

ÇOCUK DÜŞÜRME VE DÜŞÜRTMENİN DÜNÜ VE BUGÜNÜ

Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER

GİRİŞ

1. — 25.5.1983 tarih ve 2827 sayılı “Nüfus Plânlaması Hakkında Kanun” ve buna müsteniden çıkarılan 83/7395 sayılı ve 14.11.1983 tarihli “Rahin Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük” sosyalist ülkelerde yaklaşık olarak son 40 yıl içinde, demokratik batı ülkelerinde de son 10 yıl zarfında gerçekleştirilmiş bulunan bir reform mevzuatına Türkiye’nin de katılması anlamını taşımakta ve gerek sosyal yönden gerekse mukayeseli mevzuat hareketleri bakımından büyük önem taşımaktadırlar.

Çocuk düşürmeyi ve sterilizasyonu belirli bazı şartlarla, suç olmaktan çıkararak Ceza Kanunumuzda çok esaslı hüküm değişiklikleri yapan 2827 sayılı Kanun, Ülkemizde, Batı memleketlerinden farklı olarak pek fazla tartışma çıkarmadan ve muhalefet husule getirmeden yürürlüğe sokulabilmiştir: Batı ülkelerinde benzer kanun değişiklikleri yıllarca tartışıldıktan, çeşitli kesimlerin şiddetli muhalefetleri veya tasvipleri ile karşılaşmış hatta bir ölçüde iktidarlara ve siyasî seçimlere tesir eyledikten sonra kabul edildikleri halde, Türkiye’de fazla gürültü çıkarmadan nisbî bir sükunet içersinde yürürlüğe girebilmişlerdir. Bunun aslî sebebi, elbette ki, Kanunun Askerî Yönetim döneminde kabul edilmiş bulunmasıdır; bunun yanında Türk halkının gerçekleri görme ve kabul etme hususundaki salim tutumunun da etkili olduğu şüphesizdir.

Biz bu yazımızda çocuk düşürme ve düşürtme suçlarında eski çağlardan günümüze kadar geçen uzun dönemdeki fikir değişiklik-

lerini, ahlâk bakımından meydana gelen tahavvülleri özellikle vurgulamak istiyoruz. İnsan toplumunda hemen her şey, her kurumun nisbî olduğunu ve gerektiğinde değişmeye mahkûm bulunduğunu, ahlâkî telekkilerin böylece zaman içersinde nasıl tahavvül eylediğini, belki de, çocuk düşürme ve düşürtme suçları kadar hiçbir konu yeterli derecede belirtemez. Bu bakımdan konunun hukuk sosyolojisi bakımından da büyük önem taşıdığı ve vurgulanması gerektiği kanaatindeyiz.

TARİHÇE

2. — Çocuk düşürme ve düşürtme, tarihin en eski dönemlerinden itibaren, oldukça ağır cezalarla karşılanan beşeriyetin en eski suçlarından birisidir. İlkel toplumlarda çocuk düşürme ve düşürtme hamile kadın ve kocası tarafından gerçekleştirilirse, genellikle, ceza verilmezdi. Zira o dönemlerde ebeveynin çocukları üzerindeki tasarruf hakları mutlak kabul edilmişti. Garraud, ilkel toplumlarda çocukların ebeveynin mülkiyet ve tasarrufunda buldukları kabul edildiğinden, hamileliğe son verilmesinin bir suç olduğuna inanılmadığını açıklamaktadır. Ceninin rahimden ihracı bir kısım anatomik ve fizyolojik bilgileri gerektirdiğinden, çocuğu bertaraf etmek için, ana bakımından bir tehlikeyi ortaya çıkarmayan yeni çocuğu öldürme yoluna gidilmekte idi. İstenilmeyen çocuktan böylece kurtulunuyordu. Bizce bugün de belirli saiklerle yeni doğan çocuğu öldürmeye, adî adam öldürmeye nazaran çok daha az ceza veren Ceza Kanunu hükümlerinin menşesinde bu uygulama mevcut bulunsa gerektir. Bu suretle yeni doğan çocuğu belirli saiklerle öldürmeye az ceza verilmesini sağlayan hükümleri de ilkel dönemlerden kalmış artıklar olarak telekki ettiğimizi belirtmiş oluyoruz. Zamanla çocuk düşürme, çocuk öldürmenin yerini almıştır. Böylece istenmeyen çocuktan kurtulmak için, doğanı öldürmeye nazaran daha az vahim bir şekle başvurulmuştur.

