE AND CRIMINAL LAW

Türe, Oğuzhan

Master Thesis of Medical Law

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Fena İpek Kayalı

July, 2019. 163 pages.

This study aims to explain the consequences of termination of pregnancy from the perspective of civil and criminal law. The law analyses the termination of pregnancy on the basis of “right”. However there are many interest holders (beneficiaries) related to the issue of termination of pregnancy, such as the pregnant woman, fetus, father or spouse, society, and the state. Therefore the question as to which of these interests will be recognized as a right is a matter of law policy. The terms and conditions of termination of pregnancy in Turkish law are mainly regulated in the Law on Family Planning. In addition these conditions are detailed in secondary legislation. On the other hand, there are several provisions especially on the criminal consequences of the termination of pregnancy in the Turkish Penal Code. The violation of these legal provisions is regarded as an unlawful termination of pregnancy and the physician or another person who terminates the pregnancy shall be responsible from civil and criminal consequences.

Keywords: Pregnancy, Termination Of Pregnancy, Fetus, Abortion, Liability From Medical Treatment.

1. GİRİŞ

Bu çalışma, gebeliğin sonlandırılmasının hukuki ve cezai sonuçlarını konu edinmektedir. Gebeliğin sonlandırılması meselesi, tıbbi müdahaleler içerisindeki en tartışmalı alanlardan birisini oluşturmaktadır. Zira konunun, tıbbi yönünün yanı sıra hukuki, ahlaki, dini, kültürel ve siyasi pek çok boyutu vardır ve bu haliyle farklı disiplinlerin ilgi odağında yer almaktadır¹.

Gebeliğin sonlandırılması, insanlık tarihi kadar eski bir olgu olup, milattan önceki tarihlere dayanan eski Çin belgelerinde, tarihin ilk yazılı hukuk metni olarak addedilen Hammurabi Kanunlarında ve dahi Hipokrat Yemininde kendisine yer bulmaktadır². Daha ilginç, gebeliğin sonlandırılması, insanlığın düşünüş ve dünyayı algılayış biçiminde yaşanan değişimlerden nasibini alarak, tarihin her safhasında farklı bir bakış açısıyla ele alınmaktadır. Bu durum, gebeliğin sonlandırılması üzerindeki tartışmaların her daim güncelliğini korumasını sağlamaktadır.

Hukuk, gebeliğin sonlandırılmasına esas olarak “hak” temelinde yaklaşmaktadır. Gebeliğin sonlandırılmasını cinayet olarak adlandırarak yasal olmaması gerektiğini savunanlar olduğu gibi, kadının kendi bedeni üzerinde özgürce tasarruf edebileceğini ve gebeliğin sonlandırılmasının tüm durumlarda yasal olması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır. Farklı bir ifadeyle, gebeliğin sonlandırılması karşıtları, ceninin yaşama hakkını savunurken; kadının kendi bedeni üzerinde özgürce tasarruf edebilme hakkını savunanlar, tartışmanın karşı tarafını oluşturmaktadır³.

Bununla beraber gebeliğin sonlandırılmasında, *müstakbel anne, cenin, baba veya eş, toplum* gibi pek çok menfaat sahibi bulunmaktadır ve bunlardan hangisinin veya hangilerinin sahip olduğu menfaatin bir hak olarak tanınacağı, büyük ölçüde izlenen hukuk politikasının bir tercihi olmaktadır. Başka bir ifadeyle hukuki açıdan gebeliğin sonlandırılması, içinde bulunulan toplumsal ve siyasi yapıdan oldukça

¹UYUMAZ, Alper ve AVCI, Yasemin; “Türk Hukuku’nda Gebeliğin Sonlandırılması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, Y. 2016, s. 579-638, s.580.

²AKSOY, Şahin; “Kürtaj sadece tıbbi bir karar olabilir mi?”, *Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi*, s:4(1), 1996, s.12-15, s.12.

³GELEGEN, Didem Gediz; “Tartışma: Kürtaj: cinayet süsü verilmiş bir intihar mı?,” *Fe Dergi* 3, s:1, 2011, s.65-71, s.65.

etkilenmektedir. Bu anlamda hukuki açıdan gebeliğin sonlandırılmasının hüküm ve sonuçlarının, devletin nüfus politikaları, ülkedeki siyasi iklim, kadın hareketlerinin gücü ve dinin etkisi gibi faktörlerden bağımsız bir şekilde düşünülmesi mümkün değildir.

Görüldüğü üzere, gebeliğin sonlandırılmasının hukuki boyutu, konunun diğer boyutlarından soyutlanabilecek nitelikte değildir. Bununla beraber çalışmanın kapsam ve sınırlılıklarından ötürü, çalışmada yalnızca konunun hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır. Öte yandan gebeliğin sonlandırılması evrensel hukuk sorunu olmakla birlikte bu çalışmada yalnızca Türk hukukunda gebeliğin sonlandırılmasının hukuki ve cezai sonuçları ele alınacaktır. Çalışma konumuz gebeliğin sonlandırılmasında kaynaklanan özel hukuk ve ceza hukuku sorumluluğu ile sınırlı olması nedeniyle, gebeliğin sonlandırılmasından kaynaklanan idari sorumluluk ile disiplin sorumluluğu incelenmemiştir. Dolayısıyla bu çalışmanın amacı, konunun yalnızca hukuk perspektifinden değerlendirilerek, mevcut kanuni düzenlemeleri incelemek, hukuka aykırı müdahalelerde doğabilecek hukuki ve cezai sonuçları değerlendirmek ve eksik olduğunu düşündüğümüz hususlara çözüm önermektir.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde gebeliğin sonlandırılması kavramı, türleri, ülkemizdeki tarihsel gelişimi ve kanunlardaki düzenlemeler ele alındıktan sonra gebeliğin sonlandırılmasının hukuka uygunluk şartları irdelenmiştir. İkinci bölümde gebeliğin hukuka aykırı bir şekilde sonlandırılmasının sorumluluk (tazminat) hukuku yönünden sonuçları üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun *Kişilere Karşı Suçlar* başlıklı ikinci kısmının *Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma* başlıklı beşinci bölümünde, doğrudan doğruya gebeliğin sonlanmasını konu edinen çocuk düşürtme (TCK m.99) ve çocuk düşürme (TCK m.100) suçlarına ilişkin hükümler irdelenmiştir. Bu bağlamda suçların faili, konusu, mağduru, maddi ve manevi unsuru, özel görünüm biçimleri, nitelikli halleri öğreti ve yargı kararları ışığında ele alınıp incelenmiştir.

BÖLÜM I

2. GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI KAVRAMI VE GEBELİĞİN SONLANDIRILMASININ HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

2.1. GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI KAVRAMI, YASAL GELİŞİMİ, DÜZENLENDİĞİ MEVZUAT, TÜRLERİ VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

2.1.1. Gebeliğin Sonlandırılması Kavramı

Tarihin en eski zamanlarında dahi uygulaması ile karşılaşılan gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak söylenmesi gereken ilk husus, konu hakkında bir terminolojik karmaşanın bulunduğuudur. Gerçekten de gebeliğin sonlandırılmasını ifade etmek üzere, düşük, kürtaj, rahim tahliyesi, çocuk düşürtme gibi pek çok ifade kullanılmakta ancak bunların hangisinin diğerlerine nazaran meseleyi açıklamakta daha mahir olduğu söylenememektedir.

Aslında bu durumun normal karşılanması gerekmektedir. Zira gebeliğin sonlandırılması, tıbbi bir mesele olmanın ötesinde, etik, hukuki, dini, sosyolojik vb. sonuçları olan bir meseledir⁴ ve ilgili her bir bilim alanı, bu olguyu açıklamaya çalışırken kendi terminolojisinden hareket etmektedir. Daha da ilginç, aynı bilim dalı içinde dahi söz konusu olgunun farklı şekilde ifade edildiği görülmektedir. Örneğin 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun⁵'da (NPHK) gebeliğin sonlandırılması olarak düzenlenen bu kavrama karşılık olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁶'nda (TCK) çocuk düşürme ve çocuk düşürtme ifadeleri kullanılırken, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine

⁴OKTAR, Salih; *Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları* (TCK. m. 99-100), (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 1; DOĞAN, Recep; “Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*,127 (2016), s. 73-120, 77.

⁵RG, 27.05.1983, S:18059.

⁶RG, 12.10.2004, S:25611.

İlişkin Tüzük'te⁷ ise rahim tahliyesi terimi kullanılmaktadır. Diğer yandan önemli bir toplumsal vaka olan gebeliğin sonlandırılmasının, halk dilinde yaygın bir şekilde kullanılan bir karşılığı dahi bulunmaktadır. Bu nedenle gebeliğin sonlandırılması kavramı incelenmeden önce bu terminolojik karmaşanın giderilmesi gerekmektedir.

Gebeliğin sonlandırılması, tıbbi açıdan *düşük* kavramının bir görünüm biçimini oluşturmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından düşük kavramı; fetusun, uterus dışında yaşama yeteneği kazanmadan, herhangi bir nedenle gebeliğin sonlanması olarak tanımlanmakta⁸ ve düşüğün iki türlü olabileceği kabul edilmektedir. Bunlardan ilki kendiliğinden düşük olup, bununla bir müdahale olmaksızın sonlanan gebelikler kastedilmektedir. İkinci düşük türü olan isteyerek düşük ise bir müdahale sonucunda gebeliğin sonlandırılması anlamına gelmektedir⁹. Bu müdahalenin, bir hekim, üçüncü kişi veya gebe kadının kendisinden kaynaklanması ise isteyerek düşük olarak adlandırılması bakımından bir farklılık yaratmamaktadır.

Ceza hukuku terminolojisine ait olan “çocuk düşürme” ve “çocuk düşürtme” kavramları ise müdahalenin failinden hareketle müdahale sonucu sonlanan gebelikleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Başka bir deyişle bu kavramlar, tıbbi açıdan isteyerek düşük kavramı içerisinde yer alan ve hukuka aykırı olan belli düşüklere işaret etmektedir. Dolayısıyla hukuka uygun bir şekilde gerçekleşen isteyerek düşüğün, ceza hukukunda bir karşılığı yoktur, esasında böyle bir şeye gerek de bulunmamaktadır. Öte yandan doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, gebeliğin sonlandırılması bakımından çocuk düşürme ve çocuk düşürtme ifadelerinin kullanılması hatalıdır¹⁰. Zira burada düşürülen ya da düşürtülen TCK'nın çocuk tanımı kapsamında değerlendirilemeyecek olan cenindir. Nitekim TCK'nın 6/1(b) maddesinde çocuk deyimini henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır.

⁷RG, 18.12.1983, S:18255.

⁸**GÜVEN**, Kudret; “Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşin İzni Sorunu”, *www.jurix.com.tr*, s. 11-35, (E.T. 30.12.2018), 12.

⁹**BADUR**, Emel; *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 211.

¹⁰**ÜNVER**, Yener; “Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, 6.2, (2009), 173-230.

Gündelik dilde sıklıkla kullanılan ve tıp literatüründen ithal edilen “kür(e)taj” kavramı ise esasında gebeliğin sonlandırılmasında kullanılan bir tedavi yönteminden başka bir şey değildir¹¹. Kürtaj uygulamasında, vücut boşlukları kazınarak içerideki sağlıksız veya fazla materyal dışarı alınmaktadır¹². Gebeliklerin sonlandırılmasında sık sık başvurulanan kürtaj yöntemi, sadece gebeliğe özgü bir yöntem de değildir¹³. Nitekim bir enfeksiyonun veya kan toplanmasının bulunduğu durumlarda da bu yönteme başvurulabilmektedir¹⁴. Buna rağmen kürtaj, galat-ı meşhur bir ifade olarak, gündelik dile yerleşmiş durumdadır ve gebeliğin sonlandırılması yerine sıklıkla kullanılmaktadır.

Türk hukukunda, gebeliğin sonlandırılması kavramının kullanıldığı yer ise Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 5. maddesidir. Anılan Kanun’a göre gebeliğin sona erdirilmesi, Devletin gözetimi altında rahmin tahliye edilmesi anlamına gelmektedir. Çalışmamız açısından da tercih edilecek terminoloji NPHK’nın tercih ettiği terminolojidir. Başka bir ifadeyle çalışma süresince kullanılacak olan gebeliğin sonlandırılması, isteyerek düşüğün bir müdahale sonucu gerçekleşmesi anlamına gelmektedir.

2.1.2. Yasal Gelişim

Gebeliğin sonlandırılması meselesinin, Devletin nüfus politikalarıyla yakın ilişki içerisinde olmasından ötürü, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hukuki düzenlemeler, ülkenin genel politikasından büyük ölçüde etkilenmiştir¹⁵. Bu etkilenme kapsamında Osmanlı dönemi bir yana bırakılırsa Türk hukukunda

¹¹UYUMAZ/AVCI, 595.

¹²ALTIPARMAK, Saliha, ÇİÇEKÇİOĞLU, Meltem ve YILDIRIM, Gülay, “Abortus ve Etik”, *Cumhuriyet Tıp Dergisi*, 31(2009), s.84-90, 85.

¹³ÜNVER, 184; DOĞAN, 77.

¹⁴GÜNEY TUNALI, Işıl; *Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin, Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 23; DOĞAN, Recep, 77; DÖNMEZ, Burcu; “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9.2(2007), s. 99-141, 104; SAYAR, Tansu/ KILIÇ ÖZTÜRK, Yasemin; “Türkiye’de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey Kararı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20. 1(2018), s. 321-349, 324-325.

¹⁵SANCAR, Türkan; *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013),232-233.

gebeliğin sonlandırılmasında yasal gelişimin, genel hatlarıyla dört döneme ayrıldığı söylenebilir.

Bu dönemlerden ilki, Cumhuriyet'in ilanından (1923) eski 765 sayılı Türk Ceza Kanunu¹⁶'nın yürürlüğe girdiği tarihe (1926) kadar süren ve boşluk dönemi olarak adlandırılan dönemdir. Bu dönemde gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu boşluğun sebebi, yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nin henüz bir nüfus politikası oluşturabilecek fırsatı elde edememiş olmasıdır. Her ne kadar bu dönemde kanun koyucunun amacının gebeliğin sonlandırılmasında kişilere sınırsız bir serbesti tanımak olduğu söylenememekteyse de, gebeliğin sonlandırılmasının ceza sorumluluğuna yol açmamasından ötürü bu dönemde mutlak bir serbestlik bulunduğu ifade edilmektedir¹⁷.

İkinci dönem, ETCK'nın yürürlüğe girmesinden (1926), 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun¹⁸'un yürürlüğe girmesine kadar (1965) süren dönemdir. Yasak dönemi olarak adlandırılan bu dönemde, gebeliğin sonlandırılması konusu, ETCK ve Umumi Hıfzısıhha Kanunu¹⁹ ile düzenlenmiştir. Birinci Dünya Savaşı ile Kurtuluş Savaşı'nın nüfus bakımından yarattığı ağır sonuçların giderilmesi ve ekonomik gelişme önünde engel olarak görülen nüfus azlığının ortadan kaldırılmasının amaçlandığı bu dönemde, doğum yanlısı bir politika izlenmiş olup, gebeliğin sonlandırılması ile gebeliği önleyici yöntemler (*ilaç ve araçların satılması, kullanılması, teşvik edilmesi vb.*) yasaklanmıştır²⁰. Bunun yanı sıra çok sayıda çocuk sahibi olmayı teşvik etmek amacıyla ücretsiz doğumevleri kurulmuş, altı çocuk sahibi olan kadınlara para yardımı yapılması ve madalya verilmesi kararlaştırılmıştır²¹.

Geçiş dönemi olarak adlandırılan üçüncü dönem ise 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un yürürlükte olduğu 1965 ila 1983 yılları arasındaki döneme tekabül etmektedir. Bu dönemde ilk kez gebeliğin sona erdirilmesine izin verilmiş

¹⁶RG, 13.03.1926, S:320.

¹⁷**ERTUĞRUL**, Hüseyin; *Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 60-61.

¹⁸RG, 10.04.1965, S:11976.

¹⁹RG, 06.05.1930, S:1489.

²⁰**ÇOKAR**, Muhtar; *Kürtaj*, (İstanbul: Babil Yayınları, 2008), 206-207; **GÜNEY TUNALI**, 34; **UYUMAZ/AVCI**, 591.

²¹**DOĞAN**, 95.

ancak bu izin “gebeliğin ana hayatını tehdit ettiği veya edeceği, rüşeymin veya ceninin gelişmesini imkânsız kılan veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyet teşkil edecek hallere” münhasır kılınmıştır²². Ayrıca bu Kanun ile çocuk yapmayı engelleyen etkinliklerin desteklenmesi ve bu amaçla propaganda yapılması suç olmaktan çıkarılmış, doğurganlığı teşvik amacıyla altı veya daha fazla çocuklu analara ödül veya madalya verilmesi gibi uygulamalar terk edilmiştir²³.

Son dönem ise halen içerisinde bulunduğumuz, sınırlı serbesti dönemidir. Bu dönemin başlangıç noktası, 1983 yılında yürürlüğe giren 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun olup, bu dönemi karakterize eden husus, belli şartlar altında isteyerek gebeliğin sonlandırılmasına izin veriliyor oluşudur²⁴.

2.1.3. Gebeliğin Sonlandırılmasının Düzenlendiği Mevzuat

Günümüzde Türk hukukunda gebeliğin sonlandırılmasının kanuni kaynaklarının başında 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gelmektedir. Ayrıca ikincil kaynak olarak Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ün zikredilmesi gerekir²⁵. Öte yandan gebeliğin sonlandırılması bakımından genel kanun niteliği taşıyan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun²⁶ ile hasta haklarının düzenlendiği ikincil kaynak olan Hasta Hakları Yönetmeliği²⁷, gebeliğin sonlandırılmasında başvurulacak hukuki kaynaklardır. Ayrıca gebeliğin hukuka aykırı bir şekilde sonlandırılması halinde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu²⁸ ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²⁹ da devreye girmektedir.

2.1.4. Gebeliğin Sonlandırılmasının Türleri

Gebeliğin sona erdirilmesinde geçmişten günümüze pek çok sebep rol oynamışsa da, kanun koyucular genellikle belli türden gebeliklerin sona erdirilmesine cevaz verilmesi, diğerlerinin ise yasaklanması yaklaşımını benimsemişlerdir. Nitekim

²²ÇOKAR, 201; DOĞAN, 96.

²³ÇOKAR, 213; OKTAR, 149.

²⁴DÖNMEZER, Sulhi; “Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü”, *İÜHF*, 50.1-4(1984), 50.1-4, s. 3-11, 3; OKTAR, 149 vd.

²⁵Bundan sonra çalışmamızda ‘Tüzük’ olarak kısaltılacaktır.

²⁶RG, 14.04.1928, S:863.

²⁷RG, 01.08.1998, S:23420.

²⁸RG, 08.12.2001, S:24607.

²⁹RG, 04.02.2011, S:27836.

NPHK m. 2/4'te emredici bir kural olarak, “Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez.” düzenlemesi yer almaktadır.

NPHK m. 5'te iki farklı türde gebeliğin sonlandırılması hali öngörülmüştür. Bunlardan ilkinde göre, “Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir”. Bu hal çalışmamız boyunca istek üzerine gebeliğin sonlandırılması olarak anılacaktır. İstek üzerine gebeliğin sonlandırılması, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin sistemler içerisinde süre modelini karşılamaktadır³⁰. Zira süre modelinde, belli bir süreye kadar herhangi bir şarta gerek olmaksızın gebeliğin istek üzerine sonlanmasına izin verilmektedir³¹.

İkinci tür gebeliğin sonlandırılması hali ise NPHK'nın 5. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan gebeliğin annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği durumlar ile doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak haller ve acil olarak gebeliğin sonlandırılmasını gerektiren hallerdir. NPHK m. 5/2'de, “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 ile ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede iki tür sağlık sebebi bulunmaktadır; *gebeliğin annenin hayatını tehdit etmesi veya edecek olması ile doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olması*. Yine NPHK m. 5/3'te “Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir.” hükmü yer almaktadır.

Her iki hükmü de karşılamak üzere çalışmamız boyunca sağlık sebepleriyle gebeliğin sonlandırılması ifadesi kullanılacaktır. Sağlık sebepleriyle gebeliğin sonlandırılması ise süre modelinden farklı olarak endikasyon modeline karşılık gelmektedir³². Zira endikasyon modelinde ancak belli sebeplerin gerçekleşmesi halinde gebeliğin

³⁰YURTCAN, Erdener; *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması*, (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1985), 45.

³¹OKTAR, 20; ERDEM, Dilek Özge; “Çocuk Düşürtme Düzenlemesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65.4(2016), s. 1637-1688, 1640.

³²YURTCAN, 45.

sonlandırılmasına izin verilmektedir³³. Sağlık sebeplerinden biri olan gebeliğin annenin hayatını tehdit etmesi veya edecek olması *tıbbi endikasyon*; gebeliğin doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olması ise *embriyopatik endikasyon* olarak adlandırılmaktadır³⁴.

Özetle kanun koyucu NPHK’da gebeliğin sona erdirilebileceği iki hal öngörmüş ve bunları, i) *istek üzerine*, ii) *sağlık sebepleriyle* gebeliğin sonlandırılması olarak belirlemiştir. Ancak daha sonra, TCK’nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, NPHK m. 2/4’te emredici bir kural olarak yer alan “Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez” kuralının nasıl değerlendirilmesi gerektiği konusunda doktrinde bir belirsizlik ortaya çıkmıştır. Zira TCK m. 99/6’da yer alan “Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez.” hükmünde, NPHK’da düzenlenmeyen bir gebeliğin sonlandırılması halinden bahsedilmekte ve diğer şartların da sağlanmasıyla gebeliği sonlandırana ceza verilmeyeceği öngörülmektedir.

Bu noktada tartışma yaratan husus, suç sonucu oluşan gebeliklerin sona erdirilmesinin, Türk pozitif hukuku açısından yeni bir gebeliği sona erdirme hali olarak mı yoksa özel bir zorunluluk hali olarak mı kabul edileceğidir. Kanaatimizce burada tercihin birinciden yana kullanılması ve suç sonucu oluşan gebeliklerin sona erdirilmesinin gebeliğin sona erdirilmesinin üçüncü bir türü olarak kabul edilmesi yerinde olur³⁵. NPHK m. 2/3’te yer alan, “Gebeliğin sona erdirilmesi, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.” hükmü dikkate alındığında, aksi bir kabul, Devletin bir cezasızlık sebebi saydığı ancak kendi gözetim ve denetimi altında yapılmasına müsaade etmediği bir müdahale türü ortaya çıkarır. Bu nedenle kanaatimizce NPHK m. 2/4 hükmü, sonraki kanun önceki kanunu ilga eder kuralı gereğince, TCK m. 99/6 ile çatıştığından zımnen ilga olmuştur ve TCK’nın yürürlüğe

³³OKTAR, 21.

³⁴ERDEM, 1640.

³⁵HAKERİ, Hakan; “Türk Hukukunda Kürtaj ve Sezaryen”, Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2013), s. 46-55, 49.

girmesiyle beraber pozitif hukukumuzda suç sonucu oluşan gebeliklerin sona erdirilmesi de dâhil üç tür gebeliğin sona erdirilmesi hali bulunmaktadır³⁶.

2.1.5. Korunan Hukuki Değer

Gebeliğin sonlandırılması, sadece bireysel etkileri olan bir konu değildir. Gebeliğin sonlandırılması, gebe kadın ve cenini ilgilendirdiği kadar, kamu düzenini etkilediğinden toplumu da ilgilendirmektedir. Dolayısıyla gebeliğin sonlandırılmasında kaçınılmaz olarak pek çok hukuki değer arasında çatışma yaşanmaktadır.

Çatışan hukuki değerlerin başında ceninin gelecekteki yaşam hakkı gelmektedir³⁷. Mevzuatımızda ceninin bir tanımı olmamakla beraber, doktrindeki genel bir tanıma göre, cenin, ana rahmine düşmüş, ancak henüz sağ olarak tamamıyla doğmamış çocuktur³⁸. Bu durum kişiliğin başlangıcını tam ve sağ doğum şartına bağlayan Medeni Kanun sistematığında, birkaç istisna bir kenara bırakılırsa ceninin kişilik hakkına sahip olamaması sonucunu doğurmaktadır³⁹. Bu itibarla tam ve sağ doğum öncesindeki cenin, hukuk karşısında kişi olarak kabul edilmemektedir⁴⁰.

Bu durumda da ister istemez ceninin yaşam hakkının bulunup bulunmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Doktrinde ceninin yaşam hakkının lehine ve aleyhine görüşler öne sürülmekteyse de⁴¹, Türk kanun koyucusunun cenine yaşam hakkı tanıdığı görülmektedir. Zira gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin Türk pozitif hukukunda sınırlı serbesti yaklaşımı izlenmekte; gebeliğin sonlandırılmasının belli şartlara bağlı olduğu dikkate alındığında, gebeliğin sürdürülmesinin kural, sonlandırılmasının ise istisna olduğu anlaşılmaktadır.

³⁶BADUR, 211; DOĞAN, 99; SAYAR/KILIÇ ÖZTÜRK, 328-329.

³⁷DOĞAN, 100.

³⁸AYDIN ÜNVER, Tülay; *Cenin Hukuki Konumu*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 8.

³⁹TMK m.28: “Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.”

⁴⁰AYDIN ÜNVER, 10; UYUMAZ/AVCI, 582; DÖNMEZ, 105; TACİR, Hamide; “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHF-HAD*, 19(2013), 1301-1319, 1305.

⁴¹ Bu görüşler hakkında bkz. UYUMAZ/AVCI, 584-585.

Ceninin yaşam hakkı açısından dikkate değer bir durum ise, bu hakkın kademelendirilmiş olmasıdır. Gerçekten de kanun koyucunun izlediği sistematikte, ceninin yaşam hakkına ana rahminde bulunduğu süre arttıkça daha fazla değer atfedilmektedir. Bu anlamda ana rahminde bulunduğu süre on haftadan az olan ceninin yaşam hakkı ile on haftadan fazla olan ceninin yaşam hakkı arasında bir derece farkı bulunmaktadır⁴². Örneğin kadının istek üzerine on haftadan kısa süreli gebeliği sonlandırması mümkün iken, on haftadan fazla süren gebeliğin istek üzerine sonlandırılması mümkün değildir.

Ceninin yaşam hakkının en fazla çatışma içerisinde olduğu hak, kadının kişilik haklarının içerisinde yer aldığı kabul edilen üreme hakkıdır. Üreme hakkı, kişilerin ve çiftlerin çocuk sahibi olup olmama, çocuklarının sayısına, doğum aralığına karar verebilmeleri, sağlık hizmetlerine ulaşmaları sırasında hiçbir baskı, şiddet ve ayrımcılığa uğramamaları gibi hususları kapsamaktadır⁴³.

Kanun koyucuları üreme hakkı içerisinde en fazla uğraştıran husus, kadınların üreme özgürlüğünün bir hak olarak kabul edilip edilmeyeceği, edilecekse de hangi aşamaya kadar korunacağıdır. İstek üzerine gebeliğin sonlandırılmasının yasaklandığı durumlarda, gebeliğin sağlıksız koşullarda sonlandırılmasının yarattığı istenmeyen sonuçlar, kanun koyucuları kadının ürememe hakkını güvence altına almaya yöneltmiştir⁴⁴. Ancak kadının ürememe hakkı, ceninin belli bir haftalık olmasına kadar korunan bir hak niteliği taşımakta ve gebeliğin onuncu haftasından itibaren kadının ürememe hakkından kural olarak vazgeçilmektedir. Bununla birlikte gebeliğin bir suç sonucu oluşması halinde, kadının ürememe hakkının korunduğu periyod gebeliğin ilk yirmi haftasına uzatılmaktadır. Bunun altında yatan sebep ise kadının mağduru olduğu suç sonucu oluşan gebeliğin sürdürülmesinin kendisini ruhsal bir çöküntüye sürükleyecek olmasıdır⁴⁵.

⁴²AYDIN ÜNVER, 49.

⁴³BADUR, 179; GÜVEN, 25-26; İKİZLER, Metin; “Eşlerin Çocuk Sahibi Olma Konusunda Uyuşmazlığa Düşmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 132 (2017), s. 165-182, 168.

⁴⁴YARSUVAT, Duygun; “Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi”, *İÜHFM*, C. 48, S. 1-4, s. 451-471, 455 vd; ÇOKAR, 20-21.

⁴⁵ERTUĞRUL, 129.

Gebeliğin sonlandırılmasında kamu düzeni de etkisini göstermektedir. Her ne kadar gebeliğin sonlandırılması bir nüfus planlaması yöntemi değilse de, bu durum gebeliğin sonlandırılmasında kamuyu ilgilendiren bir yön olmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılmasının yasaklanması, yasal olmayan gizli olarak yapılan tıbbi müdahalelerin artması ile kadının ve ceninin sağlığının korunamaması gibi pek çok olumsuz sosyal etki göstermektedir⁴⁶. Nitekim NPHK’da gebeliğin sonlandırılması işlemlerinin Devlet gözetiminde yapılacağının belirtilmesi de, bu müdahalenin sosyal etkisine işaret etmektedir.

Buna göre gebeliğin sonlandırılmasında kanun koyucu, çatışan pek çok hukuki değer arasında hassas bir denge kurmaya çalışmaktadır.

2.2. GEBELİĞİN SONLANDIRILMASININ HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

Gebeliğin hukuka aykırı bir şekilde sonlandırılmasının sonuçlarını incelemeyi önce gebeliğin hukuka uygunluk şartlarının incelenmesi gerekir. Ancak incelemeye geçmeden önce şu hususun altını çizmekte yarar vardır; gebeliğin sonlandırılması için aranan şartlardan bir kısmına aykırılığın herhangi bir sonucu yoktur (örn. bildirim yükümlülüğü), bir kısmına aykırılığın hukuki sonucu ise tartışmalıdır (örn. eşin rızası). Bununla birlikte hukuki bir sorumluluğa yol açmasa da veya hukuki sonuçları tartışmalı olsa da hukuki düzenlemelerde aranan şartların tamamının incelenmesinde fayda vardır.

Hukukumuzda birden fazla gebeliğin sona erdirilmesi hali bulunduğu gibi bunların hukuka uygunluğu için aranan şartlar da birebir örtüşmemektedir. Örneğin sağlık sebepleriyle gebeliğin sona erdirilmesi bakımından bir süre şartı aranmazken, istek üzerine gebeliğin sona erdirilmesinde on haftalık, suç sonucu oluşan gebeliklerin sona erdirilmesinde ise yirmi haftalık azami gebelik süresi şartı bulunmaktadır. Buna karşılık bazı şartlar bakımından aralarında birtakım benzerlikler bulunmaktadır. Örneğin her bir gebeliğin sona erdirilmesi hali bakımından, bu müdahaleyi bir hekimin yapması ortak bir şart niteliği taşımaktadır. Bu nedenle benzerlik gösteren

⁴⁶SANCAR, 232; AYDIN ÜNVER, 49.

şartlar bir arada incelenecek; diğerleri ise her bir gebeliğin sona erdirilmesi haline özgü olarak ele alınacaktır.

2.2.1. Ortak Şartlar

Hangi tür gebeliğin sona erdirilmesi hali söz konusu olursa olsun, her biri tıbbi müdahale niteliği taşımaktadır. Bu nedenle bu müdahalelerin hukuka uygunluğu için öncelikle bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından aranan genel şartların bulunması gerekir. Hatta gebeliğin sonlandırılması halleri bakımından ortak şartların, bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için aranan genel şartlar olduğu söylenmelidir. Dolayısıyla gebeliğin sonlandırılması halleri bakımından da, i) *tıbbi müdahalenin yetkili kişi tarafından yapılması*, ii) *tıbbi müdahalenin aydınlatılmış rızaya dayalı olması* ve iii) *müdahalenin tıp biliminin bilimine göre zorunlu ve tıp bilimi kurallarına uygun olması*, hukuka uygunluk şartıdır.

2.2.1.1. Müdahalenin Yetkili Kişi Tarafından Yapılması

Tıbbi müdahale yetkisi, kural olarak sadece hekimlere aittir⁴⁷. Hekim olarak çalışabilmenin ilk koşulu ise tıp fakültesinden mezun olmaktır⁴⁸. Nitekim bu husus, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (TŞSTİDK) 1. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyet dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır." hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Öte yandan hekimlerin, Türk Tabipler Birliği Kanunu⁴⁹'nun 7. maddesi ve buna ilişkin TBMM'nin 27.1.1956 tarihli yorum kararı (yasama yorumu) gereğince, hekimlerin ister bir kamu kurumunda çalışsın isterse mesleğini serbest olarak yerine getirsin, Tabipler Birliği'ne kayıt olması gerekmektedir⁵⁰. Son olarak kişinin hekimlik mesleğini yapmaya geçici veya sürekli

⁴⁷**HAKERİ**, Hakan; *Tıp Hukuku*, 16.bs. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 236; **AYKIN**, Aykut Cemil ve **ÇINARLI**, Serkan; *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 270.

⁴⁸**GÖKCAN**, 189; **KİRKİT**, Ecem; *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 20.

⁴⁹RG, 31.01.1953, S:8323.

⁵⁰**KAYA**, Mine; "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 100(2012), s. 46-82, 49; **BADUR**, 38; **ÖZPINAR**, Berna; *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*, (Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2007), s. 18-19.

bir engelinin bulunmaması da aranmaktadır⁵¹. Buna göre Türk hukuku açısından hekimin; “tıp fakültesi diplomasına sahip, tabip odasına kayıtlı ve hekimlik mesleğini yürütmeye geçici veya sürekli engeli bulunmayan”⁵² gerçek kişi olarak tanımlanması mümkündür. 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁵³’nin yürürlüğe girmesi ile birlikte kişinin Türk vatandaşı olup olmamasının hekim olarak kabul edilmesi bakımından önemi kalmamıştır⁵⁴. Ancak bu KHK’den önce, yabancı uyruklu kişiler ancak istisnai olarak Türkiye’de hekimlik mesleğini icra edebilmekteydi⁵⁵.

Kural olarak tıbbi müdahalede bulunabilmek için hekim olmak yeterliyse de, bazı özellik gösteren tıbbi müdahaleler açısından ayrıca uzmanlık şartı da aranmaktadır⁵⁶. Uzmanlık şartı, Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği⁵⁷ m.4/1(r)’de “uzmanlık eğitimi tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olanlar” olarak tanımlanmaktadır. Ülkemizde uzmanlık şartının arandığı tıbbi müdahalelerden birisi de, gebeliğin sonlandırılmasıdır⁵⁸. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m. 3/2’de, “Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır.” hükmüne yer verilerek, her hekimin gebeliğin sonlandırılması müdahalesinde bulunamayacağı ortaya konulmuştur. Hatta kanun koyucu acil hallerde diğer sağlık personelinin müdahalede bulunabilmesine yönelik istisnadan dahi vazgeçerek, acil hallerde gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin müdahalenin de kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılacağını öngörmüştür (Tüzük m.7). Yine TCK açısından gebeliği sonlandıran hekimin yetkisiz olması hali çocuk düşürme suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

Kanun koyucu gebeliğin sonlandırılması bakımından uzmanlık şartını katı bir şekilde aramasına rağmen, bir yerde bundan vazgeçmekte ve uzman olmamasına rağmen

⁵¹Detaylı bilgi için bkz. **GÖKCAN**, 193; **KİRKİT**, 23-24.

⁵²**DEMİR**, Mehmet; “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, *AÜHFD*, 57.3(2008), s. 225-252, 233.

⁵³RG, 02.11.2011, S:28103.

⁵⁴**HAKERİ**, 238; **GÖKCAN**, 189.

⁵⁵Nitekim 663 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılan Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu m.7 hükmü şu şekildeydi; “Ayrıca özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren veya ülke düzeyinde mesleki gelişmeyi sağlayacak Türk uyruklu ve yabancı uyruklu elemanlar da kadro karşılığı aranmaksızın sözleşmeli olarak çalıştırılabilirler”.

⁵⁶**HAKERİ**, 240; **AYKIN/ÇINARLI**, 461.

⁵⁷RG, 26.04.2014, S:28983.

⁵⁸**GÖKCAN**, 190.

belli şartları taşıyan hekimlerin de gebeliği sonlandırabileceğini kabul etmektedir. Tüzük m. 3/3 hükmüne göre; “Bakanlıkça⁵⁹ açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik, belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler”. Ancak intern hekimlerin menstrüel regülasyon yöntemini kullanarak dahi gebeliği sonlandırabilmesi mümkün değildir.

Pratisyen hekimlerin gebeliği sonlandırabilmesi için ilk olarak, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almaları gerekmektedir. Bununla beraber bu belgeyi alan pratisyen hekimlerin, bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetimi olmaksızın, gebeliği sonlandırabilmesi söz konusu değildir. Ayrıca, Tüzük hükmü, pratisyen hekimlerin uygulayabileceği tedavi yöntemini sınırlayarak, dolaylı yoldan sonlandırabilecekleri gebelik hallerini de sınırlamaktadır. Zira pratisyen hekimlerin uygulayabileceği menstrüel regülasyon yöntemi, Tüzük m. 2/1(d)’de “vakum aspirasyon⁶⁰ yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahaleyi” ifade etmekte olup, yalnızca on haftayı geçmeyen gebeliklerin sonlandırılmasında kullanılabilmektedir (Tüzük m. 4/1(b)). Önemle belirtmek gerekir ki, buradaki “on haftayı geçmeyen” tabiri, istek üzerine gebeliğin sonlandırılması ifadesini içermemekteyse de, pratisyen hekimlerin yalnızca istek üzerine gebeliği sonlandırabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Zira gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde de, eğer gebelik on haftayı geçmemişse, pratisyen hekimlerin gebeliği menstrüel regülasyon yöntemi ile sonlandırabileceği söylenemez. Çünkü bu durum her ne kadar gebelik belli bir sürenin altındaysa da istisnai bir nitelik taşımaktadır. Böyle bir durumda kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporlarının aranması da bu yöntemin istisnai niteliğine işaret etmektedir (Tüzük m.5/1). Aynı şekilde on haftayı geçmemiş olsa dahi, acil haller ile suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması

⁵⁹Tüzük’te geçen Bakanlık deyimi ile Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı ifade edilmektedir. (Tüzük m.2/1(a))

⁶⁰“Vakum aspirasyon ise rahim içeriğinin rahme yerleştirilen bir enjektör vakum ile çekilmesi yöntemi, diğer bir deyişle şırınga yöntemidir.” **KESKİN KIZIRLIOĞLU**, Serap; “Türk Ceza Hukuku’nda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHF-HAD*. 19(2013), 165-190, s.167, dn. 7.

işlemini pratisyen hekim gerçekleştiremez. Zira bu iki gebeliğin sonlandırılması hali bakımından herhangi bir süre şartına yer verilmeksizin, rahim tahliyesinin yetkili hekim olan kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca gerçekleştirileceği açıkça hüküm altına alınmıştır (Tüzük m.7).

2.2.1.2. Gebeliğin Sonlandırılmasında Aydınlatılmış Rızanın Bulunması

Bir müdahale, tıp kurallarına uygun olarak yapılsa ve müdahalenin hasta üzerinde olumlu sonuçları olsa dahi, bu durum müdahaleyi tek başına hukuka uygun hale getirmemektedir⁶¹. Zira bir müdahalenin tıbbiliği ile hukukiliği farklı şeyleri ifade etmektedir ve bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından hukuk kurallarının aradığı ek şartların da bulunması gerekmektedir. Bu şartların en başında ise, tıbbi müdahaleye rıza verilmesi yer almaktadır⁶². Bu husus TŞSTİDK m. 70/1’de, “Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar.” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Öte yandan bazı tıbbi müdahaleler bakımından rıza unsuru, diğer tıbbi müdahalelerden farklılık göstermektedir. Bunlardan birisini de gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin rıza oluşturmaktadır. Kanun koyucu gebeliğin sonlandırılmasının taşıdığı anlam bakımından rıza unsurunu farklı şekilde ele almış ve bazı durumlarda eşin rızasını da aramıştır⁶³. Ancak eşin rızası, yalnızca istek üzerine gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin bir şart olduğundan, özel şartlar başlığı altında incelenecektir⁶⁴.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için rızanın aranmasının sebebi, kişilerin kendilerini ilgilendiren konularda özgürce karar alabilme özgürlüklerinden kaynaklanmaktadır⁶⁵. Bu özgürlük Anayasa m. 17/1’de, kişinin maddi ve manevi

⁶¹BADUR, 17; KAHRAMAN, Zafer; “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 479-510, 483.

⁶²HAKERİ, 346.

⁶³NPHK m.6/2 ve HHY m.30.

⁶⁴Bkz. Bölüm-I, 2.2.2.2. Eşin Rızası.

⁶⁵OZANOĞLU, Hasan Seçkin; “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, s. 55-77, 59; ÇAVDAR, Pelin; “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 22.3 (2016), s. 735-764, 738.

varlığını koruma ve geliştirme hakkı olarak güvence altına alınmış durumdadır⁶⁶. Buna göre kişiler, kendi kişilikleri ile ilgili müdahaleleri reddetmek veya bunlara rıza göstermek konusunda kural olarak tamamen özgürdür. Dolayısıyla istisnalar bir kenara bırakılırsa her tıbbi müdahale öncesinde hastanın rızasının alınması zorunludur. Nitekim TMK m. 24'e göre de, "Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası (...) ile haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır".

Sözlük anlamıyla "razı olma, isteme, istek" anlamlarına gelen rıza⁶⁷, hukuki açıdan önemli sonuçları olan bir irade açıklamasıdır. Gerçekten de, bu irade açıklamasıyla beraber, açıklamada bulunan kişinin korunan değerlerine yönelik müdahale ya hukuka uygun hale gelmekte ya da müdahalede bulunanın sorumluluk kapsamı daralmakta ve rıza bir tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla tıbbi müdahale bakımından rıza ya bir hukuka uygunluk sebebi ya da tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmektedir. Görüldüğü gibi hukuka uygun olmasa dahi rızaya hukuken önemli sonuçlar ithaf edilmektedir.

Rızanın tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmesi açısından belli şartları taşınması gerekmektedir. Bu şartlar; *i) hastanın aydınlatılmış olması* ve *ii) tıbbi müdahaleye rıza verilmesi* olarak sıralanabilir.

2.2.1.2.1. Hastanın Aydınlatılmış Olması

Tıbbi müdahaleye rızadan söz edilebilmesi için rıza açıklamaya yetkili kişinin rıza verdiği husus hakkında bilgi sahibi olması gerekir⁶⁸. Bu ise hastanın aydınlatılmış olması ve bu kapsamda hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi ile sağlanmaktadır⁶⁹. Dolayısıyla hastanın aydınlatılmış olması, tıbbi müdahaleye rızanın en temel unsurudur ve bu öneminden ötürü ön koşulu olduğu rıza kavramıyla

⁶⁶AYAN, Mehmet; *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Kazancı Yayınları, 1991), 73; GÖKCAN, 215; BADUR, 18; ÖZPINAR, 22; ÇAVDAR, 739.

⁶⁷http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c558ac471fad4.61316328 (E.T. 21.01.2019).

⁶⁸HAKERİ, 269; KİRKİT, 67.

⁶⁹ERMAN, Barış; *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 99; KAHRAMAN, 490.

bütünleşik bir şekilde kullanılmakta ve tıbbi müdahaleye rızadan çok “aydınlatılmış rıza” kavramından söz edilmektedir⁷⁰.

Aydınlatma yerine bilgilendirme ifadesini tercih eden Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY), hekimin söz konusu yükümlülüğünü, “yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık mensubu tarafından kişiye gerekli bilgilerin verilmesi” olarak tanımlamaktadır (m. 4/1(ğ))⁷¹. Bilginin gerekli olmasında hareket noktası, hastanın aydınlatılma sonrasında, tıbbi müdahalenin planlanması ve uygulanması bakımından serbestçe karar verebilecek bir konuma erişebilmesidir⁷².

Bu bilgilerin neler olduğu ise HHY m. 15’te sekiz bent halinde sayılmaktadır. Buna göre, “hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği” hastanın aydınlatılmasını gerektiren hususlardır.

2.2.1.2.1.1. Aydınlatmanın Türleri

Oldukça kapsamlı bir içeriğe sahip olan aydınlatma yükümlülüğü doktrinde çeşitli ayrımlara tabi tutulmakta ve tedavi(güvenlik) aydınlatması, karar(otonomi) aydınlatması ve risk aydınlatması gibi türleri olduğu ifade edilmektedir⁷³.

2.2.1.2.1.1.1. Tedavi Aydınlatması

Tedavi aydınlatması, hastadan rıza alınmasına yönelik bir aydınlatma türü olmayıp, daha çok hastanın iyileşmesine ya da hastalıktan korunmasına yönelik bilgilerin verilmesini içermektedir⁷⁴. Aynı zamanda hekim, bu aydınlatmada, tıbbi müdahalenin gerekliliği, tedavinin başarı ihtimali, tıbbi müdahale akabinde uyulması

⁷⁰OZANOĞLU, 56; GÜLEL, İlhan; *Tıbbi Müdahaleye Rıza* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 123.

⁷¹HAKERİ, 263.

⁷²OZANOĞLU, 60; KAYA, 56.

⁷³HAKERİ, 272; Detaylı bilgi için bkz. GÖKCAN, 221.

⁷⁴HAKERİ, 288-289; KİRKİT, 71.

gereken davranış şekilleri gibi hususlarda hastasını bilgilendirir. HHY m. 15'te sayılan, kullanılacak ilaçların önemli özelliklerine, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerilerine ve gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceğine ilişkin bilgilendirme, tedavi aydınlatması kapsamındadır⁷⁵. Teşhis öncesinde yapılan işlemlere (örneğin kan alınması, MR çekilmesi gibi) ilişkin bilgilendirme de tedavi aydınlatması içerisinde yer almaktadır⁷⁶.

2.2.1.2.1.1.2. Karar Aydınlatması

Karar aydınlatması ise hastadan rıza alınmasına yönelik aydınlatma olup, bu aydınlatma neticesinde hastanın tıbbî müdahaleye ilişkin olumlu ya da olumsuz bir karar alması sağlanmaktadır⁷⁷. Oldukça geniş bir spektruma yayılan karar aydınlatması; hastanın, hastalığa ilişkin tıbbî bulgular hakkında aydınlatılması (teşhis aydınlatması), tedavi sürecine ilişkin aydınlatılması (süreç aydınlatması) ve alternatif müdahaleler ile yeni tıbbî yöntemlere ilişkin aydınlatılmasını içermektedir⁷⁸. Bu kapsamda hasta, hastalığa ilişkin tıbbî bulgulardan başlanılarak, müdahalenin türü, kim tarafından, nerede ve ne şekilde gerçekleştirileceği, tahmini süresi, tedavi sonrası iyileşme süreci ve bu süreçte yaşanabilecek etkilere kadar geniş bir kapsamda bilgilendirilmektedir.

Teşhis aydınlatmasında hastanın tıbbî bulgular hakkında aydınlatılması kural olmakla birlikte ağır hastalıklar bakımından teşhis aydınlatmasının kapsamı tartışmalıdır⁷⁹. Doktrinde bir görüş, böyle bir durumda hastanın aydınlatılması, hastaya yarardan çok zarar getirecekse hastaya eksik veya yanlış bilgi verilmesi ya da hiç bilgi verilmemesinin, yükümlülüğün ihlali anlamına gelmediğini ifade etmektedir⁸⁰. Buna karşılık bir diğer görüş ise aydınlatma yükümlülüğünün hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ile yakın ilişkisi nedeniyle hastaya her türlü bilginin verilmesi gerektiğini belirtmektedir⁸¹.

⁷⁵HAKERİ, 289; GÖKCAN, 225.

⁷⁶KİRKİT, 73.

⁷⁷HAKERİ, 275.

⁷⁸OZANOĞLU, 65; KİRKİT, 76.

⁷⁹KİRKİT, 56.

⁸⁰HAKERİ, 274; OZANOĞLU, 66; KİRKİT, 78.

⁸¹AYAN, 71; REİSOĞLU, Seza; “ Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, *MHAUM*, (1983), s.1-18, 6; ÖZSUNAY,

Gebeliğin sonlandırılması söz konusu olduğunda bu tartışma daha da karmaşık bir hal almaktadır. Zira aydınlatılacak olan hastanın, hamilelik nedeniyle hormonal dengesinin bozulmuş olduğu gerçeği bir yana, hasta yalnızca kendisi hakkında değil, hayata getirmeyi planladığı çocuğu hakkında da karar vermek zorunda kalmaktadır. Bu durumda özellikle kadının, gebeliğin kendi sağlığını tehdit ettiği veya edeceği durumlarda, fedakârlık veya şefkat duygusuyla hareket ederek karar alması muhtemeldir. Elbette ne olursa olsun tıbbi müdahaleye ilişkin kararı alacak olan kadının kendisidir; bu nedenle mutlaka bilgilendirilmesi gerekmektedir. Ancak bu durum, hastanın her türlü husus hakkında bilgilendirilmesi anlamına gelmemektedir; hekimin aydınlatma yükümlülüğünün genel çerçevesini çizen HHY m. 4/1(ğ) hükmü, aynı zamanda hekime bir takdir hakkı da tanımaktadır. Hekim böyle bir durumda, objektif değerlendirme sonucunda gerekli olduğu kanısına vardığı hususlar bakımından hastayı aydınlatacaktır. Nitekim HHY m. 19'da, “Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkra da belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla hekimin objektif değerlendirmesi sonucunda yapacağı bilgilendirmenin hastalığın artmasına veya hastalığın seyrinin ve sonucunun ağırlaşmasına yol açacağı kanısına vardığı hususlar hakkında aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸².

