

GEBELİĞİN ÖNLENMESİ İLE ÇOCUK DÜŞÜRME ARASINDAKİ SINIRI TESBİTTE FEDERAL ALMANYA CEZA HUKUKUNDA YENİ PROBLEMLER *

Biyolojik açıdan insan hayatı parçalara bölünemiyen bir devamlılık gösterir. Buna mukabil Ceza Hukuku ise insan hayatını bölümlere ayırır ve her bölümünü değişik hükümlerle korur. Örneğin bir bölümünü çocuk düşürme hükümleri ile bir bölümünü de adam öldürme hükümleri ile. Fiilin objesi birinci halde «cenin» ikinci halde ise «insan» veya «çocuk»tur.

Hukuk «cenin» sıfatının hangi anda kazanıldığını açıkça tesbit etmek zorundadır. Zira, bu sıfatın kazanılmasından önce, ceza sorumluluğunu gerektirmeyen «gebeliğin önlenmesi» safhası mevcuttur.

«Cenin» sıfatının başlangıcı konusunda iki nazariye mevcuttur. Eski ve muhafazakâr bir görüşe göre, cenin statüsü yumurtanın spermeler tarafından dölleniş ile başlar. 1966'dan beri gittikçe taraftar kazanan görüşe göre ise, cenin sıfatının, dolayısıyla ceza hukuku korumasının başlangıcı Nidation'dur. Nidation, dölleniş yumurtanın uterus iç zarına yerleşmesi olayıdır ki, döllenişmeden takriben 7 gün sonra vuku bulur.

Bu iki görüşten birinin kabulü, pratik açıdan önemli farklılıklar gösterir. Bir örnek verilecek olursa: Doğum kontrol hapları, döllenişmeyi önlerler ve bu sebeple eskiden beri yasak olmadıkları kabul edilmiştir. Buna mukabil «morning-after-pill» denilen haplar ise farklıdır. Zira bunlar döllenişmeyi değil, Nidation'un önlerler ve cezai rizikoya katlanmadan kullanılabilmeleri ise, ancak yeni nazariyeyi kabul ile mümkündür.

Eski Alman hukukunun «cenin» sıfatını dölleniş ile başlatan görüşü temelde şu hataya dayanmaktadır. Cenin karakterinin başlangıcı ile insan hayatının başlangıcının zaruri olarak aynı şey ol-

(*) Doç. Dr. Eralp Özgen tarafından özetlenmiştir.

duğu kabul edilmiştir. Ancak ceza normlarında «hukukî menfaat» ile «fiilin objesi» ayırımı, bu kabulün doğru olmadığını gösterir. Çocuk düşürme suçlarında korunan hukukî menfaat «hayat tohumu» diğer bir deyişle «oluşmakta olan hayat»tır. Buna mukabil bu suçun objesi «cenin»dir. Prensipten olarak hukukî menfaat ile fiilin objesinin birbirinden farklı oluşu ve birbirlerinden ayrı gelişme imkânlarına sahip bulunmaları, bizim asıl problemimizin «hayatın ne vakit başladığı» problemi olmayıp, cenin karakterinin ne vakit başladığı meselesi olduğunu göstermektedir.

«Cenin» kavramından ve anlaşılması gerektiği konusunda şöyle bir iddia ortaya atılmıştır. Cenin kavramı saf bir tıp kavramıdır. Bu sebeple bu konuda sadece insan biyolojisi uzmanları ile hekimler karar verebilir, hukukçular değil. Ancak bu iddianın doğru olmadığı, Alman Ceza Hukukundaki tipiklik nazariyesinden çıkmaktadır.

Alman kanununda «gelecek hayatın veya hayat tohumunun yok edilmesi» tâbiri kullanılmamış, «ceninin öldürülmesi» tâbiri kullanılmıştır. «Cenin» karakterinin ne vakit kazındığı konusunda kanunda açıklık mevcut olmadığından, bu husus hukukî yorumla tesbit edilecektir.

Burada karşımıza çıkan problem dar veya geniş yorum meselesidir.

Bütün ceza normları muhtelif hukukî menfaatlerin korunmasını gaye edinmişlerdir. Bu durumda korunan hukukî menfaat, kanuni tipin yorumunda önemli bir başlangıç noktasıdır. Ancak yorumun mutlaka hukukî menfaatin en geniş korunması lehine yapılacağına dair bir prensip yoktur. Zira korunan hukukî menfaatin hepsi eşdeğerde değildir.