İbranilerde çocuğun aldırılması halinde, ceza, kadının kocası yahut hâkimler tarafından belirlenir ve kadının ölümü halinde ise genellikle ölüm cezası uygulanırdı. Eski Yunanda, cenin hayat kazandıktan sonra işlenen çocuk düşürme ve düşürtme hallerinde fail hakkında ölüm cezası uygulanmış, aksi halde ise, faile ceza verilmemiştir.

Bazı yazarlar, eski Yunanda çocuk düşürmenin, nüfus hareketlerini dengelendirmek hususunda bir araç telekki edildiğini kaydetmektedirler. Burada dikkati çeken husus, ceninin ana rahminde müstakil bir hayat iktisap etmiş olup olmaması hakkındaki tefrike eski Yunanda da yer verilmiş olmasıdır. Bu ayırımın hristiyanlıkta, islâmda ve hatta günümüz mevzuatında yer aldığını görüyoruz.

Çocuk düşürme (partus abortio) müeyyideleri yönünden Roma Hukukunda ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu hukuk düzeni çocuk düşürme eğer ebeveynin rızası ile gerçekleşmiş ise, ilke olarak fiili cezalandırmamıştır. Çünkü bu hukuk düzeninde suçun cenine değil ve fakat ebeveyne, onların haklarına karşı işlendiği kabul ediliyordu. Kadın cebri yollarla kocasının rızası olmadan amacına ulaşmış ise, sürgün cezası veriliyor ve fiil hırs ve tama saiki ile işlendiği zaman ölüm cezası uygulanıyordu. Şerikler hakkında sürgün cezası ile birlikte müsadereye de hükmolunmuş, kadının ölümü halinde ölüm cezasına hükmedilmiştir. Ebeveynin rızası ile işlenen çocuk düşürmeler ise, suç sayılmamıştır.

Aslında cürüm teşkil eden, cinayet sayılan çocuk düşürme kavramı hristiyanlık ortaya çıkarmıştır. Fakat hristiyanlığın etkisi altındaki mevzuat ta aynen eski Yunanda olduğu gibi foetusun canlı olup olmaması bakımından bir ayırım yapmış, Avrupa ülkelerinin tümü ceninin hayatiyeti haiz bulunduğu hallerde ölüme kadar giden ağır cezalar vermişler, henüz hayatiyeti haiz bulunmadığı hallerde ise, para cezası ve hapis cezalarını yeterli saymışlardır. Fransa'da parlamenlar, her iki halde de ölüm cezası vermişlerdir.

18. Yüzyıl filozofları çocuk düşürmeye karşı uygulanan ağır ve mubalagalı şiddetteki cezalara karşı çıkmışlar ve ölüm cezasının uygulanmamasını istemişlerdir. Bu fikrî hareket, 1791 Fransız Ceza Kanununda müeyyidenin 20 yıl hapis cezasına indirilmesini sonuçlamıştır. Ancak bu Kanun, çocuğunun alınmasına rıza gösteren kadına ceza vermemiştir. Kadına ceza verilmemesi suçun aslî faillerini meydana çıkarmak hususunda kolaylık sağlamak maksadına daylıdır. 1810 Kanunu ise, kadına ve çocuğu düşürtene aynı cezaları vermektedir.