Süreç aydınlatmasında da hekimden beklenen, tıbbi müdahale sürecini en ince ayrıntısına kadar hastaya aktarmak değil, sürece ilişkin genel bir yol haritası çıkarmasıdır⁸³. Bu anlamda hastaya tıbbi müdahalenin türü, süresi, şekli, kapsamı, yöntemi, aciliyeti, nerede yapılacağı, anestezi gerektirip gerektirmediği, uygulamadan etkilenecek diğer vücut organları ve fonksiyonları hakkında bilgi verilmelidir⁸⁴.

Ergun; “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, (1983), s.31-61; 41.

⁸²HAKERİ, 274.

⁸³HAKERİ, 278.

⁸⁴KİRKİT, 79.

Son olarak hekimin, hastayı uygulanması mümkün olan ve yaklaşık olarak aynı başarı şansına sahip tüm tedavi yöntemleri hakkında bilgilendirmesi ve hastaya kendi seçtiği tedavi yönteminin uygulanması gerekir⁸⁵. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki hekimin başarı şansı düşük, henüz standart hale gelmemiş tedavi yöntemleri hakkında hastayı aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸⁶. Öte yandan tedavinin reddinin de bir seçenek olduğu hastaya açıklanmalıdır⁸⁷.

2.2.1.2.1.1.3. Risk Aydınlatması

Tıbbi müdahalede bulunulurken gerekli özen gösterilse ve müdahale hatasız yapılsa dahi birtakım geçici ya da kalıcı yan etkilerin ortaya çıkması ihtimali vardır⁸⁸. Hekimin bu ihtimal hakkında da hastayı bilgilendirmesi gerekir ki bu husus risk aydınlatması olarak isimlendirilmektedir⁸⁹.

Risk aydınlatmasının kapsamında, hastanın ilgili tıbbi müdahaleye karar vermesini etkileyecek her türlü risk yer almaktadır⁹⁰. Bu anlamda müdahalenin doğrudan tehlikeleri, diğer organlara, üçüncü kişilere etkisi, nadiren de olsa ortaya çıkabilecek riskler hakkında hastanın aydınlatılması gerekir⁹¹. Karar aydınlatılmasından farklı olarak burada hastanın yakın ya da uzak ayrımı yapılmaksızın gerçekleşmesi ihtimali bulunan tüm riskler hakkında aydınlatılması gerekmektedir⁹². Özellikle de tedavi sonucunda gerçekleşme ihtimali düşük olan riskin, hastanın kişisel (mesleki-sosyal) durumunu oldukça olumsuz etkileyecek olması halinde, hastanın mutlaka aydınlatılması gerekir⁹³. Örneğin gebeliği sonlandıran müdahale sonucunda iyileşmesi için hormon tedavisi görmesi ihtimali bulunan kadının profesyonel sporcu olması halinde, bu risk hakkında aydınlatılması zorunludur.

⁸⁵HAKERİ, 280.

⁸⁶GÖKCAN, 224; KİRKİT, 80.

⁸⁷ÇAVDAR, 748.

⁸⁸OZANOĞLU, 67.

⁸⁹AYAN, 72.

⁹⁰HAKERİ, 283-284.

⁹¹KAHRAMAN, 492.

⁹²ERMAN, 109; ÇAVDAR, 747.

⁹³GÖKCAN, 219.

2.2.1.2.1.2. Aydınlatmanın Kapsamı

Her müdahale öncesinde, aynı kapsamda bir aydınlatma yükümlülüğü bulunduğundan söz edilemez⁹⁴. Hastanın kişiliği, hastalığın türü, müdahalenin gerekliliği, durumun aciliyeti gibi pek çok husus aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını genişletebilir ya da daraltabilir⁹⁵. Hatta bazı durumlarda aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkar⁹⁶.

2.2.1.2.1.2.1. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamının Genişlemesi

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını genişleten hususların başında tıbbi müdahalenin niteliği gelmektedir⁹⁷. Tıbbi müdahalenin hasta hayatı için önem taşıdığı durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişlemektedir⁹⁸. Örneğin tedavi sonucunda hasta üzerinde kalıcı yan etkiler bırakması ihtimali bulunan bir müdahale hakkında veya yeni bir tedavi yönteminin kullanıldığı durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı geniştir⁹⁹.

Bunun yanı sıra tıbbi müdahalenin tedavi amacı taşımadığı, bu nedenle de hasta hayatı açısından önemsiz olduğu durumlarda da aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişleyebilmektedir¹⁰⁰. Gerçekten de tedavi amacı taşımayan, hastaya derhal müdahale edilmesini gerektirmeyen tıbbi müdahalelerde, hekim daha geniş bir bilgilendirme yapmakla yükümlüdür¹⁰¹. Örneğin istek üzerine gebeliğin sonlandırılması tedavi amacı taşımadığından, hekimin hastaya daha fazla bilgi vermesi gerekmektedir¹⁰².

Hastanın kişisel durumu da aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını genişletebilmektedir¹⁰³. Örneğin gebeliğin sonlandırılması bakımından tekrar gebe kalma ihtimalinin düşüklüğü dikkate alınarak 40'lı yaşlarda bir kadına 20'li yaşlardaki bir kadına nazaran daha fazla bilgilendirme yapılması gerekmektedir.

⁹⁴GÜLEL, 128.

⁹⁵HAKERİ, 317.

⁹⁶ÖZPINAR, 35.

⁹⁷AYAN, 76.

⁹⁸OZANOĞLU, 68.

⁹⁹AYAN, 77; GÜLEL, 131-132.

¹⁰⁰ERMAN, 112.

¹⁰¹KİRKİT, 89.

¹⁰²KİRKİT, 198.

¹⁰³KİRKİT, 90.

2.2.1.2.1.2.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamının Daralması

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını daraltan hususların ilki, müdahalenin aciliyetidir¹⁰⁴. Hastaya müdahalede bulunulması ne kadar acilse, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı da o kadar daralmaktadır¹⁰⁵. Bu anlamda acil hallerde gebeliğin sonlandırılmasında, sağlık sebepleriyle hastalığın sonlandırılmasına kıyasla daha dar bir aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Önemli riskler barındırmayan tıbbi müdahaleler bakımından da aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı daralmaktadır.

Hastanın ruhsal yapısı, mesleki bilgisi gibi kişisel durumları da aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının daralmasında rol oynayabilmektedir¹⁰⁶. Örneğin hastanın, kırılgan bir ruhi yapısının bulunduğu durumlarda, aydınlatılması halinde psikolojik yönden uğrayacağı zarar fazla ise daha dar kapsamlı bir aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilecektir¹⁰⁷. Hastanın aynı zamanda hekim olduğu veya yapılacak müdahale hakkında daha önceden bilgilendirildiği durumlarda da daha dar kapsamlı bir bilgilendirme yeterli olacaktır¹⁰⁸.

2.2.1.2.1.2.3. Aydınlatma Yükümlülüğünün Ortadan Kalkması

Kimi durumlarda aydınlatma yükümlülüğü tamamen ortadan kalkabilmektedir. Özellikle aydınlatılmama hakkının kullanılması halinde bu yükümlülük ortadan kalkmaktadır¹⁰⁹. Zira hekim için bir yükümlülük olan aydınlatma, hasta açısından bir hak niteliği taşımaktadır¹¹⁰ ve hasta dilediği zaman bu hakkından vazgeçebilir¹¹¹. Bu husus HHY m. 20’de, “İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı şekilde Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 27’ye göre, “Hasta

¹⁰⁴GÖKCAN, 219.

¹⁰⁵ERMAN, 111; OZANOĞLU, 70; ÇAVDAR, 749 vd.

¹⁰⁶HAKERİ, 317; GÖKCAN, 232.

¹⁰⁷GÖKCAN, 239; KAHRAMAN, 493; KİRKİT, 92.

¹⁰⁸ERMAN, 115-116.

¹⁰⁹AYAN, 78.

¹¹⁰HHY m. 15’e göre, “Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir”.

¹¹¹KAHRAMAN, 494; ÇAVDAR, 752.

hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez". Dolayısıyla hastanın aydınlatılmama hakkını kullandığı durumlarda, hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Yine HHY m. 20'ye göre aydınlatılmama hakkının kullanılması halinde, hastanın bu kararı yazılı olarak alınır, ancak hasta dilediği zaman bu kararından vazgeçerek, bilgi verilmesini talep edebilir. Hastanın aydınlatılmama hakkını kullandığından söz edebilmek için hastanın en azından bu kararı verebileceği noktaya kadar aydınlatılması şarttır¹¹². Başka bir ifadeyle aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalkmasının ön şartı, aydınlatılmamaya ilişkin kararını doğru bir şekilde oluşturabileceği kadar hastanın aydınlatılmasıdır¹¹³.

Hastanın varsayılan rızasına başvurulmuş tıbbi müdahalelerde de aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkabilir¹¹⁴. Ancak bunun için hastanın rıza veremeyecek bir durumda bulunması, kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınmasının zaman gerektirmesi ve hastaya derhal müdahalede bulunulmadığında hayatının veya hayati organlarından birinin tehlike altında kalacak olması şartlarının bulunması gerekmektedir¹¹⁵.

2.2.1.2.1.3. Aydınlatmanın Yöntemi ve Şekli

Tıbbi müdahaleye rıza verecek kişinin aydınlatılması bakımından, aydınlatmanın yöntemi çok önemlidir. Aydınlatma yöntemine ilişkin olarak *mesleki uygulama ölçütü*, *makul hasta ölçütü* ve *sübjektif ölçüt* olmak üzere üç tür ölçüt bulunmaktadır¹¹⁶. Mesleki uygulama ölçütü ile makul hasta ölçütü, objektif ölçütler olup, ilkinde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı tıbbi uygulamada yer alan ölçütlere göre, ikincisinde ise makul bir hastanın bilmesi gerekli olan hususlara göre belirlenmektedir. Son yöntem olan sübjektif ölçütte ise "hastalık değil, hasta vardır." deyişinden hareketle aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken hastanın bireysel özellikleri dikkate alınmaktadır¹¹⁷. Yine doktrinde aydınlatmanın

¹¹²KİRKİT, 93.

¹¹³ERMAN, 117.

¹¹⁴KİRKİT, 96.

¹¹⁵HAKERİ, 337.

¹¹⁶Ölçütler hakkında detaylı bilgi için bkz. ÇAVDAR, 741-743. Doktrinde bu ölçütler için makul doktor ölçütü ve somut risk ölçütü ayrımı da kullanılmaktadır; bkz. GÖKCAN, 218.

¹¹⁷ÇAVDAR, 742.

kapsamında genel ve soyut bir kural koymanın mümkün olmadığı, ölçünün somut hasta olduğu kabul edilmektedir¹¹⁸.

Türk hukukunda, sübjektif ölçütün esas alındığı söylenmelidir. Gerçekten de, HHY m. 18'e göre, "Bilgi mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheyeye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir". Buna göre Türk hukuku açısından hastanın aydınlatıldığından söz edebilmek için hastanın anlaması kıstasından hareket edilir, bu nedenle de aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için hastanın ilgili hususları anlaması beklenir¹¹⁹. Dolayısıyla hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken, anlatımını hastanın sosyo-kültürel seviyesine uyarlaması gerekir¹²⁰.

Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken, tedavinin olumsuz etkilenmesini önlemek amacıyla endişe verici ifadelerden kaçınmalı, kesin ifadeler kullanmalıdır¹²¹.

Hastayı aydınlatacak olan kişi, kural olarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan sağlık mensubudur¹²². Ancak aydınlatmayı ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir (HHY m. 18/2). Aynı şekilde taraflar arasındaki sözleşmede aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecek olan kişinin, müdahaleyi yapacak hekimden farklı biri olarak belirlenmesi de mümkündür¹²³. Tıbbi müdahalenin farklı branşlardan hekimlerce yürütüleceği hallerde ise, her hekimin hastayı kendi uzmanlık alanında yürüteceği aşama bakımından ayrı ayrı bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır¹²⁴.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirileceği zaman, HHY'de acil durumlar ile acil olmayan durumlar ayrımı dikkate alınarak düzenlenmiştir. Buna göre acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılmalıdır

¹¹⁸AYAN, 75-76; HAKERİ, 317.

¹¹⁹HAKERİ, 320; KİRKİT, 67.

¹²⁰OZANOĞLU, 66, 70; GÖKCAN, 232; GÜLEL, 129; ÖZPINAR, 26.

¹²¹ÇAVDAR, 755.

¹²²HAKERİ, 311; KİRKİT, 104; GÜLEL, 125.

¹²³ERMAN, 103; KAYA, 62.

¹²⁴AYAN, 82; KİRKİT, 107; GÜLEL, 126.

(HHYm.18/5). Makul süre, somut olayın durumuna göre hastanın tıbbi müdahale üzerinde düşünüp sonuçlarını tahlil ettikten sonra kararını vermesini sağlayacak yeterlilikte bir süre olmalıdır¹²⁵. Bu süre ne hastanın acele etmesini gerektirecek kadar kısa ne de hastanın aydınlatıldığı hususları unutmasına neden olacak kadar uzun olmalıdır¹²⁶. Ancak ne olursa olsun, aydınlatmanın müdahaleden önce yapılması zorunludur. Acil durumlarda da aydınlatmanın müdahaleden önce yapılması zorunluysa da, burada “makul süre” şartı aranmamaktadır. Başka bir ifadeyle hekim tıbbi müdahaleye girişmeden nispeten kısa sayılabilecek bir süre öncesinde aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirebilmektedir.

Aydınlatmanın şekline ilişkin olarak HHY m. 18/2’de, sözlü şekil şartı öngörülmektedir. Buna göre aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecek kişi, hastayı sözlü olarak aydınlatacaktır. Dolayısıyla hastaya, daha önceden hazırlanmış matbu form, broşür, bilgilendirme notu vb. verilmesi ile aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmiş sayılmaz¹²⁷. Hekim bu yazılı metinleri hastaya sağlasa dahi yükümlülüğünü mutlaka sözlü olarak da yerine getirmelidir¹²⁸. Ancak hastanın HHY m. 15 gereğince kendisine yazılı bilgi verilmesini istediği durumlarda hastaya yazılı bilgilendirme yapılmalıdır. Mevzuatımızda aydınlatmanın yazılı olması şartı bulunmasa da, doktrinde ispata ilişkin sebeplerden ötürü hekimlere aydınlatmanın yazılı şekilde yapılması önerilmektedir¹²⁹.

Her ne kadar Tüzük m. 13’te istek üzerine gebeliğin sonlandırılmasında, Tüzük’e ekli bir izin belgesinin imzalatılmasından söz edilmekteyse de, bu durum aydınlatma yükümlülüğünün yazılı olarak yerine getirileceği anlamına gelmemektedir¹³⁰. Sadece bu takdirde hekimin ispat yükü ağırlaştırılmakta ve hekime aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini yazılı belge ile ispat yükü getirilmektedir. Bu nedenle hekim aydınlatma yükümlülüğünü yine sözlü olarak yerine getirecek, yalnızca bunu izin alınması gereken kişilere imzalatmak suretiyle yerine getirdiğini ispatlayacaktır.

¹²⁵BADUR, 70; OZANOĞLU, 73; KAYA, 64.

¹²⁶UYUMAZ/AVCI, 619.

¹²⁷HAKERİ, 324.

¹²⁸KİRKİT, 110.

¹²⁹HAKERİ, 321; GÖKCAN, 231; AYKIN/ÇINARLI, 309; GÜLEL, 127

¹³⁰HAKERİ, 320.

2.2.1.2.1.4. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yöneleceği Kişi

Aydınlatma yükümlülüğü, rızanın ön şartı olduğundan, bu yükümlülüğün hukuken rıza açıklamaya ehil kişiye karşı yerine getirilmesi gerekir¹³¹. Bir diğer ifadeyle aydınlatma yükümlülüğünün yöneleceği kişi, tıbbi müdahaleye rızayı açıklayacak olan kişidir¹³².

Tıbbi müdahaleye rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, kural olarak rızası alınması gereken kişi hastanın kendisidir¹³³. Nitekim HHY m.18/3’de “Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir.” Bununla beraber bazı durumlarda hasta dışındaki bazı kimselerin de rızasına ihtiyaç duyulmaktadır ki bu tıbbi müdahalelerden birisini de gebeliğin sonlandırılması oluşturmaktadır.

Gebeliğin sonlandırılmasına rıza, NPHK m. 6’da, “5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz. 5 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre gebeliğin sonlandırılmasında aydınlatma yükümlülüğünün; hasta, hastanın velisi ya da vasisi ve hastanın eşi olmak üzere birden fazla muhatabı bulunabilmektedir. Her ne kadar Tüzük m. 15’te, eşin ya da vasinin gelmemesi halinde bunların rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belgesinin yeterli sayılacağı düzenlenmişse de, bu hüküm anılan kişilerin aydınlatılmayacağı şeklinde yorumlanamaz. Sadece bu kişilerin rızasını, mutlaka hekim huzurunda açıklamalarının gerekmediğini gösterir.

Aydınlatma yükümlülüğünün yöneleceği kişi kural olarak öncelikle hastanın (gebe kadının) kendisidir. Hastanın velayet ya da vesayet altında bulunduğu durumlarda

¹³¹KİRKİT, 102.

¹³²GÜLEL, 133.

¹³³OZANOĞLU, 72; KAHRAMAN, 486.

hem kendisinin hem de velisinin ya da vasisinin aydınlatılması gerekir¹³⁴. Ancak hastanın akıl hastalığı nedeniyle ayırt etme gücünün bulunmadığı durumlarda, kendisinin aydınlatılmasına ilişkin yükümlülük ortadan kalktığından, yalnızca velisinin ya da vasisinin aydınlatılması mümkündür¹³⁵.

Tüzük m.13'te veli ya da vasinin aydınlatılması bakımından istisnai bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre “Veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlarından birini tehdit ettiği acil hallerde izin şartı aranmaz”. Bu hüküm yalnızca acil haller nedeniyle gebeliğin sonlandırılmasında uygulanabilecektir. Öte yandan veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği acil hallerde, gebe kadının ayırt etme gücü de bulunmamaktaysa, hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.

Hastanın eşinin aydınlatılması ise yalnızca istek üzerine gebeliğin sonlandırılması ihtimalinde gündeme gelmektedir. Başka bir deyişle tıbbi endikasyon sebepleriyle yahut suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasında eşin aydınlatılmasına gerek bulunmamaktadır. Öte yandan ifade etmek gerekir ki eşin aydınlatılması sadece TMK anlamında bir evliliğin bulunduğu durumlarda mümkündür¹³⁶.

2.2.1.2.2. Tıbbi Müdahaleye Rıza Verilmesi

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesini müteakip tıbbi müdahaleye rıza verilmesi aşamasına geçilir. Bir tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan en önemli şart rızadır¹³⁷. Rıza unsuruna mevzuatımızda farklı şekillerde yer verilmiş olup, HHY'nin 4. maddesinde, kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesi şeklinde ifade edilmiştir. Anayasa m.17'ye göre, “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” Yine TŞSTİDK m.70'e göre, “Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.” Keza HHY m.22'ye göre, “Kanunda gösterilen

¹³⁴ERMAN, 105-106.

¹³⁵GÜLEL, 133.

¹³⁶UYUMAZ/AVCI, 611.

¹³⁷HAKERİ, 350; KİRKİT, 115.

istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.”

Doktrinde hâkim görüşe göre tıbbi müdahaleye rıza, bir hukuki işlem niteliği taşımaktadır¹³⁸. Her hukuki işlemin temel (kurucu) unsurunun, hukuki sonuca yönelmiş irade açıklaması olduğu dikkate alındığında, açıklanmayan rızanın varlığından söz etmek de mümkün olmayacaktır¹³⁹. Bu anlamda rızadan bahsedilebilmesi için öncelikli olarak *kurucu unsurunun* bulunması zorunludur¹⁴⁰.

Öte yandan hukuken geçerli olabilmesi için rızanın geçerlilik unsurlarını da taşıması gerekir. Aksi takdirde yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı hale gelecektir¹⁴¹. Bu anlamda kurucu unsuru bulunan rızanın ikinci aşamada *geçerlilik unsurları* aranmaktadır.

Dolayısıyla tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren rızadan söz edilebilmesi için kurucu unsurları ve geçerlilik unsurlarını bünyesinde barındıran bir rızanın bulunması gerekmektedir.

2.2.1.2.2.1. Rızanın Kurucu Unsuru: Rızanın Açıklanması

2.2.1.2.2.1.1. Genel Olarak

Hukuki işlemin kurucu unsuru, hukuki sonuca yönelmiş irade beyanıdır¹⁴². Buna göre hastanın tıbbi müdahaleye yönelik rızasını açıklaması halinde rızanın kurucu unsuru gerçekleşmiş olmaktadır¹⁴³.

Rıza açıklaması, açık bir şekilde olabileceği gibi örtülü olarak da yapılabilir¹⁴⁴. Nitekim bu husus HHY m. 28/1’de, “Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Örneğin hastanın ilgili tedaviyi kabul ettiğini açıklaması halinde açık rızası, gösterilen sedyeye uzanması halinde ise örtülü rızası bulunmaktadır. Ancak örtülü rızadan söz

¹³⁸ Doktrindeki tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **BADUR**, 56 vd; **KİRKİT**, 117-118.

¹³⁹ **KILIÇOĞLU**, Ahmet Mithat; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22.bs. (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2018), 64.

¹⁴⁰ **EREN**, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. bs. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 119.

¹⁴¹ **EREN**, 123.

¹⁴² **EREN**, 120.

¹⁴³ **HAKERİ**, 352.

¹⁴⁴ **GÖKCAN**, 214.

edilebilmesi için hastanın davranışlarından, tıbbi müdahaleye rıza verdiğinin şüpheye yer bırakmayacak açıklıkta olması gerekmektedir¹⁴⁵.

Kural olarak rıza açıklaması herhangi bir şekle tabi değilse de, mevzuatımızda bazı müdahaleler açısından rıza açıklamasında yazılılık koşulu aranmaktadır¹⁴⁶. Nitekim TŞSTİDK'nin 70. maddesine göre “Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.” Yine rahim tahliyesi, sterilizasyon işlemleri, bilimsel deneyler gibi özel tıbbi girişimlerde mevzuatımızda yazılılık şartı aranmaktadır¹⁴⁷.

Gebeliğin sonlandırılması bakımından da rıza açık bir şekilde verilebileceği gibi kural olarak örtülü şekilde de açıklanabilir. Bununla beraber Tüzük m.13'te on haftayı aşmayan gebelikler açısından, örneği Tüzük'e ekli izin belgesinin alınmasından söz edilmektedir. Başka bir ifadeyle on haftayı aşmayan gebeliklerin sonlandırılmasında rıza açıklamasının mutlaka yazılı olması gerekir. Dolayısıyla on haftayı aşmayan gebeliklerin sonlandırılması bakımından örtülü rıza yeterli değildir. Ancak daha önce de değinildiği üzere her ne kadar burada yalnızca on haftayı aşmayan gebeliklerden söz edilmekteyse de, bu hükümde düzenlenen husus istek üzerine gebeliğin sonlandırılmasıdır. Başka bir ifadeyle gebeliğin süresi on haftayı aşmamasına rağmen, sağlık sebepleriyle gebeliğin sonlandırılması için yazılı izin aranmamaktadır; örtülü rıza açıklaması da yeterlidir. Bununla birlikte örtülü rızanın bulunup bulunmadığına ilişkin olarak, somut vakadaki koşullar sıkı bir denetimden geçirilmeli, hastanın gebeliğin sonlandırılmasına rızasının olduğunun kesin açıklıkta olduğu durumlarda gebelik sonlandırılmalıdır.

Rızanın varlığından söz edilebilmesi için açıklanmasından başka, belli bir hukuki sonuca yönelik olması da lazım gelir, bu ise bir tıbbi müdahaledir. Ayrıca bu tıbbi müdahalenin, belli veya belirlenebilir açıklıkta olması, başka bir ifadeyle rızanın somut bir müdahale için açıklanması şarttır¹⁴⁸. Dolayısıyla tüm tıbbi müdahalelere yönelik olarak önceden, genel, soyut bir rıza gösterilmesi, rıza açıklaması olarak

¹⁴⁵BADUR, 61.

¹⁴⁶HAKERİ, 353.

¹⁴⁷GÖKCAN, 214.

¹⁴⁸BADUR, 50.

kabul edilemez¹⁴⁹. Ancak elbette hastanın birden fazla tıbbi müdahaleye her biri belirli olması kaydıyla tek bir rıza vermesi mümkündür¹⁵⁰.

Tıbbi müdahalenin, HHY m.31/3 gereğince hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekmektedir¹⁵¹. Bu nedenle hastanın tıbbi müdahaleye rıza verdiğinin kabul edilebilmesi için, rıza tıbbi müdahalenin gerektirdiği tüm hareketleri kapsayan bir içeriğe sahip olmalıdır. Ancak önemle ifade edilmelidir ki HHY m.31/2'ye göre, “Hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar”. Buna karşılık rıza verilen tıbbi müdahalenin içeriğinde yer almayan bir müdahale için ayrıca rıza alınması gerekir.

Tıbbi müdahaleye rızanın, kural olarak müdahaleden önce verilmesi gerekir¹⁵². Ancak acil haller gibi istisnai durumlarda müdahalenin başlamasıyla birlikte de rıza verilebilir¹⁵³. Müdahale başladıktan sonra verilen rıza, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmez, yalnızca tazminat talebinden vazgeçilmesi olarak değerlendirilir¹⁵⁴.

Rızanın açıklandığından söz edilebilmesi için, rızanın belli bir kişiye yönelik olarak açıklanması gerekir ki bu kişi, esas olarak müdahaleyi yapacak olan hekimdir¹⁵⁵.

2.2.1.2.2.1.2. Varsayılan Rıza

Kimi durumlarda hastanın bir rızası bulunmasa da, hukuk düzeni tarafından objektif ölçütlere göre saptanan “varsayılan rızası” kapsamında, kendisine tıbbi müdahalede bulunulabilmektedir¹⁵⁶. Bu durumlar genellikle hastanın bilincinin kapalı olduğu acil hallerde gündeme gelmektedir¹⁵⁷. Örneğin tıbbi müdahaleye başladıktan sonra hastanın bilinci kapalıyken, tıbbi müdahalenin genişletilmesi ihtiyacı doğduğunda, müdahale yarıda kesilerek hastanın uyandırılması ve rızası alındıktan sonra tedaviye

¹⁴⁹AYAN, 12; KİRKİT, 135; GÜLEL, 95.

¹⁵⁰BADUR, 61.

¹⁵¹GÖKCAN, 277; KİRKİT, 135.

¹⁵²HAKERİ, 352.

¹⁵³GÖKCAN, 214.

¹⁵⁴KAHRAMAN, 485; GÜLEL, 95.

¹⁵⁵ERMAN, 92; GÜLEL, 115.

¹⁵⁶KİRKİT, 138.

¹⁵⁷KAYA, 54.

devam edilmesi hasta için ağır sonuçlar yaratacağından, hastanın varsayılan rızasından hareketle tedavi sürerken gerekli müdahalede bulunmaktadır¹⁵⁸.

Ancak varsayılan rızaya başvurulabilmesi için birtakım koşulların bulunmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu koşullardan ilki, tıbbi müdahalenin rıza gösterilebilir nitelikte olmasıdır¹⁵⁹. Başka bir ifadeyle hastanın aydınlatılmış olması halinde rıza gösterebileceği, hukuka aykırı olmayan bir tıbbi müdahale olması gerekir¹⁶⁰.

İkinci olarak hasta söz konusu duruma ilişkin olarak rızasını esirgememiş veya geri almamış olmalıdır¹⁶¹. Varsayılan rızanın ikincilliği olarak adlandırılan bu duruma göre, örneğin hastanın bilinci açıkken gebeliğin sonlandırılmasını istemediğini beyan ettiği bir durumda, bilinci kapandıktan sonra hastanın varsayılan rızasına başvurularak gebeliğin sonlandırılması mümkün olmayacaktır¹⁶². Nitekim HHY m.24/5'te de, "Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır." hükmüne yer verilerek, varsayılan rızanın bu ikincil niteliği vurgulanmış olmaktadır. Yine Biyotıp Sözleşmesi¹⁶³ m.9'da da aynı doğrultuda olmak üzere, "Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır." hükmü yer almaktadır. Doktrinde bu husus *tıbbi vasiyet* olarak isimlendirilmektedir¹⁶⁴. Ancak bu gibi durumlarda hastanın evvelki açıklamaları mutlak bir biçimde kabul edilmekten ziyade açıklamanın ne kadar önce yapıldığı, hastanın aynı düşünceyi içerisinde bulunduğu ağır hal ve durumda da sürdürüyor olup olmayacağı hususunda bir değerlendirme de yapılması gerekmektedir¹⁶⁵.

¹⁵⁸ERMAN, 141.

¹⁵⁹GÜLEL, 171.

¹⁶⁰ERMAN, 149.

¹⁶¹GÜLEL, 174.

¹⁶²ERMAN, 150; BADUR, 239.

¹⁶³Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları Ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi.

¹⁶⁴Detaylı bilgi için bkz. HAKERİ, 453-455.

¹⁶⁵GÖKCAN, 243; Bunların dışında; hastanın düşünce ve davranışları, menfaati, isteği, değer yargıları, dini görüşü ve inancı gibi noktalar da göz önüne alınmalıdır (HAKERİ, 445).

Üçüncü olarak hastanın rızasının müdahaleden önce alınmasının mümkün olmaması ve makul bir süre içerisinde müdahalede bulunulmadığı takdirde hastanın hayatının veya hayati organlarından birinin tehlike altında olması gerekmektedir¹⁶⁶. Aksi takdirde hastanın rızasını açıklayabilecek koşulların oluşması beklenmelidir. HHY m.24/7’de bu husus, “Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir.” şeklinde düzenlenmiştir. Burada her ne kadar salt hastadan söz edilmekteyse de hastanın yasal temsilcisinin rızasının makul bir sürede açıklanabilir olduğu durumlarda yine varsayılan rızaya başvurulamayacaktır¹⁶⁷.

2.2.1.2.2.2. Rızanın Geçerlilik Unsurları

Hastanın tıbbi müdahaleye rızası bulunmakla birlikte, bu rıza hukuki işlemin geçerlilik unsurlarını taşııyorsa, açıklanan rıza tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir.

Rızanın geçerlilik unsurlarının başında, hastanın aydınlatılmış olması gelmektedir¹⁶⁸. Bu unsur önemi nedeniyle daha önce incelenmiştir. Burada diğer geçerlilik şartları olan, i) *ehliyet*, ii) *iradeyi sakatlayan nedenlerin bulunmaması*, iii) *rızanın hukuka aykırı olmaması* unsurları ele alınacaktır.

2.2.1.2.2.2.1. Rıza Ehliyeti

Rıza verme yetkisi kural olarak rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibine, bir başka ifadeyle üzerinde tıbbi girişimde bulunulan kişiye aittir¹⁶⁹. Kişinin, tıbbi müdahaleye yönelik olarak açıkladığı rızanın hukuken bir anlam ifade edebilmesi için rıza ehliyetinin bulunması gerekir. Rıza ehliyetinden maksat, kişinin ilgili tıbbi müdahalenin anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek yetkinlikte olması, müdahaleyi kabul ettiğinde ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olmasıdır¹⁷⁰. Buna göre kişinin rıza ehliyetinin

¹⁶⁶ERMAN, 150; BADUR, 240.

¹⁶⁷GÖKCAN, 243.

¹⁶⁸GÖKCAN, 215.

¹⁶⁹HAKEİRİ, 347; GÖKCAN, 204; KİRKİT, 118; GÜLEL, 142.

¹⁷⁰ERMAN, 80; BADUR, 63.

bulunup bulunmadığı belirlenirken, ayırt etme gücüne sahip olma kıstasından hareket edilmekte, bu anlamda medeni hukukun fiil ehliyetinden sapılmaktadır¹⁷¹. Başka bir ifadeyle ayırt etme gücü bulunmakla beraber gerek küçüklüğü gerekse kısıtlı olması nedeniyle fiil ehliyeti bulunmayan kişilerin de rıza ehliyeti bulunmakta, rıza ehliyeti açısından mutlaka tam ehliyetli olmak aranmamaktadır.

Gebeliğin sonlandırılmasında rızanın düzenlendiği NPHK m.6/1'e göre, "5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası (...), vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin (...) rızası ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesine bağlıdır". Görüldüğü üzere, gebe kadının ergin olmamak veya kısıtlı olmak nedeniyle fiil ehliyetine sahip olmadığı durumlarda da gebeliğin sonlandırılmasında rıza ehliyeti bulunmaktadır. Bununla birlikte aynı hüküm gereğince gebe kadının küçük, kısıtlı veya evli olduğu durumlarda, duruma göre velinin izni ya da vasinin rızası ile vesayet makamının izni yahut eşin rızası aranmaktadır.

Buna karşılık, ayırt etme gücüne sahip olmayan gebe kadının, gebeliğin sonlandırılması açısından rıza ehliyeti bulunmamaktadır¹⁷². Nitekim NPHK m.6/1'in ikinci cümlesine göre, "Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz".

Rıza ehliyeti, ayırt etme gücüne bağlı bir ehliyet olduğundan, mutlak olmayıp göreceli bir kavramdır. Tıbbi müdahalenin niteliğine göre kişinin rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığı değişebilmektedir. Örneğin suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasında 11 yaşındaki bir küçüğün ayırt etme gücünün bulunduğu söz edilemeyecekse de, normal şartlar altında 15-16 yaşlarındaki bir küçüğün rıza ehliyetinin var olduğu kabul edilmelidir. Yine de rıza ehliyeti olaydan olaya değişebildiğinden, her somut tıbbi müdahaleden önce hastanın rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığı kontrol edilmelidir¹⁷³. Kişinin rıza ehliyetini haiz olup olmadığı tıbbi müdahalede bulunacak olan hekim tarafından tespit edilecektir¹⁷⁴.

¹⁷¹ **HAKERİ**, 356; **KAHRAMAN**, 486-487.

¹⁷² **GÖKCAN**, 225.

¹⁷³ **ERMAN**, 81; **BADUR**, 65-66.

¹⁷⁴ **GÖKCAN**, 208; Hekim, yapacağı tespitte rıza ehliyetinin varlığı konusunda şüpheye düşerse, bu konuda konsültasyon istemesi gerekir (**HAKERİ**, 357).

Kanunun anlatımından, ayırt etme gücüne sahip olmayan gebe kadının gebeliğinin sonlandırılmasında velisinin rızasının ya da vasisinin rızası ile birlikte vesayet makamının izninin yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Ancak kanaatimizce gebeliğin sonlandırılması kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, burada varsayılan rızada olduğu gibi hekim tarafından ancak hastanın yararına ise gebeliğin sonlandırılmasına karar verilmelidir. Başka bir ifadeyle hastanın yararı araştırılmaksızın, bir müdahalenin salt kanuni temsilcinin izni ile yapılmaması gerekir.

Velayet altında bulunan kişilerin gebeliğinin sona erdirilmesine ilişkin olarak NPHK m.6/1'e göre, "5 inci maddede belirtilen müdahale, (...) küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine (...) bağlıdır". Bu hüküm gereğince velayet altında bulunan küçüğün rızasının yanı sıra velisinin iznine de ihtiyaç bulunmaktadır.

Evlilik devam ettiği sürece TMK m.336/1 gereğince, velayet ana ve baba tarafından birlikte kullanılır. Velayetin kullanılmasında ana ve baba eşit haklara sahiptir. Bununla birlikte Tüzük'e ekli "rahim tahliyesi için izin belgesi" örneğinde bu kurala aykırı bir durum bulunmaktadır. Şöyle ki, izin belgesinde veli olarak ana-baba, anlaşmazlık halinde baba, baba ölmüş ya da yoksa ana, veli olarak kabul edilecektir. Bu yaklaşım, Tüzük'ün yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan mülga 743 sayılı Medeni Kanun m. 263'te yer alan "Evlilik mevcut iken, ana ve baba, velâyeti beraberce icra ederler. Anlaşamazlarsa, babanın reyi muteberdir." hükmü ile uyum göstermekteydi. Ancak yeni TMK'nın kabul ettiği kadın-erkek eşitliği karşısında, izin belgesinde babanın oyuna üstünlük tanıyan yaklaşımın sürdürülmesi mümkün değildir¹⁷⁵. Dolayısıyla evlilik birliği devam ederken eşlerin, gebeliğin sonlandırılması bakımından ortak karar almaları, karar alamadıkları bir diğer ifadeyle anlaşmazlığa düştükleri durumlarda ise evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler ile çocuğun korunmasına ilişkin hükümlerden hareketle bir sonuca varılması gerekmektedir. Buna göre TMK m.195 gereğince evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşen eşler birlikte veya ayrı ayrı hâkimin müdahalesini isteyebilir ve gebeliğin sonlandırılması çocuğun yararını ilgilendiren

¹⁷⁵Doktrinde bir görüş, bu hükmün Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalara, Anayasa'ya ve doğal olarak TMK'ya aykırı olmasından ötürü yok hükmünde olduğu yönündedir (**BADUR**, 217).

bir husus olduğundan hâkim TMK m.346/1 uyarınca çocuğun korunması için uygun önlemleri alır¹⁷⁶.

Öte yandan velinin bu yetkiyi çocuğunun sağlığının korunmasına ve menfaatine yönelik kullanması gerektiği açıktır¹⁷⁷. Çocuğun menfaati ise objektif olarak saptanmalıdır. Aksi halde velinin tıbbi bakış açısı, felsefi, dini, kültürel düşünceleri gibi hususlar gerekli bir müdahaleye izin vermemeleri sonucunu doğurabilecektir¹⁷⁸.

TMK m. 346/1 hükmü, çocuğun gebeliğin sonlandırılmasında rızasının bulunduğu, buna karşılık velinin izin vermediği durumlarda da başvurulabilecek bir hükümdür. Söz konusu hükme göre, “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır”¹⁷⁹. Doktrinde velinin rıza gösterdiği ancak rıza ehliyeti bulunan küçüğün rıza göstermediği durumlarda ise şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasından dolayı küçüğün iradesine öncelik verilmesi ve iradesinin geçerli kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁸⁰.

TMK m.336/2’ye göre, “Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir”. Yine TMK m.336/3’e göre, “Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir”. Dolayısıyla bu gibi durumlarda velayetin kullanılması, velayet kendisine bırakılan eş ya da tarafça yerine getirilir¹⁸¹.

Vesayet altında bulunan kişiler bakımından ise NPHK m.6/1 hükmü gereğince gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin tıbbi müdahale “vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır”. Hükümün lafzı oldukça yanlış anlaşılmaya müsait bir şekilde kaleme alınmıştır. Zira hükümde sadece reşit olmayan kişinin gebeliğinin sonlandırılması düzenlenmiş, mümeyyiz olmayan kişilere yönelik bir ifade kullanılmamıştır. Ancak bu hata Tüzük ile giderilmiştir. Tüzük m.13/1(c)’ye

¹⁷⁶**HAKERİ**, 369; **GÖKCAN**, 210.

¹⁷⁷**GÖKCAN**, 211.

¹⁷⁸**HAKERİ**, 379.

¹⁷⁹**TEK**, Gülen Sinem; “Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler”, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli*, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2013), s. 63-70, 67; **BADUR**, 218.

¹⁸⁰**HAKERİ**, 367.

¹⁸¹**HAKERİ**, 369; **GÖKCAN**, 210.

göre, “Vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse, kendisinden ve vasisinden (Bu halde ayrıca sulh hakiminden de izin alınması gerekir) örneği Tüzük’e ekli izin belgesinin alınması gerekir”.

Dikkat edilirse gebeliğin sonlandırılması bakımından velinin izninden farklı olarak tek başına vasinin izni yeterli görülmemiş ayrıca vesayet makamından da izin alınması gerektiği kararlaştırılmıştır. Ancak karar alım sürecinin uzatılmaması amacıyla denetim makamının (asliye hukuk mahkemesi) iznine ihtiyaç duyulmamıştır. Vesayet altındaki kişinin, gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermesine rağmen, vasinin rıza göstermekten kaçınması halinde TMK m.487’de yer alan, “Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür.” hükmü kapsamında, vesayet makamına başvurulabilir¹⁸².

HHY m. 24/4’te hem velayet altındaki hem de vesayet altındaki kişilere yönelik olarak bu söylediklerimize paralel bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, “Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; TMK’nın 346’ncı ve 487’inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır”.

Acil hallere ilişkin olarak NPHK m.6/3’te bu unsurundan vazgeçilmektedir. İlgili hükme göre, “Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir”. Hükümde vasinin rızasından söz edilmemekteyse de, vasinin rızasını almanın zamana ihtiyaç gösterdiği acil hallerde de bu hüküm uyarınca rıza aranmaksızın müdahalede bulunulabilir.

2.2.1.2.2.2. İrade Sakatlığının Bulunmaması

Rıza açıklamasının geçerli olabilmesi için, kişiyi bu açıklamaya yöneltten iradenin sağlıklı oluşması, başka bir ifadeyle yanıltma, aldatma veya korkutma nedeniyle bu iradenin sakatlanmaması gerekmektedir¹⁸³.

¹⁸²ERMAN, 88.

¹⁸³HAKERİ, 462; GÖKCAN, 215; KIRKİT, 146.

İrade sakatlığı halleri, TBK’da sözleşmeler esas alınarak düzenlenmiş olsa da, bunların hukuki işlemlere kıyasen uygulanması mümkündür¹⁸⁴. Dolayısıyla bir irade açıklaması niteliği taşıyan tıbbi müdahaleye rızanın, yanılma, aldatma veya korkutma sonucunda oluşması halinde, irade sakatlığının bulunduğu kabul edilmelidir.

Yanılma, TBK m.30’da, “Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla esaslı bir yanılmanın bulunmadığı durumlarda, iradenin sakatlandığından da bahsedilememektedir¹⁸⁵. Buna göre somut bir olayda gebe kadının, hata sonucu istediğinden önemli ölçüde masraflı bir müdahale için rıza açıklaması halinde yanılmadan söz edilebilirken, istediğinden önemsiz bir miktarda masraflı bir müdahale için hataen rıza açıklaması halinde yanılma bulunmamaktadır¹⁸⁶. Yine örneğin hastanın, alanında uzman bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olduğunu düşündüğü ancak esasında oldukça başarısız olan bir hekime gebeliğin sonlandırılmasına yönelik rıza açıklamasında bulunması halinde bir yanılma bulunmaktadır (TBK m. 31/1(4)). Yanılma bakımından önemli bir nokta saikte yanılma olup, hastayı gebeliğin sonlandırılmasına yönelten niyetinin, kural olarak esaslı yanılma sayılması mümkün değildir. Örneğin hastanın gebeliğin sonlandırılması halinde vücudunda herhangi bir etkisinin olmayacağını düşünmesi bir yanılma hali değildir.

Yanılma kişinin iç dünyasına ilişkin bir durum olduğundan, hekim tıbbi standartlara uygun bir tıbbi müdahalede bulunduğu müddetçe, bu yanılmadan sorumlu tutulamaz. Bununla birlikte hekimin, hastanın bir yanılığında olduğunu fark ettiği veya dürüstlük kuralı gereği bunu fark etmesinin gerektiği durumlarda, bu yanılmanın düzeltilmemiş olması aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık taşıyacağından hekimin sorumluluğunu gündeme getirecektir¹⁸⁷.

Aldatma, TBK m.36’da, “Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile sözleşmeyle bağlı değildir.” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre örneğin ceninin sağlıklı olmasına rağmen hekimin ceninin

¹⁸⁴ÖĞÜZMAN, M. Kemal ve ÖZ, M. Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, 16. bs. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 92.

¹⁸⁵KILIÇOĞLU, 257; GÜLEL, 119.

¹⁸⁶ERMAN, 98.

¹⁸⁷TBK m. 35/1: “...diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez.”

büyük bir genetik hastalık taşıdığını söylemesi üzerine gebeliğin sonlandırılmasında bir aldatma bulunmaktadır. Aynı örnekte hastayı bu yanlış bilgi ile ikna eden kişinin hekimin sekreteri olması halinde de aldatma söz konusu olabilmektedir. Zira TBK m.36/2'ye göre, “Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması halinde, sözleşmeyle bağlı değildir”. Hatta sekreterin hekimin temsilcisi gibi hareket ettiği durumlarda üçüncü kişinin hilesinden değil, aksine taraf hilesinin bulunduğu bahsedilmelidir¹⁸⁸.

Aldatma, doğrudan doğruya hekimin aydınlatma yükümlülüğü ile bağlantılı olduğundan, aldatmaya dayalı bir rıza açıklaması, gerçek bir rıza sayılmayacağından hekimin hukuki sorumluluğunu gerektirecektir¹⁸⁹. Ancak unutmamak gerekir ki aldatmadan söz edilebilmesi için aldatma (hile) kastı bulunmalıdır¹⁹⁰. Bu nedenle hekimin tıbbi müdahalenin başarısı için hastanın durumunu kendisinden sakladığı durumlarda, örneğin hayati risk taşıyan bir gebeliğin sonlandırılması bakımından risk hakkında hastaya açıklama yapılmaması durumunda, bir aldatma bulunmasına rağmen aldatma kastı olmadığından, hekimin sorumluluğunu gerektirecek bir yön bulunmamaktadır¹⁹¹.

Üçüncü kişinin hilesi bakımından hekimin bunu bilmesi mümkün değilse, örneğin hasta kadını, bir yakını aldattıysa, bu takdirde hekimin tıbbi standartlarda bir tedavi uygulaması halinde sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Ancak aynen hatada olduğu gibi hekimin hastanın iradesinin sağlıklı oluşmadığını fark ettiği veya dürüstlük kuralı gereği fark etmesinin gerektiği durumlarda aydınlatma yükümlülüğü kapsamında hekimin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Korkutma, TBK m.39'da, “Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir.” şeklinde düzenlenmiştir. Örneğin hekimin hastaya gebeliğin sonlandırılmaması halinde çok büyük hayati riskle karşılaşacağını söylemesi üzerine gebeliğin sonlandırılmasında

¹⁸⁸KILIÇOĞLU, 280.

¹⁸⁹GÖKCAN, 215; GÜLEL, 121.

¹⁹⁰OĞUZMAN/ÖZ, C-1, 111; KILIÇOĞLU, 281.

¹⁹¹Benzer yönde, “Hekimin hastanın iyiliği için tıbbi müdahaleyi indirgeyerek anlattığı veya müdahale ile ilgili kimi durumları saklaması hallerinde rızanın hile ile alındığı söylenemez.” HAKERİ, 462; GÜLEL, 120.

bir korkutma bulunmaktadır. Burada hekimin aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık bulunduğundan rızanın sağlıklı olduğundan söz edilemeyecektir; dolayısıyla hekimin sorumluluğu bulunmaktadır.

2.2.1.2.2.3. Rızanın Hukuka Aykırı Olmaması

Tıbbi müdahaleye gösterilen rızanın geçerli olabilmesi için, rızanın konusunun hukuka aykırı olmaması gerekir¹⁹². Nitekim HHY m. 28/2'ye göre, “Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz”.

Buradaki hukuka aykırılık tabiri geniş bir kapsama sahip olup; kanuni dayanağını, esasen sözleşme hukukuna ait olup da kıyasen hukuki işlemler için de uygulanacak olan TBK m.27/1 ile kişiliğin korunmasının genel çerçevesini çizen TMK m.23 hükümleri oluşturmaktadır¹⁹³. TBK m.27/1'e göre, “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”. Yine TMK m.23/2'ye göre, “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz”. Dolayısıyla gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak açıklanan rızanın, hukuka aykırı olması, geçersizliğine yol açacaktır. Bu anlamda örneğin, on haftanın üzerindeki gebeliğin herhangi bir sağlık sebebi veya acil hal olmamasına rağmen sonlandırılmasına ilişkin rızası hukuka aykırılık yaratacaktır ve hekimin sorumluluğunu gerektirecektir. Öte yandan hastanın hukuka aykırı rızasına dayanarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim açısından hastanın rızası ortak kusur olarak değerlendirilip sorumluluğunu ortadan kaldırıcı etki göstermeyeceği gibi tazminat sorumluluğunun daraltılmasını da sağlamayacaktır.

2.2.1.3. Müdahalenin Tıp Biliminin Bilimine Göre Zorunlu Ve Tıp Bilimi Kurallarına Uygun Olması

2.2.1.3.1. Müdahalenin Tıp Bilimi Kurallarına Uygun Olması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından aranan bir diğer şart müdahalenin tıp bilimine uygun olarak yerine icra edilmesi gerekmektedir¹⁹⁴. Müdahalenin tıp

¹⁹² HAKERİ, 440; GÖKCAN, 213; KİRKİT, 135.

¹⁹³ BADUR, 71-72.

¹⁹⁴ GÖKCAN, 194; KİRKİT, 39.

bilimine uygunluğundan kasıt, müdahalenin tıp bilimi verileri ve standartlarına uygun olmasıdır¹⁹⁵. Bu uygunluk, müdahalenin icra ediliş şekli, kullanılan araç ve gereçler, müdahalede bulunulan yerin taşıdığı özellikler gibi pek çok husus açısından aranmaktadır.

Müdahalenin tıp bilimi verileri ve standartlarına uygun olup olmadığı değerlendirilirken, sadece mevzuatta öngörülen koşulların sağlanıp sağlanmadığı ile ilgilenilmez; tıp biliminin güncel gelişim seviyesi dikkate alınır¹⁹⁶. Buna göre hekimin, tıp biliminin mevcut durumunda sahip olduğu teorik ve pratik bilgilere uygun bir müdahalede bulunması gerekir. Ancak bu durum hekimin her durumda en yeni tedavi yöntemini uygulayacağı anlamına gelmez, sadece hekimi tıp biliminin güncel standartlarında bir tedaviyi uygulamakla yükümlü kılar¹⁹⁷.