Alman kanununda çocuk düşürme hükümleri ile korunan hukukî menfaat olan «oluşmakta olan hayat» tam gelişmiş hayata nisbetle gözle görülebilir bir azlıkta değerlendirilmiştir. Keza ceza ve muhakeme kanunlarında yapılan son değişiklikler de, kanun yapıcının «oluşmakta olan hayat»a verdiği değer azlığında delildir. Bu durumda dar yorum yapılması mümkündür.

Dar yoruma karşı bir itiraz olarak sürülen, ceza normlarının tek bir hukukî menfaati değil, aynı zamanda birbirine eşdeğerli birden ziyade hukukî menfaati koruduğu görüşü de problemimizde önemli rol oynamaz. Zira çocuk düşürme hükümleri ile korunduğu ileri sürülen devletin nüfus artışında menfaati zamanımızda

değerini yitirmiştir. Keza sıhhatle ilgili görüşlerin de çocuk düşürme suçu ile münasebeti yoktur.

Anayasal hayat hakkı konusu da dar yorumu önleyici nitelikte değildir. Zira bu, hayat hakkının korunması zarureti gösterir. ama mutlaka ceza normları ile korunma gerekliliğini ortaya koymaz.

Dini ve ahlâkî görüşler de bu konuda rol oynamazlar. Zira ahlâk ve din ile ceza hukuku bağımsız alanlardır ve aralarında ihtilâflar mevcut olabilir.

O halde çocuk düşürme hükümleri muhtemel daraltıcı yorumlara müsaittir ve bu konuda tamamen genel yorum kaideleri geçerlidir.

Genel yorum kaidelerinden bilhassa sistematik yorum, cenin karakterinin başlangıç anı olarak Nidation'u kabul etmek gerektiğini göstermektedir. Zira kanun «bir gebenin» ceninini öldürmesinden bahsetmektedir. Gerek insan biyolojisi, gerekse tıp gebeliğin döllenme ile değil, Nidation ile başladığını kabul eder.

Biyolojik açıdan da başlangıç anının Nidation olarak kabulü daha doğrudur. Nidation'dan önce ana vücudu ile onun meyvası arasında pek sağlam olmayan bir bağ mevcuttur. Sıkı bağ ancak yumurtanın rahime yerleşmesi ile doğar.

Suç politikası düşünceleri de bu kabulümüze uygun düşmektedir. Bugün Almanya'da polise intikal eden çocuk düşürme vakaları yılda 1600-2400 arasında olmasına mukabil gizli kalanların sayısı 500.000 civarında olduğu tahmin edilmektedir. Gebeliği veya Nidation'u önleyici hapların bu sayıyı azaltacağını düşünmek oldukça zordur. Ancak, cenin kavramının sert bir yorumu, Nidation'u önleme imkânını ortadan kaldıracak ve bu da Nidation'dan sonra sıhhati tehlikeye sokabilecek işlemleri yok etme şansını azaltacaktır.

Netice itibariyle «cenin» karakterinin Nidation'la başladığını kabul edince, pratik problemlerde şu sonuçları elde ederiz :

1. Döllenmeyi önleyen metod ve vasıtaların kullanılması suç değildir.

2. Döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesini önleyen metod ve vasıtaların kullanılması da çocuk düşürme değildir. Bu suretle, döllenmeyi mi, yoksa Nidation'u mu önlediği henüz tesbit

edilememiş vasıta ve metodların kullanılmasının da serbest olduğu ortaya çıkar.

3. Buna mukabil ana rahmine yerleşmiş yumurtanın yerleşme durumunu ortadan kaldıran vasıta ve metodlar ise çocuk düşürme sayılır.

4. Kabulümüz, dış gebelik probleminde de rol oynar. Dış gebelik şimdiye kadar hukuka uygunluk sebepleri arasında tetkik ediliyordu. Ancak tıp pratiğinde bu hukuka uygunluk sebebi için gerekli şartlar pek de araştırılmıyordu.

Cenin karakterinin Nidation ile başladığı kabul edilince problem kanuni unsurlar alanında çözülebilmekte, hukuku uygunluk sebeplerine müracaata lüzum kalmamaktadır.

5. Ve nihayet tüpte döllenmiş yumurtanın doğuracağı problemlerin çözümünde de tesirlidir. Cenin karakterinin, döllenmiş yumurtanın ana rahmine yerleşmesi ile başladığı kabul edilince, tüpte döllenmiş yumurta «cenin» sayılmıyacaktır.