İslâm Hukukunda çocuk düşürme bakımından Ömer Nasuhi Bilmen merhumun "Hukuku İslamiye ve Istilahatı Fıkhiye Kamusu" adlı eserinin 3. cildinin 152 ve takip eden sahifelerinde özlü bilgiler

vardır: eski Yunanda olduğu gibi ceninin hayat kazanmış olup olmaması hususundaki ayırımı İslâm Hukukunda da rastlanıyor. Cenin ana rahminde canlanmış ise, buna zihayat cenin, canlanmamış ise, gayrizihayat cenin denilir. Ayrıca ceninler, yaratılışlarının muhtelif safhalarına göre de 4 nev'e ayrılırlar. Azası henüz belirmemiş olan bir cenin gayri müstebinül hılka cenin ve bu alga, kan parçası mesabesinde sayılır. Ceninin hayatına tecavüz bir cinayet telekki edilir. Bilmen İslâmın cenini bu suretle korumasını "nüfusu İslamiyenin artmasına büyük kıymet verilmesine" bağlamaktadır. Bu sebeple bir hadiste "kadınlarımızın hayırlısı velud olanlardır" denilmiştir.

İslamda çocuk düşürme tâzir cezası ile ve gurre namı lie tazminat itası mecburiyeti ile karşılaşılır. Ancak zarurete istinat eden hallerde çocuk düşürene ceza verilmez. Bir kadın çocuğuna süt vermekte iken gebe kalır ve sütü kesilmeye başlarsa, sütana tedarikine ailenin servetinin müsait olmaması halinde, ve hayattaki çocuğun ölümünden korkulduğu takdirde, henüz herhangi bir uzvu teşekkül etmemiş olan cenini düşürmek caizdir. Çünkü böyle bir hamil, henüz bir insan olarak teşekkül etmeyip et parçası (muzga) veya alaka yani camit kan, kan pıhtısı hükmünde bulunanın düşürülmesi demektir. Çocuk ise, tam bir insandır. Böyle olunca o hamili düşürerek çocuğu siyanet etmek akıl icabıdır. Ancak bunun için de hamlin 120 günü aşmaması şarttır. Görülüyor ki, ızdırar halinin kabulü için dahi, ceninin canlılık kazanmamış bulunması şartı araştırılmaktadır.

3. — 1920'lere gelindiğinde, bütün Avrupa ülkelerinde çocuk düşürme ve düşürtme suçlarını, geçen dönemlere nazaran daha az şiddetli cezalarla karşılama eğiliminin yaygınlaştığı görülür. Fransa'da 27 Mart 1923 Kanunu suçu, cinayet derecesinde bir fiil olmaksızın çıkarmış, bir cünha halinde tesbit etmiş ve cezayı da bir yıldan 5 yıla kadar hapis ve para cezası olarak belirlemiştir.

Avrupa ülkeleri 1920'lerden önce korkunç bir savaşın tahribatına uğramışlardır. Fransa Birinci Dünya Savaşında birbuçuk milyon erkek vatandaş kaybetmişti. Bu kaybı gidermek için Fransanın yılda beşyüz bini aşan miktardan fazla doğuma ihtiyacı olduğu belirtiliyordu. Oysa, 1925 - 1935 arası Fransa'da yılda beşyüz bin çocuk düşürmenin gerçekleştirildiği tahmin edilmekte idi. Bu sebeple Fransa'da 29 Temmuz 1939 tarihli aileye ilişkin Kanun, çocuk düşürme-

yi cezalandıran mevzuatı tamamlayarak güçlendirmişti. Bu hükümler sonradan da değiştirilmişti.