Müdahalenin icra ediliş tarzından ayrı olarak kanun koyucu, müdahalede bulunulacak yerleri sınırlamaktadır. Müdahalenin yapıldığı yer, müdahalenin tıbbiliği ve dolayısıyla hukuka uygunluğu için önem taşımaktadır¹⁹⁸. Tüzük hükümleri incelendiğinde, rahim tahliyesinin yapılacağı yerlerin, gebeliğin süresi dikkate alınarak belirlendiği, acil haller için özel bir düzenleme getirildiği, ayrıca gebeliğin kim tarafından sona erdirildiğinin de müdahalenin yapılacağı yer bakımından belirleyici bir unsur sayıldığı görülmektedir. Diğer yandan TCK m. 99/6'da suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılacağı yere açıkça işaret edilmektedir.

Tüzük m. 4/1(a)'ya göre, on haftayı geçmeyen gebeliklerde, müdahaleyi kadın hastalıkları ve doğum uzmanları gerçekleştirecekse, bunların mesleklerini uyguladıkları yerlerde rahim tahliye edilebilir. Bu kişilerin mesleklerini uygulayabilecekleri yerler ise Tüzük m. 4/3'e göre, resmi tedavi kurumları, özel hastaneler veya kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının muayenahaneleridir. Öte yandan bu yerlerde rahmin tahliye edilebilmesi için, Tüzük'e ekli 1 sayılı cetvelde yer alan araç ve gerecin bulunması zorunludur¹⁹⁹.

¹⁹⁵AYAN, 12; GÜLEL, 27.

¹⁹⁶GÖKCAN, 197.

¹⁹⁷GÖKCAN, 197.

¹⁹⁸ÜNVER, 213-214.

¹⁹⁹Bunlar; "1- Menstrüel regülasyon (MR) ve diğer kürtaj setleri,
2- Otoklav ve elektrikli sterilizatör,

Ayrıca eğer gebeliğin sonlandırılması, anestezi gerektiriyorsa, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları, bu müdahaleyi kendi muayenehanelerinde yapamazlar, müdahale ya resmi tedavi kurumlarında ya da özel hastanelerde yapılır (Tüzük m. 4/2). On haftayı geçmeyen gebelik, pratisyen hekim tarafından sonlandırılacaksa, bunun yapılabileceği yegâne yer, resmi tedavi kurumlarıdır ve bu kurumlarda da Tüzük’e ekli 1 sayılı cetvelde yer alan araç ve gereçlerin bulunduğundan emin olunmalıdır.

Tüzük m. 6’ya göre, on haftayı geçen gebeliklerde rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılabilir. Dikkat edilirse, burada resmi tedavi kurumlarının “yataklı” olması aranmaktadır. Dolayısıyla her resmi tedavi kurumunda, bu müdahalede bulunulamaz. Kanaatimizce “yataklı” olma koşulu, özel hastaneler bakımından da aranmalıdır. Bir diğer husus ise bu kurumlarda Tüzük’e ekli 3 sayılı cetveldeki araç ve gereçler ile personelin bulunması zorunludur²⁰⁰.

Tüzük m. 9’a göre, acil hallerde rahim tahliyesi, “resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Ancak, kadının buralara taşınması olanaksızsa, ameliye, muayenehane, ev gibi hastanın bulunduğu yerlerde de yapılabilir”. Dikkat edilirse burada bir süre şartı bulunmamaktadır. Dolayısıyla on haftayı geçmeyen gebeliklerde de acil haller bulunmaktaysa, bu yerlerde müdahale yapılabilecektir.

Suç sonucu oluşan gebelikler bakımındansa TCK m. 99/6, gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Tüzük m. 6 hükmü gereğince, on haftayı geçen gebeliklerin zaten resmi yataklı tedavi kurumları ile özel hastanelerde sonlandırılacağı açıktır. Dolayısıyla TCK m. 99/6, yalnızca on haftayı geçmeyen suç sonucu oluşan gebelikler açısından bir anlam ifade

3- Uterotonikler, kanama durdurucu ilaçlar, intravenöz sıvı seti, enjektör, steril eldiven vb. diğer tıbbi araç ve gereç,

4- Rahim tahliyesinden sonra hastaların dinleneceği yataklar,

5- Elektrikli ya da elektriksiz vakum aspiratör” olarak belirlenmiştir.

²⁰⁰Bunlar; “1 - Ameliyathane ve anestezi araç ve gereçleri,

2 - Sezaryen yapmak için gerekli tıbbi ve cerrahi malzeme,

3 - İntra-amniotikhipertonik solüsyon vermek için gerekli araç gereç,

4 - Kürtaj seti,

5 - Elektrikli ya da elektriksiz vakum aspiratör,

6 - Otoklav ve elektrikli sterilizatör,

7 - Uterotonikler, kanama durdurucu ilaçlar, intravenöz sıvı seti, enjektör, steril eldiven vb. diğer tıbbi araç ve gereç,

8 - Anestezi uzmanı ya da teknisyeni,

9 - Gerekli diğer ameliyathane personeli,

10 - Canlandırma araç ve gereçleri” olarak sayılmıştır.

etmektedir. Şöyle ki, bu gebeliklerin sonlandırılması için anestezi gerekmesi dahi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının, rahim tahliyesini kendi muayenehanelerinde gerçekleştirmesi mümkün değildir. Bu tarz gebeliklerin, resmi tedavi kurumları ile özel hastanelerde sona erdirilmesi zorunludur²⁰¹.

2.2.1.3.2. Bir Endikasyonun Varlığı

Endikasyon, en genel haliyle tıbbi müdahalenin tıp bilimine göre gerekli olması anlamına gelmektedir²⁰². Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi²⁰³ m.13'e göre, "Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, aklî veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şeyi yapamaz". Keza HHY m.12'ye göre, "Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez." Bu hükümler dikkate alındığında, yalnızca teşhis, tedavi ve koruma amaçlarının, tıbbi müdahale için endikasyon oluşturduğu sonucuna varılmaktadır.

Bununla birlikte doktrinde, her türlü tıbbi müdahale açısından endikasyonun varlığına ihtiyaç duyulmaktaysa da, bu endikasyonun mutlaka "tıbbi endikasyon" niteliğinde olmasının gerekmediği, sosyal ve psikolojik endikasyonların da tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılabilirdiği ifade edilmektedir²⁰⁴.

Endikasyon şartı, gebeliğin sonlandırılması halleri açısından değerlendirildiğinde, "dengeli" bir görünüm arz etmemektedir. Zira sağlık sebepleriyle gebeliğin sonlandırılmasında tıbbi bir endikasyonun varlığı açıktır²⁰⁵. Buna karşılık, doktrinde "suç endikasyonu", "kriminal endikasyon" olarak adlandırılan²⁰⁶ suç sonucu oluşan

²⁰¹ Aranan bu şart, ülkemizde her yerde aynı koşullara ulaşma imkanının olmaması ve yine ekonomik durumu zayıf olan kişiler açısından bu maddenin sağladığı koruma sağlanamayabileceğinden doktrinde eleştirilmektedir, bkz. ÜNVER, Yener; *Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı*, (İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri, 2005), s.86-118, 105. (Türkiye'de)

²⁰² HAKERİ, 474; GÖKCAN, 194; BADUR, 40.

²⁰³ RG, 19.02.1960, S: 10436.

²⁰⁴ HAKERİ, 480; AYKIN/ÇINARLI, 275.

²⁰⁵ HAKERİ, 474; GÖKCAN, 195.

²⁰⁶ Bu hâl, ayrıca "etik endikasyon", "insani endikasyon" veya "tecavüz endikasyonu" olarak da adlandırılabilir (IŞIK, Barış; "Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalan

gebeliklerin sonlandırılmasında, NPHK’da yer alan sağlık sebepleri gibi bir tıbbi endikasyona ihtiyaç duyulmamaktadır. İsteğe bağlı gebeliğin sonlandırılmasında ise herhangi bir nedenin bulunması gerekmez, rıza, müdahalenin hukuka uygun hale gelmesini sağlamaktadır. Burada ailevi, ekonomik pek çok sebep rol oynayabilmekteyse de, hiçbir sebep bulunmasa dahi gebelik sonlandırılabilir.

2.2.1.3.2.1. İstek Üzerine Gebeliğin Sonlandırılması Bakımından

İstek üzerine gebeliğin sonlandırılması bakımından, özel şart olarak incelenecek olan süre şartı bir kenara bırakılırsa, endikasyonun varlığını kabul edebilmek için iki şarta ihtiyaç duyulmaktadır. Bunlar; NPHK m.6’da sayılan kişilerin rızası ile müdahalenin annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca yaratmamasıdır. Dolayısıyla rahim tahliyesini gerçekleştirecek olan hekimin, gebelik süresini araştırma yükümlülüğünün yanı sıra, bu müdahalede tıbbi sakıncanın olup olmadığını araştırma yükümlülüğü de bulunmaktadır²⁰⁷.

İstek üzerine gebeliğin sonlandırılması açısından endikasyon unsuru bu kadar yalın olmasına rağmen, pek çok sağlık merkezi, bu müdahalede bulunmaktan kaçınmaktadır²⁰⁸. Özellikle devlet hastanelerinde bu kaçınma tutumunun izlendiği görülmektedir. Nitekim 2016 yılında yayınlanan bir araştırmada, kadın doğum üniteleri bulunan 431 devlet hastanesinden yalnızca %7,8’inin isteğe bağlı kürtaj hizmeti verdiği, 81 ilden 53’ünde isteğe bağlı kürtaj hizmeti veren devlet hastanesi bulunmadığı sonuçlarına ulaşılmıştır²⁰⁹. Her ne kadar aynı araştırmada bunun nedenlerine ilişkin bir bulguya yer verilmemişse de, haklı bir gerekçesi bulunmayan bu uygulamanın, tıbbi malpraktis niteliği taşıdığı söylenmelidir²¹⁰.

2.2.1.3.2.2. Sağlık Sebepleriyle Gebeliğin Sonlandırılması Bakımından

Sağlık sebepleriyle gebeliğin sonlandırılması bakımından NPHK m. 5/2, iki tür durum öngörmüştür ki bunların her ikisi de tıbbi endikasyon niteliği taşımaktadır.

Kadının Çocuğunun Düşürtülmesi Suçu (TCK m. 99/6)”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, S. 2, (2015), s. 25-55, 29).

²⁰⁷KESKİN KIZIRLIOĞLU, 167.

²⁰⁸DOĞAN, 103.

²⁰⁹O’NEIL, Mary Lou, ALDANMAZ, Bahar, QUILES QUIRANT, Rosa Maria ve KILINÇ, Fatih Resul; “Yasal Ancak Ulaşılabilir Değil: Türkiye’deki Devlet Hastanelerinde Kürtaj Hizmetleri”, *Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi*, İstanbul, 2016, 2.

²¹⁰AKYILDIZ, Sunay; *Sağlık Hukuku Rehberi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 1177.

Bunlar, gebeliğin *annenin hayatını tehdit etmesi veya edecek olması* ile *doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olmasıdır*. Yine tıbbi endikasyon açısından acil hallerde gebeliğin sonlandırılmasına imkân tanıyan durum NPHK m.5/3'te “derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden” haller olarak düzenlenmiştir. Acil müdahale hallerinin neler olduğunun Tüzükle belirleneceği belirtilmiştir. Tüzük m.8'de üç bent halinde düzenlenen rahim tahliyesini gerektiren acil haller; i) servikal internalos kapalı olsa bile kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar, ii) servikal internal osun açık olduğu haller, iii) uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi olarak belirlenmiştir.

Gebeliğin sonlandırılması bakımından hangi hallerin annenin hayatını veya neslin devamını tehdit ettiğine ilişkin olarak Tüzük'e ekli bir liste (*ek (2) sayılı liste*) yer almakta ve aynı zamanda alt grupları olan bu haller; doğum ve kadın hastalıklarına bağlı nedenler, ortopedik nedenler, kan hastalıklarına bağlı nedenler, kalp ve dolaşım sistemi hastalıkları, böbrek hastalıkları, göz hastalıkları, endoktrin ve metabolik hastalıklar, sindirim sistemine bağlı nedenler, immünolojik nedenler, bütün malignneoplastik hastalıkları, nörolojik nedenler, ruh hastalıklarına bağlı nedenler, enfeksiyon hastalıkları, konjenital nedenler olarak sıralanmaktadır.

Tüzük'te yer alan hastalığın, bu şekilde bir tehdit yarattığının sadece tıbbi müdahaleyi yapacak hekim tarafından tespiti, rahim tahliyesini olanaklı kılmaz. Hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının yanı sıra hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur²¹¹. Tüzük'te sayılan haller dışındaki annenin hayatını veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil durumlarda da gebeliğin sonlandırılması kanaatimizce mümkündür²¹².

Acil hallere ilişkin bir endikasyonun bulunduğunu kimin tespit edeceğine ilişkin olarak NPHK ile Tüzük hükümleri arasında bir karmaşa bulunmaktadır. Zira NPHK m.5/3'te, gebeliğin sonlandırılmasının, durumu tespit eden hekim tarafından yapılacağı düzenlenmişken, Tüzük m.7/2'de ise acil hallerde gebeliği sonlandıracak

²¹¹ DÖNMEZ, 120.

²¹² Aynı yönde GÜNEY TUNALI, 61; BADUR, 214.

olanın kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olduğu ifade edilmiştir. Her iki hüküm bir arada değerlendirildiğinde, ilgili endikasyonun bulunduğunu tespit edecek kişinin, müdahaleyi yapacak olan kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olduğu söylenebilir. Esasında hekimlik mesleğinin genel bir yükümlülüğü olarak, tıbbi müdahaleyi uygulayacak olan hekim, hastayı bizzat muayene etmeden tıbbi müdahaleye başlayamaz²¹³. Bununla birlikte bu yükümlülüğün istisnasını, acil haller oluşturmaktadır. Nitekim Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.23'te de, “Hekim, *acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında*, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz.” hükmüne yer verilerek, acil hallerin, hastayı bizzat muayene etme yükümlülüğünün istisnası olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla kanaatimizce acil haller nedeniyle gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin tespitin, mutlaka müdahaleyi yapacak olan kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından yapılmasına gerek yoktur; sözgelimi acil tedavi ünitesindeki bir pratisyen hekim tarafından yapılan tespit de acil haller nedeniyle gebeliğin sonlandırılmasını sağlar. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı dışındaki hekimlerin, rahim tahliyesine ilişkin müdahaleyi yapmaları mümkün değildir. Fakat bu durum, acil durumu tespit eden kadın ve doğum uzmanı olmayan bir hekimin, herhangi bir işlem yapmayacağı anlamına da gelmemektedir. Zira acil durumu tespit eden hekimin, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün 3. maddesinde düzenlenen “vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakım sağlanamadığı âcil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur.” hükmü kapsamında hastaya ilk yardımda bulunması ve ayrıca kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından gerekli müdahalede bulunuluncaya kadar, hastanın durumunu stabilize etmesi gerekmektedir.

2.2.1.3.2.3. Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sonlandırılması Bakımından

Gebeliğin sonlandırılmasına imkân veren bir diğer endikasyon ise, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalmasıdır. Günümüzde kadının suç dolayısıyla gebe kalmasının, özellikle sosyal ve psikolojik açıdan olumsuzluklara yol açması göz önünde bulundurularak, gebeliğin belirli şartlarda sonlandırılmasına izin verilmesi şeklinde bir yaklaşım bulunmaktadır²¹⁴.

²¹³ **AYAN**, 67.

²¹⁴ Detaylı bilgi için bkz. **GÜLŞEN**, Recep; “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, V. *Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel*

Doktrinde kanun koyucunun bu hükmü sevk etmesindeki amacın suç mağduru kadının; gebeliği devam ettirmesinin kendisi için işkence olabileceği, psikolojik yönden rahatsızlıklar yaşayabilecek olması, gebeliğin mağdur olduğu olayı sürekli hatırlatacağı, dünyaya gelecek çocuğa annelik şefkati ve ilgisi gösteremeyecek olması ihtimallerinin mevcut olmasından kaynaklı olarak; suç mağduru kadının gebeliğinin sonlandırılmasına müsaade edildiği belirtilmektedir²¹⁵.

Nitekim geçmişe bakıldığında savaş zamanlarında ve uluslararası suçların icrasında suç sonucu gebeliklerin yaşandığı görülmektedir²¹⁶. Bu duruma örnek olarak; Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra düşman askerlerinin cinsel saldırıları sonucunda gebe kalan ve gebeliğini sonlandıran kadınlar hakkında Fransa mahkemeleri beraat kararı vermiş, İtalya'da ise genel af çıkarılmıştır²¹⁷.

Suç sonucu oluşan gebeliklerde, gebeliğin sonlandırılması bakımından failin, mağdurun eşi olmasının bir önemi bulunmadığı gibi kadının evli veya bekâr olması da önemli değildir²¹⁸.

2.2.2. Özel Şartlar

Hukukumuzda birden çok gebeliğin sonlandırılması hali olduğu gibi bunların aynı amaca hizmet ettiğinden söz etmek mümkün değildir. Gerçekten de gebeliğin sonlandırılması hallerinde çoğunlukla farklı bir hukuki değer korunmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle de ortak şartların dışında, tüm gebeliğin sonlandırılması halleri için geçerli olmayan birtakım özel şartlar bulunmaktadır. Ancak bu özel şartlar bazı noktalarda benzerlik taşıdığından bunların bir arada incelenmesi tarafımızca uygun görülmüştür. Bu özel şartları sıralayacak olursak bunlar; i) *süre şartı*, ii) *eşin rızası*, iii) *bildirim yükümlülüğüdür*.

Sorunları, 28 Şubat-1 Mart 2008, (Ankara: TBB Yayınları, 2008), s. 1209-1228, 1209; **KİTAPÇIOĞLU**, Tülay; “Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme Suçu”, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 18.1, (2012), s.297-335, 325; **CAN**, Sibel; “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi” *Ankara Barosu Dergisi*. 1.73(2015), s. 79-104, 95.

²¹⁵**HAKERİ**, 1173; **ÜNVER**, 205-206; **AKBULUT**, Berrin ve **KAREEM**, Ola Raheem; “Türk Ceza Kanunu ve Irak Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları”. *Ceza Hukuku Dergisi*. 13.37, 2018, s.11-85, 49; **CAN**, 95; **KİTAPÇIOĞLU**, 324-325.

²¹⁶**İŞİK**, 30.

²¹⁷**İŞİK**, 30; “Benzer şekilde Bosna Savaşı sırasında, tecavüze maruz kalan Müslüman kadınlar cenini düşürmemeleri için esir kamplarında tutmuşlar ve bunun devamında tecavüz sonucu oluşan cenini taşımak istemeyen birçok kadın intihar etmiştir.” (**CAN**, 95-96).

²¹⁸**GÜLŞEN**, 1218; **CAN**, 97.

2.2.2.1. Süre Şartı

Süre şartı ile kastedilen gebeliğin sonlandırılabilceği azami süredir. Bu şart hem istek üzerine gebeliğin sonlandırılması hem de suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılması için aranan bir şart olmasına rağmen, bu iki gebeliğin sonlandırılması hali bakımından farklı süreler öngörülmüştür. Nitekim istek üzerine gebeliğin sonlandırılması bakımından on haftalık bir periyod geçerliiyken, suç sonucu gebeliğin sonlandırılmasında yirmi haftalık bir periyod belirlenmiştir.

Gerek NPHK m. 5/1’de gerekse TCK m. 99/6’da süre şartının hesabı açısından gebeliğe işaret edildiğinden, sürenin başlangıç anı, gebeliğin başlangıç anına tekabül etmektedir. Gebeliğin başlangıcı olarak ise tıp uygulamasında gebe kadının son âdet tarihi esas alınmaktadır²¹⁹. Buna karşılık, ceninin son âdet tarihinden iki hafta sonra kadının yumurtlaması sonucu oluştuğu dikkate alınır,sa, tıbbi açıdan gebeliğin yaşı ile ceninin yaşı arasında gebeliğin sonlandırılması hakkını olumsuz etkileyecek şekilde iki haftalık bir sapma oluşmaktadır²²⁰. Nitekim doktrinde de sekiz haftalık gelişim süreci geçiren ceninin on haftalık olarak değerlendirilmesinin, istek üzerine gebeliği sonlandırma hakkının kullanılamaması sonucunu doğurduğuna işaret edilmektedir²²¹.

Süre şartının yer aldığı hükümlerde bir ifade farklılığı göze çarpmaktadır. NPHK m. 5/1’de “onuncu hafta doluncaya kadar” ifadesi kullanılmışken, TCK m. 99/6’da “yirmi haftadan fazla olmamak” ifadesine yer verilmiştir. Kanaatimizce her ne kadar farklı ifadeler kullanılmışsa da, her ikisi de aynı anlama gelmektedir.

2.2.2.2. Eşin Rızası

2.2.2.2.1. Kanuni Düzenlemelerde Eşin Rızası

Gebeliğin sonlandırılmasıyla ilgili karşımıza çıkan bir diğer özel şart ise eşin rızasıdır. NPHK m. 6/2’de yer alan, “4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.” hükmünden, eşin rızasının yalnızca istek üzerine gebeliğin sonlandırılması bakımından öngörüldüğü sonucu çıkmaktadır. Bununla birlikte doktrinde bir görüş, salt istek üzerine gebeliğin sonlandırılmasında

²¹⁹ÇOKAR, 218.

²²⁰ÇOKAR, 218.

²²¹UYUMAZ/AVCI, 601; ÇOKAR, 218.

değil, NPHK’da yer alan diğer gebeliğin sonlandırılması hallerinde de, eşin rızasına ihtiyaç duyulduğunu ifade etmektedir²²². Ancak kanaatimizce hükmün lafzı bu kadar açıkken, böyle bir yoruma gidilmesi oldukça zor görünmektedir. Öte yandan eşin rızasının istisnai bir düzenleme olduğu düşünülürse, istisnai hükümler kural olarak dar yorumlanır ilkesi gereğince farklı bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Suç sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasında da eşin rızasından söz edilmemektedir. Bu nedenle Türk hukukunda gebeliğin sonlandırılması bakımından eşin rızası, sadece istek üzerine gebeliğin sonlandırılması hakkında aranacak bir şart niteliği taşımaktadır²²³.

Eşin rızasının aranabilmesi için, öncelikle kadının istek üzerine gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermesi gerekir. Başka bir deyişle kadının rızası olmadıkça, eşin rızasından söz etmenin de bir anlamı yoktur. İkinci olarak, taraflar arasında TMK anlamında resmi bir evlilik bulunmalıdır²²⁴. Böyle bir evlilik bulunduğu sürece, bu evliliğin ne kadar sürdüğünün, tarafların birlikte yaşayıp yaşamadıklarının veya ceninin biyolojik olarak kadının kocasından olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Eşin rızasını açıklaması noktasında, Tüzük m. 13/1(d) hükmü gereğince yazılı rıza şartı aranmaktadır. Yazılı rıza açıklaması, aynı kadının rızasını açıklamasında olduğu gibi Tüzük’e ekli izin belgesi örneğinde hazırlanmalıdır. Eşin rızası, bir noktada gebe kadının rızasından ayrılmaktadır. Şöyle ki, Tüzük m. 15’te, izin belgesinin rahim tahliyesi için hastaneye başvurulduğunda imzalatılacağı düzenlenmişse de, eşin gelmemesi halinde, daha öncesinde rahim tahliyesine izin verdiğine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılmaktadır. Ancak kötüye kullanımları önlemek maksadıyla bu takdirde, söz konusu belgeyi getiren, imzanın eşe ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi de imzalamak zorunda kalmaktadır. Hükümden anlaşıldığı üzere belgeyi getirmesi gereken mutlaka, gebe kadın değildir; başka bir kişi de bu belgeyi getirebilir. Bununla birlikte, Tüzük’te yer verilen izin belgesi örneğinde geçen, “Getirdiğim belgedeki imzanın eşime... ait olduğunu ve

²²²YURTCAN, 58; GÜLŞEN, 1226; UYUMAZ/AVCI, 608.

²²³Aynı yönde bkz. SAYAR/KILIÇ ÖZTÜRK, 331; GÜNEY TUNALI, 72; DOĞAN, 103.

²²⁴UYUMAZ/AVCI, 611.

bundan doğacak hukuki sorumluluğun bana ait bulunduğunu beyan ederim.” ifadesi, bu belgeyi genellikle gebe kadının getireceğinin düşünüldüğünü göstermektedir.

Gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasının aranması birtakım sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Örneğin doğmamış çocuğun babasının farklı bir kişi olması veya eşler arasında bir problemin bulunması durumlarda, eşin rıza açıklamaktan kaçınmasının sonuçlarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır²²⁵. Doktrinde bir görüş, bu durumlara ilişkin olarak veli ya da sulh mahkemesinden izin bakımından geçerli olan, “izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hallerde izin şartı aranmaz.” hükmüne benzer bir düzenlemenin bulunmamasını önemli bir eksiklik olarak değerlendirmektedir²²⁶. Ayrıca aynı görüş, böyle bir durumla karşılaşıldığında, TMK m.195/1’de yer alan, “Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler.” hükmünün işletilebileceğini ifade etmekte, başka bir deyişle haklı bir neden olmaksızın gebeliğin sonlandırılmasına rıza göstermeyen eş hakkında uygulanabileceğini belirtmektedir²²⁷. Bu görüşe karşı çıkan bir diğer görüş ise sağlık sebeplerine dayalı gebeliklerin sonlandırılmasında eşin rızası aranmadığından, veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği durumlardaki gibi istisnai bir düzenlemeye gerek bulunmadığını ifade etmektedir²²⁸.

Kanaatimizce de eşin rızası yalnızca isteğe bağlı gebeliklerin sonlandırılması bakımından aranan bir şart olduğu için, izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği bir durumla karşılaşılması mümkün değildir. Bununla birlikte nasıl ki küçüğün velisinin tıbbi müdahaleye rıza vermekten kaçındığı durumlarda TMK m. 346’ya istinaden, hakimden çocukla ilgili tedbirin alınması talep ediliyorsa, aynı şekilde gebeliğin sonlandırılmasına rıza vermekten haksız bir şekilde kaçınan eş hakkında da TMK m. 195’e başvurulabilir. Böylece, hakim ya eşleri uzlaştırır ya da gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır (TMK m. 195/2-3).

²²⁵TEK, 67.

²²⁶ERTUĞRUL, 75.

²²⁷ERTUĞRUL, 75; TEK, 67.

²²⁸BADUR, 217.

2.2.2.2.2. Eşin Rızasının Aranmasının Değerlendirilmesi

Kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı önünde engel oluşturan eşin rızası kavramına ilişkin global yaklaşım, gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasının aranmaması yönündedir. Nitekim hukukumuz dışında gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasını arayan hukuk sistemleri, Endonezya, Suriye, Birleşik Arap Emirlikler, Ekvator Ginesi, Maldivler, Kuveyt, Fas, Güney Kore, Suudi Arabistan, Japonya hukuk sistemlerinden ibarettir²²⁹.

Doktrinde eşin rızası kavramına yaklaşım, destekleyenler ile karşı çıkanlar şeklindedir²³⁰. Eşin rızasının varlığını olumlayan görüşler genellikle, evlilik birliğinin taraflara yüklediği yükümlülüklerden hareket etmektedir. Bir görüş, doğacak çocuk üzerinde her iki eşin de hakları olduğunu, bu nedenle sadece kadının rızasının alınmasının doğru olmadığını belirtmektedir²³¹. Bir diğer görüş ise evlilik birliği içinde her önemli konuda olduğu gibi gebeliğin sonlandırılmasında da eşlerin uyuşması gerektiğini ancak uyuşmazlığa düşmeleri durumunda, bunun çözümünün aile mahkemeleri olduğunu ifade etmektedir²³². Başka bir görüş ise eşin rızasının yalnızca örneğin eşin bir daha çocuk sahibi olamayacak olması gibi özel durumlarda aranması gerektiğini öne sürmektedir²³³.

Doktrinde eşin rızasının aranmasına karşı çıkan görüşler, daha ağırlıktadır²³⁴. Gebeliğin sonlandırılmasını, kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkının bir uzantısı olarak gören bu görüşler, eşin rızasının aranmasının, kadının bu hakkını sınırlandırdığını savunmakta ve bunu cinsiyetçi ve ataerkil bir yaklaşım olarak değerlendirmektedir²³⁵.

İçtihadi kaynaklarda ise gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasının aranması şartına olumsuz yaklaşıldığı görülmektedir. Bu konuya ilişkin olarak, Birleşik Krallık hukukunda gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasını aramayan kanuni

²²⁹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. <http://worldabortionlaws.com/>, (E.T. 09.01.2019); **GÜVEN**, 5.

²³⁰ Tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **SAYAR/KILIÇ ÖZTÜRK**, 333 vd.

²³¹ **ÖZALP**, Tuba ve **ÖZALP**, Faruk; *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, 2. bs. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 227-228.

²³² **UYUMAZ/AVCI**, 610.

²³³ Bkz. **SAYAR/KILIÇ ÖZTÜRK**, 334-335.

²³⁴ Örneğin, **BADUR**, 223 vd; **GÜVEN**, 28 vd; **GÜNEY TUNALI**, 69; **DOĞAN**, 103.

²³⁵ Bkz. **SAYAR/KILIÇ ÖZTÜRK**, 335-336.

düzenlemenin AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını zedelediğinden bahisle AİHM'e başvuran davacının başvurusu reddedilmiştir. Zira AİHM'e göre, tıbbi müdahalenin kadın üzerinde gerçekleşecek olması ve gebeliğin sürdürülmesi ve sona erdirilmesinin en çok kadını ilgilendirmesi nedenleriyle tüm hakları dikkate alınarak öncelikle gebe kadının özel yaşamına saygı hakkının sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla gebe kadının hakları dikkate alındığında, eş ve baba adayı olan kişinin özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak kendisine danışılması gibi haklar tanıyacak denli geniş yorumlanması mümkün değildir²³⁶. AİHM bir diğer kararında ise Norveç hukukunda baba adayına, gebeliğin sonlandırılmasında herhangi bir söz hakkı tanımayan kanun hükmünün AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı gösterme hakkı ile 9. maddesinde düzenlenen din özgürlüğünü zedelediğini iddia eden davacının başvurusunu yine aynı gerekçelerle reddetmiştir²³⁷.

Amerikan Yüksek Mahkemesi ise Casey kararında²³⁸, eşine kürtaj yaptıracığını bildirmeyen kadına kürtaj yapılmasını yasaklayan Pennsylvania Kürtaj Kanunu'nun 3209. bölümünü, Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Büyütecekleri çocukları üzerinde eşlerin eşit menfaatlere sahip olduğunu kabul eden Mahkeme, doğum öncesinde durumun farklı olduğunu, zira kaçınılmaz biyolojik gerçekliklerin, hamileliğin annenin özgürlüğü üzerinde babanın özgürlüğüne kıyasla çok daha büyük bir etki göstermesine yol açtığını, bu nedenle eşlerin doğum öncesinde çocuklarına ilişkin eşit menfaatleri bulunmadığını belirtmektedir²³⁹. Bu kararda anayasaya aykırı bulunan kanun hükmünün dikkat çeken özelliği ise eşin rızası kuralına çeşitli istisnalar getirilmiş olmasıdır. Buna göre eşin rızasının aranmayacağı haller; kadının, ceninin babasının eşinden başka biri olduğunu ifade eden imzalı bir belge sunması, eşin yerinin tespit edilememesi, kadının gebeliğin eşinin cinsel saldırısı sonucu

²³⁶ **W.P. v. United Kingdom**, Application No: 8416/78, para. 27.

²³⁷ **R.H. v. Norway**, Application No: 17004/90, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-1759&filename=001-1759.pdf>, (E. T.28/07/2018), 11.

²³⁸ **Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey** 505 U.S. 833 (1992).

²³⁹ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.pdf>, 895-896; **SAYAR/KILIÇ ÖZTÜRK**, 343-344.

oluşturduğunu bildirmesi veya eşinin bilgilendirilmesi halinde onun veya başkasının kendisine bedensel zarar vereceğine inanması halleridir²⁴⁰.

Eşin rızası konusundaki açıklamalar sıklıkla hamilelik sürecinde eşlerin haklarının karşılaştırılması suretiyle yapılmaktaysa da, bir diğer noktanın da atlanmaması gerekir. Şöyle ki, isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızası, aynı zamanda bir ayrımcılık hali oluşturmaktadır. Zira eşin rızası kavramı, evli olan kadınların, evli olmayan kadınlara kıyasla hukuken tanınmış bir hak olan gebeliğin sonlandırılması hakkından yararlanmasını zorlaştırdığından, doğrudan bir ayrımcılık yaratmaktadır²⁴¹. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu²⁴²,nda *medeni halin* de bir ayrımcılık temeli olarak öngörüldüğü dikkate alınır, eşin rızası kavramı ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturmaktadır. Nitekim Türkiye'nin de taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)²⁴³ kapsamında oluşturulan İzleme Komitesi'nin Türkiye hakkındaki yedinci dönem raporunda da, gebeliğin sonlandırılması için eşin rızasını arayan Tüzük'ün 13. maddesi, ayrımcı bir hukuki düzenleme olarak değerlendirilmiştir²⁴⁴.

Görüldüğü gibi içerdiği istisnai düzenlemelere (escapeclause) rağmen anayasaya aykırı bulunan Pennsylvania Kürtaj Kanunu'nun 3209. bölümü karşısında, isteğe bağlı olarak gebeliğin sonlandırılmasında herhangi bir istisnaya yer vermeksizin eşin rızasını arayan Türk hukukundaki ilgili hüküm evleviyetle Anayasa'ya aykırılık taşımaktadır. Zira söz konusu hüküm gerek Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı gerekse Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile çelişmektedir.

2.2.2.3. Bildirim Yükümlülüğü

Aranan özel şartlardan birisi de bildirim yükümlülüğüdür. NPHK'da ve Tüzük'te gebeliğin annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği durumlar ile acil olarak

²⁴⁰SAYAR/KILIÇ ÖZTÜRK, 342.

²⁴¹SAYAR/KILIÇ ÖZTÜRK, 322.

²⁴²RG, 20.04.2016, S: 29690.

²⁴³RG, 14.10.1985, S: 18898.

²⁴⁴ÇOKAR, 222; SAYAR/KILIÇ ÖZTÜRK, 336.

gebeliğin sonlandırılması gereken hallerde bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür²⁴⁵. İsteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması ve suç sonucu gebeliğin sonlandırılması hallerinde ise mevzuatta bildirim yükümlülüğü aranmamaktadır.

Acil hallerde gebeliğin sonlandırılması bakımından bildirim yükümlülüğü NPHK m. 5/3 ve Tüzük m. 9/2’de düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “Hekim, müdahaleyi yapmadan önce, olanaksızsa, müdahaleden itibaren en geç 24 saat içinde, kadının kimliğini, yapılan müdahaleyle müdahaleyi gerektiren nedenleri ve sonucunu, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine yazılı olarak bildirilmek zorundadır”. Sağlık sebepleriyle gebeliğin sonlandırılması bakımından bildirim yükümlülüğü ise Tüzük m. 5/2’de, “Rahim tahliyesini yapan hekim, bu raporu, ameliyenin sonucuyla birlikte en geç bir hafta içinde, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine göndermek zorundadır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Her iki düzenleme incelendiğinde birtakım farklılıklar olduğu dikkati çekmektedir. İlk farklılık, yükümlülüğün yerine getirileceği zamana ilişkindir. Acil hallerde müdahaleden önce yerine getirilmesi gerekmele birlikte şartlar gereği bunun mümkün olmadığı durumda bu yükümlülük müdahaleden itibaren en geç 24 saat içinde yerine getirilebilmektedir. Buna karşın sağlık sebepleriyle gebeliğin sonlandırılmasında yükümlülüğün müdahaleden sonraki bir hafta içerisinde yerine getirilmesi yeterlidir.

İkinci olarak yükümlülüklerin kapsamı farklıdır. Acil hallere ilişkin bildirim yükümlülüğünde bildirimin içeriği; kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi gerektiren nedenler ve müdahalenin sonucudur. Sağlık sebeplerine ilişkin bildirim yükümlülüğünün içeriği ise kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla gebeliğin sonlandırılmasına neden olan hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırladıkları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli rapor ile müdahalenin sonuçlarıdır. Anılan rapor, kadının kimliğini ve müdahalenin nedenlerini de kapsadığına göre, sağlık sebeplerine ilişkin bildirim yükümlülüğü daha geniş bir içeriğe sahiptir.

²⁴⁵DÖNMEZ, 124; UYUMAZ/AVCI, 606.

Son olarak acil hallerde bildirim yükümlülüğünün yazılı olarak yapılmasından söz edilmekteyse de, sağlık sebeplerinde bildirim yükümlülüğü bakımından böyle bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak Tüzük m. 5/2’de “gönderme” ifadesi geçtiğinden, sağlık sebeplerinde bildirim yükümlülüğünün de yazılı olarak yapılması eşyanın doğası gereğidir.

Aynı zamanda bu bildirimin yükümlülüğünün gerek AİHS m.8 açısından gerekse TCK’nın özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar bölümünde yer alan suçlar bakımından problem alanı teşkil ettiği düşünülmekteyse de çalışmanın kapsamı itibarıyla bu suç tipleri üzerinde durulmamıştır.

BÖLÜM II

3. GEBELİĞİN SONLANDIRILMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Gebeliğin sonlandırılması idare, ceza ve disiplin hukuku hükümleri çerçevesinde sonuçlar doğurabilmekteyse de, bu çalışma kapsamında gebeliğin sonlandırılmasının hukuki sonuçları ile kastedilen, özel hukuk bakımından sonuçlarıdır. Bu sonuçlar gebeliği sonlandıran müdahalenin hukuka uygun olup olmamasına göre değişmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki gebeliğin hukuka uygun bir şekilde sonlandırılmasının, çalışmamız açısından önemli hukuki sonuçları bulunmamaktadır. Gerçekten de gebeliğin hukuka uygun bir şekilde sonlandırılması halinde, duruma göre hekim veya özel sağlık kuruluşu, sözleşme kapsamında üstlendiği ya da vekâletsiz iş görme kapsamında yerine getirdiği edimin karşılığı olarak bir karşı edime –ki bu edim çoğunlukla ücret şeklindedir- hak kazanmakta ve sözleşme sona ermektedir.

Gebeliğin hukuka uygun bir şekilde sonlandırılmasının bu yalın sonuçlarına karşılık, gebeliğin hukuka aykırı bir şekilde sonlandırılması, çetrefil hukuki sorunlara yol açmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse gebeliğin hukuka aykırı bir şekilde sonlandırılması, müdahalede bulunan kişinin veya kusursuz sorumlu kişinin tazminat sorumluluğunu gündeme getirmektedir.

3.1. SORUMLULUK (TAZMİNAT) HUKUKU YÖNÜNDEN GEBELİĞİN HUKUKA AYKIRI BİR ŞEKİLDE SONLANDIRILMASININ SONUÇLARI

Hukuki sorumluluk ile kastedilen hukuka veya sözleşmeye aykırı bir fiille bir başkasına zarar veren kişinin, verdiği zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmasıdır. Dolayısıyla sorumluluk hukukunun temelinde, bir zararın tazmin edilmesi yatmaktadır ki bu çoğunlukla bir tazminatın ödenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu nedenle sorumluluk hukukunun –TBK ve TMK’da başka giderim yollarına yer verilmiş olsa da- tazminat hukuku olarak anılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

Hukuka aykırı bir şekilde gebeliğin sonlandırılması halinde, tazminat sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu sorumluluk hukuka aykırı müdahalede bulunan kimse veya bu müdahaleden kusursuz sorumlu olan kimse üzerinde gerçekleşebileceği gibi, hukuka

aykırı müdahalenin gerçekleştirilmesine neden olan gebe kadın veya gebe kadını bu müdahaleye zorlayan eşi üzerinde de gerçekleşebilir. Ancak, eşlerin tazminat sorumluluğu genellikle boşanmanın mali sonuçları kapsamında gerçekleştiğinden, esas olarak aile hukuku içerisinde yer almaktadır. Dolayısıyla burada inceleme konusu yapılacak olan tazminat sorumluluğu, hukuka aykırı bir şekilde gebeliği sonlandıran kimsenin sorumluluğudur. Öte yandan bu müdahalede bulunan kimse, çoğunlukla hekim sıfatına sahip olduğundan, hekimin hukuki sorumluluğundan söz edilmesi mümkündür.

3.1.1. Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Kaynakları

Gebeliğin hukuka aykırı bir şekilde sonlandırılmasından doğan sorumluluktan söz edilebilmesi için öncelikle bu sorumluluğa yol açacak bir hukuki kaynağa ihtiyaç bulunmaktadır.

Hekimin tıbbi müdahaleden doğan hukuki sorumluluğunun (tıbbi malpraktisten doğan hukuki sorumluluk) birden fazla kaynağı vardır. Bunların; sözleşmeden doğan sorumluluk, haksız fiilden doğan sorumluluk, vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk ve sözleşme öncesi kusur sorumluluğu (*culpa in contrahendo sorumluluğu*) olarak sıralanması mümkündür²⁴⁶. Bu sorumluluk kaynaklarının tamamı, gebeliğin sonlandırılması bakımından hekimin hukuki sorumluluğuna kaynaklık edebilir. Ancak bunlardan en sık karşılaşılanları, hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğudur²⁴⁷. Bu nedenle yapılacak açıklamalar esas olarak, bu iki sorumluluğa yöneliktir. Bununla beraber ilgili yerlerde diğer sorumluluk kaynakları hakkında da bilgi verilecektir.

3.1.1.1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

Hekimin hukuki sorumluluğuna yol açan kaynakların başında, sözleşmeden doğan sorumluluk gelmektedir²⁴⁸. Bu sorumluluk, taraflar arasında mevcut bir sözleşmeden doğmaktadır. Bu sözleşme iki türlü olabilir; ya hasta ile serbest hekim arasındaki *hekimlik sözleşmesi* ya da hasta ile özel sağlık kuruluşu arasındaki *hastaneye kabul*

²⁴⁶AYAN, 49; DEMİR, 228; REYHANİ YÜKSEL, Sera; “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, 21.2(2015), s. 793-804, 794.

²⁴⁷HAKERİ, 942; AYKIN/ÇINARLI, 184.

²⁴⁸HAKERİ, 942; GÖKCAN, 404; YILMAZ, Battal; *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, 3.bs. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 33.

*sözleşmesi*²⁴⁹. Dikkat edilirse her iki tür sözleşmede de hastanın karşısında özel hukuk hükümlerine tabi bir gerçek veya tüzel kişi bulunmaktadır. Dolayısıyla kamu hukuku kurallarına tabi ve devletin idari teşkilatlanması içerisinde yer alan sağlık kuruluşları (kamu hastaneleri gibi) veya devletin idari ajanı niteliği taşıyan gerçek kişilerin (aile hekimi gibi) bu sözleşmeye taraf olması mümkün değildir²⁵⁰. Bu nedenle, anılan bu kişiler üzerinde özel hukuk anlamında sözleşmeden doğan sorumluluk ilişkisi gerçekleşmemektedir²⁵¹.

3.1.1.1.1. Hekimlik Sözleşmesi

Hekimlik sözleşmesi, serbest çalışan hekimin teşhis ve tedavide bulunmayı, hastanın ise bunun karşılığı olarak belli bir ücreti ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir²⁵². Hekimlik sözleşmesinde taraflar hekimin edimini, sadece hastalığın teşhisi edimi ile sınırlayabilecekleri gibi hekimin teşhisle birlikte tedavi, bakım ve rehabilite etme gibi edimleri üstlenmesini de kararlaştırabilirler²⁵³. Ancak sözleşmenin içeriği ne şekilde belirlenirse belirlensin, sözleşmenin hukuki niteliği değişmemektedir; hekimlik sözleşmesi, iş görme ve ücret unsurlarından oluşan, tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli²⁵⁴ borç ilişkisi kuran rızai bir sözleşmedir²⁵⁵.

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olup, bu sözleşmenin hukuki niteliğini açıklamak üzere *hizmet sözleşmesi*, *vekâlet sözleşmesi*, *eser sözleşmesi*, *atipik sözleşme* gibi çeşitli görüşler öne sürülmüştür²⁵⁶.

Hekimlik sözleşmesinde bağımlılık unsurunun, iş (hizmet) sözleşmesindeki kadar yoğun olmaması, hekimin teşhis ve tedavi yükümlülüğünü yerine getirirken hastanın emir ve talimatları ile bağlı olmaması, bu sözleşmenin iş (hizmet) sözleşmesi olarak

²⁴⁹ Öte yandan doktrinde her iki sözleşmeyi karşılamak üzere teşhis ve tedavi sözleşmesi ibaresi de kullanılmaktadır. Söz konusu kavram için bkz. **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa; *Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 49 vd.

²⁵⁰ **DEMİR**, 229; **UYUMAZ/AVCI**, 627.

²⁵¹ **AYKIN/ÇINARLI**, 224; **KİRKİT**, 47; **YARDIM**, İsa; *Tüketici Olarak Hasta Hakları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 22.

²⁵² Benzer yönde **ÖZDEMİR**, 49.

²⁵³ **DEMİR**, 226.

²⁵⁴ Hekimlik sözleşmesinin ani edimli olduğu yönünde bkz. **ÖZDEMİR**, 85; **YARDIM**, 22.

²⁵⁵ **KİRKİT**, 50; **GÜLEL**, 83-84.

²⁵⁶ Tartışmalar hakkında bkz. **DEMİR**, 226; **GÖKCAN**, 968; **ÖZPINAR**, 31; **KİRKİT**, 51 vd.

kabul edilmesini engellemektedir²⁵⁷. Öte yandan doktrinde bir görüşe göre, hekimlik sözleşmesi ile hekim, eser sözleşmesinden farklı olarak bir sonuç borcu altına girmeyip; sadece işin görülmesi sürecini üstlendiğinden, hekimlik sözleşmesinin bir eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi de mümkün değildir²⁵⁸. Bu nedenle teşhis ve tedavi edimini özenli bir şekilde ifa ettiği sürece sonucun başarısız olmasından sorumlu olmamaktadır²⁵⁹. Nitekim tıbbi müdahalelerde hekimlerin tedavi sonucunu garanti etme farklı bir deyişle iyileşme garantisi verme yükümlülüğü bulunmadığından eser sözleşmesindeki sonuç taahhüdü yükümlülüğü tıbbi müdahalelerin özü nedeniyle mümkün görünmemektedir²⁶⁰. Buna karşın doktrindeki hâkim görüşe ve Yargıtay'ın kabulüne göre estetik operasyonlar ile diş protezi gibi sınırlı alanlarda hasta ile hekim arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olduğu belirtilmektedir²⁶¹.

Tüm bu nedenlerle doktrindeki hâkim görüş, hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir²⁶². Bu sözleşme kapsamında hekimin teşhis ve tedavi edimini tıbbi standartlara uygun olarak özenli bir şekilde yerine getirmesi gerekmektedir. Ayrıca hekimin, hastayı aydınlatma, rızasını alma, sadakat, kayda geçirme ve sır saklama yükümlülükleri de bulunmaktadır²⁶³. Hekimin bu yükümlülüklerinden herhangi birisine aykırı davranması, sözleşme ile üstlenilen edimlerin ihlali niteliğini taşımakta ve hekimin hukuki sorumluluğunu gerektirmektedir²⁶⁴.

²⁵⁷ **HAKERİ**, 793; **YILMAZ**, 43; **AKYILDIZ**, 382.

²⁵⁸ **AYAN**, 55.

²⁵⁹ **AYAN**, 55.

²⁶⁰ **AYKIN/ÇINARLI**, 226; **KİRKİT**, 55-56.

²⁶¹ **HAKERİ**, 794; **GÖKCAN**, 970; **AYKIN/ÇINARLI**, 238; **KİRKİT**, 58; **ÖZDEMİR**, 92; **YÜKSEL**, 796. Ancak bu durum doktrinde tıbbi müdahalelerde hekimden bağımsız rizikoların gerçekleşebileceği ve eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasına elverişli olmayışından kaynaklı olarak eleştirilmekte ve eser sözleşmesi olamayacağı savunulmaktadır. **Kurşat**, Zekeriya; “Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, *İÜHFM*, C. LXVII, S. 1-2, s. 143-166, 147.

²⁶² **AYAN**, 54; **HAKERİ**, 793; **OZANOĞLU**, 55; **GÖKCAN**, 970; **ÖZDEMİR**, 94; **YILMAZ**, 43; **KİRKİT**, 59; **YARDIM**, 27; **AKYILDIZ**, 383.

²⁶³ **GÖKCAN**, 979.

²⁶⁴ **GÜNEY TUNALI**, 51-52.

Hekimlik sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi olmasının haricinde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁶⁵ m.3/1(l) gereğince, bir tüketici işlemi niteliği de taşımaktadır²⁶⁶. Zira söz konusu hükme göre tüketici işlemi, “Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, *vekâlet*, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi” kapsamaktadır. Hekim mesleki amaçlarla hareket eden bir gerçek kişi, hasta ise tüketici olduğuna göre ve taraflar arasında bir vekâlet sözleşmesi bulunduğu da dikkate alındığında, hekimlik sözleşmesinin bir tüketici işlemi niteliği taşıdığı sonucuna ulaşılmaktadır²⁶⁷.