Görülüyor ki, savaşın etkisi ile nüfus ihtiyacında bulunan Avrupa ülkeleri çocuk düşürme olaylarını biryandan millî bir felaket (fleau national) telekki ederek cezalandırırken, bir yandan da eski ifratlı cezaları azaltmak yoluna girmişlerdi. Ancak aynı tarihlerde Sovyetler Birliği 18 Kasım 1920 kararnamesi ile "hamileliğe, hiçbir ücret alınmaksızın, Sovyet Sağlık Kurumlarında son verilebileceğini", ilân etmiştir. 1920'lerde Rusya'da milyonlarca insan açlıktan ölmekte idi ve ülkenin fazla nüfusa ihtiyacı yoktu. Çocuk düşürmenin suç halinden çıkarılması Marksist bir görüşle kadınlara daha geniş özgürlük ve erkeklerle eşitlik tanıma gerekçesine dayandırılmak istenilmiş ise de, aslında temel sebep, öyle sanırız ki, nüfus politikası olmuştur. Nitekim, 1940'lardan sonra, Almanya ile savaş sonucu büyük nüfus kaybına uğranıldığında, çocuk düşürme yeniden suç haline getirilmiş, 1950'de nüfus tablosu düzeline çocuk düşürme yeniden suç olmaktan çıkarılmıştır.

4. — Sosyalist memleketlerdeki bu uygulamaların, İkinci Dünya Savaşından sonra, Batı ülkelerini de etkilemeğe başladığı görülmektedir. İkinci Dünya Savaşına kadar geniş ölçüde dinî etkiler altında kalmış bulunan mevzuatın çocuk düşürmeyi suç haline getirirken korumak istediği hukukî yararlar ile ilişkili olmak üzere şu görüşler sözkonusu edilmiştir:

1° Çocuk düşürmeye ilişkin hükümlerle himaye olunan yarar, ana rahminde meydana gelen canlı varlığın, ceninin hayatı veya müstakil bir hayat sahibi olmak imkânıdır; kanun nüve halindeki insan hayatını korumaktadır.

2° Çocuk düşürme ve düşürtme suçunun koruduğu hukukî yarar Devletin nüfus politikasıdır.

Buna karşılık geniş ölçüde çocuk düşürmeye imkân veren sosyalist ülkeler ise, sözkonusu hükümlerle gebe kadının hayat ve sağlığını, cinsî özgürlüğünü korumak amacını güttüklerini iddia etmekte idiler.

Türk Ceza Kanunu çocuk düşürme ve aldırma suçlarını cezalandırdığı 9. babının 4. fıslının başlığını "İrkin tümlüğü ve sağlığı

aleyhinde cürümler" şeklinde ifade etmek suretile, milletin tümlüğünü, çoğalma gücünü korumak amacını güttüğünü açıkça beyan etmekte idi.

5. — Batı mevzuatındaki bu genel trend 1960 lara kadar, bazı tartışmalarla birlikte devam etmiştir. Çocuk düşürme ve düşürtmenin cezalandırılmasına karşı olanlar, sosyalist ülkelerdeki uygulamaların ve biraz da Malthus teorisinin etkisiyle herkesin bedeni üzerinde tasarruf etmek hakkına sahip bulunduğu, kadınlar arasında eşitlik tesis etmek, gebe kadının sağlık ve hayatının korunması icab ettiği, kadınların cinsî özgürlüklerini güvence altına almak gerektiği öne sürülmüş ve hamileliğe son verme imkânının genişletilmesi hususundaki fikirler gittikçe yaygınlaşmış, taraftar kazanmaya başlamıştır. Bu arada Fransız, İtalyan, Amerikan anayasa mahkemeleri konuyu insan hakları cephesinden değerlendiren kararlar vermişlerdir. Bu kararlar hakkında gerekli tafsilât (Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 12. Bası, İstanbul 1984) eserimizde verilmiştir.

İkinci Dünya savaşının sona ermesinden ve özellikle 1950 lerden itibaren aile plânlaması yoluyla doğumların belirli maksatlarla kontrol edilmesi, bu maksatla gebeliğe engel olucu ilâçların meydana getirilip halka sunulması hususundaki uygulamalar gittikçe yaygınlaşmış ve hattâ milletler arası örgütler marifetiyle bu tatbikat yürütülmeye başlanmıştır. Özellikle üçüncü dünya ülkelerinin karşı karşıya buldukları sefalet, açlık, hastalık gibi felâketlerin büyük ölçüde hızlı nüfus artışından kaynaklandığı sabit olmuştur. Olağanüstü ciddi bir nüfus politikası uygulayan sosyalist ülkeler, bu bakımdan da bir örnek teşkil etmişlerdir.