3.1.1.1.2. Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Hastaneye kabul sözleşmesi, özel sağlık kuruluşu ile hasta arasında kurulan, özel sağlık kuruluşunun teşhis ve tedavi edimlerinin yanı sıra barındırma, yedirme-içirme gibi edimleri de yerine getirmeyi, bunun karşılığında ise hastanın belli bir ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir²⁶⁸. Özel sağlık kuruluşunun teşhis ve tedavi edimlerinin yanı sıra diğer yan edimleri de üstlendiği sözleşme *tam hastaneye kabul sözleşmesi*, buna karşılık özel sağlık kuruluşunun yalnızca teşhis ve tedavi edimi dışında kalan edimleri üstlendiği sözleşme *bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi* olarak adlandırılmaktadır²⁶⁹.

Tam hastaneye kabul sözleşmesinin, hasta ile hekim arasında bir sözleşme bulunup bulunmamasına göre iki ayrı türü bulunmaktadır²⁷⁰. Buna göre hasta ile hekim arasında ayrıca bir sözleşmenin bulunduğu durumlarda *hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinden*, hasta ile hekim arasında bir sözleşme bulunmaması halinde ise *hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesinden* söz edilmektedir²⁷¹.

²⁶⁵ RG, 28.11.2013, S:28835.

²⁶⁶ YARDIM, 21.

²⁶⁷ BADUR, 32; YARDIM, 21.

²⁶⁸ Benzer yönde bkz. AYAN, 142.

²⁶⁹ HAKERİ, 800.

²⁷⁰ YARDIM, 64.

²⁷¹ AYAN, 134; GÖKCAN, 1020.

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesinde, hastanın teşhis ve tedavi yükümlülüklerini yerine getiren hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamakta; hekim, bu sözleşme bakımından TBK m. 116 vd. anlamında bir ifa yardımcısı niteliği taşımaktadır²⁷². Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinde ise özel sağlık kuruluşunun teşhis, tedavi, bakım, barındırma ve benzeri edimleri yüklenmesinin yanı sıra hasta ile teşhis ve tedavi edimlerini yerine getirecek hekim arasında da bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır²⁷³. Dolayısıyla hastanın teşhis ve tedavisine yönelik yükümlülük, hem özel sağlık kuruluşu hem de hekim tarafından üstlenildiğinden, her ikisi de bu borcun yerine getirilmesi açısından müteselsil sorumlu olmaktadır²⁷⁴.

Hekimlik sözleşmesinin olduğu gibi hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliği de doktrinde tartışmalı olup, bu sözleşmenin hukuki niteliğini açıklamak üzere *hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, eser sözleşmesi, kombine sözleşme, karma sözleşme, kendine özgü sözleşme* görüşleri öne sürülmüştür²⁷⁵. Doktrindeki hâkim görüşe göre, hastaneye kabul sözleşmesi ile ulaşılmak istenilen asli amaç, hastanın tedavi edilmesi olduğundan, sözleşmeye öncelikle vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir²⁷⁶. Ancak hastanın barındırılması, yedirilip içirilmesi gibi tali yükümlülükler bakımından kira sözleşmesi, satım sözleşmesi gibi sözleşmelere ait hükümler uygun düştüğü ölçüde hastaneye kabul sözleşmesine kıyasen uygulanmalıdır²⁷⁷.

Diğer yandan, hastaneye kabul sözleşmesi bu hukuki niteliğine ilaveten, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/1(l) anlamında bir tüketici işlemi niteliği de taşımaktadır.

3.1.1.2. Haksız Fiil Sorumluluğu

Tıbbi müdahaleden doğan hukuki sorumluluğun bir diğer kaynağı, haksız fiildir. Haksız fiil sorumluluğu, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışı neticesinde diğer bir kimseye vermiş olduğu zararın giderilmesini amaçlayan bir

²⁷² **HAKERİ**, 799; **YILMAZ**, 251; **YARDIM**; 65.

²⁷³ **YARDIM**; 65.

²⁷⁴ **GÖKCAN**, 1022; **YILMAZ**, 256.

²⁷⁵ Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **YARDIM**, 57-63.

²⁷⁶ **HAKERİ**, 801; **GÖKCAN**, 1025; **YARDIM**, 63; **AKYILDIZ**, 582.

²⁷⁷ **AYAN**, 143; **GÜNEY TUNALI**, 54; **YARDIM**, 63.

sorumluluk türüdür²⁷⁸. Nitekim bu doğrultuda olmak üzere TBK m. 49’da haksız fiil sorumluluğu, “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmiştir.

Tıbbi müdahalenin haksız fiil sorumluluğuna yol açması çeşitli şekillerde olabilir. İlk olarak taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, haksız fiil sorumluluğundan söz edilebilir²⁷⁹. Özellikle de tıbbi müdahale açısından en yaygın hukuka uygunluk nedeni olan rıza bulunmaksızın yapılan bir tıbbi müdahale, diğer şartların da bulunması halinde haksız fiil teşkil eder. Ayrıca hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinde, hasta ile özel sağlık kuruluşu arasında bir sözleşme bulunmasına rağmen, sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereğince tedaviyi yürüten ve yardımcı kişi niteliğindeki hekimin sözleşme sorumluluğu kapsamında sorumluluğuna gidilemediğinden, hekim hakkında haksız fiil sorumluluğuna başvurulabilir.

Öte yandan taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda da haksız fiil sorumluluğu işletilebilir²⁸⁰. Zira hukuka uygun olmayan tıbbi müdahale bir yandan sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali niteliğini taşıırken, diğer yandan kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğundan haksız fiil sorumluluğuna yol açabilir²⁸¹. Dolayısıyla böyle bir durumda sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun yarışması bahis konusudur²⁸² ve hasta dilediği sorumluluk kaynağından hareketle zararının giderilmesini talep edebilir²⁸³.

Sözleşme sorumluluğu; haksız fiil sorumluluğuna nazaran zamanaşımı, kusurun ispat yükü, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk gibi hususlar bakımından zarar gören açısından daha elverişli hükümler içerdiği gibi, sözleşme sorumluluğunda geçerli olan “borca aykırılık” kavramı zarar görene, haksız fiil sorumluluğundaki “hukuka aykırılık” kavramından daha geniş bir koruma alanı bahşetmektedir²⁸⁴. Ancak

²⁷⁸EREN, 538.

²⁷⁹HAKERİ, 797; GÖKCAN, 1002; AYKIN/ÇINARLI, 228; ÖZPINAR, 60.

²⁸⁰GÖKCAN, 1002.

²⁸¹AYAN, 116.

²⁸²TBK m. 60; “Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.”

²⁸³KILIÇOĞLU, 581; HAKERİ, 797; GÖKCAN, 1002; YILMAZ, 483.

²⁸⁴OĞUZMAN/ÖZ, C-1, 436; EREN, 1162-1163; AYAN, 62; KILIÇOĞLU, 582.

sözleşme sorumluluğunun hasta açısından daha avantajlı olması, hastanın haksız fiil sorumluluğuna başvurmasını engellemektedir.

Bu elverişsizliğine karşılık, hiçbir şart altında sözleşme sorumluluğunun işletilemeyeceği bazı durumlarda, haksız fiil sorumluluğu devreye girerek zararın giderilmesini sağlamaktadır. Örneğin kamu görevlisi hekimin kişisel kusurlu davranışı ile üstlendiği kamu görevi arasında hiçbir görevsel bağlantının bulunmadığı hallerde, hekimin bu kamu hizmetinden ayrılabilir nitelikteki kusurlu davranışından kaynaklanan zarar, haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilebilmektedir²⁸⁵.

Hastanın hangi sorumluluk sebebine dayandığını belirtmeksizin bir dava açması halinde, TBK m.60 gereğince, hâkimin en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesi gerekir²⁸⁶.

3.1.1.3. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk

Hekimin tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğunun bir diğer hukuki kaynağı, vekâletsiz iş görme olabilir. Her ne kadar vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk, sözleşmeden doğan sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğu kadar yaygın bir sorumluluk sebebi değilse de, hekimlik sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi niteliğinde olması, hekim ile hasta arasında vekâletsiz iş görme niteliğinde ilişkilerin ortaya çıkması ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Nitekim vekâletsiz iş görmenin genel bir borç kaynağı olmasına rağmen TBK'nın genel hükümleri arasında değil de vekâlet sözleşmesinden sonra düzenlenmesinin sebebi de bu kurumun sıklıkla vekâlet sözleşmesinin verdiği yetkilerin aşılması şeklinde ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır²⁸⁷. Bu nedenle tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğun vekâletsiz iş görme biçiminde gerçekleşmesi her zaman olasılık dâhilindedir²⁸⁸.

Saruhan'a göre vekâletsiz iş görme; *“bir kimsenin bir başkasının hukuk alanında sözleşmesel, ahlaki ya da kanuni herhangi bir yükümlülük altında olmadan ve*

²⁸⁵ DEMİR, 231; ÖZPINAR, 61.

²⁸⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 295; Eren, 1162; KILIÇOĞLU, 585; GÖKCAN, 1083.

²⁸⁷ REYHANİ YÜKSEL, 797.

²⁸⁸ Aksi yönde bkz. GÜNEY TUNALI, 61, (Yazar, aydınlatılmış rızanın kazandığı önem nedeniyle kural olarak hastaya gebeliğin sonlandırılması işlemi öncesinde tüm olasılıklar anlatıldığından vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluğun nadiren ortaya çıktığını ifade etmektedir.)

*kendisine temsil yetkisi tanınmadan bir başkası veya kendi menfaatine her türlü şekilde işgörme faaliyeti gerçekleştirmesidir*²⁸⁹.

Tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk alanında vekâletsiz iş görmenin genellikle iki şekilde ortaya çıkacağı, bunların; hastanın bilincinin açık olmadığı acil haller ile tıbbi müdahalenin genişletildiği durumlar olduğu kabul edilmektedir²⁹⁰.

Bu anlamda hastanın bilincinin kapalı olduğu, rızasının alınmadığı acil sebeplerle gebeliğin sonlandırılmasında veya gebeliğin annenin hayatını tehdit eden acil bir hal niteliği taşıdığına tespit edildiği başka bir tıbbi müdahale esnasında, hastanın uyandırılmasının hastaya zarar verecek olması nedeniyle rızası alınmaksızın gebeliğin sonlandırılmasında, vekâletsiz iş görme mevcuttur²⁹¹. Gebeliğin sonlandırılmasında müdahalenin genişlemesine örnek olarak, rahimde delinmeler ve yırtılmalar, karın içi organlarda yaralanmalar veya ciddi kanamalar yaşandığında, bunları kontrol altına almaya yönelik yapılan cerrahi müdahaleler gösterilmektedir²⁹².

Vekâletsiz iş görmenin, *gerçek vekâletsiz iş görme* ile *gerçek olmayan vekâletsiz iş görme* olmak üzere iki türü bulunmaktadır ve hekimin her iki tür vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluğunun kapsamı farklıdır.

Gerçek vekâletsiz iş görme ile kastedilen, iş görenin iş sahibinin menfaatine uygun olarak ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı olmaksızın iş görmesidir²⁹³. Gerçek vekâletsiz iş görmeyi karakterize eden unsur, iş sahibinin iradesine aykırı olmaksızın onun menfaatine olacak şekilde iş görülmesidir. Buna göre tıbbi müdahalede hekimin hastanın varsayılan rızasına uygun bir şekilde tıbbi müdahalede bulunduğu durumlarda gerçek vekâletsiz iş görmeden söz edilmektedir. Bu anlamda gebe kadının rızasının alınmadığı acil hallerde, hastanın muhtemel iradesi araştırılarak rıza verebilecek durumda olsa onaylayacağı bir müdahale kapsamında gebeliğin sonlandırılması halinde, gerçek vekâletsiz iş görme bulunmaktadır. Her ne kadar

²⁸⁹SARUHAN, Utku; *Gerçek Vekâletsiz İşgörme* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 37.

²⁹⁰HAKERİ, 797; YILMAZ, 187; KİRKİT, 65; KALAYCI ÖLÇÜM, Merve Buse; *Kadın Hastalıkları ve Doğum Doktorunun Tıbbi Müdahaleden Doğan Akdi Sorumluluğu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 130.

²⁹¹ÖZPINAR, 79.

²⁹²GÜNEY TUNALI, 61.

²⁹³SARUHAN, 15-16.

burada sadece iş sahibinin menfaatinden söz edilmekteyse de, iş görenin de iş görme karşılığında bir menfaat elde etmesi mümkündür; ancak bu menfaat iş sahibinin menfaatine görece daha azdır. Dolayısıyla gebeliğin sonlandırılması neticesinde hekimin ücrete hak kazanması, tıbbi müdahalenin hastanın menfaatine olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ise çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. İlk olarak iş görenin iş sahibinin çıkarına olduğunu düşündüğü ancak aslında iş sahibinin çıkarına olmayan bir iş görmesi halinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ortaya çıkmaktadır²⁹⁴. Örneğin hekimin hastanın varsayılan rızasına aykırı davrandığı, başka bir ifadeyle gebe kadının muhtemel iradesinin gebeliğin sonlandırılmaması yönünde olmasına rağmen gebeliğin sonlandırılması halinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ortaya çıkmaktadır. Yine iş sahibinin açıkça yasakladığı bir işin görülmesi halinde de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden söz edilmektedir²⁹⁵. Bu anlamda gebe kadının daha önceki bir zamanda gebeliğin sonlandırılmasını reddetmesine rağmen hekimin, varsayılan rızanın ikincilliği ilkesini göz ardı ederek gebeliği sonlandırması halinde bu sorumluluk doğmaktadır. Son olarak iş görenin kendi menfaatine uygun iş görmesi halinde de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ortaya çıkmaktadır. Bu son duruma hekimin tamamen kendi menfaatine olacak şekilde oldukça pahalı bir tedavi yöntemini uygulaması hali örnek olarak gösterilebilir.

3.1.1.4. Sözleşme Öncesi Kusur Sorumluluğu

Temelini TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralında bulan sözleşme öncesi kusur sorumluluğu (*culpa in contrahendo*), haksız fiil sorumluluğunun yetersiz kaldığı, sözleşme sorumluluğuna başvurma ile mümkün olmadığı olayların yarattığı hakkaniyete aykırı sonuçların giderilmesi için geliştirilmiş bir sorumluluk türüdür²⁹⁶. Bu sorumlulukta, taraflar arasında kurulan güven ilişkisinin taraflara yüklediği edimden bağımsız koruma yükümlülüklerine aykırı davranılması neticesinde doğan güven zararları giderilmeye çalışılmaktadır.

²⁹⁴SARUHAN, 45.

²⁹⁵REYHANİ YÜKSEL, 799.

²⁹⁶OĞUZMAN/ÖZ, C-1, 38; Detaylı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, 124 vd.

Sözleşme öncesi kusur sorumluluğu, tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk alanında oldukça istisnai bir sorumluluk kaynağı niteliği taşımaktadır²⁹⁷. Bunun bir sebebi, sözleşme öncesi kusur sorumluluğunun, sözleşme sorumluluğuna nazaran tali bir sorumluluk kaynağı olmasıdır. Nitekim zarar gören kişinin sözleşme sorumluluğuna başvurabildiği bir durumda, ayrıca sözleşme öncesi kusur sorumluluğuna gidilmesine gerek yoktur. Ancak bu sorumluluğun istisnailiğinin esas sebebini, sözleşmenin kurulması açısından genel rejimden sapan TBK m. 503 oluşturmaktadır. Söz konusu hükme göre, “Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır”. Görüldüğü üzere bir tüketici işlemi olmakla beraber vekâlet sözleşmesi niteliği taşıyan hekimlik sözleşmesinde, hekimin mesleği gereği bu işleri kabul edeceğini duyurmasından ötürü, hekimlik sözleşmesinin kurulması aşamasında “öneri ve kabul teatisi” safhasının yaşanması mümkün değildir. Hekimin karşı taraftan gelen öneriyi derhal reddetmemesi halinde sözleşme kurulmuş olacağından, artık sözleşme öncesi kusur sorumluluğundan değil, sözleşme sorumluluğundan söz etmek gerekir. Fakat önemle ifade etmek gerekir ki TBK m.503 ile hekime, uzmanlık alanı dışında olan ve uzmanlığı gerektiren tıbbi müdahaleler bakımından öneriyi zımni kabul yükümlülüğü getirilmemektedir. Hekimin uzmanlık alanı dışındaki bir tıbbi müdahaleyi reddetmemesi, sözleşmenin kurulduğu anlamına gelmez; aksine hekimin böyle bir sözleşmeyi kurması sorumluluğunu doğurur.

Bu istisnailiğine rağmen gebeliğin sonlandırılması bakımından sözleşme öncesi kusur sorumluluğuna başvurulabilecek durumlar da bulunmaktadır. Örneğin sözleşmenin henüz kurulmadığı bir aşamada hekimle görüşmek üzere muayenehanede bekleyen gebe kadının üzerine rafin devrilmesi nedeniyle gebeliğin sona ermesi halinde *culpa in contrahendo* sorumluluğu ortaya çıkabilir. Yine seyahat etmemesi ya da seyahat ederken belli tedbirleri alması gereken gebe kadının bulunduğu yerden başka bir yerde çalışan hekimden randevu aldığı bir örnekte, hekimin bu konularda aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi de *culpa in*

²⁹⁷ AYAN, 49; YARDIM, 19.

contrahendo sorumluluğuna yol açabilir²⁹⁸. Dikkat edilirse bu örneklerde teknik anlamda bir gebeliğin sonlandırılması durumu yoktur, ne hekim gebeliği sonlandırmak için hareket etmekte ne de rafin düşmesi veya seyahat edilmesi gebeliği sonlandıracak bir tıbbi müdahale niteliği taşımaktadır. Ancak bu durum hekimin, gebeliğin sonlanması nedeniyle sorumlu tutulmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira hekim her iki örnekte de gebeliğin sonlanmaması için gerekli önlemleri almamaktadır.

Culpa in contrahendo sorumluluğuna, sözleşme sorumluluğuna ilişkin kurallar kıyasen uygulanır²⁹⁹. Başka bir deyişle sözleşme öncesi koruma yükümlülüklerine aykırı davranan hekim veya hastane, sanki aralarında bir sözleşme varmışçasına sorumlu tutulur.

3.1.2. Tazminat Sorumluluğunun Şartları

Sorumluluğa yol açacak bir hukuki kaynak bulunmasına rağmen, tazminat sorumluluğunun şartları gerçekleşmediği müddetçe, hekimin veya hastanenin sorumluluğundan söz edilemez.

Gebeliğin sonlandırılmasından doğan sorumluluğun hukuki kaynakları çok çeşitli olmasına rağmen, bunların şartları oldukça benzerdir. Bu benzerlikten hareketle gebeliğin sonlandırılmasından doğan sorumluluğun şartları en genel haliyle, *fiil, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı* olmak üzere sayılabilir³⁰⁰. Bununla birlikte istisnai olarak kusurun aranmadığı durumlarda da tazminat sorumluluğu doğabilmektedir. Bu istisnai durum ise kusur başlığı altında incelenecektir.

3.1.2.1. Fiil

Gebeliğin sonlandırılmasından doğan hukuki sorumluluğun ilk şartı, bir insana atfedilebilecek bir davranışın gerçekleşmesidir³⁰¹. Fiil olarak adlandırılan bu davranış, bir şey yapma şeklinde olumlu (pozitif) bir davranış olabileceği gibi, bir şey yapmaktan kaçınma şeklinde olumsuz (negatif) bir davranış da olabilir³⁰².

²⁹⁸ Benzer örnekler için bkz. REYHANİ YÜKSEL, 794, dn. 4; YARDIM, 20.

²⁹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C-1, 480; EREN, 1155; Hukuksal niteliğinin haksız fiil sorumluluğuna dayandığı görüşü için bkz. KILIÇOĞLU, 130.

³⁰⁰ EREN, 538.

³⁰¹ KILIÇOĞLU, 371.

³⁰² OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 13; EREN, 538; KILIÇOĞLU, 371; YILMAZ, 20.

Dolayısıyla hekimin aktif davranışları kadar pasif davranışları da tazminat sorumluluğuna yol açan fiil kavramı kapsamında değerlendirilir. Bu anlamda kadın hastalıkları ve doğum uzmanının bir cerrahi girişimde bulunarak gebeliği sonlandırmasının yanı sıra gerekli önlemleri almayarak ihmal suretiyle gebeliğin sonlanmasına yol açması da, sorumluluk hukuku bakımından fiil olarak değerlendirilir.

Bununla beraber, her iki davranış türü arasında sorumluluk hukuku bakımından bir fark bulunmaktadır. Zira olumlu davranışların tamamı, sorumluluk hukuku bakımından birer fiil olarak kabul edilmesine rağmen, olumsuz davranışların sorumluluğa yol açan bir fiil olarak nitelendirilebilmesi için kaçınma davranışında bulunan kişinin olumlu davranışta bulunma yükümlülüğünün bulunması gerekir³⁰³. Nitekim kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olmayan bir diğer ifadeyle yetkisiz hekimin, gebeliğin sonlandırılması bakımından ihmali davranışlarda bulunması, ilkyardım yükümlülüğü gibi istisnai durumlar söz konusu olmadıkça sorumluluğuna yol açmaz; bilakis tıbbi müdahalede bulunması başka bir ifadeyle aktif davranışı halinde sorumluluğundan bahsedilir.

3.1.2.2. Hukuka Aykırılık

Tazminat sorumluluğunun ikinci şartı, fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Dolayısıyla ister olumlu isterse olumsuz bir davranış söz konusu olsun, gebeliğin sonlanmasına yol açan fiil hukuka uygun kabul edildiği sürece, gebeliği sonlandıran kişinin sorumluluğu doğmamaktadır³⁰⁴.

Gebeliği sonlandıran fiilin hukuka aykırı kabul edilebilmesi için, gebeliğin hukuka uygun bir şekilde sonlandırılması için aranan şartların (*örneğin gebeliği sonlandıran kişinin yetkili hekim olması, müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun gerçekleştirilmesi, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması* gibi) somut olayda bulunmaması gerekir. Başka bir ifadeyle çalışmanın birinci bölümünde incelenen şartların bulunduğu bir gebeliğin sonlandırılmasında, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyeceğinden, hukuki sorumluluk da doğmayacaktır.

³⁰³ OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 13; KILIÇOĞLU, 372.

³⁰⁴ KILIÇOĞLU, 373.

Ancak önemle ifade etmek gerekir ki gebeliğin hukuka uygun bir şekilde sonlandırılması için mevzuatta aranan pek çok şart bulunsa dahi bunların tamamı özel hukuk açısından bir sorumluluk yaratmamaktadır. Bu itibarla ilk bölümde incelenen şartlardan hangilerinin eksikliğinin özel hukuk sorumluluğu açısından hukuka aykırılık unsuru gerçekleştirdiğinin belirlenmesi gerekir. Bu ise sorumluluğun hukuki kaynağının ne olduğu sorusunun cevabına göre değişmektedir.

Hukuki sorumluluğun kaynağının bir sözleşme olduğu durumlarda, sözleşme ile üstlenilen edimin hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borca aykırılık ortaya çıktığı gibi hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşmiş olacaktır³⁰⁵. Zira borca aykırı her davranış aynı zamanda hukuka aykırı bir davranış niteliği taşımaktadır³⁰⁶.

Tıbbi müdahaleler bakımından hekimin veya özel sağlık kuruluşunun sorumluluğuna yol açan husus, *hiç ifa etmemeden çok gereği gibi ifa etmemedir*³⁰⁷. Oldukça geniş bir kapsama sahip olan gereği gibi ifa etmeme kavramı, bir yandan sözleşme ile üstlenilen edimin kötü ifasını, diğer yandan sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerin ihlalini içermektedir³⁰⁸. Kötü ifa ile kastedilen, hekimin veya özel sağlık kuruluşunun sözleşme ile üstlendiği edimi tam ve doğru bir şekilde yerine getirmemesidir³⁰⁹. Bu anlamda teşhis hataları (*örneğin tanı için gerekli tetkikleri yapılmaması, yetersiz muayene ve hasta öyküsü alınması*), tedavi hataları (*örneğin yanlış tedavi yönteminin seçilmesi, ilacın dozunun doğru ayarlanmaması, hastanın vücudunda yabancı cisim unutulması*) gibi asli edim yükümlülüklerinin ihlali kötü ifa niteliği taşımaktadır³¹⁰. Öte yandan özellikle hastaneye kabul sözleşmelerinde yer alan hastanın yatırılması, yedirilip içirilmesi gibi yan edim yükümlülüklerinin ihlali (*örneğin hastaya bozulmuş gıda sunulması*) de kötü ifa olarak değerlendirilmektedir.

Kötü ifanın yanı sıra sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerin ihlali de gereği gibi ifa etmeme kavramı ile karşılanmaktadır³¹¹. Örneğin hekimin veya özel sağlık

³⁰⁵AYAN, 63; DEMİR, 238.

³⁰⁶KILIÇOĞLU, 815.

³⁰⁷AYAN, 64.

³⁰⁸OĞUZMAN/ÖZ, C-1, 474; Detaylı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, 43 vd.

³⁰⁹KILIÇOĞLU, 857.

³¹⁰AYAN, 65-67.

³¹¹ÖZDEMİR, 170.

kuruluşunun sözleşmeden doğan sır saklama yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, kadının gebeliğini sonlandırdığını üçüncü kişilere açıklaması halinde borca aykırılıktan söz edilmektedir. Hekimin *culpa in contrahendo* sorumluluğu da sözleşme öncesi dönemde edimden bağımsız koruma yükümlülüğü niteliği taşıyan bu koruma yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde gerçekleşmektedir.

Sorumluluğun hukuki kaynağının sözleşme değil de bir haksız fiil olduğu durumlarda, gebeliğin sonlanmasına yol açan müdahale, mutlak hak niteliği taşıyan kişilik haklarına bir saldırı niteliği taşıdığından, bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadıkça, müdahalede bulunan kişinin sorumluluğundan söz edilmektedir. Burada haksız fiil sorumluluğu bakımından sorumluluğu kaldıran hallerin düzenlendiği TBK m. 63'ün incelenmesi gerekmektedir. İlgili hükme göre “Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz”.

Bu hüküm gereğince, on haftadan kısa süreli gebeliklerde gebe kadının rızası, sağlık sebepleriyle gebeliğin sonlandırılması bakımından kadının veya neslin devamının sahip olduğu üstün nitelikli özel yarar birer hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki bu hukuka uygunluk nedenleri bulunsa dahi birinci bölümde incelenen gebeliği sonlandıran müdahalenin hukuka uygunluğu için aranan şartların eksikliği, yine haksız fiil sorumluluğuna yol açacaktır. Örneğin sağlık sebepleri nedeniyle gebeliğin sonlandırılmasında, üstün nitelikli özel yarar niteliğinde bir hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmiş olsa dahi gebe kadının rızasının yokluğu durumunda, bu müdahale haksız fiil olarak kabul edilecektir.

3.1.2.3. Zarar

Tazminat sorumluluğunun üçüncü şartı, zarardır. Zarar; sorumluluk hukukunun en temel unsurudur; zira sorumluluk hukukunun temelinde, tazmin edilmesi gereken bir zarar bulunmadığı sürece, sorumluluğa gerek duyulmaması bulunmaktadır³¹².

³¹²AYAN, 109; EREN, 542; ÖZDEMİR, 184.

Dolayısıyla gebeliği sonlandıran müdahalenin bir zarara yol açmadığı durumlarda, müdahale ne kadar hukuka aykırı olursa olsun, hukuki sorumluluk yaratmayacaktır³¹³. Örneğin gebeliği sonlandıran müdahalede bulunan kişinin, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olmaması, istisnai haller dışında, tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmasına yol açmaktaysa da, gebe kadının bu müdahale neticesinde herhangi bir zararının bulunmadığı durumlarda, tazminat sorumluluğu doğmamaktadır. Elbette böyle bir durumda idari ve cezai sorumluluk ile disiplin sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Belirtmek gerekir ki, hekimlerin tedavi sonucunu garanti etme yükümlülüğü bulunmadığından, tıbbi müdahale ile iyileşmenin gerçekleşmemesi hali doğrudan zarar olarak kabul edilmemektedir³¹⁴. Bununla beraber, hastanın iyileşmemesinde hekime atfedilebilecek bir kusur söz konusu ise bu halde zararın da söz konusu olduğunun kabulü gerekir³¹⁵.

Hukuki sorumluluğun tüm kaynakları bakımından, zarar zorunlu bir şart olmasına rağmen, sözleşmeden doğan sorumlulukta karşılanan zararın kapsamı ile haksız fiilden doğan sorumlulukta karşılanan zararın kapsamı her durumda örtüşmemektedir. Bu nedenle sözleşme sorumluluğunda başvuru müspet zarar-menfi zarar ayırımına, haksız fiil sorumluluğunda başvurulmamaktadır³¹⁶. Bununla beraber gebeliğin sonlandırılması bakımından hangi sorumluluk kaynağına dayanılırsa dayanılsın, genel olarak karşılanması gereken iki zarar kalemi bulunmaktadır; bunlar, maddi zarar ile manevi zarardır.

³¹³EREN, 542; AYKIN/ÇINARLI, 200; YILMAZ, 125.

³¹⁴Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.13: “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 muaheze edilemez.”; “Hekimin şifa garantisi vermekle yükümlü olmaması aynı zamanda vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin bir nedeni ve sonucudur.” AYKIN/ÇINARLI, 226.

³¹⁵HAKERİ, 945.

³¹⁶OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 42; Haksız fiilde bu ayırımın karşılığını fiili zarar ve yoksun kalınan kar oluşturmaktadır. KESKİN, A. Dilşad; *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 72.

3.1.2.3.1. Maddi Zarar

Maddi zarar, genel olarak, bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilme olarak açıklanabilir³¹⁷. Malvarlığındaki eksilme, malvarlığının aktif kısmında bir azalma şeklinde ortaya çıkabileceği gibi malvarlığının pasif kısmında bir çoğalma şeklinde de gerçekleşebilir³¹⁸. Bir kimsenin kişi varlığında meydana gelen eksilmeler de, malvarlığına etki ettiği sürece, maddi zarar olarak değerlendirilir³¹⁹.

Gebeliğin sonlandırılması halinde uğranılan maddi zarar, çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlardan en sık karşılaşılanı, vücut bütünlüğünün ihlalinin kaynaklanan bedensel zararlardır. Zira tıbbi müdahale esas olarak vücut bütünlüğüne yönelmiş bir müdahaledir ve bu müdahale neticesinde vücut bütünlüğü ihlal edilmiş olmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki fiziksel bütünlüğün ihlalinin yanı sıra ruhsal bütünlüğün ihlali de, vücut bütünlüğünün ihlaline yol açmaktadır³²⁰. Dolayısıyla örneğin gebeliğin sonlandırılması nedeniyle kadının yaralanması kadar, ruh halindeki olumsuz değişiklikler de (*örneğin sinir hastalığı, zihni yorgunluk*) vücut bütünlüğünün ihlali kapsamında karşılanması zorunlu olan zararlardır³²¹.

Bedensel zararlar, kişinin kendi bedeni üzerinde sahip olduğu kişisel değerlerin ihlal edilmesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır³²². Bununla birlikte bu değerler üzerindeki ihlaller; gebe kadının iyileşmesi için gördüğü tedavinin masrafları, taburcu olana kadar çalışmadan geçen süreler nedeniyle uğranılan kazanç kaybı gibi sebeplerle malvarlığına olumsuz yönde etki ederek bir eksilmeye yol açmakta, bu nedenle de maddi zarar niteliği taşımaktadır. Nitekim TBK m. 54'te örnek kabilinden olmak üzere bedensel zararların; “tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardan” oluştuğu vurgulanmaktadır.

³¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 39; EREN, 543; AYKIN/ÇINARLI, 199; KESKİN, 64; YILMAZ, 125.

³¹⁸ EREN, 544; OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 40; GÖKCAN, 1061; KESKİN, 65.

³¹⁹ ŞAHİN, Ayşenur; “Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, Y. 2011, S. 2, s. 123-165, 128; KESKİN, 64.

³²⁰ ÇAKIRCA, Seda İrem; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi”, *Journal of Yaşar University*, C. 8, S. Özel Sayı, Y. 2013, s. 785-805, 796.

³²¹ ŞAHİN, 127.

³²² KILIÇOĞLU, 399.

Gebeliği sonlandıran tıbbi müdahale, özellikle gebeliğin sonraki safhalarında gebe kadının ölümüne de yol açabilmektedir. Bu takdirde TBK m. 53'te düzenlenen ölüm nedeniyle uğranılan zararların karşılanması gündeme gelmektedir. Söz konusu hükümde ölüm halinde uğranılan zararların özellikle “cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplardan” oluştuğu belirtilmektedir.

Dikkat edilirse gerek bedensel zararlar gerek ölüm halinde uğranılan zararlar kapsamında sıralanan zararlar, *fiili zarar* ile *yoksun kalınan kâr* olarak adlandırılan başlıca iki kalemden oluşmaktadır³²³. Gebeliğin hukuka aykırı bir şekilde sonlandırılması nedeniyle uğranılan maddi zararın karşılanması için ister sözleşme sorumluluğuna ister haksız fiil sorumluluğuna başvurulsun, her iki zarar kaleminin de giderilmesi gerekmektedir.

Fiili zarar ile kastedilen, zarar görenin malvarlığının aktif kısmının azalması veya pasif kısmının çoğalmasdır³²⁴. Bu anlamda tedavi giderleri, fiili zarar kalemlerinin başında gelmektedir. Örneğin gebeliğin gereği gibi sonlandırılmaması nedeniyle başka tıbbi müdahalelere maruz kalınması veya hastanedeki kalış süresinin uzaması nedeniyle uğranılan zararlar, fiili zarardır. Aynı şekilde gebe kadının, gebe kalmak için yapmış olduğu giderler, örneğin yardımcı üreme yöntemlerine başvurulması nedeniyle yapılan harcamalar, fiili zarar içerisinde değerlendirilmektedir³²⁵.

Yoksun kalınan kâr ise edimin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle, alacaklının malvarlığının aktif kısmının artmasının veya pasif kısmının azalmasının engellenmesidir³²⁶. Farklı bir deyişle alacaklının malvarlığının aktif kısmındaki muhtemel artışın engellenmesidir³²⁷. Örneğin gebe kadının taburcu olana kadar hastanede çalışmadan geçirdiği süreler nedeniyle veya vücudunda bırakılan kalıcı hasar nedeniyle çalışma gücünde ortaya çıkan azalma nedeniyle doğan malvarlığı kayıpları, yoksun kalınan kâr kapsamında değerlendirilmektedir.

³²³EREN, 546; ÖZDEMİR, 185.

³²⁴OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 41; EREN, 548; KESKİN, 65.

³²⁵GÜNEY TUNALI, 82.

³²⁶OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 41.

³²⁷EREN, 549; KESKİN, 66.

3.1.2.3.2. Manevi Zarar

Manevi zarar, kişilik hakları ihlal edilen kişinin duyduğu acı, elem ve ıstıraptan kaynaklanan zararlardır³²⁸. Manevi zarar esas olarak haksız fiil sorumluluğu kapsamında düzenlenmişse de, TBK m. 114/2’de yer alan, “Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.” hükmü gereğince, sözleşme sorumluluğu kapsamında da manevi zarar gündeme gelebilmektedir.

Kişilik haklarının ihlaline ilişkin bir zarar olan manevi zarar, kişilik haklarının niteliğinden hareketle TBK’da iki farklı hükümde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda olmak üzere maddi kişilik haklarında meydana gelen manevi zararlar, TBK m. 56’da ele alınmışken, maddi nitelikte olmayan kişilik haklarında meydana gelen manevi zararlar TBK m. 58’de düzenlenmiştir. TBK m. 56’ya göre, “Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir”. TBK m. 58 gereğince ise “Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir”.

Gebeliğin sonlandırılmasına yönelik müdahale dikkate alındığında, her iki tür manevi zararın da ortaya çıkmasının imkân dâhilinde olduğu görülmektedir. Zira gebeliği sonlandıran müdahale bir yandan gebe kadının vücut bütünlüğünü ihlal ettiğinden maddi nitelikteki kişilik haklarına yönelik iken, diğer yandan maddi nitelikte olmayan bir kişilik hakkı olan üreme hakkına da yönelmektedir. Dolayısıyla gebeliğin sonlandırılması halinde hem TBK m. 56’ya hem de TBK m. 58’e başvurulabilecektir. Öte yandan aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi veya hastanın rızasının alınmaması durumlarında, gebe kadının kendi geleceğini belirleme hakkına da bir müdahalede bulunulmuş olur ki bu ihlal de kişilik haklarının ihlali sayılır ve manevi zarara yol açabilir³²⁹.

³²⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 40; AYAN, 110; YILMAZ, 129; ŞAHİN, 144.

³²⁹ GÜNEY TUNALI, 21; KAYA, 75; UYUMAZ/AVCI, 624.

3.1.2.4. İlliyet Bağı

Tazminat sorumluluğunun bir diğer şartı ise illiyet bağıdır. İlliyet bağı, fiil/davranış ile meydana gelen zarar arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eder ve zararın tazmin edilebilmesi için hukuka aykırı davranış ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gereklidir³³⁰. Hukukumuzda hâkim görüş olan *uygun illiyet bağı teorisine* göre, ortaya çıkan zararlı sonuç ile hayat tecrübeleri ve olayların akışına göre bu sonucu meydana getirmeye elverişli olan en uygun fiili arasındaki bağ, uygun illiyet bağı olarak adlandırılmakta ve bu bağın kurulmasına fiili ile neden olan kişi zarardan sorumlu olmaktadır³³¹.

Uygun illiyet bağı teorisi kapsamında gebeliği sonlandırmaya elverişli bir fiil ile sonuç arasındaki sebep-sonuç ilişkisi bazı durumlarda kesilebilmektedir³³². İlliyet bağının kesilmesi olarak adlandırılan bu durumlarda, failin sorumlu tutulması mümkün değildir³³³. Hukukumuzda *mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru* olmak üzere illiyet bağını kesen üç genel sebep bulunmaktadır³³⁴.

Mücbir sebep, en genel haliyle kişinin kendisi ve işletmesi dışında ortaya çıkan, öngörülemeyen ve karşı konulamayan olaylardır³³⁵. Hangi nedenden ileri gelirse gelsin, bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için *haricilik, öngörülemezlik ve önlenemezlik* unsurlarını taşıması gerekmektedir³³⁶. Bu unsurlarının tamamını taşımayan bir nedenin ise mücbir sebep olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Örneğin tıbbi müdahale esnasında yaşanan deprem bir mücbir sebep olarak değerlendirilecekken, elektriğin kesilmesi bir mücbir sebep olarak kabul edilmeyecek ve gebeliğin sonlanması halinde hekim sorumlu tutulacaktır³³⁷.

Zarar görenin ağır kusuru ile kastedilen, zararlı sonucun meydana gelmesinde zarar görenin kast veya ağır ihmal derecesindeki kusurunun rol oynamasıdır³³⁸. Zarar

³³⁰KILIÇOĞLU, 407; ÖZDEMİR, 246.

³³¹EREN, 563; AYKIN/ÇINARLI, 211; ÖZDEMİR, 247; YILMAZ, 131.

³³²AYKIN/ÇINARLI, 212.

³³³KILIÇOĞLU, 412.

³³⁴EREN, 579; AYAN, 111; YILMAZ, 133.

³³⁵KILIÇOĞLU, 413.

³³⁶GÖKCAN, 1069.

³³⁷GÖKCAN, 1069; ÖZDEMİR, 192.

³³⁸KILIÇOĞLU, 413.

görenin kast veya ağır ihmal derecesinde olmayan kusuru (*zarar görenin hafif ihmali*), ortak kusur şeklinde nitelendirilerek, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilirken; zarar görenin ağır kusuru, failin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmaktadır³³⁹. Bu anlamda düşük riski olan gebe kadın, hekim tarafından kendisine önerilen ilaçları kullanmayarak veya hekimin tavsiyelerine uymayarak gebeliğin sonlanmasına neden olması halinde ağır kusurlu addedilecek ve hekimin bu olaydan bir sorumluluğu doğmayacaktır.

Üçüncü kişinin ağır kusuru ise, zararlı sonucun meydana gelmesinde zarar gören dışındaki kişilerin kast veya ağır ihmal derecesindeki kusurunun rol oynamasıdır. Örneğin gebeliğin sonlandırılmasına yönelik tıbbi müdahale esnasında bu müdahaleye karşı çıkan biyolojik babanın, ameliyathaneyi basarak kadını öldürmesi halinde ağır kusurundan söz edilecektir. Üçüncü kişinin hafif kusuru halinde ise hekimin yanı sıra zarara eylemi ile neden olan üçüncü kişi de kusuru oranında tazminattan sorumlu tutulacaktır.

3.1.2.5. Kusur

3.1.2.5.1. Kural: Kusur Sorumluluğu

Tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak aranan son şart ise kusurdur. Kural olarak, zarar gören kişi, ister sözleşmeden doğan sorumluluğa isterse haksız fiil sorumluluğuna başvursun, fail kusurlu olmadığı sürece, uğranılan zararın tazmin edilmesi mümkün değildir³⁴⁰. Nitekim bu durum TBK m. 112’de, “Borç, hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine *hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe*, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı şekilde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak TBK m. 49/1’de, “*Kusurlu* ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” hükmüne yer verilmiştir.

Kusur, her iki sorumluluk kaynağı bakımından da zorunlu ve kurucu bir unsur olmasına rağmen, kanuni bir tanımı bulunmamaktadır³⁴¹. Bununla beraber doktrinde, hukuk düzeninin tasvip etmediği, hoş görmediği bir davranış biçimi olarak

³³⁹Eren, 585; AYKIN/ÇINARLI, 214; YILMAZ, 133.

³⁴⁰KILIÇOĞLU, 421; GÖKCAN, 1051.

³⁴¹OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 54; AYKIN/ÇINARLI,193; YILMAZ, 17;ÖZPINAR, 63.

tanımlanmakta ve kast ve ihmal şeklinde ikiye ayrılmaktadır³⁴². Ancak belirtmek gerekir ki bu ayrımın sorumluluk hukuku bakımından, ceza hukukundaki kadar önemli sonuçları yoktur³⁴³. Zira ceza hukukunda taksirli davranış ancak kanunda açıkça öngörülmesi halinde cezalandırılırken, sorumluluk hukukunda fail, kusurun bütün derecelerinden sorumlu tutulmaktadır³⁴⁴. Nitekim TBK m. 49'da sorumluluk bakımından kusurun dereceleri arasında bir ayrım yapılmadığı gibi, TBK m. 114'te sözleşmeden doğan sorumluluğa özgü olarak borçlunun, genel olarak her türlü kusurdan sorumlu olduğu açıkça düzenlenmiştir³⁴⁵. Ancak bu durum, kusurun derecesinin sorumluluk hukuku bakımından hiçbir önem taşımadığı anlamına da gelmemektedir. Gerçekten de, *sorumluluğun kapsamının belirlenmesi, illiyet bağının kesilmesi, sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği* gibi hususlarda kanun koyucu ağır kusur-hafif kusur ayrımına gitmektedir. Öte yandan istisnai olarak bazı hallerde açıkça kast derecesinde bir kusurun varlığı aranmaktadır³⁴⁶. Örneğin TBK m. 49/2 gereğince ahlaka aykırı bir davranışın haksız fiil olarak kabul edilebilmesi için kasten zarar verilmesi gerekmektedir³⁴⁷.

Kast kavramı, bir kimsenin işlediği fiilin sonuçlarını bilerek ve isteyerek hareket etmesi halindeki kusurunu ifade etmek için kullanılmaktadır³⁴⁸.

Gerekli özenin gösterilmemesinin ölçüsünden hareketle ihmal, *ağır ihmal* ve *hafif ihmal* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³⁴⁹. Buna göre bir kimsenin en basit dikkat ve özeni göstermemesi halinde ağır ihmali, çok dikkatli ve özenli kişilerin aynı olayda gösterdiği dikkat ve özeni göstermemesi halindeyse hafif ihmali bulunmaktadır³⁵⁰. Örneğin gebeliği sonlandıran müdahaleyi yoğun alkolün etkisi altında yapan hekimin

³⁴²OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 56; EREN, 591; HAKERİ, 944; ÖZDEMİR, 176.

³⁴³KILIÇOĞLU, 415.

³⁴⁴ÖZPINAR, 63.

³⁴⁵EREN, 1082; YILMAZ, 17.

³⁴⁶EREN, 601.

³⁴⁷TBK m.49/2; “Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

³⁴⁸TCK m.21: “(...)Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir(...)”

³⁴⁹Bu ayrım tazminat miktarının hesabı açısından önemli olup, ihmal yoğunluğuna göre tazminat miktarı belirlenmektedir. EREN, 601; KILIÇOĞLU, 415; HAKERİ, 944.

³⁵⁰OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 59; AYAN, 103; EREN, 602; KILIÇOĞLU, 416; GÖKCAN, 1053; AYKIN/ÇINARLI, 196; YILMAZ, 170.

ağır ihmali varken; riskli bir gebeliğin sonlandırılması ameliyatını başarılı bir şekilde yapmasına rağmen dikişleri gereği gibi yapamayan bir hekimin hafif ihmali vardır.

3.1.2.5.2. İstisna: Kusursuz Sorumluluk Halleri

Hem sözleşme sorumluluğunda hem de haksız fiil sorumluluğunda esas olan kusur sorumluluğudur³⁵¹. Zira kural olarak kusur olmaksızın bir zararın karşılanması söz edilemez³⁵². Bununla birlikte bu kuralın katı bir şekilde uygulanması, bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına sebep olabilir. Bu nedenle istisnai olarak kusursuz sorumluluğun kabul edildiği durumlarda, kusur şartı aranmaksızın bir kimsenin sorumluluğuna gidilmektedir³⁵³. Önemle ifade etmek gerekir ki kusur sorumluluğu esas, kusursuz sorumluluk istisna olduğundan, kusursuz sorumluluğa ilişkin hükümler dar yorumlanır ve kanunda açıkça düzenlenmedikçe kusursuz sorumluluk doğmaz³⁵⁴.

Kusursuz sorumluluk halleri hem sözleşmeden doğan sorumlulukta hem de haksız fiil sorumluluğunda bulunmaktadır³⁵⁵.

3.1.2.5.2.1. Sözleşme Sorumluluğu Bakımından Kusursuz Sorumluluk Halleri

Sözleşme sorumluluğu bakımından gebeliğin sonlandırılması halinde gündeme gelebilecek olan kusursuz sorumluluk hali, TBK m. 116'da düzenlenen, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluktur. Anılan hükme göre, “Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararını gidermekle yükümlüdür”. Dolayısıyla hekimin veya özel sağlık kuruluşunun sözleşmeden doğan edimini yerine getirirken bir yardımcı kişiye yani ifa yardımcısına başvurması halinde, kendi kusuru olmasa dahi ifa yardımcısının verdiği zarardan sorumluluğu doğacaktır.

İfa yardımcısı kavramı, “borçlunun bilgisi ve iradesi dâhilinde, borçluya ait bir yükümlülüğü ifa eden ya da ifa faaliyetlerine katılan kişiyi” ifade etmektedir³⁵⁶.

³⁵¹KILIÇOĞLU, 421; AYKIN/ÇINARLI, 218.

³⁵²GÖKCAN, 1051.

³⁵³EREN, 1089.

³⁵⁴AYKIN/ÇINARLI, 221.

³⁵⁵KILIÇOĞLU, 422; YILMAZ, 216.

Sözleşme sorumluluğu bakımından ifa yardımcısı, çeşitli kişiler olabilir; bunların mutlaka hükümde sayılan aynı evde yaşayan kişiler veya çalışanlar olması zorunlu değildir³⁵⁷. Zira bu kişiler hükümde örnek kabilinden sayılmışlardır³⁵⁸. Bununla birlikte gebeliğin sonlandırılması bakımından bu kusursuz sorumluluk hali esas olarak çalışanlar açısından ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda örneğin bir hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesinden doğan sorumlulukta edimi yüklenen özel sağlık kuruluşu, ifa yükümlüsü olarak sorumlu olurken; bu hastanede çalışan hekim, hemşire, hasta bakıcı, temizlik personeli, kabul personeli gibi pek çok kişi ifa yardımcısı konumundadırlar³⁵⁹.

Gebeliğin sonlandırılması bakımından ifa yardımcısının verdiği zararlardan, ifa yükümlüsünün sorumlu olabilmesi için, ilk olarak ifa yardımcısının davranışı ile gördüğü iş arasında fonksiyonel bir bağlılığın bulunması gerekmektedir³⁶⁰. Gerçekten hükümde de belirtildiği gibi sadece ifa yardımcısının işi yürütürken verdiği zararlardan ötürü borçlunun kusursuz sorumluluğuna gidilebilmektedir³⁶¹. Örneğin hastaya enjekte edilecek ilacın dozunu ayarlayamamasından ötürü gebeliğin sonlanmasına yol açan hemşirenin davranışı ile gördüğü iş arasında bu şekilde bir bağlılık bulunmaktadır. Buna göre, ifa yardımcısının alacaklıya işle bağlantılı olmaksızın zarar verdiği durumlarda, borçlunun TBK m. 116'dan kaynaklanan sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak burada işle fonksiyonel bağlılığı çok dar bir kapsamda düşünmemek gerekir; ifa yardımcısının, bulunduğu konumu sayesinde alacaklıya zarar vermesi mümkün olmuş veya kolaylaşmışsa, yine borçlunun kusursuz sorumluluğuna gidilmelidir³⁶².

³⁵⁶ÖZDEMİR, Hayrunnisa; “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukukî Niteliği ve Yargıtayın Görüşü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 105(2013), s.263-290, 270; YÜNLÜ, Semih; *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 109.

³⁵⁷OĞUZMAN/ÖZ, C-1, 417.

³⁵⁸EREN, 1098.

³⁵⁹ÖZDEMİR, Üçüncü Kişinin Talebi, 267.

³⁶⁰ÖZDEMİR, Üçüncü Kişinin Talebi, 274.

³⁶¹OĞUZMAN/ÖZ, C-1, 422; EREN, 1102.

³⁶²Borç ilişkisinin kapsamı, dolayısıyla içerdiği yükümlülük sadece “edim ve düzey” boyutunda algılanmamalıdır. Her borç ilişkisi, borçlunun veya yardımcısının yerine getirmekle yükümlü oldukları edim yükümlülükleri dışında yan yükümlülükleri ve koruma yükümlülüklerini de içerir. (EREN, 1102).

Borçlunun kusursuz sorumluluğu açısından, ifa yardımcısının bu davranışında bir kusurunun bulunması şart değildir³⁶³. Bir diğer ifadeyle ifa yardımcısının kast ya da ihmal şeklinde bir kusuru bulunmasa dahi, borçlunun sorumluluğuna gidilebilecektir. Örneğin ayağının takılması sonucu sedyede taşımakta olduğu gebe kadının düşmesine ve bu nedenle gebeliğin sonlanmasına yol açan sağlık personelinin bu davranışında herhangi bir kusuru bulunmasa dahi, borçlunun sorumluluğuna gidilebilmektedir.

Diğer yandan daha sonra görüleceği üzere adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından kurtuluş kanıtı getirilmesine imkân tanıyan kanun koyucu, bu imkânı ifa yardımcısının fiilinden doğan sorumlulukta ifa yükümlüsünden esirgemiştir³⁶⁴. Dolayısıyla borçlu konumundaki hekim veya özel sağlık kuruluşu, ifa yardımcısının seçiminde, işiyle ilgili talimat verilmesinde veya gözetim ve denetiminde gerekli özeni göstermiş olsa dahi, bu durum sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır³⁶⁵.

Ancak bu durum, borçlunun her türlü zarardan sorumlu olacağı anlamına gelmemektedir. Borçlunun, borcu bizzat yerine getirseydi dahi doğacak zarardan bir sebepten ötürü sorumlu olmayacağı durumlarda, ifa yardımcılarının fiillerinden de sorumlu tutulmaması gerekir³⁶⁶. Bu husus doktrinde, farazi kusur olarak ifade edilmekte ve borçluya farazi kusurun atfedilemediği durumlarda, sorumluluğun ortadan kalkacağı kabul edilmektedir³⁶⁷. Bu kapsamda ifa yardımcılarının fiilleri ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunmadığı ya da bulunan illiyet bağının kesildiği durumlarda, borçlunun sorumluluğuna gidilemeyecektir³⁶⁸. Örneğin hastaneye kabul sözleşmesi bakımından ifa yardımcısı olan hekimin müdahalede bulunacağı sırada kalp krizi geçirmesi nedeniyle gebe kadına müdahalede bulunamaması ve bu nedenle gebe kadının bir zarara uğraması halinde, ifa yükümlüsü olan özel sağlık kuruluşunun bu zarardan sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

³⁶³ OĞUZMAN/ÖZ, C-1, 425; EREN, 1104.

³⁶⁴ EREN, 1105; KILIÇOĞLU, 835; YÜNLÜ, 222.

³⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C-1, 425.

³⁶⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C-1, 425; KILIÇOĞLU, 835; YÜNLÜ, 219-220.

³⁶⁷ ÖZDEMİR, Üçüncü Kişinin Talebi, 275; GÜNEY TUNALI, 63.

³⁶⁸ EREN, 1106.

3.1.2.5.2.2. Haksız Fiil Sorumluluğu Bakımından Kusursuz Sorumluluk Halleri

Hukukumuzda, sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından tek bir kusursuz sorumluluk hali öngörülmesine karşılık, haksız fiil sorumluluğu bakımından pek çok kusursuz sorumluluk hali bulunmaktadır³⁶⁹. Ancak bu kusursuz sorumluluk hallerinden yalnızca birisi, TBK m. 66’da düzenlenen adam çalıştıranın organizasyon sorumluluğu, gebeliğin sonlandırılmasından doğan sorumluluğa uygulanma kabiliyetine sahiptir.

Bir özen sorumluluğu olarak kaleme alınan TBK m. 66’ya göre; “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür (f.1). Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz (f.2). Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür (f.3)”.

Adam çalıştıranın organizasyon sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğundaki ifa yardımcılarının fiillerinden doğan sorumluluk, birbirine oldukça benzerdir. Nitekim her iki sorumluluk türünde de, sorumluluğun kabul edilmesinin altında yatan saik, kusursuz sorumlu kimsenin belirli kişiler üzerindeki hâkimiyetinden kaynaklanmaktadır³⁷⁰. Bununla beraber ifa yardımcılarının fiillerinden doğan kusursuz sorumluluk hali bakımından, borçlu ile alacaklı arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması zorunluyken, adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından borçlu ile alacaklı arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması şart değildir³⁷¹. Gerek borçlu ile alacaklı arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğu (*sorumlulukların yarışması*) gerekse bulunmadığı durumlarda, doğrudan bu sorumluluğun işletilmesi mümkündür³⁷².

³⁶⁹ Detaylı bilgi için bkz. **EREN**, 636-745; **KILIÇOĞLU**, 421-531.

³⁷⁰ **TÜRKMEN**, Ahmet; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXX, S. 2, Y. 2012, s. 257-284, 260.

³⁷¹ **EREN**, 641.

³⁷² **OĞUZMAN/ÖZ**, C-2, 145; **ÖZDEMİR**, Üçüncü Kişinin Talebi, 264; **YÜNLÜ**, 211.

Adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğunun dayanağı, işletmede adam çalıştırana kanun tarafından yüklenen objektif özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi, bir diğer ifadeyle başkalarının zarar görmesini engelleyecek bir organizasyon kurulmamasıdır³⁷³. Dolayısıyla adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğundan söz edilebilmesi için öncelikle bir işletmenin bulunması ve bu işletme kapsamında borçlunun bir kişiyi istihdam ediyor olması gerekmektedir³⁷⁴.

Sorumluluğun doğması bakımından ikinci olarak, ya çalışanın gördüğü iş sırasındaki hukuka aykırı davranışlarıyla ya da işletmenin bir faaliyetinin hukuka aykırı bir şekilde üçüncü kişinin zararına yol açması gerekmektedir³⁷⁵. Ancak burada aynen ifa yardımcılarından doğan sorumlulukta olduğu gibi, zarara yol açan davranış veya işletme faaliyeti ile görülen iş arasında fonksiyonel bir bağlantının bulunması zorunludur³⁷⁶. Farklı bir deyişle adam çalıştırmanın verdiği zarar, gördüğü işten tamamen bağımsızsa veya işletmeden kaynaklanan zarar işletmenin organizasyonu ile bağlantılı bir olay sonucu doğmamışsa, adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğu doğmayacaktır³⁷⁷. Örneğin kadın hastalıkları ve doğum uzmanının muayenehanesinde çalışan bir hemşirenin mesai saatleri dışında işvereni olan hekimden izinsiz bir şekilde gebe bir kadına ilaç vermesi halinde, hekimin kusursuz sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Öte yandan adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunun doğabilmesi için çalışanın davranışının haksız fiilin kusur dışındaki tüm unsurlarını taşıması gerekir³⁷⁸. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu veya illiyet bağının kurulamadığı ya da kesildiği durumlarda, adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğuna gidilemeyecektir³⁷⁹.

Son olarak bu sorumluluk, bir özen sorumluluğu türü olduğundan, adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğabilmesi için kurtuluş kanıtı getirememesi aranmaktadır³⁸⁰. Başka bir ifadeyle adam çalıştırmanın gerekli özeni gösterdiğini ispatladığı

³⁷³TÜRKMEN, 260.

³⁷⁴KILIÇOĞLU, 434.

³⁷⁵OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 150; KILIÇOĞLU, 436-437.

³⁷⁶TÜRKMEN, 270.

³⁷⁷EREN, 643.

³⁷⁸EREN, 643.

³⁷⁹TÜRKMEN, 262; ÖZPINAR, 84.

³⁸⁰EREN, 649.

durumlarda, çalışanın veya işletmesindeki faaliyetin üçüncü kişilere verdiği zararlar, sorumluluğuna yol açmayacaktır³⁸¹. TBK m. 66'da kurtuluş kanıtı getirilebilecek haller, çalışana ilişkin olanlar (f.2) ile işletmeye ilişkin olanlar (f.3) şeklinde düzenlenmiştir.

Çalışana ilişkin kurtuluş kanıtı kapsamında adam çalıştırmanın ispatlaması gereken hususlar, i) *çalışanını seçerken*, ii) *işle ilgili talimat verirken* ve iii) *gözetim ve denetimde bulunurken*, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiği³⁸².

İşletmeye ilişkin olarak getirilebilecek olan kurtuluş kanıtı ise; işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olmasıdır³⁸³. İşletmenin çalışma düzeninden anlaşılması gereken, adam çalıştırmanın oluşturduğu iş organizasyonudur. Bu kapsamda adam çalıştırmanın, görülen işe göre yeterli sayıda ve nitelikte kişi çalıştırması, çalışma sürelerini, çalışanların görev ve sorumluluklarını kanuna uygun bir şekilde düzenlemesi, çalışanlara gerekli araç ve gereçleri sağlaması gibi pek çok yükümlülüğü yerine getirmesi gerekir ki, bu husus kısaca teknik anlamda gerekli tüm önlemlerin alınması olarak anılabilir³⁸⁴.

3.1.3. Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı

3.1.3.1. Maddi Tazminatın Kapsamı

Maddi tazminatın amacı, sorumluluk şartları gerçekleştiğinde, zarar gören kişinin, zarar verici olay nedeniyle malvarlığında meydana gelen azalmanın farklı bir ifadeyle haksız eylem neticesinde uğramış olduğu maddi zararların hukuka aykırı davranışta bulunun kişi ve kişilerden giderilmesini talep etmesidir.³⁸⁵

Tazminat sorumluluğu bakımından kural, uğranılan zararın tamamen giderilmesi ise de, bu kural her durumda mutlak bir şekilde uygulanmamakta; bazı durumlarda zarara kısmen ya da tamamen zarar gören katlanmak zorunda kalmaktadır³⁸⁶. Bu nedenle de tazminat sorumluluğunun kapsamı her durumda kati bir şekilde

³⁸¹KILIÇOĞLU, 437.

³⁸²OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 153; EREN, 650.

³⁸³OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 154; KILIÇOĞLU, 440.

³⁸⁴Benzer yönde bkz. YÜNLÜ, 218.

³⁸⁵EREN, 784.

³⁸⁶KILIÇOĞLU, 396.

belirlenememektedir³⁸⁷. Nitekim TBK m. 51/1’de tazminatın kapsamının ve ödenme biçiminin, hâkim tarafından takdir edileceği ve hâkimin takdir hakkını kullanırken durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını dikkate alacağı belirtilmiştir. Diğer yandan TBK m. 52’de tazminatın indirilmesine neden olacak hallere de yer verilmiştir. Anılan hükme göre; “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir”.

Bu açıklamalara göre, tazminat sorumluluğunun tavanını, uğranılan zarar oluşturmaktadır³⁸⁸. Bu zararın üstünde bir tazminata hükmedilmesi mümkün değildir³⁸⁹. Ancak bunun altında bir tazminata hükmedilebileceği gibi, hâkim tarafından tazminata hiç hükmedilmeyebilir³⁹⁰. Tazminatın indirilmesinde durumun gereği kapsamında özellikle zarar verenin kusuru, zarar görenin rızası, zarar görenin ortak kusuru gibi hususlar rol oynamaktadır. Önemle ifade etmek gerekir ki, indirim sebepleri yalnızca bu sayılanlarla sınırlı olmayıp, durumun gereği olarak indirim yapılmasını haklı kılan tüm sebepler bu kapsamda kabul edilmektedir³⁹¹. Örneğin doktrinde bu indirim sebeplerinin yanı sıra, beklenmeyen hal, tarafların ekonomik durumu, hastanın bünyesel yatkınlığı, hatır işleri gibi sebepler de tazminat sorumluluğu bakımından indirim sebebi sayılmaktadır³⁹².

3.1.3.2. Manevi Tazminatın Kapsamı

Maddi zarara nazaran manevi zararın soyut nitelikte olması, başka bir deyişle somut verilere dayanılarak ispatlanmasının mümkün olmaması, manevi tazminatın kapsamının belirlenmesinde, maddi tazminata oranla hâkime daha geniş ölçüde takdir hakkı vermektedir³⁹³. Nitekim TBK m. 56’da “Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar

³⁸⁷EREN, 785.

³⁸⁸OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 114; KILIÇOĞLU, 396; GÖKCAN, 1059.

³⁸⁹EREN, 784; ŞAHİN, 125.

³⁹⁰OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 115.

³⁹¹OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 119.

³⁹²EREN, 785; GÜNEY TUNALI, 112-113.

³⁹³EREN, 818.

görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.” hükmü yer almaktadır. Esasında bu husus, zararın ispatının düzenlendiği TBK m. 50’nin ikinci fıkrasında yer alan “Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.” hükmünden kaynaklanmaktadır. Manevi zarar bakımından, uğranılan zararın miktarının tam olarak ispat edilmesi mümkün olmadığına göre, hâkim manevi tazminata hükmederken, hakkaniyete göre hareket edecektir³⁹⁴.

Ancak bu durum, maddi tazminatın kapsamının belirlenmesinde dikkate alınan kıstasların, manevi tazminat bakımından uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Gerçekten de, zarar verenin kusuru, zarar görenin rızası veya kusuru, üçüncü kişinin kusuru, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, beklenmeyen hal, tıbbi müdahalenin hatır işi olması gibi hususlar, manevi tazminatın belirlenmesinde de dikkate alınmaktadır³⁹⁵.

Gebeliği sonlandırılan kadının hem gebeliğinin sonlanmasından hem de vücut bütünlüğüne yönelmiş eylemden kaynaklı acı, elem ve ıstırap duyabileceği farklı bir deyişle manevi tazminat boyutunun gündeme geleceği açıktır. Ancak yukarıda sıralanan kıstaslardan farklı olarak, manevi tazminat belirlenirken ayrıca, olayın zarar görende yarattığı manevi tahribat da göz önünde bulundurulmaktadır. Bu anlamda zarar gören gebe kadının yaşı, uğradığı bedensel zararın ağır olup olmaması, vücut bütünlüğünde kalıcı hasar bırakıp bırakmadığı, tekrar gebelik şansının bulunup bulunmaması, gebeliğin kaçınıcı haftasında olduğu, kendiliğinden mi yoksa tedavi sonucu mu gebe kaldığı gibi kıstaslar manevi tazminatın kapsamının belirlenmesinde etkili olmaktadır³⁹⁶.

Manevi tazminat, bir zenginleşme aracı olmadığından, kişilerin uğramış oldukları acı, elem ve ıstırabın giderilmesiyle yetinilmektedir. Bununla birlikte özellikle tıbbi müdahaleler bakımından manevi tazminatın caydırıcı olabilmesi için yüksek

³⁹⁴KESKİN, 118.

³⁹⁵ŞAHİN, 148.

³⁹⁶GÜNEY TUNALI, 114.

miktarda belirlendiği de vakidir³⁹⁷. Nitekim bir Yargıtay kararında da bu hususa işaret edilmektedir³⁹⁸.

3.1.4. Tazminat Sorumluluğunda Borçlu ve Alacaklı

Tazminat sorumluluğunda borçlu, esas olarak, haksız fiili ika eden veya sözleşmeyi gereği gibi ifa etmeyen kişidir. Alacaklı ise duruma göre ya sözleşmenin karşı tarafı ya da haksız fiile maruz kalan kişidir. Tazminat sorumluluğunda borçlu ve alacaklı yönünden esas bu olmakla beraber, uygulamada çoğunlukla birden fazla borçlu ve aynı şekilde birden fazla alacaklı taraf bulunmaktadır. Bu nedenle de borçlu ve alacaklıların tespiti, tazminat sorumluluğu bakımından oldukça önem taşımaktadır.

3.1.4.1. Borçlu

Tazminat sorumluluğunun borçlusunu, sorumluluğun kaynağından hareketle belirlemekte yarar vardır.

Sözleşme sorumluluğu bakımından borçlu, kural olarak, teşhis ve tedavi sözleşmesi kapsamında üstlendiği edimi tam ve doğru bir şekilde ifa etmeyen kimsedir. Bu kimse, sözleşmenin türüne göre değişmektedir; hekimlik sözleşmesi kapsamında borçlu hekimken, hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında ya sadece özel sağlık kuruluşu ya da hekimlik ilaveli hastaneye kabul sözleşmesinde olduğu gibi hem özel sağlık kuruluşu hem de hekimdir.

Sözleşme sorumluluğu kapsamında, sözleşmeyi gereği gibi ifa etmeyen kişi, ifa yardımcıları olsa dahi, sözleşmenin tarafı olma sıfatını koruyan kişinin borçlu sıfatı da devam etmektedir. Öte yandan bu son ihtimalde zarara neden olan ifa yardımcıları da, haksız fiil sorumluluğu kapsamında sorumluluğu doğmaktadır. Gerek hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinden gerekse ifa yardımcılarının

³⁹⁷ KESKİN, 130.

³⁹⁸ Yargıtay HGK.,T. 23.06.2004, E. 2004/13-291, K. 2004/370, “(...) Manevi tazminat gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde ve taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değer telafi etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek öte yandan zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla caydırıcı olabilmektir...”, GÜNEY TUNALI, 115, dn. 423.

verdiği zararlardan doğan sorumlulukta, borçlular arasında müteselsil sorumluluk bulunmaktadır. Zira TBK m. 61 gereğince, “Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır”. Dolayısıyla alacaklı, dilerse borçluların birine, dilerse tamamına başvurarak borcun tamamını talep edebilir³⁹⁹. Borçluların her biri, dış ilişkide, yani alacaklılara karşı, borcun tamamından sorumludur⁴⁰⁰. Borçluların aralarında yapmış oldukları, tazminattan sorumluluğa ilişkin anlaşmalar, alacaklılara karşı geçerli olmamakta; yalnızca iç ilişkide, başka bir ifadeyle tazminatın müteselsil borçlular arasında dağıtılmasında önem taşımaktadır⁴⁰¹.

Haksız fiil sorumluluğu bakımından borçlu, kural olarak zarar verici fiili işleyen kişidir. Gebeliğin sonlandırılması açısından bu kişi, gebe kadın ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunan hekim veya özel sağlık kuruluşu olabileceği gibi, herhangi bir üçüncü kişi de olabilir. Öte yandan adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğu bakımından, hem zarar veren kişi hem de onu istihdam eden kişi borçlu kabul edilmekte ve bu borçlular arasında müteselsil sorumluluk bulunmaktadır. Bu son husus, ifa yardımcısının verdiği bir zarardan ötürü haksız fiil sorumluluğunu işletecek olan alacaklılar açısından da geçerlidir.

3.1.4.2. Alacaklı

Hukukumuzda tazminat sorumluluğunda alacaklı belirlenirken *zarar gören* kavramından hareket edilmekte ve kural olarak üçüncü kişilerin uğradığı zararlar nedeniyle borçluya bir sorumluluk atfedilmemektedir⁴⁰². Başka bir ifadeyle haksız fiili ika edenin ya da sözleşmeyi gereği gibi ifa etmeyen, bu nedenle üçüncü kişilerin uğramış olduğu zararları karşılaması gerekmemektedir⁴⁰³. Ancak istisnai bazı durumlarda, bu kuraldan sapılarak, üçüncü kişilerin uğramış oldukları zararların

³⁹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 305.

⁴⁰⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 304; EREN, 840.

⁴⁰¹ EREN, 840.

⁴⁰² AYAN, 121.

⁴⁰³ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZEL, Çağlar; “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 4, s. 81-106, 92 vd.

da giderilmesine çalışılmakta ve üçüncü kişiler de tazminat sorumluluğu bakımından alacaklı konumunda olabilmektedir⁴⁰⁴.

Bu açıklamalara göre, gebeliğin sonlandırılmasından doğan hukuki sorumlulukta, gerek hekimlik sözleşmesinin tarafı gerekse haksız fiile maruz kalan kişi olmasından ötürü, tazminat sorumluluğunda hak sahiplerinin en başında gebe kadın gelmektedir. Gebeliği sonlandıran müdahale dolayısıyla gebe kadının uğramış olduğu hem maddi hem de manevi zararlar, doğrudan zarardır ve her ikisinin de giderilmesi gerekmektedir.

Öte yandan gebeliğin sonlandırılmasından ötürü doğrudan zarara uğrayan gebe kadın dışındaki kişilerin zararları da, tazminat sorumluluğu için gerekli şartların bulunması halinde karşılanmaktadır. Nitekim bu konuya ilişkin bir Yargıtay kararında da, bu hususa işaret edilerek, “Cismani zarar kavramına, ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı (ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü) gibi hallerin de girdiği kabul edildiğine göre; eğer bir kimsenin cismani zarara maruz kalması sonucunda, onun (ana, baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinin de (aynı eylem nedeniyle) hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır bir şekilde haleldar olmuşsa onlar da manevi tazminat talep edebilirler. Çünkü bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı vardır ve zararlarının niteliği itibarıyla onların da ihlal edilen normun koruma amacı içinde bulunduklarının kabul edilmesi gerekir. Başka bir anlatımla, böyle hallerde, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarara maruz kalma söz konusudur.”⁴⁰⁵ ifadelerine yer verilmiştir.

Doğrudan zarar kapsamında incelenmesi gereken önemli bir mesele eşin rızası olmaksızın gebeliğin sonlandırılması halinde bir tazminat talep edilemeyeceğidir. İlk bölümde de incelendiği üzere, NPHK m. 6/2’de istek üzerine gebeliğin sonlandırılmasında, eşin rızası aranmaktadır. Doktrinde bir görüş, bu hükmün bir koruma normu olarak değerlendirilmesi halinde, eşin haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat talep edebileceğini ifade etmektedir⁴⁰⁶. Kanaatimizce de hükmün olması gereken hukuk açısından hatalı olması bir yana

⁴⁰⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 70.

⁴⁰⁵ YHGK, T.26/04/1995, E. 1995/11-22, K. 1995/430, Karar için bkz. ÇAKIRCA, 788, dn. 11.

⁴⁰⁶ BADUR, 220.

birakılırsa, istek üzerine gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasını arayan düzenleme bir koruma normu niteliği taşımaktadır ve rızası alınmayan eş, gerek gebe kadından gerekse hekimden haksız fiil hükümleri kapsamında tazminat talep edebilir.

Bu gibi doğrudan zararlar dışında kanun koyucu kimi istisnai durumlarda doğrudan zarar niteliği taşımayan bazı zararların da karşılanması gerektiğine hükmetmektedir⁴⁰⁷. Gebeliğin sonlandırılması bakımından gündeme gelebilecek istisnai düzenlemeler; TBK m. 53/1(3)'te düzenlenen ölüm veya ağır bedensel zararlar halinde destekten yoksun kalma tazminatı ile TBK m. 56/2'de düzenlenen manevi tazminattır.

Destekten yoksun kalma tazminatı, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpların giderilmesini amaçlayan bir tazminattır⁴⁰⁸. Gebeliğin sonlandırılması nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatına hak kazanılabilmesi için, gebe kadının hatalı tıbbi müdahale nedeniyle ölmesi gerekmektedir. Ayrıca gebe kadın ile tazminat talebinde bulunan kişi arasında bir destek ilişkisinin de bulunması gerekir.

Destek ilişkisi ile kastedilen, ekonomik temelli olarak “destek” ile “destek gören” arasında kurulan ve destek görenin bakımını karşılamayı amaçlayan fiili ve düzenli bir yardım ilişkisidir⁴⁰⁹. Bu ilişki fiili bir temele dayandığından, aile hukukundan ve miras hukukundan bağımsızdır⁴¹⁰. Başka bir ifadeyle destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için destek gören ile destek arasında aile hukuku içerisinde değerlendirilebilecek bir ilişkinin varlığı şart olmadığı gibi, destek görenin gebe kadının mirasçısı sıfatına sahip olması da gerekmemektedir⁴¹¹. Destekten yoksun kalma tazminatı istemi için gereken tek bağlantı, destek görenin bakımının fiilen ve düzenli bir şekilde destek tarafından yapılmasıdır⁴¹².

⁴⁰⁷ÖZEL, 97.

⁴⁰⁸KOCABAŞ, Gediz; “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 20, S. 3, Y. 2014, s. 273-302, 275; DEMİRCİOĞLU, Murat ve BALSEVER, Sergül; “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sonrası Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y. 2016, C. 74, s. 1167-1183, 1172.

⁴⁰⁹EREN, 777; KOCABAŞ, 286; DEMİRCİOĞLU/BALSEVER, 1174.

⁴¹⁰KOCABAŞ, 280-281.

⁴¹¹ÖZPINAR, 95; DEMİRCİOĞLU/BALSEVER, 1177.

⁴¹²EREN, 777.

Her ne kadar destek ilişkisi aile hukuku ve miras hukukundan bağımsızsa da, eşler arasında veya ebeveynler ile çocuklar arasında aksi ispatlanmadıkça destek ilişkisinin bulunduğu varsayılmaktadır⁴¹³. Öte yandan destek ilişkisinin mutlak anlamda ölüm anından önce kurulmuş olması bu tazminat bakımından zorunlu değildir; ölüm olayı yaşanmasaydı, ölen ile tazminat talebinde bulunan kişi arasında destek ilişkisinin kurulacağının öngörüldüğü durumlarda da (*farazi destek*), destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilmektedir⁴¹⁴. Burada belirtmek gerekir ki doktrindeki haklı bir görüşe göre tıbbi müdahale neticesinde gelecekteki yaşam hakkı sonlandırılan ceninin hak ehliyeti bulunmadığından farklı bir deyişle kişilik kazanmadığından ileride davacılar destek olacağı da kabul edilemez⁴¹⁵.

TBK m. 56/2’de yer alan manevi tazminat düzenlemesine göre ise, gebeliği sonlandıran tıbbi müdahale neticesinde gebe kadının ağır bedensel zarara uğraması veya ölmesi halinde, yakınları manevi tazminat talep etme hakkına sahip olmaktadır. Dikkat edilirse bu tazminat, gebe kadının manevi tazminat hakkından bağımsız olup, onun tazminat talebinde bulunmasından ya da bu hakkından feragat etmesinden etkilenmemektedir. Bu tazminatın talep edilebilmesi için gebe kadının müdahale sonucunda ya ağır bedensel zarara uğraması ya da ölmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle gebe kadının uğradığı hafif bedensel zarar halinde yakınlarının uğradıkları manevi zarar ne kadar büyük olursa olsun, manevi tazminat talep etme hakları bulunmamaktadır.

Hükümde ağır bedensel zararların ne olduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamaktaysa da, gebe kadının omurilik felcine uğraması, üreme fonksiyonunu veya cinsel fonksiyonunu kaybetmesi gibi hususlar, bu zararlara örnek teşkil edebilir⁴¹⁶. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki, bir zararın ağır bedensel zarar teşkil edip etmeyeceği zarar gören ile yakınları arasındaki yakınlık derecesine göre belirlenmektedir. Dolayısıyla örneğin gebe kadının cinsel fonksiyonunu kaybetmesi eşi açısından bir ağır bedensel zarar niteliği taşıırken, diğer aile bireyleri açısından ağır bedensel zarar hüviyeti taşımayabilecektir.

⁴¹³EREN, 778.

⁴¹⁴OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 105; DEMİRCİOĞLU/BALSEVER, 1174.

⁴¹⁵HAKERİ, 951.

⁴¹⁶ÇAKIRCA, 796-797.

Bu tazminatın talep edilebilmesi için son şart, gebe kadının “yakını” olmaktır. Yakınlıktan maksat, gebe kadının ağır bedensel zarara uğramasından ya da ölmesinden dolayı, acı, elem ve ıstırap duyacak şekilde gebe kadınla duygusal yakınlık içinde bulunmaktır⁴¹⁷. Bunun için mutlaka gebe kadının ailesi kavramı içerisinde değerlendirilmek zorunlu olmadığı gibi ailesinde olan her kişinin de doğrudan doğruya gebe kadının yakını sayılması mümkün değildir⁴¹⁸. Bununla beraber Yargıtay kararlarında, eş, nişanlı, anne, baba, çocuk ve kardeşlerin, yakın kavramı içerisinde değerlendirildiği görülmektedir⁴¹⁹.

3.1.5. Tazminat Sorumluluğunda İspat Yükü ve Zamanaşımı

İspat yükü ve zamanaşımı, tazminat sorumluluğunun varlığı veya kapsamı ile ilgili olmamasına rağmen, bu iki husus, tazminatın talep edilebilmesi bakımından oldukça önem taşımaktadır.

İspat yükünün tazminat sorumluluğu açısından taşıdığı anlam, medeni yargılama hukukuna hâkim olan, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinden ileri gelmektedir⁴²⁰. Resen araştırma ilkesinin karşısı olan bu ilke gereğince, maddi bir hakkın, mahkeme tarafından tanınabilmesi için taraflarca ispatlanması gerekmektedir⁴²¹. Dolayısıyla medeni hukuk yargılamasında, gerçekte mevcut olan bir tazminat alacağı, gerekli ispat vasıtalarıyla ispatlanmadıkça, mahkeme tarafından hüküm altına alınamamaktadır⁴²².

Zamanaşımının tazminat sorumluluğunda oynadığı rol ise, tazminat alacağını sona erdiren bir neden olmayıp, alacağı bir eksik borç haline getirmesinde görülmektedir⁴²³. Başka bir ifadeyle zamanaşımına uğramış bir tazminat hakkı,

⁴¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 287.

⁴¹⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 288.

⁴¹⁹ Detaylı bilgi için bkz. ÇAKIRCA, 801 vd.

⁴²⁰ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. YAVAŞ, Murat; “Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 1 (Mehmet Akif Aydın’a Armağan), s. 741-761, 741 vd.

⁴²¹ ÖZMUMCU, Seda; “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, Y. 2014, s. 145-171, 146.

⁴²² ÖZMUMCU, 146; YAVAŞ, 743.

⁴²³ GÖKCAN, 1096; YILMAZ, 331.

müeyyidesini kaybederek, borçlunun serbest iradesiyle yerine getirilmedikçe ne mahkeme yoluyla talep edilebilir ne de takip konusu yapılabilir hale gelmektedir⁴²⁴.

3.1.5.1. İspat Yüğü

İspat yükünü genel olarak düzenleyen TMK m. 6'ya göre, "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür". Benzer bir düzenlemeye yer veren HMK m. 190/1'e göre de, "İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir".

Görüldüğü üzere ispat yükü bakımından hukukumuzda kural, ispat yükünün hak iddiasında bulunan tarafa bırakılmasıdır⁴²⁵. Bu kuralın istisnasını ise kanunda aksine bir hüküm bulunması oluşturmaktadır.

Tazminat sorumluluğu açısından ispatlanması gereken hususlar, genel olarak, tazminat sorumluluğunun şartlarıdır. Bir diğer ifadeyle tazminat sorumluluğuna yol açan fiil, hukuka aykırılık, zarar, illiyet bağı ve kusur ispatlanmalıdır. İspatlanması gereken unsurlar hem sözleşme sorumluluğu hem de haksız fiil sorumluluğu bakımından ortaktır⁴²⁶. Bununla beraber, iki sorumluluk kaynağı bazı unsurlar açısından ispat yükünü farklı taraflara bırakmalarından ötürü kimi noktalarda ayrılmaktadır.

Sözleşme sorumluluğunda, bir sözleşmenin var olduğunu ispatlaması gereken taraf, tıbbi müdahaleden zarar gören kimsedir⁴²⁷. Buna göre gebe kadın veya diğer tazminat alacaklıları, gebe kadın ile müdahalede bulunan kişi arasında bir sözleşmenin bulunduğunu ortaya koymalıdır. Aynı şekilde haksız fiil sorumluluğunda da, bir fiilin mevcut olduğunu ispatlaması gereken, zarar gören kimsedir.

Hukuka aykırılık unsuru bakımından ise zararın hangi değerler üzerinde gerçekleştiğinden hareketle bir sonuca varılması gerekir. Eğer gebeliğin sonlandırılmasına yönelik müdahale neticesinde bir kişilik hakkı zarar görmüşse,

⁴²⁴KILIÇOĞLU, 1100.

⁴²⁵OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 81; GÖKCAN, 1077.

⁴²⁶HAKERİ, 959; GÖKCAN, 1081; YILMAZ, 291.

⁴²⁷AYAN, 63.

ispat yükü gebeliği sonlandıran müdahalede bulunan kimseye yüklenmektedir. Zira TMK m. 23 gereğince, kişilik haklarına yapılan saldırılar, kural olarak, hukuka aykırıdır; yalnızca kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar gibi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde, hukuka aykırılık ortadan kalkmaktadır⁴²⁸. Bu nedenle kişilik haklarına zarar veren bir müdahale bakımından müdahalede bulunan kimsenin bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğunu ispatlaması gerekir. Kişilik hakları dışında kalan malvarlığı değerlerine yönelik saldırılarda ise hukuka aykırılık unsuru zarar gören tarafından ispatlanmalıdır. Bu husus, her iki sorumluluk kaynağı bakımından da ortaktır.

Zararın ispatı, her iki sorumluluk kaynağında da zarar görene düşmektedir⁴²⁹. Nitekim TBK m. 50/1'e göre, "Zarar gören, zararını (...) ispat yükü altındadır". Her ne kadar zararın, zarar gören tarafından ispat edilmesi zorunluysa da, zarar miktarının mutlaka tam olarak ispat edilmesi gerekmemektedir⁴³⁰. Ancak böyle bir durumda hâkim, TBK m. 50/2 gereğince, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir⁴³¹.

İllyet bağıının ispatlanması da, tazminat talebinde bulunan kimseye düşmektedir⁴³². Bu ispatın yapılması halinde zarar veren, sorumluluktan kurtulabilmek için illiyet bağıını kesen bir sebebin gerçekleştiğini ispatlamalıdır. Ancak "maruf ve meşhur olay" olarak tabir edilen hususların ispatlanması gerekmemektedir⁴³³. Bu anlamda örneğin gebeliği sonlandırılmasından doğan zararda illiyet bağıını kesen sebep, Gölcük depremi gibi maruf ve meşhur bir olaysa, zarar verenden bunu ispatlaması beklenmemektedir.

Kusurun ispatı ise her iki sorumluluk kaynağı açısından farklı belirlenmiştir. Haksız fiil sorumluluğunda, TBK m. 50/1 gereğince, zarar gören, zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır⁴³⁴. Buna karşılık doktrinde hekimlik meslek kurallarına aykırı

⁴²⁸BADUR, 17.

⁴²⁹AYAN, 121; HAKERİ, 951; ÖZDEMİR, 197; YILMAZ, 291.

⁴³⁰EREN, 746-747; KILIÇOĞLU, 533; HAKERİ, 952; ÖZDEMİR, 197.

⁴³¹ÖZDEMİR, 197.

⁴³²AYAN, 111; GÖKCAN, 1064.

⁴³³KILIÇOĞLU, 532.

⁴³⁴HAKERİ, 969.

davranışların kusur varlığına karine teşkil ettiği ve zarar görenin işlenen haksız fiil bakımından yalnızca hekimin meslek kurallarına aykırı hareket ettiğini ispatlamasının yeterli olduğu belirtilmektedir⁴³⁵. Sözleşme sorumluluğunda ise tazminat talebinde bulunan kimsenin, kusuru ispatlaması gerekmemektedir⁴³⁶. Çünkü sözleşme sorumluluğunda TBK m. 112 uyarınca, borçlunun, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini, başka bir ifadeyle kusursuz olduğunu ispatlaması aranmaktadır⁴³⁷. Dolayısıyla borçlu kusursuzluğunu ispatlamadıkça, sorumluluğuna hükmedilmektedir.

Kusursuz sorumluluk halleri bakımından, haksız fiil sorumluluğunda yani TBK m. 66 kapsamında adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğunda, zarar görenin ispatlaması gereken husus, çalışanın veya işletme faaliyetinin kusurudur, başka bir deyişle adam çalıştırmanın kusurunu ispatlaması şart değildir. Bu ispatın yapılması halinde adam çalıştırıcı, sorumluluktan kurtulabilmek için kurtuluş kanıtı getirmelidir⁴³⁸. Sözleşme sorumluluğunda ise yani TBK m. 116 kapsamında bir ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğun doğduğu durumlarda borçlunun kusursuzluğunu ispatlaması yeterli olmamaktadır. Bu takdirde borçlunun, borcu bizzat yerine getirseydi dahi doğacak zarardan bir sebepten ötürü (*illiyet bağıını kesen sebepler gibi*) sorumlu olmayacağını ispatlaması gerekmektedir⁴³⁹.

Tıbbi müdahaleden doğan sorumlulukta ispat yükü açısından üzerinde durulması gereken son bir nokta, ilk görünüş ispatıdır⁴⁴⁰. İlk görünüş ispatı da, kusurun ve nedensellik bağının tam olarak ispatlanmasının güç olduğu olaylarda başvurulacak bir ispat türüdür⁴⁴¹. Bu ispat türünde, olayların oluş şeklinin hayat tecrübeleri kapsamında değerlendirilmesinden hareketle, başka bir deyişle fiili karinelere yola çıkılarak, olayın ispatlandığı varsayılmaktadır⁴⁴². Bu anlamda, gebeliğin sonlandırılması bakımından, gebe kadının vücudundaki bulgular, kullanılan yöntem,

⁴³⁵ HAKERİ, 969; GÖKCAN, 1079.

⁴³⁶ HAKERİ, 969.

⁴³⁷ GÖKCAN, 1080.

⁴³⁸ KILIÇOĞLU, 837.

⁴³⁹ KILIÇOĞLU, 835.

⁴⁴⁰ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. TAŞPINAR, Sema; “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 45, S. 1-4, Y.1996, s. 533-572, 541 vd.

⁴⁴¹ TAŞPINAR, 558.

⁴⁴² HAKERİ, 965; GÖKCAN, 1075; TAŞPINAR, 557; GÜNEY TUNALI, 98.

genital bölgede yaralar, toksik ilaç etkileri gibi hususlar, fiili karine niteliği taşıyabilmekte⁴⁴³ ve bunların ispatlanması halinde, nedensellik bağının veya kusurun ispatlandığı kabul edilebilmektedir.

3.1.5.2. Zamanaşımı

Tazminat sorumluluğunda zamanaşımı süreleri, haksız fiil sorumluluğu, sözleşme sorumluluğu ve vekâletsiz iş görmeden kaynaklı sorumluluk bakımından farklı şekilde düzenlenmiştir.

Haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımının düzenlendiği TBK m. 72/1'e göre, "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır".

Görüldüğü gibi haksız fiil sorumluluğunda, *kısa zamanaşımı*, *uzun zamanaşımı* ve *uzamış ceza zamanaşımı* olmak üzere üç farklı zamanaşımı süresi belirlenmiştir ve bu süreler hem maddi hem de manevi tazminat talebi için uygulanır⁴⁴⁴. Kanunda öngörülen sürelerden ilki olan kısa zamanaşımı süresi, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren iki yılın geçmesiyle dolmaktadır. Buradaki iki yılın başlangıç anı, hem fiilin hem de failin öğrenilmesiyle başlamaktadır⁴⁴⁵. Zarar görenin talep hakkı, fiilin işlenmesinden itibaren geçen on yıllık süre zarfında geçerliliğini korumakta, bu on yıllık süre içerisinde fail veya fiil öğrenilmese dahi tazminat istemi zamanaşımına uğramaktadır⁴⁴⁶.

Ancak haksız fiilin aynı zamanda ceza kanunları anlamında suç oluşturduğu ve bu suç açısından ceza kanunlarında on yıllık uzun zamanaşımı süresinden daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörüldüğü durumlarda, ceza kanunlarında öngörülen bu uzun

⁴⁴³ GÜNEY TUNALI, 103.

⁴⁴⁴ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. SAVAŞ, Fatma Burcu; "Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 74, Y. 2008, s. 121-148, 125 vd.; Doktrinde zamanaşımı sürelerini normal süre, üst(azami) süre ve istisnai süre olarak da isimlendiren yazarlar bulunmaktadır, bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 73.

⁴⁴⁵ EREN, 852.

⁴⁴⁶ KILIÇOĞLU, 626-627.

zamanaşımı süresi uygulanmaktadır⁴⁴⁷. Hükümde net olarak ifade edilmemiş olsa da, buradaki zamanaşımı süresinden anlaşılması gereken TCK m. 66'da düzenlenen *dava zamanaşımı* süresidir⁴⁴⁸. Bir başka ifadeyle burada TCK m. 68'de düzenlenen ceza zamanaşımı süresi uygulanmamaktadır.

Bu itibarla gebeliği sonlandıran bazı fiillerin, üçüncü bölümde incelenecek olan çocuk düşürtme suçlarına yol açması mümkündür. Bu takdirde daha uzun bir dava zamanaşımı süresinin belirlenmesi halinde, on yıllık süre yerine bu süre uygulanacaktır. Örneğin TCK m. 99/1'de rızasız çocuk düşürtme suçunun cezası, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. TCK m. 66/1(d) uyarınca, beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda dava zamanaşımı süresi on beş yıldır. Dolayısıyla gebeliği sonlandıran tıbbi müdahalenin hem haksız fiil hem de rızasız çocuk düşürtme suçu oluşturduğu durumlarda, uzamış ceza zamanaşımı süresi gündeme gelecek ve iki yıllık kısa süre ile on beş yıllık uzun süre uygulanacaktır.

Ceza zamanaşımının geçerli olması için hekim hakkında ceza davası açılmış olması veya hakkında mahkumiyet kararı verilmiş olması gerekli olmayıp, hukuka aykırı fiilin ceza kanunları kapsamında cezayı gerektiren bir suç olması yeterlidir⁴⁴⁹.

Sözleşme sorumluluğundaki zamanaşımı süresi ise esasında TBK m. 146'da on yıl olarak belirlenmesine rağmen, TBK m. 147(5)'te, vekâlet sözleşmesinden doğan alacakların beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu ifade edilmiştir. Gerek hekimlik sözleşmesi gerekse hastaneye kabul sözleşmesi vekâlet sözleşmesi niteliği taşıdığından, tıbbi müdahaleden doğan sözleşmesel sorumluluğa beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır⁴⁵⁰. Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere zamanaşımı, zarar ve kapsamının tüm unsurlarıyla öğrenildiği andan itibaren başlayacaktır⁴⁵¹.

⁴⁴⁷GÖKCAN, 1101.

⁴⁴⁸KILIÇOĞLU, 632; GÖKCAN, 1101; SAVAŞ, 41.

⁴⁴⁹OĞUZMAN/ÖZ, C-2, 78; EREN, 857; HAKERİ, 968.

⁴⁵⁰GÖKCAN, 1097.

⁴⁵¹Çeşitli kararlar için bkz. ÖZPINAR, 100; GÜNEY TUNALI, 116, dn. 431.

Vekâletsiz işgörmeye dayalı durumlarda ise, özel bir düzenleme yer almadığından, TBK m.146 gereği bu hallerde de genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süre uygulanacaktır⁴⁵².

⁴⁵²**HAKERİ**, 968; **SARUHAN**, 129-130.

BÖLÜM III

4. GEBELİĞİN SONLANDIRILMASININ CEZAI SONUÇLARI

4.1. GENEL OLARAK

Gebeliğin hukuki düzenlemelerde aranan şartlara aykırı bir şekilde sonlandırılması, hukuki sorumluluğun yanı sıra cezai sorumluluğa da yol açabilir. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki bu iki sorumluluk bazı noktalarda kesişse de, esasında birbirlerinden bağımsızdır. Şu halde hukuki sorumluluğa yol açan bir durum, cezai sorumluluğa yol açmayabilir ya da tazminat sorumluluğunun bulunmadığı bir olayda cezai sorumluluk bulunabilir. Bu nedenle gebeliğin sonlandırılmasından doğan cezai sorumluluğun, hukuki sorumluluktan ayrı olarak değerlendirilmesi gerekir.

Çocuk düşürtme ve düşürme fiilleri, başka bir ifadeyle gebeliğin sonlandırılması, tarihin çok eski suç tiplerinden biri olup, tarih boyunca tartışılıp farklı şekillerde yorumlanmış ve yaptırımlara tabi tutulmuştur⁴⁵³. Ceza hukuku doktrininde suçun mağdurunun kim olduğu, suçun konusunun ve korunan hukuksal yararın ne olduğu, suçun maddi ve manevi unsurları gibi hususlarda tartışmalar ise halen güncelliğini korumaktadır⁴⁵⁴.

Gebeliğin sonlandırılması, gebe kadının vücudu üzerinde bir müdahaleyi gerektirdiğinden, öldürme ve yaralama suçları ile oldukça yakın bir ilişki içerisindedir⁴⁵⁵. Nitekim bu yakın ilişkiyi dikkate alan kanun koyucu, gebeliğin sonlanmasını, TCK bakımından hem kasten öldürme hem de kasten yaralama suçlarının nitelik değiştirmesine yol açacak bir durum olarak düzenlemiştir. Örneğin, TCK m. 82/1(f)'ye göre⁴⁵⁶, kasten öldürme suçunun gebe olduğu bilinen bir kadına karşı işlenmesi, kasten öldürme suçunun nitelikli bir halini teşkil etmekte ve fail,

⁴⁵³AKBULUT/KAREEM, 14; DÖNMEZ, 103.

⁴⁵⁴AKBULUT/KAREEM, 13.

⁴⁵⁵ERMAN, 27.

⁴⁵⁶ TCK m.82: “(1) Kastan öldürme suçunun; (...) f) Gebe olduğu bilinen kadına karşı (...) işlenmesi halinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.”

ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmaktadır⁴⁵⁷. Aynı şekilde TCK m. 87/2(e) gereğince⁴⁵⁸, kasten yaralama fiili gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine neden olmuşsa, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan söz edilmekte ve bu durumda TCK m.86'ya göre belirlenen ceza iki kat artırılmaktadır. Bu yakın ilişkiyi çocuk düşürtme suçunun düzenlendiği TCK m. 99'da da görmek mümkündür. Nitekim TCK m. 99/4 uyarınca, gebelik süresi on haftadan fazla olan gebeliği sonlandıran davranışın gebe kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına ya da ölmesine neden olması, çocuk düşürtme suçunun birer nitelikli halini oluşturmaktadır.

Bu doğrultuda, kasten yaralama ve öldürme suçları ile gebeliğin sonlandırılması arasındaki bağlantı, birbirlerinin neticesi olmaktan ileri gelmektedir. Başka bir ifadeyle bu iki suç ya gebeliğin sonlandırılmasının bir neticesidir (*gebeliği sonlandıran tıbbi müdahale sonucu kadının ölmesi gibi*) ya da gebeliğin sonlanması bu suçların neticesinde (*kasten öldürme suçu işlenen kadının gebe olması gibi*) oluşmaktadır. Oysaki TCK'nın *Kişilere Karşı Suçlar* başlıklı ikinci kısmının *Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma* başlıklı beşinci bölümünde, doğrudan doğruya gebeliğin sonlanmasını konu edinen iki suç bulunmaktadır. Bunlar TCK m. 99'da düzenlenen "çocuk düşürtme suçu" ile TCK m. 100'de düzenlenen "çocuk düşürme suçu"dur. Dolayısıyla çalışmanın kapsamı dikkate alındığında, gebeliğin sonlandırılmasının cezai sonuçları bakımından, gebeliğin sonlandırılmasına özgü suçlar üzerinde yoğunlaşılması, öldürme ve yaralama suçlarına ise yeri geldikçe değinilmesi makul bir çözüm olacaktır.

Hukuki anlamda kişilik, tam ve sağ doğumla başladığından, ceninin kişi olarak kabul edilmesi mümkün olmamakla birlikte, gelecekte kişilik kazanacağı öngörüsüyle TCK'da cenini korumaya yönelik belli bazı hükümler sevk edilmiştir⁴⁵⁹. Diğer yandan çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarının temelinde, kişilik kazanacağı

⁴⁵⁷İÇEL, Kayıhan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. bs. (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), 439; DÖNMEZ, 102.

⁴⁵⁸ TCK m.87- (2) Kasten yaralama fiili, mağdurun;... e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine, neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde beş yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde sekiz yıldan az olamaz.

⁴⁵⁹HAKEKİ, Kürtaj ve Sezaryen, 48-49; AYDIN, Murat; "Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19.2(2011), s. 69-100, 70.

inancı taşınan ceninin korunması düşüncesinin yer almasının yanı sıra⁴⁶⁰, bu suçlar aynı bölüm altında düzenlendikleri kısırlaştırma suçu ile birlikte, neslin güvenli ve sağlıklı bir şekilde devamını sağlamayı da amaçlamaktadır⁴⁶¹. Bu nedenle kişilere karşı suçlar arasında düzenlenen çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarının, topluma karşı suçlar arasında mütalaa edilmesinin de mümkün olduğu söylenebilir.

Çalışmada çocuk düşürtme ve düşürme suçları ayrı ayrı incelenecek olup, suçların incelenmesinde yeri geldikçe NPHK ve bu Kanuna dayalı olarak çıkartılan Tüzük de göz önünde bulundurulacaktır. Nitekim TCK m.99'un gerekçesinde belirtildiği üzere⁴⁶², bu suçlar bakımından NPHK'da yer alan hükümler göz önünde bulundurularak madde düzenlemesi yapılmıştır.