Bu arada fikrî bakımdan asıl dikkati çekici gelişme, ülkelerin güç ve kuvvetini tesis eden unsurun nüfusun miktarı değil ve fakat vasfı olduğu anlaşılmıştır. Nüfusun vasıflı hale getirilmesinin ise kaynaklarla doğumlar arasındaki dengeye de büyük oranda bağlı bulunduğu kavranmıştır.

Batı ülkelerinde ortaya çıkan diğer bir olgu da şu olmuştur: Kadın ve erkek eşitliğinin giderek fiilen de yerleşmesi ve milletlerarası sözleşmelerin bu hususu açıkça teyid eylemeleri kadınların, mevzuatın bir tür esiri olarak istemedikleri çocukları doğurmak mahkûmiyetine tâbî tutulmalarına karşı isyan duyguları geliştirmelerine se-

bep olmuştur. Böylece kadın hakları, kadının kendi bedeni üzerinde tasarruf etmek hakkının da kemaliyle kabulünü gerektirir denilmiştir. Bu hal, batı ülkelerindeki siyasî seçimlerde çocuk düşürme mevzuatının esaslı bir tartışma konusu haline gelmesine sebebiyet vermiştir. Ayrıca, çağdaş toplumda gücü çok azalmış olan kilise sözü konusu gelişmelerle mücadele edemez duruma düşmüştür. Diğer yönden batı ülkeleri sabit nüfusun kötü bir şey olmak şöyle dursun refahın ana sebeplerinden birisini oluşturduğunu da anlamışlardır. Türkiye'nin ve diğer bazı ülkelerin sağladığı ucuz iş gücü göçmen işçilerin bu ülkelerde insan gücü noksanını rahatlıkla karşılayabildiğinin anlaşılması da ekonomik bakımdan nüfusu artma gücünün fazla olmadığını ortaya koymuştur.

Ancak batı ülkelerindeki gelişmenin aslî sebebinin kadına, kendi bedeni üzerinde tasarruf etmek, kadın özgürlüğünü sağlamak, kadını istemediği çocuğu doğurmaya mahkûm etmemekten ibaret bulunduğunu, daha doğrusu esas maksadın bu olduğunu beyan edebiliriz. Oysa sosyalist ülkelerde gerçek amaç çocuk aldırılmayı nüfus politikasının bir aracı halinde kullanmak gibi gözükmektedir. Batıda yoksul ve varlıklı kadınlar arasındaki farkları kaldırarak bu bakımdan sosyal adaleti sağlamak ve esasen bir işe yaramayan, korkutucu, caydırıcı bir etkisi de bulunmayan faydasız bir mevzuatı bertaraf etmek ana sebep olmuştur.

Belirttiğimiz sebepler önce fikir alanında çocuk düşürmeyi suç olmaktan çıkarmanın kabulüne ve sonra da teşekkül eden kamu oyunun bu yeni oluşmayı benimsemesine ve kanun koyucunun konuyu yeniden düzenlemesine sebebiyet vermiştir. 1964 yılında La Haye de toplanan Ceza Hukuku kongresi çocuk düşürme konusunda geleneksel tutumdan ayrılmış; meşru sayılan çocuk aldırma hallerini ve suç teşkil eden fiillerin istisnalarını çoğaltmıştır. Kongre bugün çocuk aldırmanın suç sayılmasının nüfusu arttırmak amacına değil ve fakat kadınların sağlığını korumak hedefine dayanabileceğini ifade etmiş ve böyle olunca da kendi çocuğunu düşürmeye teşebbüs eden kadının cezalandırılmaması gerektiğini açıklamıştır.

6. — Bütün bu yeni gelişmeler 1970 lerden sonra hemen bütün batı ülkelerinde çocuk düşürmenin geniş bir ölçüde suç olmaktan çıkarılmasına ve benzer hükümlerin kabulüne götürdü. Almanya, İsveç, Fransa, İtalya böylece bu konudaki mevzuatlarını değiştirdiler.

Bu gelişmeyi hukuk sosyolojisi bakımından şu suretle değerlendirebileceğimizi sanıyoruz :

1° Çocuk düşürme konusunda gerçekleşen yeni mevzuat bakımından sosyalist ülkelerdeki hareketin etki yaptığını kabul etmek zorunludur.

2° Çocuk düşürme mevzuatında gerçekleşen bu durum hukukta lâikleşmenin en dikkati çekici bir misalini vermektedir. Zira çocuk düşürme konusundaki yeni mevzuatın dinî esaslarla kabili telif bulunmadığı hususunda şüphe yoktur.

3° Çağdaş Ceza hukukunun ana özelliklerinden başta gelen birisini hiç şüphesiz faydacılık (pragmatizm) teşkil eder. Pragmatizm ceza mevzuatında duygusallıktan uzaklaşmayı, belirli geleneksel tutum ve kurallara bağlanmaktan daha çok daima rasyonel biçimde sosyal yararı araştırmayı ve koalamayı gerektirir. Yeni gelişme bu bakımdan ceza hukukunda rasyonelleşme akımının çok belirtici bir örneğini oluşturmaktadır.

4° Yeni gelişme aynı zamanda ahlâk ile ceza hukuku arasındaki ilişkinin niteliğini belirten güzel bir örneği de ortaya koymaktadır. Değişen veya değiştirilmesi istenen ahlâk, bir zamanlar vahim sayılan fiillerin ceza hukuku alanında giderek meşruiyet kazanmasını sağlamaktadır.

5° Gebeliği engelleyici araçların kadınlar tarafından kullanılmasının yaygınlaşması bazı yazarlara göre batı ülkelerinde evli kadınların cinsî ahlâk ve edep kurallarına riayet ve sadakatleri bakımından zaaf meydana getirmiştir. Çocuk aldırmanın böylece kolaylaştırılmış olmasının aynı eğilimi daha da teşvik edebileceği düşünülebilir.

7. — 2827 sayılı kanunun kabulü; yukarda belirtilen sebeplerle Türkiye'nin de söz konusu gelişmenin etkisi altına girdiğini düşündürtebilir. Bizim kanaatımız odur ki, bizde metinlerde, gerekçelerde ifade edilmiş olsun veya olmasın, 2827 sayılı kanunun çocuk düşürmeye müteallik hükümleri ve ceza kanununda yapılan tâdillerde esas faktör, çocuk aldırmayı nüfus politikasının bir aracı haline getirmek olmuştur. Biz, çocuk düşürmenin nüfus politikasında bir araç olarak kullanılmasına ise hiç bir zaman taraftar olmamışızdır.

Kadın haklarını koruma sonucu da bu suretle elde edilmekle beraber, esas maksadın kadına daha geniş cinsî özgürlük sağlamak olmadığı aşikârdır. Ancak mevzuat ve kanun değişiklikleri ne sebeple gerçekleştirilmiş olursa olsun bizce esasen işe yaramayan kanun hükümlerinin bertaraf edilmesiyle sosyal gerçek kabul edilmiş ve bu bakımdan yoksul ve varlıklı kadınlar arasındaki, yoksul kadınların hayatını tehdit edici fark ta kaldırılmıştır.

Neticeten hükmümüz şudur: Faydalı bir mevzuat hareketi gerçekleştirilmiştir. Ancak bunun sosyal sonuçlarının neler olacağını şimdiden tahmin edebilmek imkânı yoktur; önümüzdeki yıllarda durumu beraberce göreceğiz.