4.2. ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇLARI

4.2.1. Türleri

Çocuk düşürtme suçu, TCK m.99'da altı fıkra halinde düzenlenmiştir. Bu fıkralar tetkik edildiğinde, birden fazla türde çocuk düşürtme suçunun bulunduğu ve bu açıdan çocuk düşürtme *suçlarından* söz etmenin daha doğru olduğu görülmektedir. Zira TCK m. 99'da gebe kadının rızasından hareketle, üç farklı tipte çocuk düşürtme suçuna yer verilmiş durumdadır⁴⁶³.

Çocuk düşürtme suçunun ilk hali, TCK m. 99/1'de düzenlenmiş olup, söz konusu fıkroda "Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükmü yer almaktadır. Bu suç, çalışma bakımından *rızasız çocuk düşürtme suçu* olarak adlandırılacaktır.

Suçun ikinci hali ise TCK m. 99/2'de, "Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adlî para

⁴⁶⁰ OKTAR, 12; KİTAPÇIOĞLU, 298.

⁴⁶¹ ERTUĞRUL, 83; DOĞAN, 100.

⁴⁶² TCK m.99 gerekçesi: "Çocuk düşürme ve düşürtme suçları açısından 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda yer alan hükümler göz önünde bulundurulmak suretiyle bir düzenleme yapılmıştır. Bu Kanunun öngördüğü hükümler, bugünkü toplumsal ihtiyaçları karşıladığı kanaatinde bulunulduğundan, madde metninin düzenlenmesinde esas alınmıştır."

⁴⁶³ Aynı görüşte AKBULUT/KAREEM, 20.

cezasına hükmolunur.” şeklinde kaleme alınmıştır. Bu suç, çalışma kapsamında *rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu* olarak anılacaktır.

Çocuk düşürtme suçunun üçüncü hali, TCK m. 99/5’in ilk cümlesinde yer almaktadır. Söz konusu cümleye göre, “Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”. Bu suç, çalışma açısından *yetkisiz kişinin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu* olarak adlandırılacaktır.

Esasında yetkisiz kişinin çocuk düşürtme eylemi, TCK m. 99/5’in ikinci cümlesinde diğer iki çocuk düşürtme suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir⁴⁶⁴. Nitekim ilgili cümleye göre, “Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur”.

Dikkat edilirse, yetkisiz kişinin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu, yalnızca gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun düşürtülmesinde söz konusu olabilir. NPHK gereğince on haftayı doldurmamış gebeliklerde, istek üzerine gebeliğin sonlandırılması mümkünse de, bu tıbbi müdahalenin yetkili hekim tarafından yapılması gerekir. Nitekim bu suçta cezalandırılan da müdahalenin yetkili hekim tarafından yapılmamasıdır. Zira gebe kadının gebeliğin sonlandırılması amacıyla verdiği rızanın hukuka uygun olabilmesi için, rıza açıklamasının tıbbi müdahalede bulunacak yetkili hekime yönelmesi zorunlu olduğundan, bu suç açısından aslında hukuka aykırı bir rıza açıklaması bulunmaktadır. Son olarak buradaki “rızaya dayalı olsa bile” ifadesinin, “rızaya dayalı olarak” okunması, on haftayı doldurmamış gebeliklerin yetkisiz kişi tarafından rızasız sonlandırılmasının, TCK m. 99/5’in ikinci cümlesinde düzenlenen, “yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller” kapsamında değerlendirilerek, gebeliği sonlandıran kişiye TCK m. 99/1’deki cezanın yarı oranında artırılarak uygulanması gerekir.

Bunların dışında TCK m. 99/3-4 ile m. 99/5’in ikinci cümlesinde suçun nitelikli hallerine yer verilmiştir⁴⁶⁵. Ayrıca TCK m. 99/6’da kadının mağduru olduğu bir suç

⁴⁶⁴OKTAR, 160.

⁴⁶⁵HAKERİ, 1167.

sonucunda gebe kalması durumunda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır.

4.2.2. Rızasız Çocuk Düşürtme Suçu

4.2.2.1. Genel Olarak

Rızasız çocuk düşürtme suçunun düzenlendiği TCK m. 99/1'e göre, "Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır". Hükümde her ne kadar, failin kimliğine işaret edilmemekteyse de, TCK m. 99/5 ile birlikte değerlendirildiğinde, hükümde düzenlenen suçun temel halinin, yetkili hekimin rızasız çocuk düşürtme suçu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁶⁶.

Burada yetkili hekimin kim olduğu hususu önem arz etmektedir. Tüzük'ün on haftayı geçmeyen gebeliklerde rahim tahliyesi başlıklı üçüncü maddesi bu hususa açıklık getirmektedir. Tüzük m.3'e göre, "Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır. Ancak, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon⁴⁶⁷ yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler". Dolayısıyla yetkili hekimden kasıt; kadın hastalıkları ve doğum uzmanları ile Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerdir.

4.2.2.2. Korunan Hukuksal Yarar

Rızasız çocuk düşürtme suçu ile korunması amaçlanan hukuki değer ne olduğu hususunda doktrinde çeşitli açıklamalar getirilmiş ve bu suç tipiyle korunmak istenen hukuki değer olarak birden fazla değere işaret edilmiştir. Bu anlamda normla korunan hukuki değerler arasında, ceninin hayatı, annenin yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığı, genel ahlak kuralları, devletin nüfus politikası, ulusun, ırkın ya da

⁴⁶⁶ Aynı yönde bkz. **KESKİN KIZIRLIOĞLU**, 171; **ERDEM**, 1654.

⁴⁶⁷ Tüzük m.2/d: "menstrüel regülasyon (MR), vakum aspirasyon yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahaleyi ifade eder."

toplumun varlığını sürdürme hakkı, aile düzeni, gebe kadının ve baba adayının neslini devam ettirme hakkı gibi değerler sayılmıştır⁴⁶⁸.

Maddenin kaleme alınışında, kadının rızası odak noktası yapıldığından, kanaatimizce bu suç tipiyle korunmak istenen hukuki değerlerin en başında, kadının üreme hakkı gelmektedir⁴⁶⁹. Zira bu hüküm kapsamında, gebelik süresi kaç hafta olursa olsun kadının rızası dışında gerçekleştirilen eylemler süre sınırlandırması olmaksızın suç olarak kabul edilmiştir. Buna ek olarak on haftadan kısa süreli gebeliklerin istek üzerine sonlandırılması hukuka uygun bir işlem olduğundan, bu tür gebeliklerde çocuk düşürtme suçu açısından kadının üreme hakkı en üst hukuki değer niteliği taşımaktadır. Doktrinde bir görüş, bu hakkı, gebe kadının gebelik sürecini tamamlayıp, biyolojik anne olabilme hakkı olarak açıklamaktadır⁴⁷⁰.

Suç tipiyle korunmak istenen hukuki değerlerin ikincisi, ceninin gelecekteki yaşam hakkıdır. Zira tıbbi müdahale esas olarak onun yaşam alanına yönelmektedir. Korunan üçüncü hukuki değer ise gebe kadının yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkıdır⁴⁷¹. Ancak önemle ifade edilmelidir ki, çocuk düşürtme suçunun kadının sağlığı üzerindeki olağan tesirleri, bu suçla korunan hukuki değer içerisinde yer almamakta; sadece sağlığı üzerindeki ciddi tesirler veya ölüm haline ilişkin bir koruma sağlanmaktadır⁴⁷². Nitekim bu suçun nitelikli haline ilişkin olarak TCK m.99/3'te yer alan “Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” şeklindeki düzenleme, belirttiklerimizi doğrulamaktadır.

⁴⁶⁸Detaylı bilgi için bkz. **HAKERİ**, 1151-1152; **ÜNVER**, 175; **ÖZBEK**, Veli Özer, **DOĞAN**, Koray, **BACAKSIZ**, Pınar ve **TEPE**, İlker; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. bs. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 301; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, 346; **GÖKCAN**, 770; **DÖNMEZ**, 108-109; **AYDIN**, 72-73; **GÜNEY TUNALI**, 122 vd.; **OKTAR**, 161 vd.; **ERTUĞRUL**, 87-88; **KİTAPÇIOĞLU**, 300 vd.

⁴⁶⁹Aynı yönde **AKBULUT/KAREEM**, 24; **OKTAR**, 172; Doktrinde bir görüş, suçun kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenmesinden ötürü suçla korunmak istenen yararın ilk planda insan hayatı olduğunu belirtmektedir. (**HAKERİ**, 1151)

⁴⁷⁰**KESKİN KIZIRLIOĞLU**, 170.

⁴⁷¹Aynı yönde **KESKİN KIZIRLIOĞLU**, 170.

⁴⁷²**ERDEM**, 1673.

Diğer yandan özellikle on haftadan uzun süreli gebeliklerin rızasız sonlandırılması bakımından kendisini daha fazla hissettiren hukuki bir değer olarak toplumun varlığını sürdürme hakkı da zikredilmelidir. Her ne kadar rızasız çocuk düşürtme suçu, *kişilere karşı suçlar* arasında düzenlenmiş olsa da, birden fazla hukuki değeri koruyan suç tipinin, kanunun sistematığı bakımından korumayı amaçladığı değerlerden birisine ilişkin suçlar bölümünde düzenlenmesi, diğer hukuksal değerlerin korunmadığı anlamına gelmemektedir⁴⁷³. Son olarak doktrinde kamu düzeni, genel ahlak gibi hukuki değerlerin de bu suçla korunmak istenen hukuki değerler arasında olduğu belirtilmektedir⁴⁷⁴.

Bununla birlikte, bu suç tipiyle korunmak istenen hukuki değerler arasında aile düzeninin veya baba adayının üreme hakkının bulunduğu söylenemez⁴⁷⁵. Zira TCK m. 99'da kadının rızası kurumuna yer verilmiş, eşin veya biyolojik babanın rızasından bahsedilmemiş, ayrıca gebeliğin evlilik dışı olup olmamasına bir sonuç bağlanmamıştır.

4.2.2.3. Fail

Rızasız çocuk düşürtme suçunun temel şekli açısından, bu suçun faili yalnızca yetkili hekim olabilir⁴⁷⁶. Bir başka deyişle rahim tahliyesine yetkili olan hekimler dışındaki kişiler tarafından gebeliğin sonlandırılması halinde suçun temel şeklinden değil de, TCK m. 99/5'te düzenlenen nitelikli halinden sorumluluk doğar⁴⁷⁷. Dolayısıyla temel şekli açısından bu suç, özgü suç niteliği taşımaktadır⁴⁷⁸. Buna karşılık suçun nitelikli hali olan yetkisiz kişinin rızasız çocuk düşürtme suçu bakımından, rahim tahliyesine yetkili olmayan gebe kadın dışındaki herhangi bir üçüncü kişi bu suçun faili olabilir⁴⁷⁹. Gebe kadının kendisine karşı işlediği gebeliğin sonlanmasına yönelik eylem ise farklı bir suç olarak TCK m.100'de düzenlenen çocuk düşürme suçuna yol açar⁴⁸⁰.

⁴⁷³ERDEM, 1649.

⁴⁷⁴ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 301.

⁴⁷⁵ Aksi görüş için bkz. ERTUĞRUL, 88.

⁴⁷⁶ Herkesin bu suçun faili olabileceği yönünde bkz. ÜNVER, 177.

⁴⁷⁷TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 351.

⁴⁷⁸KESKİN KIZIRLIOĞLU, 171; ERTUĞRUL, 89; OKTAR, 215; ERDEM, 1654.

⁴⁷⁹DÖNMEZ, 109.

⁴⁸⁰GÖKCAN, 771.

Bu suçun faili olabilecek hekimler; kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının yanı sıra Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerdir. Ancak Tüzük’ün 3. maddesi gereğince, pratisyen hekimlerin bu suçun faili olabilmesi için gebeliğin on haftadan fazla olmaması, tıbbi müdahalenin hem kadın hastalıkları ve doğum uzmanının gözetiminde hem de menstrüel regülasyon yöntemiyle yerine getirilmesi gerekir⁴⁸¹. Bu kümülatif şartlardan birinin dahi bulunmaması halinde, pratisyen hekim yetkisiz addedilir ve bu durum rızasız çocuk düşürtme suçunun nitelikli haline vücut verir⁴⁸².

4.2.2.4. Suçun Konusu

Hükmün lafzında, “çocuk” ibaresi geçmesine rağmen, yetkili hekimin çocuk düşürtme suçunun konusu, çocuk değil, gebe kadının rahmindeki canlı olan cenindir⁴⁸³. Zira TCK m.6/1(b)’ye göre, çocuk deyiminden anlaşılması gereken, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişidir⁴⁸⁴. TMK m. 28’e göre kişilik, sağ ve tam doğumla başladığına göre, henüz kişiliği bulunmayan ceninin, TCK anlamında kişi ve dolayısıyla çocuk olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁴⁸⁵. Doktrindeki bir görüşe göre, kanun koyucuyu bu terminolojik hataya sürükleyen saik, halk arasında bu suçu anlatmak üzere yerleşik ifade olarak “çocuk düşürtme” ifadesinin tercih edilmesinden kaynaklanmaktadır⁴⁸⁶.

Dolayısıyla kadının gebe olmadığı, başka bir ifadeyle ceninin bulunmadığı bir durumda bu suç oluşmayacaktır⁴⁸⁷. Bu anlamda örneğin gebe olmadığı halde gebe olduğu zannıyla bir kadına gebeliğin sonlandırılmasına yönelik fiillerde bulunulması durumunda, ortada suç konusu bulunmadığından, işlenemez suç söz konusu olacaktır⁴⁸⁸. Ancak işlenemez suç yalnızca çocuk düşürtme suçu açısından geçerlidir; başka bir deyişle böyle bir ihtimalde işlenen fiil çocuk düşürtme suçuna yol açmasa

⁴⁸¹GÜNEY TUNALI, 129.

⁴⁸²KESKİN KIZIRLIOĞLU, 172; AKBULUT/KAREEM, 25; OKTAR, 174.

⁴⁸³DÖNMEZER/ERMAN, 727; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 348; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 302; AKBULUT/KAREEM, 26

⁴⁸⁴TCK m.6/1: “Ceza Kanunlarının uygulanmasında...b) Çocuk deyiminde; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi...anlaşılır.”

⁴⁸⁵TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 348; GÖKCAN, 772; DÖNMEZ, 106.

⁴⁸⁶KESKİN KIZIRLIOĞLU, 172.

⁴⁸⁷ÜNVER, 182; ERTUĞRUL, 88

⁴⁸⁸GÜNEY TUNALI, 132; DÖNMEZ, 112.

da şartlarının oluşması halinde farklı bir suça yol açabilecektir⁴⁸⁹. Örneğin son zamanlarda kilo almasından ötürü gebe olduğundan şüphelendiği kızını döven babanın işlediği eylem, rızasız çocuk düşürtme suçuna yol açmayacaksa da, kasten yaralama suçuna vücut verecektir⁴⁹⁰.

Gebeliğin başlangıcına ilişkin kabul şu şekildedir; döllenme sonucu zigot adında tek hücreli bir yapı oluşur ve bu yapı çoğalarak üç gün sonunda rahme ulaşır ve rahim duvarında sabitlenir. Zigotun çoğalarak rahimde yuvalanması nidasyon olarak adlandırılır ve cenin sıfatını kazanma anı nidasyonun gerçekleştiği andır⁴⁹¹. Bu süreç döllenmenin gerçekleşmesinden itibaren en az yedi en çok on üç gün sürer⁴⁹². Bu nedenle bu süreden önceki bir aşamada cenin bulunmadığından, çocuk düşürtme suçu da oluşmamaktadır⁴⁹³. Bu anlamda örneğin döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesini engellemeye yönelik olarak kadına ertesi gün hapı verilmesi halinde çocuk düşürtme suçundan söz edilemez⁴⁹⁴. Ayrıca döllenmiş yumurtanın döl yatağı dışında olup gelişmesi olarak tarif edilen *dış gebelik* durumunda nidasyon oluşmadığından ötürü, cenin de bulunmamaktadır. Bu itibarla, dış gebeliğin sonlandırılması, çocuk düşürtme suçuna vücut vermez⁴⁹⁵.

Çocuk düşürtme suçu bakımından gebeliğin doğal yollarla ya da yapay yollarla gerçekleşmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁴⁹⁶. Her iki tür gebeliğin sonlandırılması halinde çocuk düşürtme suçu oluşmaktadır⁴⁹⁷. Ancak unutulmamalıdır ki ana rahmine yerleşmemiş yapay döllenme ürünü olan embriyon henüz cenin sıfatını taşımadığından, buna karşı işlenen fiil çocuk düşürtme suçuna neden olmaz⁴⁹⁸.

⁴⁸⁹ÜNER, 182; KESKİN KIZIRLIOĞLU, 172.

⁴⁹⁰KİTAPÇIOĞLU, 304-305; ERTUĞRUL, 135; CAN, 87.

⁴⁹¹TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 348.

⁴⁹²OKTAR, 176; ERDEM, 1641; ERTUĞRUL, 11; DÖNMEZ, 105.

⁴⁹³DÖNMEZ, 105.

⁴⁹⁴KESKİN KIZIRLIOĞLU, 172; OKTAR, 176, dn.460; DÖNMEZ, 105.

⁴⁹⁵ERDEM, 1657; ERTUĞRUL, 11.

⁴⁹⁶ÜNER, 182; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 348.

⁴⁹⁷ERDEM, 1657.

⁴⁹⁸GÖKCAN, 774; AKBULUT/KAREEM, 26; OKTAR, 177.

Çocuk düşürtme suçundan bahsedebilmek için ceninin canlı olması gerekir⁴⁹⁹. Ancak bu şart, ceninin ana rahmi dışında yaşayabilme kabiliyetine sahip olması şeklinde anlaşılmamalı, ceninin gelişimini sürdürüyor olması yeterli sayılmalıdır⁵⁰⁰. Şu halde, anne karnındaki ceninin gelişiminin nasıl olduğu veya hastalıklı olup olmadığı suçun oluşumu açısından önem arz etmemekte, ceninin ölü doğma ihtimali olsa dahi gerçekleştirilen eylem esnasında anne karnında sağ olarak bulunması yeterlidir⁵⁰¹. Öte yandan çocuk düşürtme suçu açısından gebeliğin sonlandırılması haricinde ceninin rahimden çıkarılmasına gerek yoktur. Ceninin rahim içinde ya da dışında ölmesinin suçun varlığına bir etkisi bulunmamaktadır⁵⁰². Diğer yandan rızaya dayalı çocuk düşürme suçundan farklı olarak, bu suç açısından ceninin gelişim süresinin ne kadar olduğunun bir önemi yoktur⁵⁰³. Başka bir ifadeyle ceninin gelişim süresinin on haftadan kısa ya da uzun olması suçun oluşumuna etki etmemekte; yalnızca kanun maddesinde öngörülen ceza miktarının takdirinde rol oynamaktadır.

Son olarak sağ ve tam doğumla birlikte cenin vasfı kaybedilip kişilik vasfı kazanıldığından, bu andan itibaren gerçekleşen bir ölüm olayında çocuk düşürtme suçu değil, öldürme suçu işlenmektedir⁵⁰⁴. Tezcan/Erdem/Önok’a göre yaşam; kasten ya da taksirli öldürme suçları kapsamında olduğundan hayatı sonlandırmaya yönelik eylemin, çocuğun doğmasından önce mi yoksa sonra mı gerçekleştiği hususunda şüphe varsa, bu şüphe sanık lehine değerlendirilmeli ve öldürme suçunun değil, çocuk düşürtme suçunun bulunduğu kabulü gerekmektedir⁵⁰⁵.

4.2.2.5. Mağdur

Çocuk düşürtme suçlarında mağdur kim olduğu hususuna ilişkin olarak doktrinde çeşitli görüşler öne sürülmektedir. Bu kapsamda suçun mağduru olarak, *gebe kadın, cenin, baba, toplum* gibi varlıklar gösterilmektedir.

⁴⁹⁹YURTCAN, 76; ÜNVER, 182; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 303; AKBULUT/KAREEM, 26; DÖNMEZ, 112.

⁵⁰⁰HAKERİ, 1155; OKTAR, 176; ERDEM, 1658-1659; AYDIN ÜNVER, 15.

⁵⁰¹AKBULUT/KAREEM, 27; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 303; GÖKCAN, 772.

⁵⁰²HAKERİ, 1156; ERDEM, 1659.

⁵⁰³TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 349; AKBULUT/KAREEM, 24; ÖZEN, Mustafa; “Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 5, Y. 2007, s. 97-102, 98; GÜNEY TUNALI, 121.

⁵⁰⁴ÜNVER, 186; AKBULUT/KAREEM, 26; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 303; GÜNEY TUNALI, 136.

⁵⁰⁵TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 348.

Yetkili hekimin rızasız çocuk düşürtme suçunda, gebe kadının suçun mağduru olduğu açıktır⁵⁰⁶. Buna karşılık, cenin açısından aynı hususun söylenmesi mümkün değildir. Zira ceza hukuku anlamında mağdur olabilmek için kişiliğin başlamış olması zorunludur. TMK m.28 uyarınca gerçek kişilerde kişilik, sağ ve tam doğum ile başladığından, ceninin suçun mağduru olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁵⁰⁷.

Babanın suçun mağduru olup olmadığı konusunda ise TCK m.99'da eşin veya biyolojik babanın rızasına herhangi bir değer atfedilmediğinden, olumsuz cevap verilmesi gerekir⁵⁰⁸. Bununla beraber NPHK'da yer alan, gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasının gerektiği yönündeki düzenlemeler de dikkate alındığında, baba değilse de eşin suçtan zarar gören olarak kabul edilebileceği söylenebilir⁵⁰⁹.

4.2.2.6. Suçun Maddi Unsuru

Yetkili hekimin rızasız çocuk düşürtme suçu bakımından maddi unsuru oluşturan fiil, gebe kadının rahmindeki cenini düşürtmektir. Bu fiilin işlenmesiyle birlikte suçun konusu olan cenin düşerek bir zarar meydana gelmekte; başka bir ifadeyle çocuk düşürtme ifadesi hem hareketi hem de neticeyi belirtmektedir. Bu nedenle bu suç, zarar-netice suçu olarak nitelenmektedir⁵¹⁰.

4.2.2.6.1. Hareket

Rızasız çocuk düşürtme suçunun işlenmesi için, gebe kadın dışındaki herhangi bir kişinin, ceninin düşmesini sağlamaya elverişli herhangi bir hareketi yeterlidir⁵¹¹. Başka bir ifadeyle çocuk düşürtme suçu, kural olarak serbest hareketli bir suçtur⁵¹². Dolayısıyla bu suçun her türlü hareketle işlenmesi mümkündür⁵¹³. Nitekim kanun maddesinde hareketin şekline yönelik herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır.

⁵⁰⁶ÜNVER, 181.

⁵⁰⁷DÖNMEZER/ERMAN, 727; GÖKCAN, 771; GÜNEY TUNALI, 131.

⁵⁰⁸ÜNVER, 181.

⁵⁰⁹GÖKCAN, 772; ERTUĞRUL, 89.

⁵¹⁰ERTUĞRUL, 88; OKTAR, 178.

⁵¹¹GÖKCAN, 775; AYDIN, 76.

⁵¹²YURTCAN, 75; HAKERİ, 1155; ÜNVER, 185.

⁵¹³İÇEL, 283; KESKİN KIZIRLIOĞLU, 173; DÖNMEZ, 111; CAN, 86.

Neticenin gerçekleşmesi yönünde elverişsiz araçların bulunması halinde işlenemez suç söz konusu olacaktır⁵¹⁴.

Ancak istisnai olarak pratisyen hekimlerin bu suçun faili olabilmesi için, suçun mutlaka menstrüel regülasyon yöntemi ile işlenmesi gerekir. Aksi takdirde pratisyen hekimin gebeliği sonlandıran hareketi, yetkisiz kişinin çocuk düşürtme suçuna neden olur. Bunun dışında yetkili hekimin sağ ve tam doğum gerçekleşmeden önce gebeliği sonlandırmak için yaptığı her türlü müdahale, bu suçun maddi unsurunu oluşturan fiil niteliği taşır⁵¹⁵.

Cenin oluşmasını önlemeye yönelik davranışlar bu suçu oluşturmaz⁵¹⁶. Zira suçun oluşabilmesi için gebelik gerekmemekte olup gebeliğin doğal ya da suni yolla oluşması suçun oluşumunu engellememektedir⁵¹⁷.

Çocuk düşürtmeye yönelik hareket, doğrudan ya da dolaylı, vasıtalı ya da vasıtasız işlenebilir⁵¹⁸. Hareket, gebe kadına vurmak, çarpmak, sıkıştırmak gibi fiziksel bir müdahale şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi, gebe kadına gebeliği sonlandıracak bitki özlerinden oluşan bir karışım içirilmesi gibi biyolojik veya düşük ilacı verilmesi gibi kimyasal bir müdahalede de bulunulabilir⁵¹⁹. Manevi vasıtalarla suçun işlenip işlenmemesi bakımından doktrinde tartışmalar mevcuttur. Manevi vasıtalarla bu suçun işlenmeyeceğini savunan görüşler, korkutma ve tehdit gibi manevi vasıtalarla failin kastının kesin bir şekilde ortaya konulamayacağını belirtmektedir⁵²⁰. Diğer taraftan, çok şiddetli korku veya tehdit sonucu gebeliğin sonlandırılabilmesi kabul eden görüşler de bulunmaktadır⁵²¹.

Suçun hareket ögesi icra niteliktedir⁵²². Farklı bir deyişle çocuk düşürtme suçu ancak icrai bir hareketle işlenebilen serbest hareketli bir suçtur⁵²³.

⁵¹⁴ERDEM, 1658.

⁵¹⁵HAKERİ, 1155.

⁵¹⁶HAKERİ, 1156; DÖNMEZ, 105.

⁵¹⁷HAKERİ, 1155; GÖKCAN, 774; ERDEM, 1659.

⁵¹⁸AKBULUT/KAREEM, 27.

⁵¹⁹GÖKCAN, 775; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 303; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 349; DÖNMEZ, 113; OKTAR, 179; KİTAPÇIOĞLU, 303.

⁵²⁰ERDEM, 1658.

⁵²¹AKBULUT/KAREEM, 28.

⁵²²“Kanun koyucunun tercih etmiş olduğu ‘düşürtme’ sözcüğü aktif bir davranışı gerektirmektedir.” GÖKCAN, 775.

⁵²³HAKERİ, 1155; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 347

4.2.2.6.2. Rıza Yokluğu

Çeşitli suçlar açısından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil eden rıza kurumu, TCK m.99/1 bakımından maddi unsuru oluşturmaktadır⁵²⁴. Başka bir deyişle yetkili hekimin rızasız çocuk düşürme suçu bakımından rıza, tipiklikte unsur niteliği taşıdığından rızanın bulunduğu durumlarda, fiil bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğundan değil, tipe uygun olmadığı için TCK m.99/1 kapsamında suç teşkil etmeyecektir⁵²⁵.

Rızanın yokluğu çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, gebe kadının bir rıza açıklamasında bulunmaması ya da tıbbi müdahaleyi reddetmesidir. Öte yandan çalışmanın ilk bölümünde açıklandığı üzere rızanın geçerlilik unsurlarının gerçekleşmediği, örneğin hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği veya hastanın rızasının irade sakatlıkları sebebiyle sağlıklı oluşmadığı durumlarda da rıza yoktur. Ayrıca hekimin hastanın varsayılan rızasına uygun hareket etmediği tıbbi müdahalelerde de hastanın rızası yoktur⁵²⁶.

Gebeliğin sonlandırılmasında rızanın düzenlendiği NPHK'nın 6/1. maddesine göre, "...gebeliğin sonlandırılması gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasisinin rızası ile birlikte sulh hukuk hâkiminin iznine bağlıdır." Aynı maddenin ikinci fıkrasında, gebe kadın evli ise gebeliğin sonlandırılmasında eşin de rızası aranmaktadır⁵²⁷. Maddenin acil hallere ilişkin son fıkrası ise, "Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir." şeklinde düzenlenmiştir.

Burada TCK kapsamında varlığı aranan rıza, gebe kadının rızasıdır⁵²⁸. Bu nedenle NPHK açısından gerekli olan, yasal temsilcinin rızası veya eşin rızasının yokluğu, bu suç açısından önem taşımamaktadır. Zira kanun koyucu bu suç açısından yalnızca

⁵²⁴İÇEL, 391; GÖKCAN, 776; KESKİN KİZİRLİOĞLU, 173; ERTUĞRUL, 77.

⁵²⁵KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. bs. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 291; AKBULUT/KAREEM, 31.

⁵²⁶HAKERİ, 1159.

⁵²⁷SAYAR/KILIÇ ÖZTÜRK, 333-336.

⁵²⁸ÜNVER, 189.

kadının rızasını esas almıştır⁵²⁹. Dolayısıyla gebe kadının rızasının bulunduğu, buna karşılık sayılan kişilerin (*eş, kanuni temsilci gibi*) rızasının bulunmadığı durumlarda da çocuk düşürme suçu oluşmamaktadır⁵³⁰.

Nitekim Yargıtay da ceza hukuku sorumluluğu açısından eş rızası hususunda aynı yönde kararlar vermektedir⁵³¹. Tam aksine gebe kadının rızası bulunmadıkça bu kişilerin vermiş oldukları rızanın, yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getirmesi mümkün değildir⁵³². Bu hususta gebe kadının rızası olmaksızın, eşin rızası ile bu suç işlendiği takdirde eşin de suça iştirak ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁵³³.

Buna karşılık, ayırt etme gücüne sahip olmayan gebe kadının, gebeliğin sonlandırılması açısından rıza ehliyeti bulunmamaktadır. Nitekim NPHK m.6/1'in ikinci cümlesine göre, "Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz". Doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre, gebe kadın temyiz kudretini haiz ise, küçük veya vesayet altında olması, gebeliği sonlandırıp sonlandırmamaya yönelik rızasını etkilememelidir, zira bu kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır⁵³⁴.

4.2.2.6.3. Netice

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bu suç neticeli bir suç niteliği taşıdığından, ceninin düşmesi, bu suçun netice unsurunu oluşturmaktadır⁵³⁵. Buna göre çocuk düşürmeye yönelik hareket neticesinde ana rahmindeki ceninin gelişiminin son bulması, yani canlılığını yitirmesiyle birlikte netice unsuru gerçekleşmekte ve suç tamamlanmaktadır. Cenini öldürmeye yönelik fiile rağmen, ceninin ölmemesi

⁵²⁹TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 350; ERDEM, 1662.

⁵³⁰ÜNVER, 191; KESKİN KIZIRLIOĞLU, 173; DÖNMEZ, 114; OKTAR, 184; Doğan, 104; CAN, 92.

⁵³¹Yargıtay 5. CD., T. 10.03.2015. E. 2014/11481, K. 2015/8083; "Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğün 13/d. maddesi uyarınca kürtaj işlemi için evli kadının eşinden izin belgesi alınması gerekmekte ise de, eşin rızası alınmadan yapılan işlemde ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren bir durumun olmamasına ve özel hastanede çalıştığı anlaşılan şüphelinin kamu görevlisi sıfatının bulunmamasına göre kanun yararına bozma isteminin reddine..."

⁵³²HAKERİ, 1158; KİTAPÇIOĞLU, 320; GÜNEY TUNALI, 149.

⁵³³GÖKCAN, 777; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 307.

⁵³⁴HAKERİ, 1175; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 306.

⁵³⁵YURTCAN, 76; KOCA/ÜZÜLMEZ, 130; AKBULUT/KAREEM, 28.

durumunda ise netice gerçekleşmemiş ve suç teşebbüs aşamasında kalmış olmaktadır⁵³⁶.

Çocuk düşürtme suçu, ceninin canlılığını yitirmesiyle tamamlandığından suçun tamamlandığı yer ve zaman, ceninin öldüğü ana göre belirlenir⁵³⁷. Bu bakımdan gebe kadın üzerinde gerçekleştirilen fiil nedeniyle, cenin rahim içinde öldürülmüş olabileceği gibi kadın rahminden canlı fakat yaşama kabiliyeti olmaksızın çıkarılması durumunda da çocuk düşürtme suçu bulunmaktadır⁵³⁸. Bu suç bakımından çocuk düşürtmeye yönelik eylem neticesinde ceninin rahim içinde veya dışında ölmesinin bir önemi bulunmamaktadır⁵³⁹. Dolayısıyla ceninin yaşamına son verilmesi ana rahminde ya da rahimden tahliye edildikten sonra da gerçekleşebilir ve bu netice gerçekleştiği anda suç tamamlanır⁵⁴⁰.

4.2.2.6.4. Nedensellik Bağı

Bu suçun varlığı açısından, yetkili hekimin çocuk düşürtmeye yönelik hareketi ile ceninin canlılığını yitirmesi arasında, sebep-sonuç ilişkisinin (nedensellik bağının) bulunması zorunludur⁵⁴¹. Bu itibarla, hareket ile netice arasında nedensellik bağının kurulamadığı hallerde netice faile yüklenemeyecektir⁵⁴². Bunun yanı sıra fiil neticesinde meydana gelen neticenin objektif olarak faile isnat edilebilir olması da gerekmektedir⁵⁴³.

Uygun nedensellik bağı içerisinde failin hareketinin gerek tek başına gerekse diğer sebeplerle birlikte ceninin ölümüne etki etmesi halinde, sebep-sonuç ilişkisi kurulmuş olur. Bu anlamda yetkili hekimin müdahalesi ile doğrudan ceninin ölmesinde olduğu kadar failin müdahalesi neticesinde başlayan düşük sırasında örneğin göbek kordonunun ceninin boynuna dolanması neticesinde ceninin ölmesinde de nedensellik bağı kurulmaktadır⁵⁴⁴.

⁵³⁶ HAKERİ, 1156.

⁵³⁷ OKTAR, 185.

⁵³⁸ GÖKCAN, 774; AKBULUT/KAREEM, 29; KESKİN KIZIRLIOĞLU, 174; CAN, 86; ERDEM, 1659.

⁵³⁹ HAKERİ, 1156.

⁵⁴⁰ OKTAR, 187; GÜNEY TUNALI, 135.

⁵⁴¹ HAKERİ, 1160.

⁵⁴² KOCA/ÜZÜLMEZ, 131.

⁵⁴³ KOCA/ÜZÜLMEZ, 132; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 304; AKBULUT/KAREEM, 29.

⁵⁴⁴ AKBULUT/KAREEM, 29.

Buna karşılık failin hareketinin uygun nedensellik bağı içerisinde değerlendirildiğinde, ceninin ölümüne etki ettiğinin kabul edilemediği durumlarda, nedensellik bağı kurulamamaktadır. Örneğin gebeliğin sonlandırılmasına yönelik tıbbi müdahale sırasında yaşanan deprem nedeniyle ceninin ölmesi halinde, yetkili hekimin çocuk düşürtme suçundan sorumlu tutulması mümkün değildir⁵⁴⁵.

4.2.2.7. Suçun Manevi Unsuru

Rızasız çocuk düşürtme suçu, ancak kasten işlenebilen bir suçtur⁵⁴⁶. Yetkili hekimin suçu işlerken taşıdığı saik önemli olmadığından, bu suç bakımından özel kast aranmaz, genel kast yeterlidir⁵⁴⁷.

Doktrinde bir görüş, bu suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceğini, olası kastla işlenen fiilden kaynaklı bir cezai sorumluluk bulunmayacağını, zira suçun kanuni tanımında failin, çocuğu düşürtme eylemini gerçekleştireceğini kesin olarak bilip öngördüğünü belirtmektedir⁵⁴⁸. Buna karşılık bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre, bu suç olası kastla da işlenebilir⁵⁴⁹. Nitekim Yargıtay da bir kararında çocuk düşürtme suçunun nitelikli halinin olası kastla işlendiğine hükmetmiştir⁵⁵⁰.

⁵⁴⁵ERTUĞRUL, 91-92.

⁵⁴⁶YURTCAN, 76; HAKERİ, 1152.

⁵⁴⁷ÜNVER, 183; OKTAR, 209.

⁵⁴⁸ERTUĞRUL, 92; CAN, 89.

⁵⁴⁹HAKERİ, 1160; ÜNVER, 183; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 352; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 307; GÖKCAN, 780; DÖNMEZ, 115; OKTAR, 210.

⁵⁵⁰Yargıtay 3. CD., T. 29.11.2006. E. 2006/2128, K. 2006/9059; “Olay tarihinde sanıkla müdahilin çeşmeden yararlanma hususunda tartıştıkları, tartışmanın kavgaya dönüştüğü, sanığın müdahil C.’ye vurup sert zemine düşürdüğü, daha sonra yerde olan müdahilin karnına çıkıp oturduğu, bunun sonucunda 7-8 hafta hamile olan müdahilin çocuğunun düşmesine yol açtığı, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Dairesi’nin 31.12.2005 tarih ve 3699 sayılı kararı ile darp olayı ile düşük arasında illiyet bağının olduğu hususunun tespit edildiği, Yerel Mahkeme sanığın müdahilin hamile olduğunu bilebilecek durumda olmadığından bahisle; 5237 sayılı TCK’nın 23. maddesi yollamasıyla netice bakımından sorumlu tutulamayacağını ve fiilin de bu haliyle 5237 sayılı TCK’nın taksirle yaralamayı düzenleyen 89. maddesine dönüştüğü düşüncesiyle anılan madde gereğince sanığın cezalandırılmasına karar verilmiştir. ‘Bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.’ Netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçları ise, aynı yasanın 87. maddesinde düzenlenmiş olup failin netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından 23. Maddede belirtilen şekilde en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile failin 5237 sayılı TCK’nın 21. Maddesindeki kastı ve olası kastı taşımaması gerekir. Somut olayımıza baktığımızda; olay öncesi 16.06.2004 tarihinde köy camii hopörlerinden hamile kadınların köy muhtarlığına çağrıldığı, bu çağrıya müdahilin uyarak gittiği ve hamile olduğuna dair

Taksirle işlenen fiillerin, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılacağını öngören TCK m. 22/1 gereğince, bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir⁵⁵¹. Yetkili hekimin taksirli eylemi sonucunda ceninin canlılığını yitirmesi halinde verilecek ceza, bu eylemin gebe kadın üzerindeki etkisine göre belirlenir. Şöyle ki; eğer müdahale sonucunda gebe kadın ölmüşse hekim TCK m.85/1’de düzenlenen taksirle öldürme suçundan; gebe kadın yaralanmışsa TCK m.89/3(e)’de düzenlenen taksirle yaralama suçunun nitelikli halinden sorumlu olur⁵⁵². Doktrinde bir görüş, suçun taksirle işlenebilen halinin kanuna eklenmesi gerektiğini öne sürmektedir⁵⁵³

4.2.2.8. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Rızasız çocuk düşürtme suçundan sorumluluk için, fiilin hukuka aykırılık unsurunu taşıması, başka bir deyişle işlenen fiil açısından bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması gerekmektedir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, genel olarak hukuka uygunluk nedeni teşkil eden rıza kavramı, bu suç açısından tipikliği sağlayan bir unsurdur. Dolayısıyla bu suç açısından rıza, bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilemez.

Her ne kadar TCK m.99/2’den farklı olarak TCK m.99/1’de “tıbbi zorunluluk” kavramına herhangi bir göndermede bulunulmasa da, yetkili hekimin rızasız çocuk düşürtme suçu açısından da tıbbi zorunluluk haline başvurulabilir. Nitekim TCK m. 25/2’de düzenlenen zorunluluk hali gereğince, “Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez”. Örneğin gebeliğin

kaydını yaptırdığı kavga olayından 4 gün önce 2. kez hamile C.’nin ismi hamile kadınlar arasında anons edilerek çağrı yapıldığı ve köy halkının haberdar olduğu müdahil C. İle ebe F. G.’nin yeminli anlatımıyla anlaşıldığı, bu çağrıdan 4 gün sonra olay tarihinde köy çeşmesi başında kavga sırasında sanığın, müdahili yere yatırarak karnına oturduğu, 1970 doğumlu, evli ve bir çocuklu olan müdahilin karnına oturması köy yaşam koşulları, hayatın olağan akışı köy yerinin sosyo-kültürel yapısı itibarıyla mağdurenin çocuğunun düşmesine yönelik bir davranış olduğunu öngörmesi gerektiği, belirtilen şekilde çocuğunun düşmesi sonucunu doğuran eylemde olası kasıtlı hareket edildiği ortaya çıkmış olmakla, netice bakımından çocuk düşürme suçundan sorumlu tutulması gerektiği halde...”, (GÜNEY TUNALI, 140-141, dn. 536).

⁵⁵¹İÇEL, 437; HAKERİ, 1152; ÜNVER, 184.

⁵⁵²HAKERİ, 1160; AKBULUT/KAREEM, 34; ERTUĞRUL, 92; OKTAR, 189.

⁵⁵³DÖNMEZ, 115.

sekizinci haftasında olan ve gebeliğin sürdürülmesinin hayatını veya hayati organlarını tehdit ettiği bilinci kapalı hastaya tıbbi müdahalede bulunulması ve bunun neticesinde ceninin ölmesi halinde, bu suç oluşmayacaktır. Zira burada bir hukuka uygunluk sebebi olarak tıbbi zorunluluk hali bulunmaktadır. Bu hususta TCK’da düzenlenen genel zorunluluk haline ek olarak aynı doğrultuda HHY’nin 24. maddesinin 7. fıkrası⁵⁵⁴ ile NPHK 5. maddesinin 3. fıkrasında⁵⁵⁵ zorunluluk hallerine yer verilmiştir. Dolayısıyla belirtilen Kanun maddeleri gereğince rıza gösteremeyecek durumda olan farklı bir deyişle bilinci kapalı halde olan gebe kadına zaruret hali sebebiyle müdahale eden ve ceninin düşmesini sağlayan yetkili hekim bakımından suç oluşmayacaktır⁵⁵⁶. Somut olayda zorunluluk hali olup olmadığının belirlenmesi ise tıp biliminin verilerine göre yapılacaktır⁵⁵⁷.

Öte yandan tıbbi zorunluluk halinden söz edilebilmesi için, mutlaka NPHK m.5’te ve Tüzük’e ekli listede sayılan sağlık sebeplerinin bulunmasına da gerek yoktur. Hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı bir durumda hekimin tıp biliminin verilerine dayalı olarak yaptığı objektif değerlendirmesi sonucunda tıbbi bir zorunluluğun varlığına hükmettiği anda, yapılan tıbbi müdahale hukuka uygun kabul edilecektir⁵⁵⁸. Aynı şekilde gebe kadının küçük veya kısıtlı olduğu yahut ayırt etme gücünün bulunmadığı durumlarda, yasal temsilcinin rıza vermekten kaçınması halinde de zorunluluk hali varsa, yapılan müdahale hukuka uygun olarak nitelendirilecektir.

⁵⁵⁴**HHY m.24/7**’ye göre; “Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”

⁵⁵⁵**NPHK m.5/3**’e göre; “Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.”

⁵⁵⁶**HAKERİ**, 1168; **AKBULUT/KAREEM**, 35. **ÖZBEK VE DİĞERLERİ**, 308; **GÖKCAN**, 781.

⁵⁵⁷**ÜNVER**, 191; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, 353.

⁵⁵⁸**ÜNVER**, 193-194.

4.2.2.9. Suçun Özel Görünüm Biçimleri

4.2.2.9.1. Teşebbüs

Bir netice/zarar suçu olarak düzenlenen rızasız çocuk düşürtme suçu⁵⁵⁹, bu niteliğinden ötürü teşebbüse elverişlidir⁵⁶⁰. Suçun teşebbüs aşamasında kalması için, suçu işlemeye elverişli hareketlerin icrasına başlanmasına rağmen tamamlanamaması veya hareketin tamamlanmasına rağmen neticenin elde edilememesi gerekir⁵⁶¹.

Görüldüğü gibi bu suça teşebbüs iki şekilde gerçekleşebilir. Teşebbüsün ilk görünüm biçimi, yetkili hekim tarafından suçu işlemeye elverişli hareketlerin icrasına başlanmakla birlikte henüz bu hareketlerin tamamlanmaması olup, bu halde suç teşebbüs aşamasında kalmış olur⁵⁶². Suçu işlemeye elverişli hareketlerin icrasına başlanıp başlanmadığı, her somut olaydaki durum ve şartların değerlendirilmesi sonucunda tespit edilecektir⁵⁶³. Bu konuya ilişkin olarak doktrinde verilen örneklerde, ilaç satın alma, bulundurma gibi çocuk düşürtmeye doğrudan doğruya başlandığını göstermeyen hareketlerin hazırlık hareketi olarak⁵⁶⁴, buna karşın gebe kadının ameliyathaneye alınması, ona narkoz verilmesi gibi hareketlerin icraya elverişli hareketler olarak nitelendirildiği görülmektedir⁵⁶⁵. Nitekim Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında da hazırlık hareketleri ile icraya elverişli hareketler konusunda aynı şekilde değerlendirmede bulunulmuştur⁵⁶⁶.

Yetkili hekimin hazırlık hareketi olarak nitelendirilen hareketleri farklı bir suç teşkil etmediği müddetçe (*örneğin hekimin ürettiği ilacın TCK m. 187 anlamında suç sayılması gibi*), cezalandırılmayacaktır⁵⁶⁷. Yine bu hususta NPHK'nın 7. maddesi ile gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilmeyen ilaç ve araçları yurt içinde imal etmek, dağıtmak veya ticaret maksadıyla yurda sokmak bağımsız suçlar olarak düzenlenmiştir⁵⁶⁸.

⁵⁵⁹YURTCAN, 76.

⁵⁶⁰AKBULUT/KAREEM, 55; OKTAR, 211; CAN, 93.

⁵⁶¹KOCA/ÜZÜLMEZ, 433.

⁵⁶²GÖKCAN, 783.

⁵⁶³İÇEL, 519.

⁵⁶⁴HAKEİRİ, 1168; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 356.

⁵⁶⁵KESKİN KIZIRLIOĞLU, 175; OKTAR, 212-213.

⁵⁶⁶Yargıtay 1. CD., T. 16.07.1954. 1106/1202 sayılı karar için bkz. İÇEL, 520.

⁵⁶⁷ÜNVER, 198-199.

⁵⁶⁸HAKEİRİ, 1169; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK 356.

Buna karşılık hekimin icrasına başladığı suçu işlemeye elverişli hareketleri, elde olmayan nedenlerle (*örneğin elektriklerin kesilmesi, kolluk kuvvetlerinin baskını vb.*) tamamlayamaması halinde çocuk düşürtme suçuna teşebbüsten sorumluluğuna gidilecektir⁵⁶⁹.

TCK m. 36 uyarınca, hekim, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz⁵⁷⁰. Ancak tamam olan kısım bir suç oluşturuyorsa, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır⁵⁷¹. Örneğin hekim ameliyata başladıktan sonra, gebeliğin sonlandırılmasından gönüllü vazgeçerse, kasten yaralama suçundan sorumlu tutulur⁵⁷².

Bu suça teşebbüsün ikinci görünüm biçimi ise yetkili hekim tarafından suçu işlemeye elverişli hareketler tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi veya tamamlanan hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunmamasıdır. Bu takdirde de suç teşebbüs aşamasında kalmış olur. Örneğin hekimin gebeliğin sonlandırılması için gerekli olan tüm müdahalelerde bulunmasına rağmen ceninin yaşamaya devam ettiği ya da ceninin ölümünün farklı bir sebepten kaynaklandığı durumlarda hekim, suça teşebbüsten cezalandırılacaktır⁵⁷³. Yargıtay'ın bir kararında da, gebeliğin sonlandırılması için bütün icrai fiilleri tamamlayan hekimin bu eyleminin, ceninin ölümüne neden olan olayın, kadının hastaneye kaldırılıp, çocuğun ölü olarak alınmasına yol açan rahim delinmesi olmasından bahisle, teşebbüs aşamasında kaldığına hükmedilmiştir⁵⁷⁴.

Suçun teşebbüs aşamasında kalması nedeniyle hekime verilecek ceza, TCK m. 35/2 gereğince, TCK m. 99/1'de yazılı cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmesi suretiyle belirlenir⁵⁷⁵.

⁵⁶⁹ ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 309-310; KİTAPÇIOĞLU, 321; ERTUĞRUL, 94.

⁵⁷⁰ ARTUÇ, Mustafa; *Pratik Türk Ceza Kanunu*, 4.bs. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 172.

⁵⁷¹ İÇEL, 539; KOCA/ÜZÜLMEZ, 444; ARTUÇ, 172.

⁵⁷² GÜNEY TUNALI, 175; ERTUĞRUL, 95.

⁵⁷³ HAKERİ, 1168; GÖKCAN, 783.

⁵⁷⁴ Karar için bkz. HAKERİ, 1169.

⁵⁷⁵ TCK m. 35/2: “Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”

4.2.2.9.2. İştirak

Rızasız çocuk düşürtme suçunun temel hali, özgü suç niteliği taşıdığından, bu suça iştirak TCK m. 40/2 uyarınca, yalnızca azmettiren veya yardım eden olarak gerçekleşebilir⁵⁷⁶. Bu suça iştirak edebilecek kişiler, eş de dâhil olmak üzere, gebe kadın dışındaki herkes olabilir⁵⁷⁷. Buna karşılık suçun nitelikli hali olan yetkisiz kişinin rızasız çocuk düşürtme suçu açısından, fail rahim tahliyesine yetkili olmayan herhangi bir üçüncü kişi olacağından genel iştirak kuralları uygulanır⁵⁷⁸.

Bu suça iştirakten bahsedebilmek için suçun en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir. Ancak şu hususun vurgulanmasında fayda vardır; suça iştirakin mutlaka teşebbüs aşaması ve sonrasında gerçekleşmesi zorunlu değildir. Şeriklerin hazırlık hareketleri kapsamındaki fiilleri de iştirak kapsamında değerlendirilir⁵⁷⁹. Örneğin düşük ilacını satın alan üçüncü kişi, yetkili hekimin çocuk düşürme suçunu işlemeye elverişli hareketlerin, icrasına başlaması kaydıyla, hazırlık hareketi niteliği taşıyan bu eyleminden ötürü yardım eden sıfatıyla suçun nitelikli halinden sorumlu olacaktır⁵⁸⁰.

4.2.2.9.3. İçtima

Cezaların içtimai müessesesi, ceza hukukunun temel ilkelerinden “*Kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır.*” kuralının doğal bir sonucudur⁵⁸¹. Bu ilke uyarınca her ceza bağımsızlığını korur ve işlenen her bir suçtan dolayı ayrı cezaya hükmedilmesi gerekir⁵⁸². Başka bir ifadeyle ceza hukukunda cezaların içtimai (gerçek içtima) genel kuraldır⁵⁸³. Ancak gerçek içtima, bazı durumlarda kusur ilkesini ihlal ederek, failin kusurunu aşan bir şekilde cezalandırılmasına neden olduğundan, cezaların içtimai sisteminden vazgeçilerek

⁵⁷⁶AKBULUT/KAREEM, 56; KESKİN KIZIRLIOĞLU, 177; OKTAR, 215; ERTUĞRUL, 96.

⁵⁷⁷HAKERİ, 1169; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 357; GÖKCAN, 777; ERTUĞRUL, 96.

⁵⁷⁸KESKİN KIZIRLIOĞLU, 177.

⁵⁷⁹OKTAR, 215-216.

⁵⁸⁰AKBULUT/KAREEM, 56.

⁵⁸¹ARTUÇ, 198.

⁵⁸²KOCA/ÜZÜLMEZ, 506.

⁵⁸³KOCA/ÜZÜLMEZ, 506; ARTUÇ, 198.

suçların içtimai müessesine başvurulur⁵⁸⁴. TCK'da düzenlenen suçların içtimai türleri, bileşik suç, fikri içtima ve zincirleme suç olmak üzere üç tanedir ve bu suç bakımından her üç tür içtimain gerçekleşmesi de mümkündür.

Rızasız çocuk düşürtme suçunun birden fazla gebe kadına karşı işlenmesi halinde gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı, yani failin her bir çocuk düşürtme suçundan ayrı ayrı cezalandırılacağı açıktır. Bununla birlikte tek bir fiille, birden fazla çocuk düşürtme suçunun işlendiği veya tek bir kişiye karşı birden fazla aynı suçun işlendiği durumlarda suçların içtimai kurumuna başvurulması gerekir.

Failin tek bir eylemi ile çocuk düşürtme suçunun yanı sıra farklı bir suçu işlemesi de ihtimal dâhilindedir. İlk olarak yetkili hekim tarafından gebe olduğu bilinen bir kadına karşı öldürme suçunun işlenmesi halinde, bu suç nitelikli kasten öldürme suçu olarak nitelendirilir (TCK m. 82/1(f)) ve ayrıca çocuk düşürtme suçundan ceza verilmez⁵⁸⁵. Yine yetkili hekim tarafından gebe olduğu bilinen bir kadının yaralanması neticesinde çocuğunun düşmesine sebep olunması, neticesi sebebiyle ağırlaşan kasten yaralama suçu olup (TCK m. 87/2(e)), hekim ayrıca çocuk düşürtme suçundan ötürü cezalandırılmaz⁵⁸⁶.

Öte yandan yetkili hekimin rızasız çocuk düşürtme suçunu işlemesi neticesinde gebe kadının beden veya ruh sağlığının zarar görmesi veya ölmesi hallerinde, hekime yaralama veya öldürme suçlarından ceza verilmez; yalnızca çocuk düşürtme suçunun nitelikli haline ilişkin ceza uygulanır⁵⁸⁷.

Bu suçun zincirleme suç olarak işlenip işlenemeyeceği hususu diğer içtima hükümlerine nazaran doktrinde daha fazla tartışma konusu yapılmaktadır⁵⁸⁸. Bu tartışmalar genellikle çoklu gebeliklerin sonlandırılması ve gebe kadına karşı farklı zamanlarda gerçekleştirilen eylemler ekseninde toplanmaktadır.

⁵⁸⁴ **GÖKTÜRK**, Neslihan; “Türk Hukukunda Suçların İçtimai”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 2, S. 1-2, Y. 2014, s. 31-59, 31-32.

⁵⁸⁵ **HAKERİ**, 1156; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, 357; **KESKİN KIZIRLIOĞLU**, 177; **ERTUĞRUL**, 97.

⁵⁸⁶ **KESKİN KIZIRLIOĞLU**, 177; **ERTUĞRUL**, 97.

⁵⁸⁷ **HAKERİ**, 1157; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, 357

⁵⁸⁸ Bu suçun zincirleme şekilde işlenmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. **GÖKCAN**, 783; **AKBULUT/KAREEM**, 57.

Zincirleme suç; TCK m. 43 kapsamında iki şekilde gerçekleşebilmektedir; ya bir kişiye karşı aynı suç değişik zamanlarda birden fazla kere işlenir (m. 43/1) ya da aynı suç birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenir (m. 43/2).

Bu kapsamda çözümlenmeye çalışılan sorun, aynı anda örneğin ikiz veya üçüz gebeliklerin sonlandırılması halinde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Doktrindeki bir görüş, bir çocuğun alınması ile iki çocuğun alınması arasında bir ayırım gözetilmeli ve çoklu gebeliği sonlandırmaya yönelik kastı bulunan yetkili hekimin düşürülen her bir çocuk açısından ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğini belirtmektedir⁵⁸⁹. Buna karşılık bir diğer görüş, çoklu gebeliklerde birden fazla cenin bulunmasına rağmen, olayda kişi olarak yalnızca gebe kadının mağdur olduğunu, bu nedenle TCK m. 43/2 anlamında zincirleme suçun oluşmayacağını ifade etmektedir⁵⁹⁰. Zira TCK m. 43/2'nin uygulanabilmesi için aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla böyle bir durumda hekime TCK'nın “ne kadar fiil varsa, o kadar suç vardır” genel kuralından hareketle tek bir çocuk düşürtme suçundan ceza verilir⁵⁹¹.

Kanımızca bu suçun mağdurunun gebe kadın olması nedeniyle farklı bir deyişle mağdur sayısının tek olmasından kaynaklı olarak burada zincirleme suç hükümleri uygulanamayacak, çoğul gebeliklerin sonlandırılmasında birden fazla çocuk düşürtme suçu yerine tek bir suç olduğunun kabulü gerekecektir⁵⁹². Ancak doktrinde de ifade edildiği üzere, bu hususu düzenleyen yasal bir düzenleme bulunmadığından, failin çoğul gebeliği sonlandırdığını bilmesi şartıyla, cezanın belirlenmesinde dikkate alınarak, faile üst sınırdan ceza verilmesinin gerekçesi olabilir⁵⁹³.

Buna karşın, aynı kadına karşı değişik zamanlarda çocuk düşürtme suçunun işlenmesi halinde, zincirleme suç gündeme gelecektir⁵⁹⁴. Zira TCK m. 43/1

⁵⁸⁹ **HAKERİ**, 1170.

⁵⁹⁰ **ÖZBEK VE DİĞERLERİ**, 310; **YILMAZ**, Berna Ayşen; “Suçun Hukuki Konusu ve Mağduru Bağlamında Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçlarında Zincirleme Suç Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *R&S-Research Studies Anatolia Journal*, 1.2., 260-268, 265; Aksi görüş, **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, 356.

⁵⁹¹ **ERTUĞRUL**, 99; **KİTAPÇIOĞLU**, 309; **AYDIN**, 95.

⁵⁹² **ÜNVER**, 199; **YILMAZ**, Berna A., 265.

⁵⁹³ **KESKİN KIZIRLIOĞLU**, 177; Aynı yönde, “ Bu durum m.61 kapsamında meydana gelen zarar ve tehlike dikkate alınarak temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır.” **ÖZBEK VE DİĞERLERİ**, 309.

⁵⁹⁴ **YILMAZ**, Berna A., 266.

gereğince, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç bulunmaktadır. Bu anlamda örneğin hekimin, farklı zamanlarda, suç işleme kararının icrası kapsamında, aynı kadının rızası olmaksızın birden fazla gebeliğini sonlandırması halinde hekim zincirleme suç hükümlerinden sorumlu olacaktır⁵⁹⁵.

Suçların içtimai konusunda son olarak, TCK m. 44 uyarınca, “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır”. Doktrinde çocuk düşürtme suçu bakımından fikri içtimaya örnek olarak, hekimin fiili işlerken hem çocuğun düşmesi hem de kadının beden veya ruh sağlığının zarar görmesine yönelik kastı veya olası kastı bulunuyorsa, fikri içtima kuralları (TCK m.44/1) gereğince, daha ağır cezayı gerektiren çocuk düşürtme suçu gereğince cezalandırılacağını ifade edilmektedir⁵⁹⁶. Bir diğer görüş ise rahim tahliyesini gerçekleştiren hekimin hastayı gereğinden fazla radyasyona tabi tutması gösterilmektedir⁵⁹⁷. Bu kapsamda hekim hem çocuk düşürtme suçunu hem de TCK m. 172/1’de düzenlenen radyasyon yayma suçunu işlemektedir. Böyle bir durumda hekim, TCK m. 44 gereğince, en ağır cezayı gerektiren suç olan radyasyon yayma suçundan sorumlu tutulacaktır. Son olarak, gebeliğin sonlandırılmasına yönelik tıbbi müdahalenin bir planın icrası suretiyle milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi maksadıyla grup içinde doğumlara engel olmak için kullanılması halinde, gerçekleşen sistematik çocuk düşürtme fiilleri, soykırım suçu içerisinde değerlendirilir, hekime ayrıca çocuk düşürtme suçundan ceza verilmez⁵⁹⁸.

4.2.2.10. Suça Etki Eden Nedenler

Yetkili hekimin rızasız çocuk düşürtme suçuna etki eden nedenler, TCK m. 99/3 ile TCK m. 99/5’te düzenlenen suçun nitelikli halleridir⁵⁹⁹. Buna göre rızasız çocuk düşürtme suçu bakımından TCK’da hafifletici bir neden bulunmamaktadır. Böylece ETCK’nın 472. maddesinde yer alan, failin çocuk düşürtme veya çocuk düşürme suçunu, kendisinin veya akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlemiş

⁵⁹⁵ÜNVER, 200; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 310; ERTUĞRUL, 97.

⁵⁹⁶OKTAR, 217.

⁵⁹⁷ERTUĞRUL, 98.

⁵⁹⁸ERTUĞRUL, 96-97.

⁵⁹⁹HAKERİ, 1157.

olması haline özgü olarak, cezada indirim öngören hükme benzer bir hükme yeni TCK'da yer verilmemiştir⁶⁰⁰.

TCK m.99/3'e göre, "Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur". Bu hükümde düzenlenen suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan halleri ile korunan hukuki değerler; kadının yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerindeki haklarıdır.

TCK m. 99/3'te iki tür ağırlaştırıcı neden bulunmaktadır; bunlar *kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğraması* ile *kadının ölmesidir*. Kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğraması, geçici de olsa sağlığın bozulması anlamına geldiğinden, yaralama suçundaki sağlığın bozulması kavramına tekabül etmektedir⁶⁰¹. Beden veya ruh sağlığındaki zarar, gebe kadının tıbbi müdahaleden önceki beden veya ruh sağlığı bakımından kötüleşmesi anlamına gelmektedir⁶⁰². Ancak buradaki kötüleşme ifadesi her türlü kötüleşmeyi kapsamamakta, tıbbi müdahalenin olağan sonuçları dışındaki ciddi kötüleşmeleri içermektedir⁶⁰³. Dolayısıyla çocuğun düşürtülmesi neticesinde meydana gelen standart yaralar ve sağlık sıkıntıları bu kapsamda değerlendirilemez⁶⁰⁴. Doktrinde bir görüşe göre bebeğini kaybetmenin her anne adayında yaratacağı olası psikolojik rahatsızlığı aşan, kadının ruh sağlığında kalıcı rahatsızlıkların kastedilmekte olduğu belirtilmiştir⁶⁰⁵. Kadının beden veya ruh sağlığının zarara uğrayıp uğramadığının tespitinde Adli Tıp Kurumu'nun ilgili ihtisas dairesinden rapor alınmalı ve bu rapora göre somut durum değerlendirilmelidir⁶⁰⁶.

TCK m. 99/5 uyarınca, "Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur". Bu hükümde düzenlenen suçun nitelikli halinde,

⁶⁰⁰YARSUVAT, 460; GÜLŞEN, 1214; GÜNEY TUNALI, 119; CAN, 96 vd.; AYDIN, 71.

⁶⁰¹KESKİN KIZIRLIOĞLU, 176; OKTAR, 222.

⁶⁰²KESKİN KIZIRLIOĞLU, 176.

⁶⁰³ERDEM, 1673; KİTAPÇIOĞLU, 310; Can, 88.

⁶⁰⁴AKBULUT/KAREEM, 39; ERDEM, 1673.

⁶⁰⁵ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 304; KİTAPÇIOĞLU, 310.

⁶⁰⁶AKBULUT/KAREEM, 39; KİTAPÇIOĞLU, 310.

rahim tahliyesine yönelik müdahalenin tıbbi standartlara uygun bir şekilde yapılmayacak olmasının kadın üzerindeki olumsuz etkileri dikkate alınarak müdahalede bulunan yetkisiz kişi cezalandırılmaktadır.

Failin suçun nitelikli hallerinden birinden ötürü cezalandırılabilmesi için söz konusu ağırlaştırıcı nedenin gerçekleşmesinde en azından taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekir⁶⁰⁷. Diğer yandan suç teşebbüs aşamasında kalsa dahi hekim, suçun nitelikli hallerinden sorumlu olur⁶⁰⁸.

4.2.2.11. Yaptırım

Yetkili hekimin rızasız çocuk düşürtme suçuna ilişkin yaptırım TCK m.99/1’de *beş yıldan on yıla kadar hapis cezası* olarak belirlenmiştir. Çocuk düşürtme suçunun kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olması halinde yetkili hekim *altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası* ile kadının ölümüne neden olması halinde ise *onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası* ile cezalandırılır. Ayrıca müdahalede bulunan kişinin yetkisiz hekim olması halinde ceza yarı oranında artırılarak uygulanır. Ceza tayin edilirken gebeliğin süresi, kadının tekrar gebe kalma ihtimalinin olup olmadığı, müdahalenin kadın üzerinde bıraktığı tahribat gibi hususlar temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınarak alt sınırdan uzaklaşılacaktır⁶⁰⁹.

4.2.3. Rızaya Dayalı Çocuk Düşürtme Suçu

4.2.3.1. Genel Olarak

TCK m. 99/2 hükmüne göre, “Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur”.

⁶⁰⁷İÇEL, 479; ÜNVER, 203; ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 305; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 352; KESKİN KIZIRLIOĞLU, 176.

⁶⁰⁸AKBULUT/KAREEM, 38.

⁶⁰⁹ TCK m. 61: “(1) Hakim, somut olayda; a) Suçun işleniş biçimini, b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları, c) Suçun işlendiği zaman ve yeri, d) Suçun konusunun önem ve değerini, e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, g) Failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.”

Söz konusu hükümde her ne kadar müdahalede bulunan kişinin vasfına yönelik bir açıklama bulunmasa da, hüküm TCK m. 99/5 ile beraber değerlendirildiğinde, gebeliği sonlandıran kişinin yetkili hekim olmasının gerektiği anlaşılmaktadır. Diğer yandan hükümde geçen “rıza dayalı olsa bile” ifadesi, bu suç açısından kadının rızasının bulunup bulunmamasının önem taşımadığı şeklinde yanlış bir algı yaratmamalıdır. Zira rıza bu suçun tipikliğine ait olup kadının rızasının bulunmaması halinde gebeliğin sonlandırılması TCK m. 99/1’de düzenlenen rızasız çocuk düşürtme suçuna yol açacaktır.

4.2.3.2. Korunan Hukusal Yarar

Bu suç ile yukarıda incelediğimiz TCK m. 99/1’de düzenlenen suç arasında, korunan hukuki değer bakımından farklılaşma söz konusudur. Gerçekten de, TCK m. 99/1’de düzenlenen yetkili hekimin rızasız çocuk düşürtme suçu bakımından korunan esas hukuki değer, kadının üreme hakkıdır. Oysaki bu suç bakımından kadının üreme hakkına değer atfedilmemekte; hatta kadının ürememe yönünde bir tercihte bulunması cezalandırılmasına yol açmaktadır. Bu nedenle kadının üreme hakkının bu suç tipiyle korunması amaçlanan bir hukuki değer olmadığı söylenmelidir.

Bu suç bakımından korunan esas hukuki değer ceninin yaşam hakkıdır⁶¹⁰. Ancak ceninin yaşam hakkından, bir şartla vazgeçilmektedir ki; o da suçlar bakımından genel olarak hukuka uygunluk nedeni olmasına rağmen bu suç özelinde tipikliği sağlayan tıbbi zorunluluk halidir. Buradaki tıbbi zorunluluk hali, NPHK m.5/2 gereğince; öncelikle gebe kadının yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık haklarını kapsamaktadır. Ayrıca doğacak ceninin ve devam eden neslin sağlığı da tıbbi zorunluluk içerisinde değerlendirildiğinden, neslin devamı da korunan hukuki değerler arasındadır. Bu suç bakımından kamu düzeni, toplumun varlığını sürdürme hakkı, devletin nüfus politikası gibi çeşitli değerlerin de korunan hukuki değerler arasında sayılması mümkündür.

4.2.3.3. Fail

Suçun düzenlendiği TCK m. 99/2’de iki kişinin cezalandırılacağı öngörülmektedir; bunlar kadının çocuğunu düşürten kişi ile çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren

⁶¹⁰ Aynı yönde bkz. **AKBULUT/KAREEM**, 41.

kadındır⁶¹¹. Buna göre on haftadan uzun süreli gebeliklerde yetkili hekimin çocuk düşürtme suçu, çok faili bir suç görünümü taşımaktadır⁶¹². Burada gebe kadın, iştirak eden olarak değil, bilakis fail sıfatıyla cezalandırılmaktadır⁶¹³.

Suçun ilk faili açısından her ne kadar TCK m. 99/2'nin lafzında “kişi” ibaresi geçmekteyse de, hükmün TCK m. 99/5'in ikinci cümlesinden hareketle bu kişinin ancak yetkili hekim olabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu suç, aynen TCK m. 99/1'de olduğu gibi özgü suç niteliği taşımaktadır ve yalnızca yetkili hekim tarafından işlenebilir⁶¹⁴. On haftadan uzun süreli gebelikleri sonlandırma yetkisi NPHK'nın 5. maddesi gereği yalnızca kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarına tanındığından, pratisyen hekimlerin, yeterlik belgesi bulunsa dahi, bu suçun faili olamayacakları açıktır. Bu kişiler, diğer herkes gibi TCK m. 99/5'te düzenlenen suçun nitelikli halinden sorumlu tutulabilir⁶¹⁵.

Suçun ikinci faili ise on haftayı aşkın süreyle gebe olan ve bu gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösteren kadın olduğundan, bu fail açısından da suçun, özgü suç niteliği bulunmaktadır.

4.2.3.4. Suçun Konusu

Bu suçun konusu, TCK m. 99/1'de düzenlenen suçun konusu ile aynı olup, anne rahminde gelişimini sürdüren, başka bir ifadeyle ölü olmayan cenindir⁶¹⁶. Dolayısıyla TCK m. 99/1'de düzenlenen suçun konusuna ilişkin açıklamalar bu suç açısından da büyük oranda geçerlidir. Şu halde, anne karnındaki ceninin gelişiminin nasıl olduğu veya hastalıklı olup olmadığı suçun oluşumu açısından önem arz etmemekte, ceninin ölü doğma ihtimali olsa dahi gerçekleştirilen eylem esnasında anne karnında sağ olarak bulunması yeterlidir⁶¹⁷.

Bununla birlikte, her iki suçun konusu açısından fark yaratan bir nokta bulunmaktadır ki o da ceninin belli bir haftalık olmasıdır. TCK m. 99/2 bakımından

⁶¹¹GÖKCAN, 778.

⁶¹²AKBULUT/KAREEM, 42; ERTUĞRUL, 106.

⁶¹³KESKİN/KİZİRLİOĞLU, 171; ERDEM, 1656; GÜNEY TUNALI, 128; DOĞAN, 109. Aksi görüş için bkz. Özen, Mustafa; “5237 Sayılı TCK'nın Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 63(2006), s. 96-108, 100-101.

⁶¹⁴KESKİN/KİZİRLİOĞLU, 178.

⁶¹⁵AKBULUT/KAREEM, 42.

⁶¹⁶AKBULUT/KAREEM, 43.

⁶¹⁷ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 303; GÖKCAN, 772.

on haftayı aşmayan gebelikler bakımından bu suç, işlenemez suç kapsamındadır. On haftayı aşmayan gebeliklerde rızaya dayalı çocuk düşürtülmesi ya hukuka uygun bir eylem niteliği taşır ya da müdahalede bulunanın yetkisiz olması ihtimalinde TCK m. 99/5'in ilk cümlesinde düzenlenen suça yol açar. Dolayısıyla TCK m. 99/2'de düzenlenen suç açısından ceninin on haftadan fazla bir süredir anne rahminde gelişimini sürdürüyor olması zorunludur. Bu nedenle suçun konusunun nidasyondan sonra on haftanın geçtiği gebeliklerdeki cenin olduğu söylenebilir.

Gebelik süresinde tereddüt olan, gebeliğin on haftadan fazla olup olmadığının kesin olarak belirlenemediği durumlarda şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanıklar hakkında beraat kararı verilmesi gerekecektir⁶¹⁸. Ancak yetkili olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen bir fiilde, kadının rızası olsa dahi eylem TCK m.99/5 gereği suç teşkil edeceğinden yetkisiz kişinin cezalandırılması yoluna gidilecektir⁶¹⁹.

4.2.3.5. Mağdur

Bu suçun oluşabilmesi açısından gebe kadının rızası, zorunlu bir unsur niteliği taşıdığından, TCK m. 99/1'den farklı olarak gebe kadının mağdur sıfatını taşıması mümkün değildir⁶²⁰. Zira ceza hukukunda bir kişinin aynı suçun hem faili hem de mağduru olmasından söz edilemez⁶²¹. Doktrinde kanun koyucunun cenine yaşam hakkı tanınmasından dolayı bu suçun mağdurunun cenin olduğu öne sürülmekteyse de⁶²², kanaatimizce henüz kişiliğin başlamadığı bir aşamada ölüm olayı gerçekleştiğinden cenin de mağdur olarak nitelendirilemez⁶²³. Bu nedenlerle doktrinde bu suçun mağdurunun toplum olduğu belirtilmektedir⁶²⁴.

4.2.3.6. Suçun Maddi Unsuru

Yetkili hekimin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunun maddi unsuru, tıbbi zorunluluk olmaksızın, on haftadan uzun süren gebeliklerde ana rahmindeki cenini düşürmektir. Bu bakımdan gebeliği sonlandıran yetkili hekim; gebeliğin süresini,

⁶¹⁸HAKERİ, 1164.

⁶¹⁹AKBULUT/KAREEM, 44.

⁶²⁰Suçun mağdurunun gebe kadın olduğu yönünde bkz. ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 302.

⁶²¹KOCA/ÜZÜLMEZ, 117.

⁶²²AKBULUT/KAREEM, 43.

⁶²³DÖNMEZ, 106; GÖKCAN, 772.

⁶²⁴ERTUĞRUL, 107.

kadının müdahaleye rızasının olup olmadığını ve de tıbben bir zorunluluk bulunup bulunmadığını araştırmakla yükümlüdür⁶²⁵.

4.2.3.6.1. Hareket

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu, aynen rızasız çocuk düşürtme suçunda olduğu gibi serbest hareketli bir suçtur⁶²⁶. Ceninin düşmesine neden olan her tür elverişli hareket, bu suçun hareket unsurunu oluşturmaktadır⁶²⁷.

Gebe kadının bu suç dolayısıyla cezalandırılabilmesi için ne şekilde açıkladığının bir önemi olmamakla birlikte geçerli bir rıza açıklamasının bulunması gerekmektedir. Ancak gebe kadının rıza göstermesi, suçun icrasına elverişli bir hareket olmayıp, hazırlık hareketi niteliği taşımaktadır⁶²⁸. Bir diğer deyişle sadece gebe kadının rızasının bulunduğu bir olayda, suçun icrasına başlandığından söz edilemeyecektir⁶²⁹.

4.2.3.6.2. Tıbbi Zorunluluğun Yokluğu

Ceza hukukunda esas olarak kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilen zorunluluk hali, bu suç özelinde tipikliği ortadan kaldıran bir neden niteliği taşımaktadır. Zira rızaya dayalı gebeliğin sonlandırılmasının TCK m. 99/2 anlamında bir suç teşkil edebilmesi için öncelikle tıbbi bir zorunluluğun bulunmaması gerekir⁶³⁰.

Tıbbi zorunluluk, NPHK’da düzenlenen annenin hayatını tehdit eden durumlar ile acil olarak gebeliğin sonlandırılmasını gerektiren hallerdir. Öte yandan Tüzük’e ekli listede yer alan sebepler bulunmasa dahi, tıbbi müdahalede bulunulmaması, gebe kadının hayatını veya hayati organlarından birini etkileyecekse veya neslin devamı açısından bir tehlike yaratacaksa, hekimin müdahalesi tıbbi zorunluluk içerisinde mütalaa edilir⁶³¹. Başka bir ifadeyle tıbbi zorunluluk kavramı, Tüzük’te yazılı haller ile sınırlı şekilde anlaşılmamalıdır⁶³².

⁶²⁵TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 349.

⁶²⁶AKBULUT/KAREEM, 44.

⁶²⁷AKBULUT/KAREEM, 44.

⁶²⁸HAKERİ, 1168.

⁶²⁹ERTUĞRUL, 124.

⁶³⁰AKBULUT/KAREEM, 45.

⁶³¹ÜNVER, 192.

⁶³²AKBULUT/KAREEM, 47; ERDEM, 1668.

NPHK gereğince tıbbi zorunluluğunun bulunup bulunmadığını tespit edecek olan kişi, acil hallerde kadın hastalıkları ve doğum uzmanı; diğer hallerde ise kadın hastalıkları ve doğum uzmanının yanı sıra hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimdir. Tıbbi zorunluluk halleri ise madde gerekçesinde de belirtildiği üzere tıp biliminin verilerine göre belirlenecektir⁶³³.

4.2.3.6.3. Kadının Rızası

Suçta tipikliğini veren bir diğer unsur ise gebe kadının rızasıdır. Gebe kadının rızasının bulunmadığı durumlarda, suçun maddi unsurları gerçekleşmeyeceğinden TCK m. 99/1’de düzenlenen rızasız çocuk düşürtme suçu meydana gelecektir⁶³⁴.

Gebe kadının rıza verdiği tıbbi müdahalenin önem ve sonuçlarını anlamaya ehil olmadığı, bir diğer ifadeyle ayırt etme gücünün bulunmadığı veya iradesinin sakatlandığı yahut hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda, geçerli bir rıza bulunmayacağından, TCK m. 99/1’de düzenlenen rızasız çocuk düşürtme suçu oluşur. Yine rızanın geçerliliği bakımından rıza açıklamasının, tıbbi müdahale gerçekleşmeden önce veya en geç müdahale esnasında bulunması gerekmektedir⁶³⁵.

4.2.3.6.4. Netice

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu, aynen rızasız çocuk düşürtme suçunda olduğu gibi neticeli bir suçtur ve gerek yetkili hekim gerekse gebe kadın açısından suç, ceninin canlılığını yitirmesiyle tamamlanmış olur⁶³⁶. Rızasız çocuk düşürtme suçunda da belirtildiği gibi ceninin rahim içinde ya da dışında ölmesinin suçun varlığına bir etkisi bulunmamaktadır⁶³⁷.

4.2.3.6.5. Nedensellik Bağı

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu açısından nedensellik bağı iki yönlü kurulmalıdır. Gerçekten, hem yetkili hekimin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hareketi ile ceninin ölmesi arasında hem de gebe kadının rıza açıklaması ile ceninin

⁶³³Nitekim TCK’nın 99. maddesinin gerekçesine göre: “Somut olayda tıbbi zorunluluğun bulunup bulunmadığı, tıp biliminin verilerine göre belirlenecektir.”

⁶³⁴AKBULUT/KAREEM, 44.

⁶³⁵GÖKCAN, 214.

⁶³⁶AKBULUT/KAREEM, 44.

⁶³⁷HAKERİ, 1156; ERDEM, 1659.

ölmesi arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Eğer her iki hareketten biri açısından nedensellik bağı kurulamazsa, ilgili fail açısından bu suçtan söz edilemez. Örneğin ceninin ölümü, gebe kadının rızasının bulunduğu tıbbi müdahalede değil de, herhangi bir rıza açıklamasının bulunmadığı başka bir tıbbi müdahalede gerçekleşirse, gebe kadının rızaya dayalı çocuk düşürtme suçundan cezalandırılması mümkün değildir.

4.2.3.7. Suçun Manevi Unsuru

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu, hem hekim hem de gebe kadın açısından yalnızca kasten işlenebilir bir suç niteliği taşımaktadır. Hatta yetkili hekimin rızasız çocuk düşürtme suçundan farklı olarak, bu suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir⁶³⁸. Zira bu suç açısından gebe kadının rızasının aranması, gerek yetkili hekimin gerekse gebe kadının bu suçu bilerek ve isteyerek işlenebileceğini göstermektedir⁶³⁹.

Rızasız çocuk düşürtme suçunda olduğu gibi rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu da taksirle işlenemez. Örneğin kadının yanlışlıkla rıza göstermesi neticesinde gebeliğin sonlandırılması halinde, hekim gebeliği kasıtlı olarak sonlandırıyorsa, rızasız çocuk düşürtme suçundan, gebeliğin kaçınıcı haftada olduğunun yanlış hesaplanmasından ötürü gebeliği sonlandırması halinde ise taksirle yaralama suçunun nitelikli halinden söz edilecektir⁶⁴⁰.

4.2.3.8. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılan rıza kurumu, bu suç özelinde suçun tipikliğini sağlayan maddi unsurlardandır⁶⁴¹. Aynı şekilde zorunluluk hali de bu suça tipikliğini veren maddi unsurlardan bir diğeridir. Dolayısıyla gerek hekimin gerekse gebe kadının fiili açısından bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığından, bu fiillerin işlenmesi neticesinde hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmektedir.

⁶³⁸AKBULUT/KAREEM,48.

⁶³⁹ERTUĞRUL, 111-112.

⁶⁴⁰ERTUĞRUL, 118.

⁶⁴¹AKBULUT/KAREEM, 44.

4.2.3.9. Suçun Özel Görünüm Biçimleri

4.2.3.9.1. Teşebbüs

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu, netice suçu niteliği taşıdığından bu suça teşebbüs mümkündür.

Gebe kadının rızası, rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu açısından bir hazırlık hareketi niteliğindedir⁶⁴². Başka bir ifadeyle salt gebe kadının rıza göstermiş olması, henüz suçun icrası için elverişli hareketlere başlanmaması halinde, suça teşebbüsten söz edilemeyecektir. Buna karşılık, suçun icrası için elverişli hareketlere başlanması ve elde olmayan sebeplerle hareketlerin tamamlanamaması ya da hareket tamamlanmakla birlikte neticenin elde edilememesi durumunda, suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Örneğin gebe kadının rızasını takiben yetkili hekim hastayı ameliyathaneye aldıktan sonra polis baskını dolayısıyla gebeliğin sonlandırılmaması halinde rızaya dayalı çocuk düşürtme suçuna teşebbüs bulunmaktadır. Bu örnekte gebe kadının hareketi bir hazırlık hareketi niteliği taşımasına rağmen, iştirak halinde işlenen suçlarda şeriklerin hazırlık hareketleri de cezalandırıldığından, gebe kadın da suça teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.

4.2.3.9.2. İştirak

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu, çok failli bir suç olup, hem yetkili hekim hem de gebe kadın bu suçun failidir⁶⁴³.

Diğer yandan rızaya dayalı çocuk düşürtme suçuna bu kişiler dışındakilerin de iştirak etmesi mümkündür. Ancak suçun temel halinde, her iki fail açısından da bu suç, özgü bir suç niteliği taşıdığından, üçüncü kişiler yalnızca yardım eden veya azmettiren olarak bu suça iştirak edebilir⁶⁴⁴. Buna karşılık suçun nitelikli hali olan yetkisiz kişinin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda, suç gebe kadın için özgü suç niteliği taşımaktaysa da, diğer fail yetkili hekim dışındaki herhangi bir üçüncü kişi olabileceğinden bu kişiler hakkında genel iştirak kuralları uygulanacaktır.

⁶⁴² HAKERİ, 1168.

⁶⁴³ AKBULUT/KAREEM, 42.

⁶⁴⁴ ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 315; KESKİN/KİZİRLİOĞLU, 186.

Hakeri'ye göre hekimin gebeliğini sonlandırmak isteyen kadına, başka bir hekimi tavsiye etmesi halinde ve şartlar dâhilinde bu suçun gerçekleşmesi halinde tavsiyede bulunan hekim yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır⁶⁴⁵.

4.2.3.9.3. İçtima

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda da, aynen rızasız çocuk düşürtme suçunda olduğu gibi her üç içtima türü olan bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima gündeme gelebilmektedir.

4.2.3.10. Suça Etki Eden Nedenler

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçuna etki eden nedenler, rızasız çocuk düşürtme suçuna benzer şekilde suçun nitelikli halleri olarak düzenlenmiştir. Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu açısından da Kanunda hafifletici nedenler bulunmamaktadır.

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunun nitelikli hallerinden ilki, TCK m. 99/4'te düzenlenmiştir. İlgili hükme göre; “İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”. Dikkat edilirse, rızasız çocuk düşürtme suçunda olduğu gibi bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli; çocuk düşürtme suçu neticesinde *kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğraması* veya *kadının ölmesi* olarak belirlenmiştir. Bu nitelikli hale ilişkin açıklamalar, rızasız çocuk düşürtme suçu ile aynı eksendedir. Ancak her iki suçun nitelikli hali olarak kabul edilen bu durumun cezasının farklı şekilde belirlendiğinin altını çizmekte yarar vardır⁶⁴⁶.

Suçun ikinci nitelikli hali, TCK m. 99/5'in ikinci cümlesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre; “Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur”. Bu nitelikli halde de rızasız çocuk düşürtme suçunda olduğu gibi yetkisiz kişi tarafından müdahalede bulunulması cezanın ağırlaştırılmasına neden olmaktadır.

⁶⁴⁵HAKERİ, 1169.

⁶⁴⁶KİTAPÇIOĞLU, 311.

4.2.3.11. Yaptırım

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunun temel şekline ilişkin cezayı belirleyen TCK m. 99/2'ye göre, yetkili hekim hakkında *iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına*, rıza gösteren kadın hakkında ise *bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına* hükmolunur.

Doktrinde çocuğun düşürülmesine rıza gösteren kadına verilecek olan cezanın, yetkili hekime verilecek olan cezadan daha düşük tutulması eleştirilmektedir. Ünver'e göre aynı suçu işleyen failler açısından ceza farkı yaratmak hukuk tekniği açısından hatalı olup, bu durum Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine de aykırıdır⁶⁴⁷. Olaya hem hukuk tekniği açısından hem de sosyal açıdan yaklaşan Özen⁶⁴⁸, bir yandan iştirak halinde işlenen bu suç açısından şeriklerin cezasının farklı belirlenmesini hukuk tekniği açısından yanlış bulmakta⁶⁴⁹; diğer yandan ise kendi evladını öldüren bir ruh halinin indirim nedeni sayılmasının sosyal açıdan kabul edilemez olduğunu ifade etmektedir. Buna karşın, çocuk düşürtme suçuna rıza gösteren kadın için belirlenen ceza ile çocuk düşürme suçu için belirlenen cezanın aynı olduğunu dikkate alan karşıt bir görüş, bu cezayı uygun bulmaktadır⁶⁵⁰. Kanaatimizce de bu suç kapsamında şerikler hakkında farklı ceza miktarlarının belirlenmesi yerine iştirak hükümlerinin uygulanması ile yetinilmesi hukuk tekniği açısından daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Suçun nitelikli hallerine ilişkin olarak ise rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunun kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olması halinde, yetkili hekim hakkında *üç yıldan altı yıla kadar hapis cezasına*, kadının ölümüne neden olunması halinde ise *dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına* hükmolunur. Suçun yetkisiz hekim tarafından işlenmesi halinde ise *ceza yarı oranında artırılarak* uygulanır. Her ne kadar bu nitelikli hal bakımından failler arasında bir ayırım yapılmamışsa da, kanaatimizce burada cezası artırılacak olan kişi

⁶⁴⁷ Bkz. ÜNVER, Türkiye'de, 105.

⁶⁴⁸ ÖZEN, TCK'nın Özel Hükümleri, 101.

⁶⁴⁹ Bununla birlikte doktrinde aksi yönde olmak üzere burada gebe kadının rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunun özgü faili olmasından ötürü müşterek faillik bulunmadığını, gebe kadının yalnızca azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılabileceğini belirten bir görüş de bulunmaktadır. Görüş hakkında bkz. ERTUĞRUL, 107, dn. 286.

⁶⁵⁰ OKTAR, 174; AYDIN, 97.

yalnızca müdahalede bulunan kişidir; gebe kadının cezası bakımından bu durum bir artırım nedeni teşkil etmez. Nitekim aşağıda görüleceği üzere yetkisiz kişinin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda, gebe kadının on haftadan kısa süreli gebeliğini sonlandırmak için yetkisiz kişiye başvurması halinde, gebe kadın cezalandırılmamaktadır⁶⁵¹.

4.2.3.12. Zorunluluk Hali

TCK m. 99/6'ya 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”.

Anılan hüküm tetkik edildiğinde, bu hükmün yalnızca yetkili hekimin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu açısından uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle her ne kadar TCK m. 99'da üç farklı tipte çocuk düşürtme suçu bulunmaktaysa da (*rızasız çocuk düşürtme suçu, rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu ve yetkisiz kişinin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu*), TCK m. 99/6'daki zorunluluk hali bunlardan yalnızca biri açısından anlam ifade etmektedir. Zira bu zorunluluk hali için kadının rızası ve müdahalenin yetkili hekim tarafından yerine getirilmesi zorunlu unsurlar olup, aksi takdirde hükmün uygulanması mümkün değildir.

Suç endikasyonu veya kriminal endikasyon olarak anılan bu zorunluluk halinin uygulanabilmesi için i) *kadının bir suç sonucu gebe kalması*, ii) *gebeliğin süresinin yirmi haftadan fazla olmaması*, iii) *kadının rızasının olması* ve iv) *müdahalenin yetkili hekim tarafından hastane ortamında yapılması* şartları aranmaktadır⁶⁵². Bu şartlardan birinin dahi eksik olması halinde bu zorunluluk nedenine başvurulamayacaktır. Bu zorunluluk nedeni yalnızca yetkili hekim tarafından rızaya dayalı çocuk düşürtme suçuna uygulanacak olmasına rağmen, şartlarının eksikliğinin diğer çocuk düşürtme suçlarına yol açması mümkündür. Örneğin gebe kadının rızasının bulunmaması halinde, suç sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılması rızasız çocuk düşürtme suçuna yol açar⁶⁵³. Gebeliğin ilk on haftası içerisindeyken müdahalenin yetkili hekim dışındaki bir kişi tarafından yapılması halinde ise,

⁶⁵¹OKTAR, 221.

⁶⁵²DÖNMEZ, 134; GÖKCAN, 782. GÜLŞEN, 1217 vd.; KİTAPÇIOĞLU, 324; CAN, 96.

⁶⁵³AKBULUT/KAREEM, 51.

yetkisiz kişinin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu meydana gelir. Kadının bir suç sonucu gebe kalmadığı veya gebeliğin yirmi haftadan fazla olduğu ihtimallerde ise yetkili hekimin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçundan söz edilir.⁶⁵⁴ Aynı doğrultuda, böyle bir durumda kadın gebeliğini bizzat kendisini sonlandırırrsa, yetkili hekim ve hastane şartı oluşmadığından bu zorunluluk hali uygulanmayacak ve kadının bu fiili TCK m.100’de düzenlenen çocuk düşürme suçuna vücut verecektir⁶⁵⁵.

Gebeliğe yol açan suç, genellikle cinsel saldırı (TCK m.102), çocukların cinsel istismarı (TCK m.103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m.104) suçlarının kadına karşı işlenmesi halinde ortaya çıkar⁶⁵⁶. Öte yandan kadının rızası dışında eşine ait olmayan spermle yapay döllenmesi, hileli evlenme sonucu oluşan gebelikler ile fuhşa sevk edilen kadının gebeliği halleri de, suç sonucu oluşan gebelik sayılır⁶⁵⁷. Buna karşılık doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi yetişkinler arasında ensest ve zina sonucu oluşan gebelikler bu kapsamda değerlendirilemez⁶⁵⁸.

Bu hükmün düzenlenişinin eksik oluşu ve uygulamada belirsizlik yaratmasının yanı sıra kötü kullanıma çok müsait olduğundan doktrinde eleştirilmektedir⁶⁵⁹. Ancak suç sonucu oluşan gebelikler bakımından asıl problem alanı, suç endikasyonu olarak anılan hususun kim tarafından ve nasıl tespit edileceği meselesidir⁶⁶⁰. Bu konu hakkında doktrinde çeşitli öneriler sunulmuştur.

Doktrindeki bir görüşe göre, bu hüküm bakımından kadının beyanını esas almak gerekir. Ancak bu görüştekilere göre, hükmün kötüye kullanılmasını engellemeye dönük herhangi bir hukuki düzenleme bulunmadığından, suçun tespitini güvenceye almak üzere savcı ve hakim müdahalesinin eklenmesi gerekir⁶⁶¹. Işık’a göre kadının beyanı esas alınacaksa, bu takdirde bu beyanın doğru olmaması ihtimaline binaen kadının ağır bir yaptırımla karşılaşmasını sağlayacak bir düzenleme yapılabileceğini,

⁶⁵⁴CAN, 99.

⁶⁵⁵ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 309.

⁶⁵⁶GÖKCAN, 782; DOĞAN, 114; Bu suçlar haricinde kadının gebe kalmasına neden olabilecek herhangi bir suç da olabileceği yönünde bkz. HAKERİ, 1173; ÜNVER, 206.

⁶⁵⁷AKBULUT/KAREEM, 50; OKTAR, 225.

⁶⁵⁸HAKERİ, 1173; OKTAR, 226.

⁶⁵⁹HAKERİ, 1176; ÜNVER, Türkiye’de, 105.

⁶⁶⁰TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 355.

⁶⁶¹GÜLŞEN, 1219; ERTUĞRUL, 130.

bu anlamda iftira suçuna ek bir fıkra eklenmek suretiyle, yalan beyanda bulunan kadının hem iftira suçunun nitelikli halinden hem de çocuk düşürme suçlarından sorumlu tutulabileceğini önermektedir⁶⁶². Hakeri'ye göre mevcut düzenleme kapsamında failin ilgili makamlara şikayet edilmesi veya ihbarda bulunulması halinde, kadının yalan beyanının hem iftira suçunu gündeme getireceğini hem de kadının dolaylı fail olarak çocuk düşürtme suçundan sorumlu olacağını ifade etmektedir⁶⁶³.

Doktrindeki bir diğer görüş ise gebeliğin sonlandırılmasının soruşturma veya kovuşturma makamlarının kararıyla olması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁶⁴. Benzer bir görüş Cumhuriyet savcılığınca yapılan soruşturma sonucunda suçun işlendiğinin ve gebeliğin suçta kaynaklandığına ilişkin yeterli şüphenin oluştuğunun belirtilmesi ve kamu davasının açıldığının açıklanması halinde hekimin gebeliği sonlandırabileceğini belirtmektedir⁶⁶⁵. Yine Hakeri'ye göre daha iyi bir düzenleme yapılınca kadar olayın bir şekilde adliyeye intikal ettirilmesi gerektiğini, bu anlamda failin ilgili makamlara şikayet edilmesi veya ihbarda bulunulmasının lazım olduğunu öne sürmektedir⁶⁶⁶. Ünver'e göre ise suç sonucu oluşan gebeliğin tespiti adli makamlara bırakılacaksa eğer bu konu öncelikli bir mesele olarak görülüp hızlı bir soruşturma veya kovuşturmayla zaman kaybetmeden karara bağlanmalı ve kanun koyucu bu usulü teminat altına alacak düzenlemelerde bulunmalıdır⁶⁶⁷.

Son olarak yine Ünver'e göre suç sonucu oluşan gebeliğin tespitinin, farklı meslek gruplarını içerisinde barındıran bir kurula bırakılması ve bu kurul tarafından çocuk düşürtme talebinin araştırılıp karara bağlanması mümkündür⁶⁶⁸.

Gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin kanun koyucunun izlediği sistem dikkate alındığında, çatışan iki hak bulunmaktadır. Bunlardan birisi kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı, diğeri ise ceninin yaşam hakkıdır. Kanun gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar kadının kendi bedeni üzerinde karar verme hakkını,

⁶⁶²İŞİK, 51.

⁶⁶³HAKERİ, 1174; Benzer yönde, GÜLŞEN, 1217-1218.

⁶⁶⁴ERTUĞRUL, 130.

⁶⁶⁵GÜLŞEN, 1217.

⁶⁶⁶HAKERİ, 1176.

⁶⁶⁷ÜNVER, Türkiye'de, 106.

⁶⁶⁸ÜNVER, Türkiye'de, 106.

ceninin yaşam hakkına yeğ tutmaktadır; ancak onuncu haftadan sonra bu denge cenin lehine değişmektedir. Suç sonucu gebeliğin sonlandırılması bakımından da bu durumun gözetilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla salt kadının beyanı esas alınarak, onuncu haftadan daha sonraki bir zamanda gebeliğin sona erdirilmesi kanun koyucunun kurduğu dengenin ceninin yaşam hakkı aleyhine bozulması anlamına gelir. Başka bir ifadeyle suç sonucu gebeliğin sonlandırılmasında kadının beyanına hekim tarafından atfedilen değerden hareketle bir sonuca ulaşılmamalıdır. Öte yandan günümüzde ceza muhakemesinin uzun sürmesi dikkate alınırca, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yirmi haftalık süre ceza muhakemesinin olağan süreci içerisinde oldukça kısa bir süredir⁶⁶⁹. Bu nedenle böyle bir suç ihbarı alındığında, sulh ceza hakiminden izin alınmak suretiyle gebeliğin sonlandırılmasına karar verilmelidir.

Uygulamada ise savcılık tarafından, kendilerine yapılan bir ihbarı veya yürüttüğü soruşturmayı ya da açmış oldukları kamu davasını dayanak alarak, hekimlere sunulan bir yazı neticesinde gebelikler sonlandırılmaktadır⁶⁷⁰.

4.2.4. Yetkisiz Kişinin Rızaya Dayalı Çocuk Düşürtme Suçu

4.2.4.1. Genel Olarak

Çocuk düşürtme suçunun son türü, TCK m. 99/5'in ilk cümlesinde düzenlenen yetkisiz kişinin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçudur. Söz konusu hükme göre, "Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

TCK m.99/2'de düzenlenen rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda olduğu gibi bu suç bakımından da hükümde geçen "rızaya dayalı olsa bile" ibaresinin "rızaya dayalı olarak" şeklinde anlaşılması gerekir. Zira bu suç bakımından gebe kadının rızası, suça tipikliğini veren bir unsurdur.

Öte yandan buradaki rıza kurumu da, hukuka uygun bir rıza açıklaması anlamına gelmemektedir. Zira gebe kadının on haftayı aşmayan gebeliğinin sonlandırılması bakımından rıza açıklaması mümkünse de, bu açıklamanın müdahaleyi

⁶⁶⁹ Aynı görüşte bkz. ÜNVER, 217; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 355; DÖNMEZ, 134.

⁶⁷⁰ HAKERİ, 1176-1177.

gerçekleştirme yetkisine sahip hekime yönelmesi gerekmektedir⁶⁷¹. Dolayısıyla buradaki rıza açıklaması esasında hukuka aykırı bir rıza açıklamasıdır.

4.2.4.2. Korunan Hukuksal Yarar

On haftadan kısa süreli gebeliklerde, kadının üreme hakkına ceninin yaşam hakkına nazaran öncelik tanındığı dikkate alındığında, bu suç tipiyle korunmak istenen hukuki değer, diğer iki tür çocuk düşürtme suçundan farklı olarak, ceninin yaşam hakkından ziyade doğrudan annenin üreme hakkı ve vücut bütünlüğü ile sağlığı olduğu anlaşılmaktadır⁶⁷².

Gebelik süresi on haftayı doldurmamış gebeliklerde, kadının rızasıyla yetkili hekim tarafından gebeliğin sonlandırılması halinde herhangi bir suç ortaya çıkmamaktadır. Bu husus gözetildiğinde, yetkisiz kişinin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu ile korunmak istenen hukuki değer olarak karşımıza, yetkisiz kişiler tarafından tıbbi standartlara uygun olarak yapılmayan müdahalelerin yaratacağı istenmeyen sonuçların giderilmesi çıkmaktadır⁶⁷³. Başka bir deyişle gebeliğin sağlıksız koşullarda sonlandırılmasının neden olacağı sosyal sorunlar gözetilerek, bu suç tipiyle korunan hukuki değer kamu düzeni olarak belirlenmiştir.

4.2.4.3. Fail

Diğer iki tür çocuk düşürtme suçundan farklı olarak, bu suç özgü suç niteliği taşımadığından, yetkili hekim dışındaki herkesin bu suçun faili olması mümkündür. Diğer yandan bu suç açısından gebe kadının rızası aranmaktaysa da, hükümde rıza açıklamasında bulunan gebe kadına yönelik bir ceza tespit edilmemiştir. Başka bir deyişle gebe kadın bu suç açısından fail olarak nitelendirilmemektedir. Her ne kadar bu suç açısından gebe kadın, müsterek faillik pozisyonuna oldukça yakın bir konuma yerleşmekteyse de, kanun koyucu gebe kadını rızasından ötürü cezalandırmamaktadır⁶⁷⁴. Zira hamile kadının gebeliğinin onuncu haftasına kadar gebeliğini kendisinin sona erdirmesi durumu da suç teşkil etmemektedir.

⁶⁷¹AKBULUT/KAREEM, 53.

⁶⁷²Aynı yönde bkz. AKBULUT/KAREEM, 53.

⁶⁷³“Yetkili olmayan kişiler tarafından fiilin işlenmesinin nitelikli hal sayılmasının altında yatan düşünce, bu yolla annenin sağlığının daha fazla tehliye sokuluyor olmasıdır.” (TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 352)

⁶⁷⁴AKBULUT/KAREEM, 54.

4.2.4.4. Suçun Konusu

Bu suçun konusu da, diğer iki çocuk düşürtme suçunda olduğu gibi cenindir. Ancak diğer iki suçtan farklı olarak bu suç bakımından nidasyondan itibaren en fazla on hafta geçmiş olması gerekir. Daha uzun bir süredir anne karnındaki cenin açısından işlenen suç TCK m. 99/5'in ikinci cümlesinde düzenlenen yetkisiz kişinin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu olur. Bu suç tipiyle aynı zamanda annenin vücut bütünlüğü de korunmaktadır. Suçun konusuna ilişkin öbür hususlar, diğer iki tür çocuk düşürtme suçunda olduğu gibidir.

4.2.4.5. Mağdur

Bu suçun mağdurunun kim olduğu hususunda rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda yapılan açıklamalar geçerlidir⁶⁷⁵. Dolayısıyla bu suçun mağduru da, rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda olduğu gibi ne cenin ne gebe kadındır. Ancak kadın rıza gösterdiği kişinin burada müdahaleyi gerçekleştirme yetkisine sahip hekime olduğunu düşünerek rıza açıklamasında bulundu ise burada kadının da suçun mağduru olduğunun kabulü gerekecektir.

4.2.4.6. Suçun Maddi Unsuru

Bu suçun maddi unsurları ile rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunun maddi unsurları büyük oranda benzeşmektedir. Aralarındaki tek farklılık, bu suç bakımından tıbbi zorunluluğun yokluğu, suça tipikliğini veren bir unsur değildir. Dolayısıyla tıbbi zorunluluk bulunsa dahi, bu suçun işlenmesi mümkündür. Bunun dışındaki hususlar, rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda olduğu gibidir.

Suçun maddi unsurlarından olan gebe kadının rızasının yanlışlıkla açıklanması halinde, örneğin gebe kadın yetkisiz kişiyi yetkili zannederek rıza vermişse, rızasız çocuk düşürtme suçu oluşmaktadır.

4.2.4.7. Suçun Manevi Unsuru

Diğer iki çocuk düşürtme suçunda olduğu gibi bu suçun da taksirli hali öngörülmediğinden ancak kasten işlenebilir.

⁶⁷⁵Bkz. 4.2.3.4.

4.2.4.8. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Rıza kurumu, bu suç açısından tipikliği sağlayan bir maddi unsurdur. Aynı şekilde gerek sağlık sebepleriyle gerek acil hallerde gebeliğin sonlandırılması bakımından mutlaka yetkili bir hekimin müdahalesi arandığından bu suç açısından zorunluluk hali kurumunun işletilmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla gebe kadının rızası sonucunda yetkisiz kişi tarafından gebeliği sonlandırmaya yönelik fiilin işlenmesi neticesinde hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmektedir. Nitekim NPHK'nın 5/3. maddesinde derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde dahi yetkili hekim aranmıştır.

4.2.4.9. Suçun Özel Görünüm Biçimleri

4.2.4.9.1. Teşebbüs

Yetkisiz kişinin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu da, netice suçu niteliği taşıdığından bu suça teşebbüs mümkündür. Bu suça teşebbüs açısından rızaya dayalı çocuk düşürtme suçundan farklı bir husus bulunmamaktadır.

4.2.4.9.2. İştirak

Yetkisiz hekimin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu, netice suçu niteliği taşıdığından bu suça iştirak mümkündür. İştirakin mümkün olduğu bu suç, faili bakımından özgü suç niteliği taşımadığından, iştirake ilişkin genel hükümler uygulanır.

Yargıtay bir kararında, kadının gebeliğini sonlandırması için işlemi yapacak kişiyi bulan, işlem ücretini ödeyen kişinin suça katılımının yardım etme mahiyetinde olduğu ve bu kapsamda cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁷⁶.

4.2.4.9.3. İçtima

Yetkisiz kişinin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda da, diğer çocuk düşürtme suçlarında olduğu gibi TCK m. 42 vd. düzenlenen suçların içtimaı hükümleri uygulanabilir niteliktedir.

⁶⁷⁶ **Yargıtay 14. CD., T. 10.12.2012. E. 2011/5612, K. 2012/12703;** “Sanığın cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin gebeliği on haftayı doldurmadığını bildiği halde çocuğun alınması konusunda yetkili olmayan ebeye götürmek ve ücretini vermek suretiyle çocuk düşürtme suçuna yardımda bulunduğu gözetilmeden ve iştirakin nasıl oluştuğu açıklanmadan suçun birlikte işlenmesinin kabulü ile ceza belirlenmesi hukuka aykırıdır. İştirakin nasıl oluştuğu açıklanmadan suçun birlikte işlenmesinin kabulü ile ceza belirlenmesi isabetsizdir.” (**ÖZBEK VE DİĞERLERİ**, 310, dn. 30).

TŞSTİDK'nin yetkisiz kişilerin tedaviye yönelik eylemlerini cezalandıran 25. maddesi hükmüne göre, "Diploması olmadığı hâlde, menfaat temin etmek amacına yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan şahıs iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır." Bu hükmün varlığı karşısında, yetkisiz kişinin gerçekleştirmiş olduğu gebeliğin sonlandırılması eyleminde, failin fikri içtima kuralı uyarınca tek fiilden cezalandırılması yoluna gidilecektir⁶⁷⁷. Nitekim Yargıtay da bu konuda fikri içtima hükümlerinin uygulanmasını kabul etmektedir⁶⁷⁸. Hakeri'ye göre bu sonuca fikri içtima kurallarıyla ulaşılabilceği gibi asli/tali norm hükümleri de uygulanabilir. Zira 1219 sayılı Yasa'nın 25. maddesi yardımcı norm niteliğinde olup, TCK hükümleri ise asli norm niteliğindedir⁶⁷⁹.

4.2.4.10. Suça Etki Eden Nedenler

Diğer iki çocuk düşürtme suçundan farklı olarak, TCK m. 99'da, yetkisiz hekimin rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunun nitelikli hallerine yer verilmemiştir. Bu anlamda bu suç neticesinde kadının bedenlen veya ruhen bir zarara uğraması veya ölmesi halinde fikri içtima kuralı gereğince, yetkisiz kişi en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

4.2.4.11. Yaptırım

Suçun yaptırımının düzenlendiği TCK m. 99/5'in ilk cümlesine göre, yetkili olmayan kişi *iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına* hükmolunur.

⁶⁷⁷ HAKERİ, 1291.

⁶⁷⁸ Yargıtay 7. CD., T. 28.03.2002. E. 2002/3679, K. 2002/3972; "Sanık hakkında diplomasız olduğu halde iğne yaparak hasta tedavi etmekten dava açılmış ise de; 1219 sayılı yasanın 25. maddesinin son cümlesine göre... Bu surette icrayı sanat neticesinde TCK itibariyle daha ağır cezayı müstelzim bir fiil işlenmiş olduğu takdirde o fiile mahsus ceza verileceği ve enjeksiyon yaparak tedavi etmeye çalıştığı şahsın ölümünden dolayı sanık bakımından ayrıca TCK'nın 455/1. maddesi uyarınca dava açıldığı... sanığın öldürme kastı içermeyen tedaviye yönelik eyleminin 1219 sayılı yasanın 25/son maddesi delaletiyle TCK'nın 455/1 maddesine uyan nitelikte tek suç oluşturacağı gözetilerek, davaların birleştirilmesi ile delillerin birlikte değerlendirilip hasıl olacak sonuca nazaran sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekir..." (GÖKCAN, 939).

⁶⁷⁹ Detaylı bilgi için bkz. HAKERİ, 1291.

4.3. ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU

4.3.1. Kanuni Düzenleme

Çocuk düşürme suçu, TCK m. 100’de tek fıkra halinde düzenlenmiş bir suçtur. Söz konusu hükme göre, “Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur”.

Bu suçun çocuk düşürtme suçlarından farklı olarak nitelikli hali bulunmadığı gibi, TCK m.99/6’da yer alan zorunluluk nedenine de yer verilmemiştir⁶⁸⁰.

4.3.2. Korunan Hukuksal Yarar

Çocuk düşürme suçunda korunan hukuki değer ile rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda korunan hukuki değerler oldukça benzerdir. Bir farkla ki doktrindeki aksi yöndeki görüşe rağmen⁶⁸¹, bu suç bakımından kadının yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkının korunan hukuki değerler arasında sayılması mümkün değildir. Zira bu suçun özgü suça ilişkin iştirak hükümleri bir kenara bırakılırsa tek bir faili vardır; o da gebe kadının kendisidir⁶⁸². Öte yandan on haftadan kısa süreli gebeliklerin kendiliğinden sonlandırılmasının da gebe kadının sağlığı üzerinde olumsuz etki bırakabilmesinin olası olduğu ve bu hareketin bir suç olarak nitelendirilmediği dikkate alınırsa, kadının yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkının korunan hukuki değerler arasında değerlendirilememesi gerekir. Nitekim doktrinde bu yönde görüş belirtenler de bulunmaktadır⁶⁸³.

Bu nedenlerle bu suç bakımından korunan esas hukuki değer, ceninin yaşam hakkıdır⁶⁸⁴. Diğer yandan doktrinde toplumun varlığını sürdürme hakkı ve devletin nüfus politikasının da bu suçla korunan hukuki değerler arasında sayıldığı görülmektedir⁶⁸⁵. Buna karşılık doktrinde bir görüş, devletin ve milletin nüfus

⁶⁸⁰ **AKBULUT/KAREEM**, 63.

⁶⁸¹ **ERTUĞRUL**,134.

⁶⁸² **ÜNVER**, 223.

⁶⁸³ **GÜNEY TUNALI**, 210; **OKTAR**, 232.

⁶⁸⁴ **ÜNVER**, 225; **AKBULUT/KAREEM**, 60; **KESKİN/KİZİRLİOĞLU**, 184.

⁶⁸⁵ **DÖNMEZER**, 7; **ÖZBEK VE DİĞERLERİ**, 312; **DOĞAN**, 100; Aksi bir görüş, bu suç Kanunda kişilere karşı suçlar arasında düzenlendiğinden toplum veya devletin nüfus politikasının korunduğunun söylenemeyeceğine ilişkin olarak bkz. **YILMAZ**, Berna A.,266

politikalarına ilişkin yararlarının ikincil olduğunu ve bu suç açısından doğrudan korunan bir hukuki yarar olmadığını ifade etmektedir⁶⁸⁶.

4.3.3. Fail

Çocuk düşürme suçunun faili, gebe kadının kendisi olduğundan, bu suç özgü suç niteliği taşımaktadır⁶⁸⁷. Dolayısıyla gebe kadın dışındaki kişilerin, daha sonra incelenecek olan özgü suça ilişkin iştirak hükümleri bir kenara bırakılırsa, bu suçun faili olması mümkün değildir.

Öte yandan kadının bu suçun faili olabilmesi için öncelikle gebe olması gerekmektedir. Dolayısıyla gebe olmamakla beraber gebe olduğunu düşünen ya da dış gebeliği bulunan bir kadının çocuk düşürmeye yönelik hareketi, işlenemez suç kapsamında olduğundan, suç teşkil etmez. Ayrıca gebe kadının bu suçun faili olabilmesi için en az on haftadan beri gebe olması, başka bir ifadeyle gebeliğin en az on haftadan beri sürüyor olması da zorunludur. Aksi takdirde gebe kadının çocuk düşürmeye yönelik hareketi suç olarak nitelendirilmez.

4.3.4. Suçun Konusu

Çocuk düşürme suçunun konusu ile rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunun konusu aynı olup, suçun konusunu nidasyondan itibaren on haftanın geçtiği gebeliklerdeki cenin oluşturmaktadır⁶⁸⁸. Dolayısıyla bu suç açısından salt ceninin bulunması yetmemekte, ayrıca ceninin belli bir haftaya (on haftadan fazla) ulaşması gerekmektedir⁶⁸⁹. Ek olarak ceninin gelişimini sürdürüyor olması, bir diğer ifadeyle canlı olması da şarttır⁶⁹⁰. Öte yandan ceninin artık kişi sıfatını kazandığı tam ve sağ doğumdan itibaren de, bu suçun konusu olması mümkün değildir. Böyle bir durumda öldürme suçundan söz edilmelidir.

Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüş, suç sonucu oluşan gebeliklerde, gebe kadının onuncu hafta ile yirminci hafta arasında kendiliğinden gebeliği

⁶⁸⁶OKTAR, 232.

⁶⁸⁷ÜNVER, 223; AKBULUT/KAREEM, 61; ERTUĞRUL, 135; IŞIK, 27.

⁶⁸⁸AKBULUT/KAREEM, 62.

⁶⁸⁹KESKİN KIZIRLIOĞLU, 185; DOĞAN, 99.

⁶⁹⁰HAKERİ, 1155; ÜNVER, 225; DÖNMEZ, 112.

sonlandırmasının, çocuk düşürme suçuna vücut vereceğini belirtmektedir⁶⁹¹. Nitekim TCK m. 99/6'da bulunan düzenlemeye, bu suçta yer verilmemiştir.

4.3.5. Mağdur

Doktrinde bu suçun mağdurunun kim olduğu hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Çocuk düşürme suçunun failinin gebe kadın olduğu dikkate alınırsa, suçun failinin ve mağdurunun aynı kişi olamayacağı göz önünde bulundurulduğunda, kadının bu suçun mağduru olamayacağı açıktır⁶⁹². Doktrinde kanun koyucunun cenine yaşam hakkı tanınmasından dolayı bu suçun mağdurunun cenin olduğu öne sürülmekteyse de⁶⁹³, kanaatimizce henüz kişiliğin başlamadığı bir aşamada ölüm olayı gerçekleştiğinden cenin de mağdur olarak nitelendirilemez⁶⁹⁴. Bu nedenlerle doktrinde bu suçun mağdurunun toplum olduğu belirtilmektedir⁶⁹⁵. Doktrinde bir diğer görüş ise mağdura ilişkin bir belirleme yapmayıp, çocuk düşürme suçunda suçtan zarar görenin toplum ve devlet olduğunu belirtmiştir⁶⁹⁶.

4.3.6. Suçun Maddi Unsuru

Çocuk düşürme suçu bakımından maddi unsuru oluşturan fiil, on haftadan uzun süreli gebeliklerde gebe kadının rahmindeki cenini bizzat kendisinin düşürmesidir. Fiilin işlenmesiyle beraber suçun konusu olan ceninin gelişimi sonlanarak bir zarar meydana geldiğinden, çocuk düşürme hem hareketi hem de neticeyi belirten bir kapsama sahiptir. Dolayısıyla çocuk düşürme suçu da, çocuk düşürtme suçlarında olduğu gibi zarar suçu-netice suçu niteliği taşımaktadır.

4.3.6.1. Hareket

Çocuk düşürme suçu, ceninin düşmesini sağlayacak her türlü hareketle işlenebilir bir suç niteliği taşıdığından serbest hareketli bir suçtur⁶⁹⁷. Gebe kadının yüksek bir yerden atlamak, karnına baskı yapmak gibi fiziksel hareketlerinin yanında ilaç

⁶⁹¹TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 355; AKBULUT/KAREEM, 63.

⁶⁹²KOCA/ÜZÜLMEZ, 117.

⁶⁹³AKBULUT/KAREEM, 60; OKTAR, 233

⁶⁹⁴DÖNMEZ, 106; GÖKCAN, 772.

⁶⁹⁵ERTUĞRUL, 107.

⁶⁹⁶ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 312.

⁶⁹⁷ÜNVER, 225.

içmek, kendi kendine enjeksiyon uygulamak gibi kimyasal bir müdahalede bulunması halinde de bu suç oluşur⁶⁹⁸.

4.3.6.2. Netice

Çocuk düşürme suçu, neticeli bir suçtur ve gebe kadın açısından suç, ceninin canlılığını yitirmesiyle tamamlanmış olur. Neticenin gerçekleştiğinden söz edilebilmesi için ceninin ana rahminden ayrılması şart değildir⁶⁹⁹.

4.3.6.3. Nedensellik Bağı

Çocuk düşürme suçunda nedensellik bağı ile kastedilen, gebe kadının serbest hareketine dayanan fiiliyle gebeliğin sonlanmasıdır. Dolayısıyla uygun illiyet bağının kurulamadığı ya da kurulan uygun illiyet bağının çeşitli sebeplerle kesildiği durumlarda, nedensellik bağı bulunmadığından suçun maddi unsuru oluşmayacaktır.

4.3.7. Suçun Manevi Unsuru

Çocuk düşürme suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Gebe kadının bu suçu işlerken güttüğü saik önemli olmadığından, suç açısından genel kast yeterlidir⁷⁰⁰. Bu bakımdan kadın gebe olduğunu, gebelik süresinin on haftadan fazla olduğunu ve elverişli eylemi neticesinde gebeliğinin sonlanacağını bilmesi ve istemesi gerekmekte olup, bu hususlardan birinde örneğin gebeliğinin süresi hakkında hataya düşmesi halinde, fiili hata gündeme gelecek ve kastı ortadan kalkacaktır⁷⁰¹.

Önemle belirtmek gerekir ki madde metninde suçun, ancak çocuğun isteyerek düşürülmesi halinde gerçekleşeceği belirtildiğinden, çocuk düşürme suçunun olası kastla işlenmesi mümkün değildir⁷⁰². Dolayısıyla çocuk düşürme suçundan bahsedebilmek için gebe kadının fiilinin neticesinin çocuk düşürmek olduğunu mutlaka öngörmesi ve bunu istemesi gerekir⁷⁰³.

⁶⁹⁸ÜNVER, 225; AKBULUT/KAREEM, 62.

⁶⁹⁹ERTUĞRUL, 142-143.

⁷⁰⁰ÜNVER, 226.

⁷⁰¹HAKERİ, 1171; AKBULUT/KAREEM,63; ERDEM, 1683.

⁷⁰²ÜNVER, 226; KESKİN/KIZIRLIOĞLU, 185; AKBULUT/KAREEM,63.;OKTAR, 236; ERTUĞRUL, 144.; ERDEM, 1683.

⁷⁰³ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 314; AKBULUT/KAREEM, 63.

Aynı şekilde TCK m.22/1 gereğince bu suçun taksirle işlenmesi de mümkün değildir⁷⁰⁴. Örneğin gebe kadının, dalgınlıkla düşürücü etkisi bulunan bir ilaç içmesi halinde, suç oluşmayacaktır.

4.3.8. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Gebeliğin on haftadan uzun sürdüğü durumlarda, gebeliğin istek üzerine sonlandırılması mümkün değildir. Ayrıca NPHK m.5 uyarınca tıbbi bir zorunluluk bulunsa dahi gebeliği sonlandıracak olan kişi, yetkili hekim olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla çocuk düşürme suçu açısından ne rıza ne de tıbbi zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedeni taşır. Bu nedenle gebe kadının çocuk düşürmeye yönelik hareketi işlemesi halinde suçun hukuka aykırılık unsuru ortaya çıkmaktadır. Ancak bu suç açısından Kanun'da özel bir hukuka uygunluk nedeni yer almamaktaysa da, doktrinde, genel bir hüküm olan TCK m. 25/2'deki zorunluluk halinin şartlarının somut olayda gerçekleşmesi halinde uygulanabileceği ifade edilmektedir⁷⁰⁵.

4.3.9. Suçun Özel Görünüm Biçimleri

4.3.9.1. Teşebbüs

Çocuk düşürme suçu, netice suçu niteliği taşıdığından, bu suça teşebbüs mümkündür⁷⁰⁶. Ya suçun işlenmesine elverişli hareketlerin icrasına başlanmakla beraber elde olmayan sebeplerle hareketlerin tamamlanamaması ya da hareketler tamamlanmakla birlikte neticenin gerçekleşmemesi halinde suça teşebbüsten söz edilir⁷⁰⁷. Şu halde, kadının düşürmeye yönelik eylemlerine rağmen, çocuğun canlı olarak doğması halinde suça teşebbüs söz konusu olacaktır.

Gebe kadının çocuk düşürmeye elverişli hareketlerin icrasına başlamasıyla birlikte, teşebbüs aşamasına geçilmiş olur. Suçun icrasına başlanmamakla birlikte suçun işlenmesine yönelik hazırlık hareketlerinde bulunulması halinde eğer bu hazırlık hareketleri başka bir suça yol açmıyorsa, gebe kadın cezalandırılmaz⁷⁰⁸. Bu anlamda gebe kadının, çocuk düşürmek için uyuşturucu madde satın alması, henüz çocuk düşürme suçuna teşebbüs olarak değerlendirilemeyecek bir hazırlık hareketi niteliği

⁷⁰⁴İÇEL, 437; ÜNVER, 184.

⁷⁰⁵KESKİN/KIZIRLIOĞLU, 185.

⁷⁰⁶ÜNVER, 228; AKBULUT/KAREEM, 64; OKTAR, 237.

⁷⁰⁷KOCA/ÜZÜLMEZ, 433.

⁷⁰⁸OKTAR, 237.

taşımasına rağmen, gebe kadın TCK m. 191’de düzenlenen *kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak* suçundan cezalandırılacaktır.

Gebe kadının hareketlerinin çocuk düşürme suçuna teşebbüs olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği meselesi tıp biliminin esaslarına tabi olup, gebe kadının eylemlerinin tıbbi açıdan gebeliği sonlandırmaya elverişli olduğu durumlarda çocuk düşürme suçuna teşebbüsten söz edilecektir.

4.3.9.2. İştirak

Gebe kadının özellikle de gebeliğin sonlandırılması konusunda tecrübesiz olduğu durumlarda daha çok ortaya çıkma ihtimali olan husus, çocuk düşürme suçuna iştiraktır. Gerçekten de, gebeliği sonlandıracak vasıtalarla bihaber olan gebe kadına gerekli olan araç ve gereçlerin sağlanması veya gebeliği sonlandırma konusunda şüpheleri bulunan ve bulunduğu durum itibarıyla psikolojik yönden zayıf durumdaki kadını, bu kararı almaya yönelten hareketlerde bulunulması durumlarında çocuk düşürme suçuna iştirak edilmektedir. Bu durumu göz önüne alan kanun koyucu da, çocuk düşürme suçuna iştirake ilişkin olarak TCK m. 100’ün gerekçesinde, bu suçta iştirakin mümkün olduğu vurgulamıştır. Söz konusu gerekçeye göre, “Maddede gebeliğin on haftayı aşmış bulunmasına karşın, çocuğunu kasten düşüren kadına verilecek ceza gösterilmektedir. Bu durumda bulunan kadına çocuk düşürmesini sağlayacak veya bu hususa yarayacak vasıta tedarik eden veya çocuğu düşürmesi hususunda onu teşvik eden veya tahrik eden kimsenin suça iştiraktan cezalandırılacağı açıktır”.

Çocuk düşürme suçu, özgü bir suç olduğundan bu suça iştirak edenler ancak TCK m. 40/2 gereğince azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabilir⁷⁰⁹. Çocuk düşürme suçuna iştiraktan söz edilebilmesi için ya gebe kadına gebeliği sonlandırmaya elverişli araç ve gereçler sağlanmalı veya tedarik edilmeli ya da gebe kadının gebeliğin sonlandırılmasına yönelik kararı pekiştirilmelidir. Bu anlamda araç ve gereçlerin sağlanmadığı veya tedarik edilmediği ancak bu araç ve gereçler hakkında bilgi veren kimsenin davranışı iştirak kapsamında değerlendirilemeyeceği

⁷⁰⁹ TCK m.40/2’ye göre: “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.” Aynı yönde bkz. **ÖZBEK VE DİĞERLERİ**, 315; **AKBULUT/KAREEM**, 64; **KESKİN/KİZİRLİOĞLU**, 186.

gibi gebe kadını bu kararı almaya açıkça yönlendirmeyen davranışların da iştirak kapsamında kabul edilmesi mümkün değildir⁷¹⁰.

Çocuk düşürme suçuna iştirak bakımından önemle üzerinde durulması gereken bir husus da, bir hareketin ne zaman çocuk düşürme suçuna iştirak ne zaman TCK m. 99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçu olarak değerlendirileceğidir. Özellikle hekimler açısından gündeme gelebilecek bu sorun hakkında doktrinde bir görüş, kadının rahmine yönelik yapılan tıbbi müdahalelerin TCK m. 99 kapsamında, buna karşılık gebeliği sonlandırmaya yönelik elverişli yönlendirmelerin TCK m. 100'e iştirak kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁷¹¹. Benzer yöndeki bir görüş ise yardım niteliğindeki hareketlerin doğrudan çocuk düşürmeye yönelik olarak ortaya çıkması halinde TCK m.99/2'de yer alan rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunun söz konusu olacağını, dolaylı yardım niteliğindeki hareketlerin ise çocuk düşürme suçuna iştirak olarak kabul edileceğini ifade etmektedir⁷¹². Benzer şekilde, eylemi gebe kadının gerçekleştirdiği ve üçüncü kişinin yardım ettiği hallerde, her ikisi hakkında TCK m.100'ün uygulanması gerektiği, buna karşın üçüncü kişinin gerçekleştirdiği eyleme kadının rıza vermekle beraber yardımcı olduğu hallerde, her ikisi hakkında da TCK m.99'un tatbiki gerektiği belirtilmektedir⁷¹³.

4.3.9.3. İçtima

Çocuk düşürme suçunda içtima çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin çocuk düşürme kastıyla, gebeliği sonlandırmaya elverişli bir uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan gebe kadının, bu fiili neticesinde hem çocuk düşürme suçu hem de TCK m. 191/1'de düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma suçu işlenmiş olacaktır. Bu takdirde tek bir fiille birden fazla suç işlenmiş olduğundan fikri içtima kuralları neticesinde, gebe kadının en ağır cezayı gerektiren suç olan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçundan cezalandırılacaktır⁷¹⁴.

Çocuk düşürme suçu açısından üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise gebe kadının tek bir fiil ile çoğul gebeliğini sonlandırması halinin içtima kapsamında

⁷¹⁰GÜNEY TUNALI, 216.

⁷¹¹KİTAPÇIOĞLU, 322.

⁷¹²OKTAR, 238-239; ERTUĞRUL, 146.

⁷¹³ÜNVER, 227.

⁷¹⁴En ağır cezayı gerektiren hükmün belirlenmesinde, soyut cezanın esas alınması gerektiğine ilişkin olarak bkz. DÖNMEZER/ERMAN, 688; İÇEL, 592.

değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Doktrinde bir görüş bu takdirde suçun birden fazla cenin aleyhine işlenmesi nedeniyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının gündeme geleceğini belirtmekteyse de⁷¹⁵, kanaatimizce burada zincirleme suç hükümleri uygulanamaz⁷¹⁶. Zira burada cenin hukuken bir kişi sayılmadığından ötürü aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumu olmadığı (TCK m. 43/2) gibi suç toplumu oluşturan ve yaşama hakkı sahibi olan kişilere karşı değişik zamanlarda da (TCK m.43/1) icra edilmemektedir⁷¹⁷.

İçtima konusunda son olarak söylenmesi gereken husus, bu suç bakımından bileşik suç hükümlerinin kanun düzenlenmesinde yer almamasından ötürü uygulanmayacak olmasıdır.

4.3.10. Suça Etki Eden Nedenler

Çocuk düşürtme suçlarından farklı olarak, bu suçun nitelikli hali veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli bulunmamaktadır. Ayrıca bu suç bakımından hafifletici sebeplere de yer verilmemiştir.

4.3.11. Yaptırım

Suçun cezası, TCK m. 100’de, *bir yıla kadar hapis veya adli para cezası* olarak belirlenmiştir. ETCK ile karşılaştırıldığında, suçun cezasında önemli ölçüde bir azalmanın yaşandığı görülmektedir⁷¹⁸. Zira ETCK’nın 469. maddesinde, “Gebelik süresi on haftadan fazla olan çocuğunu isteyerek düşüren kadına bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.” hükmü bulunmaktaydı. Doktrinde bir görüşe göre, yeni TCK’daki bu düzenleme caydırıcılıktan oldukça uzak kalmıştır⁷¹⁹. Buna karşılık bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, çocuk düşürme suçuna uygulanacak ceza ile rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunda fail gebe kadına uygulanacak cezanın aynı şekilde belirlenmiş olması, benzer amaçları taşıyan bu yaptırımlar arasında uyum sağlamıştır⁷²⁰.

⁷¹⁵OKTAR, 239.

⁷¹⁶Aynı yönde bkz. ÖZBEK VE DİĞERLERİ, 315; YILMAZ, Berna A.,267.

⁷¹⁷Aynı yönde ERTUĞRUL, 149.

⁷¹⁸ERDEM, 1680.

⁷¹⁹ERTUĞRUL, 133.

⁷²⁰AKBULUT/KAREEM, 42; OKTAR, 174; AYDIN, 97.

5. SONUÇ

Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak söylenmesi gereken ilk husus, konu hakkında bir terminolojik karmaşanın bulunduğudır. Gebeliğin sonlandırılmasını ifade etmek üzere, düşük, kürtaj, rahim tahliyesi, çocuk düşürtme gibi pek çok ifade kullanıldığı görülmektedir. Aslında bu durumun normal karşılanması gerekmektedir. Zira gebeliğin sonlandırılması, tıbbi bir mesele olmanın ötesinde, etik, hukuki, dini, sosyolojik ve sair sonuçları olan bir meseledir ve ilgili her bir bilim dalı, bu olguyu açıklamaya çalışırken kendi terminolojisinden hareket etmektedir. Daha da ilginç, söz konusu olgunun mevzuatımızda da farklı şekillerde ifade edildiği görülmektedir. Gerçekten de NPHK’da gebeliğin sonlandırılması olarak düzenlenen bu kavrama karşılık olarak, TCK çocuk düşürme ve çocuk düşürtme ifadeleri kullanılırken, RTSHYİT’de ise rahim tahliyesi terimi kullanılmaktadır. Belirtmek gerekir ki gebeliğin sonlandırılması bakımından çocuk düşürme ve çocuk düşürtme ifadelerinin kullanılması hatalıdır. Zira burada düşürülen ya da düşürtülen, TCK’nın çocuk tanımı kapsamında değerlendirilemeyecek olan cenindir. Nitekim TCK’nın 6/1(b) maddesinde “çocuk” henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda TCK’nın gebeliğin sonlandırılmasını düzenlemekte olduğu suç tiplerinde çocuk ifadesi yerine cenin teriminin kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bunun yanı sıra TCK kapsamındaki suçların gebeliğin sonlandırılması veya gebeliğin sonlandırılması suç başlığı altında düzenlenmesi de yerinde olacaktır. Dolayısıyla mevzuatımızdaki terminolojik karmaşanın ortadan kaldırılması ve tüm mevzuatta geçerli olacak ortak bir terminolojinin benimsenmesi gerekmektedir.

Gebeliğin hukuki düzenlemelerde aranan şartlara aykırı bir şekilde sonlandırılması, müdahalede bulunan kişinin veya kusursuz sorumlu kişinin tazminat sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Bu sorumluluk hukuka aykırı müdahalede bulunan kimse veya bu müdahaleden kusursuz sorumlu olan kimse üzerinde gerçekleşebileceği gibi, hukuka aykırı müdahalenin gerçekleştirilmesine neden olan gebe kadın veya gebe kadını bu müdahaleye zorlayan eşi üzerinde de gerçekleşebilir. Ancak, eşlerin tazminat sorumluluğu genellikle boşanmanın mali sonuçları kapsamında

gerçekleştikten, esas olarak aile hukuku içerisinde yer almaktadır. Tazminat hukuku açısından bakıldığında en genel haliyle hukuka aykırı bir gebeliğin sonlandırılması eylemi neticesinde zarar meydana gelmişse ve bu zarar ile eylem arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa burada gebe kadının veya yakınlarının maddi ve manevi zararlarının giderimi gerekecektir.

Gebeliğin hukuki düzenlemelerde aranan şartlara aykırı bir şekilde sonlandırılması, hukuki sorumluluğun yanı sıra cezai sorumluluğa da yol açabilir. Ceza hukuku doktrinde suçun mağdurunun kim olduğu, suçun konusunun ve suçla korunan hukuksal yararın ne olduğu, suçun maddi ve manevi unsurları gibi hususlarda görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Hukuki anlamda kişilik, tam ve sağ doğumla başladığından, ceninin kişi olarak kabul edilmesinin mümkün olmamasına karşın, gelecekte kişilik kazanacağı öngörüsüyle TCK'da cenini korumaya yönelik bazı hükümler sevk edilmiştir. Çalışmamız boyunca esas olarak gebeliğin sonlandırılmasına özgü TCK m.99 ile TCK m.100'de yer alan suçlar üzerinde yoğunlaşmış, öldürme ve yaralama suçlarına ise yeri geldikçe değinilmiştir.

Çocuk düşürme suçu, TCK m.99'da altı fıkra halinde düzenlenmiştir. Bu fıkralar tetkik edildiğinde, birden fazla türde çocuk düşürme suçunun bulunduğu ve bu açıdan çocuk düşürme *suçlarından* söz etmenin daha doğru olduğu görülmektedir. Anılan bu farklı suç tiplerine göre suçun faili, mağduru, konusu, korunan hukuksal menfaat değişim göstermektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki mevcut hukuk sistemimizde çocuk düşürme ve düşürme suçlarının mağdurunun cenin olduğu söylenemeyecektir. Her ne kadar kanun koyucu cenini korumaya yönelik bazı hükümler düzenleyerek cenine moral bir değer atfetmişse de, mevcut hukuk sistemimizde ceza hukuku anlamında mağdur olabilmek için kişiliğin başlamış olması zorunludur. TMK m.28 uyarınca gerçek kişilerde kişilik, sağ ve tam doğum ile başladığından, ceninin bu suçların mağduru olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Babanın suçun mağduru olup olmadığı konusunda ise TCK m.99'da eşin veya biyolojik babanın rızasına herhangi bir değer atfedilmediğinden, olumsuz cevap verilmesi gerekir. Zira kanun koyucu bu suç açısından yalnızca kadının rızasını esas almıştır. Dolayısıyla gebe kadının rızasının

bulunduğu, buna karşılık eř rızasının bulunmadığı durumlarda çocuk düşürtme suçı oluşmamaktadır. Nitekim Yargıtay'ın ceza hukuku sorumluluğu açısından eř rızası hususunda bu yönde kararlar verdiği görölmektedir. Bununla beraber NPHK'da yer alan, gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasının gerektiği yönündeki düzenlemeler de dikkate alındığında, eşin suçtan zarar gören olarak kabul edilebileceği söylenebilir.

Çocuk düşürtme suçunun zincirleme suç olarak işlenip işlenemeyeceği hususu diğer içtima hükümlerine nazaran doktrinde daha fazla tartışma konusu yapılmaktadır. Bu tartışmalar genellikle çoklu gebeliklerin sonlandırılması eylemi ekseninde toplanmaktadır. Kanımızca bu suçun mağdurunun gebe kadın olması nedeniyle, farklı bir deyişle mağdur sayısının tek olmasından kaynaklı olarak burada zincirleme suç hükümleri uygulanamayacak, çoğul gebeliklerin sonlandırılmasında birden fazla çocuk düşürtme suçu yerine tek bir suç olduğunun kabulü gerekecektir. Ancak bu hususu düzenleyen yasal bir düzenleme bulunmadığından, failin çoğul gebeliği sonlandırdığını bilmesi şartıyla, cezanın belirlenmesinde dikkate alınarak, faile üst sınırdan ceza verilmesinin gerekçesi olabilecektir. Buna karşın, aynı kadına karşı farklı zamanlarda çocuk düşürtme suçunun işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Değnilmesi gereken bir başka husus da suç endikasyonu veya kriminal endikasyon olarak anılan ETCK'da veya NPHK'da yer almayan ve fakat TCK m.99/6'da yer alan özel düzenlenmedir. Bu hüküm, eksik düzenlenmiş olması ve uygulamada belirsizlik yaratmasının yanı sıra kötü kullanıma müsait olmasından ötürü doktrinde eleştirilmektedir. Salt kadının beyanı esas alınarak, onuncu haftadan daha sonraki bir zamanda gebeliğin sona erdirilmesi kötüye kullanıma mahal verecektir. Öte yandan ilgili hükmün lafzından kovuşturma aşamaları tamamlanıp kesinleşmiş karar anlamı çıkmakta ve bu da hükmün fiilen uygulanamaması anlamına gelmektedir. Zira günümüzde ceza muhakemesinin olağan süreci içerisinde gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin yirmi haftalık süre oldukça kısa bir süredir. Bu nedenle kanaatimizce böyle bir suç ihbarı alındığında, sulh ceza hâkiminden izin alınmak suretiyle gebeliğin sonlandırılmasına karar verilmelidir. Öte yandan ilgili hükümde gebeliğin suç sonucu meydana geldiğinin tespitinin nasıl ve kim tarafından yapılacağının belirtilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda çalışmamızda incelenen

kaynaklar çerçevesinde bu durum için bazı öneriler öne sürülebilir. Kanun koyucu açık bir ifade ile bu durumun tespiti adli makamlara veya hekimlere bırakabilir ancak tespit adli makamlara bırakılacaksa, konunun öncelikli bir mesele olarak ele alınması gerekmektedir. Yine gebeliğin suç sonucu meydana geldiğinin tespiti için hekimler, hukukçular, etik bilimcilerin yer alabileceği farklı meslek gruplarından oluşacak bir kurula böyle bir görev verilmesi makul bir çözüm olabilir.

Netice itibariyle gebeliğin sonlandırılması tarih boyunca uygulandığı gibi uygulanmaya devam edecek, konu hakkındaki tartışmalar da devam edecektir. Günümüzde genel olarak kabul gören ve ülkemiz kanun koyucusu tarafından da benimsenen süre sınırlandırması düzenlemesinin makul bir çözüm olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte yukarıda değinilen ve doktrinde tartışma sahası yaratan kimi hususların yeniden düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

6. KAYNAKÇA

- Akbulut**, Berrin ve **Kareem**, Ola Raheem. “Türk Ceza Kanunu ve Irak Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları”. *Ceza Hukuku Dergisi*, 13.37 (2018): 11-85.
- Aksoy**, Şahin. “Kürtaj sadece tıbbi bir karar olabilir mi?”. *Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi*, 4.1 (1996): 12-15.
- Akyıldız**, Sunay. *Sağlık Hukuku Rehberi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Altıparmak**, Saliha, **Çiçekçioğlu**, Meltem, **Yıldırım**, Gülay. “Abortus ve Etik”. *Cumhuriyet Tıp Dergisi*, 31 (2009): 84-90.
- Artuç**, Mustafa. *Pratik Türk Ceza Kanunu*. 4. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Ayan**, Mehmet. *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Kazancı Yayınları, 1991.
- Aydın Ünver**, Tülay. *Cenin Hukuki Konumu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Aydın**, Murat. “Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 19.2 (2011): 69-100.
- Aykın**, Aykut Cemil ve **Çınarlı**, Serkan. *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Badur**, Emel. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Can**, Sibel. “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”. *Ankara Barosu Dergisi*. 1.73 (2015): 79-104.
- Canbolat**, Ferhat. “Hukuki İşlemlerde Amaç”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 20.1 (2012): 61-77.
- Çakırca**, Seda İrem. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi”, *Journal of Yaşar University*, 8, Özel Sayı(2013): 785-805.

- Çavdar**, Pelin. “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 22.3 (2016): 735-764.
- Çokar**, Muhtar. *Kürtaj*. İstanbul: Babil Yayınları, 2008.
- Demir**, Mehmet. “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”. *AÜHFD*, 57.3 (2008): 225-252.
- Demircioğlu**, Murat ve **Balsever**, Sergül. “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sonrası Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74(2016): 1167-1183.
- Doğan**, Recep. “Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 127(2016): 73-120.
- Dönmez**, Burcu. “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 9.2(2007): 99-141.
- Dönmezer**, Sulhi ve **Erman**, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, 14. bs. İstanbul: Der Yayınları, 2019.
- Dönmezer**, Sulhi. “Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 50.1-4 (1984): 3-11.
- Erdem**, Dilek Özge. “Çocuk Düşürtme Düzenlemesi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 65.4(2016): 1637-1688.
- Eren**, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 23. bs, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Erman**, Barış. *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ertuğrul**, Hüseyin. *Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Gelegen**, Didem Gediz. “Tartışma: Kürtaj: cinayet süsü verilmiş bir intihar mı?”. *Fe Dergi* 3.1 (2011), 65-71.

- Gökcan**, Hasan Tahsin. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*. 3.bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Göktürk**, Neslihan. “Türk Hukukunda Suçların İctimai”. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*. 2.1-2 (2014): 31-59.
- Gülel**, İlhan. *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Gülşen**, Recep. “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi” *V. Türk –Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*. Ankara: TBB Yayınları, (28 Şubat - 01 Mart 2008): 1209-1228.
- Güney Tunalı**, Işıl. *Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin, Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Güven**, Kudret; “Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşin İzni Sorunu”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2.1 (2016): 11-35.
- Hakeri**, Hakan. *Tıp Hukuku*. 16.bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Hakeri**, Hakan. “Türk Hukukunda Kürtaj ve Sezaryen”, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2013: 46-55. (Kürtaj ve Sezaryen).
- Işık**, Barış. “Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürtülmesi Suçu (TCK m. 99/6)”. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*. 3.2 (2015): 25-55.
- İçel**, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. bs. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- İkizler**, Metin. “Eşlerin Çocuk Sahibi Olma Konusunda Uyuşmazlığa Düşmesi”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 132(2017): 165-182.
- Kahraman**, Zafer. “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7.1(2016): 479-510.
- Kalaycı Ölçüm**, Merve Buse. *Kadın Hastalıkları ve Doğum Doktorunun Tıbbi Müdahaleden Doğan Akdi Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

- Kaya**, Mine. “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 100(2012): 46-82.
- Keskin Kızıroğlu**, Serap. “Türk Ceza Hukuku’nda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”. *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 19(2013): 165-190.
- Keskin**, A. Dilşad. *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Kılıçoğlu**, Ahmet Mithat. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. bs, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2018.
- Kirkit**, Ecem. *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Kitapçıoğlu**, Tülay. “Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme Suçu”. *Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 18.1 (2012): 297-335.
- Koca**, Mahmut ve **Üzülmez**, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 11. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Kocabaş**, Gediz. “Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Unsurları”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 20.3(2014): 273- 302.
- Kurşat**, Zekeriya. “Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”. *İÜHF*, 67.1-2(2009): 143-166.
- Kurtulan**, Gökçe. “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 23.1(2017), 465-503.
- O’Neil**, Mary Lou, **Aldanmaz**, Bahar, **Quirant Quiles**, Rosa Maria ve **Kılınç**, Fatih Resul. “Yasal Ancak Ulaşılabilir Değil: Türkiye’deki Devlet Hastanelerinde Kürtaj Hizmetleri”. *Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi*, İstanbul, Ekim 2016.
- Oğuzman**, M. Kemal ve **Öz**, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 1*. 16.bs. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018. (C-1)

- Oğuzman**, M. Kemal ve **Öz**, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 2*. 14.bs. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016. (C-2)
- Oktar**, Salih. *Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları* (TCK. m. 99-100). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Ozanoğlu**, Hasan Seçkin. “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52.3(2003): 55-77.
- Özalp**, Tuba ve **Özalp**, Faruk. *Hekimin Cezai Sorumluluğu*. 2.bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Özbek**, Veli Özer, **Doğan**, Koray, **Bacaksız**, Pınar ve **Tepe**, İlker. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 13. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özdemir**, Hayrunnisa. *Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Özdemir**, Hayrunnisa. “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukukî Niteliği ve Yargıtayın Görüşü”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 105(2013): 263-290. (Üçüncü Kişinin Talebi)
- Özel**, Çağlar. “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 50.4(2001): 81-106.
- Özen**, Mustafa. “Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 5(2007): 97-102.
- Özen**, Mustafa. “5237 Sayılı TCK’nın Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 63(2006): 96-108. (TCK’nın Özel Hükümleri)
- Özmumcu**, Seda. “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4.2 (2014): 145-171.
- Özpınar**, Berna. *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2007.

- Özsunay**, Ergun. “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu. *MHAUM*, (1983): 31-61.
- Reisoğlu**, Seza. “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, *MHAUM*, (1983): 1-18.
- Reyhani Yüksel**, Sera. “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Mehmet Akif Aydın’a Armağan)*, 21.2(2015): 793-804.
- Sancar**, Türkan. *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Saruhan**, Utku. *Gerçek Vekâletsiz İşgörme*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Savaş**, Fatma Burcu. “Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 74(2008): 121-148.
- Sayar**, Tansu ve **Kılıç Öztürk**, Yasemin. “Türkiye’de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey Kararı”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 20.1(2018): 321-349.
- Serozan**, Rona. “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 11.14(1977): 93-112.
- Şahin**, Ayşenur. “Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 15.2(2011): 123-165.
- Tacir**, Hamide. “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”. *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 19(2013): 1301-1319
- Taşpınar**, Sema. “Fiili Karinelerin İspat Yükünü Dağılımındaki Rolü”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45.1-4(1996): 533-572.
- Tek**, Gülen Sinem. “Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler”, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım Paneli*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, (2013): 63-70.

- Tezcan**, Durmuş, **Erdem**, Mustafa Ruhan ve **Önok**, R. Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. 16. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Türkmen**, Ahmet. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. LXX. 2(2012): 257-284.
- Uyumaz**, Alper ve **Avcı**, Yasemin. “Türk Hukuku’nda Gebeliğin Sonlandırılması”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 7.1(2016): 579-638.
- Ünver**, Yener. “Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı, 6.2(2009): 173-230.
- Ünver**, Yener. “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, *Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı*, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri, (2005): 86-118. (Türkiye’de)
- Yardım**, İsa. *Tüketici Olarak Hasta Hakları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Yarsuvat**, Duygun. “Ceza Hukukunda Gebeliğin Durdurulması Meselesi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 48.1-4(2011): 451-471.
- Yavaş**, Murat. “Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, 24.1 (2015): 741-761.
- Yılmaz**, Battal. *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. 3. bs, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Yılmaz**, Berna Ayşen. “Suçun Hukuki Konusu ve Mağduru Bağlamında Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçlarında Zincirleme Suç Hükümlerinin Değerlendirilmesi”. *R&S - Research Studies Anatolia Journal*, 1.2(2018): 260-268.
- Yurtcan**, Erdener. *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1985.

Yünlü, Semih. *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk.* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

İnternet Sayfaları

<http://hudoc.echr.coe.in> (E. T. 28/07/2018)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.pdf> (E. T. 28/12/2018)

<http://worldabortionlaws.com/> (E.T. 09.01.2019)

<https://jurix.com.tr/> (E.T. 30.12.2018)

<http://www.tdk.gov.tr/> (E.T. 21.01.2019)

Mahkeme Kararları

Yargıtay HGK., 23.06.2004. E. 2004/13-291, K. 2004/370.

Yargıtay HGK., 28.04.2010. E. 2012/7-216, K. 2010/231.

Yargıtay 2. HD., 08.03.2004, E. 2014/2065, K. 2014/2873.

Yargıtay 2. HD., 13.10.2014. E. 2014/7476, K. 2014/19377.

Yargıtay 13. HD., 10.02.2012, E. 2011/19134, K. 2012/2628.

Yargıtay 13. HD., 04.03.2013, E. 2012/7843, K. 2013/5023.

Yargıtay 13. HD., 25.02.2014, E. 2013/26332, K. 2014/5046.

Yargıtay 3. CD., 29.11.2006. E. 2006/2128, K. 2006/9059.

Yargıtay 5. CD., 10.03.2015. E. 2014/11481, K. 2015/8083.

Yargıtay 7. CD., 28.03.2002. E. 2002/3679, K. 2002/3972.

Yargıtay 14. CD., 10.12.2012. E. 2011/5612, K. 2012/12703.

7. ÖZGEÇMİŞ VE İLETİŞİM BİLGİSİ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı : Oğuzhan Türe
Uyruğu : T.C.
Doğum Tarihi ve Yeri: 20.11.1992, Ankara
E-posta : avoguzhanture@gmail.com
Cep Telefonu : 0533 721 42 02

EĞİTİM BİLGİLERİ

Lisans : 2010-2014 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYINLAR

Türe, Oğuzhan ve Türe, Gökhan. (2017). “Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.30, S.131, s. 295-346.

Türe, Oğuzhan. (2017). “Hekimin Defansif Tıp Uygulamalarından Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.12, S.127, s.32-41.