

**DERLEME****CEZA HUKUKU ve ETİK\***

Tuğrul KATOĞLU\*\*

**I. ETİK-AHLAK-HUKUK  
KAVRAMSAL GİRİŞ**

Konuya başlarken öncelikle etik kavramının ele alınmasında yarar vardır. Etik sözcüğüne, farklı anlamlar yüklenmektedir. Etik, esasen ahlak felsefesi ya da ahlak bilimini ifade etmekle birlikte, bu felsefe dalının nesnesi olan ve kişilerin davranışlarını belirleyen değerler ve kurallar anlamında da kullanılmaktadır.

Bu farklı kullanımları açısından etik ve ceza hukuku ilişkileri değerlendirilebilir. Öncelikle ahlak felsefesi anlamında etik ile ceza hukuku bakımından genel anlamdaki ilişkinin yanı sıra maternal fetal tıp ve ceza hukukunun ilgi alanlarının kesiştiği noktalara da işaret etmek yerinde olacaktır.

Ahlak felsefesini ifade etmek üzere etik, iyi ve doğru yaşama, iyi ve doğru davranma, yaşamda doğru seçimleri yapma gibi sorunsallar ile uğraşan felsefe dalıdır (Solomon, R. C., 1984, 2) denebilir. Etik, insan davranışlarının "temelini", seçimlerinde, beğenilerinde, sevgi ya da saygı duygusundaki temeli inceler. İnsan davranışları bir sorun alanı olarak ele alınmakta bu davranışları belirleyen temel yani "değer" sorgulanmaktadır (Mengüşoğlu, T., 1965, 15). İnsan davranışlarının, sevmenin, nefret etmenin (Mengüşoğlu, T., 1965, 15), iyi ve kötüye ilişkin yargıların

salt kişisel tercihler olarak algılanması günlük yaşam içinde sıkça karşılaşılabileceğimiz bir durumdur. Ahlak felsefesi anlamında etik ise, bu seçimlerin altında yatan nedenler, değerler ile ilgilidir (Nuttall, J., 1997, 29). Bu çerçevede ceza ve sorumluluk, sosyal adalet, cinsellik, pornografi, şiddet, sansür, toplumsal cinsiyet, kürtaj, kişi, çocuk, embriyo, intihar ve yaşamın değeri, ötanazi, insan hakları, açlık ve yoksulluk, ırk ve kökene dayalı ayrımcılık, savaş, terörizm ve protesto, çevre, hayvan hakları, dürüst reklam nihayet küreselleşme ve piyasa gibi konuların bu alanda ele alındığını görüyoruz (Nuttall, J., 1997; May, L., Chobanian, S. C., Wong, K., 1998). "Nükleer caydırıcılıktan ötanaziye kadar" birçok konuda felsefecilerin çalıştığını görmek mümkün. Yapay dölllenme ve embriyo araştırmalarının etik çerçevesini oluşturmaya yönelik komisyon çalışmalarının başına bir felsefecinin getirilmesi örneği bu çerçevede dikkat çekicidir (Nuttall, J., 1997, 13).

Bu yönüyle hukuk düzeni de değerler ile ilgilidir. Sosyolojik bakışla hukuk "örgütlü bir toplumda, bireyler ve bireylerle toplum arasındaki ilişkileri düzenleyen davranış kurallarının bütünüdür" (Keyman, S., 2000, 30). Hukuk normları değerlendirme içerir. Olumlu ve yararlı hukuki varlıklar ve olumsuz unsurlar değerlendirilir. Her hukuk düzeni bir hukuki değerler derecelendirmesi yapar. Bu değerler menfaat adını alır. Bazı menfaatler diğerlerine tercih edilir. Menfaatlerin dengelenmesi, bazı menfaatlere diğerlerine göre öncelik ya da ayrıcalık tanınmasıdır (Keyman, S., 2000, 26, 27). Menfaat çatışmalarını dengelemek, yine bu menfaatler bakımından bir değerlendirme yapmayı ve "bir tavır almayı" gerektirir (Hafizoğulları, Z., 1987, 25). Hukuk düzeni bir değerler

\* 26 Mart 2004 tarihinde Kırıkkale Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde gerçekleştirilen "Prenatal-Antenatal-Adolesan Sağlığı Açısından Etik" konulu kongrede sunulan "Ceza Hukuku ve Etik" başlıklı bildiri metnidir.

\*\* Yrd. Doç. Dr. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

derecelendirmesidir. Normlar, "belli menfaatleri gerçekleştirmek" amacına yöneliktir. Menfaatler belirlenir ve bunların gerçekleştirilmesi bakımından uyulması zorunlu davranış modelleri oluşturulur (Keyman, S., 2000, 30). Menfaatlerin dengelenmesi faaliyeti, "farklı etik-siyasi değer ölçülerine göre farklı biçimlerde gerçekleşen değerlendirmenin bir sonucu olmaktadır" (Hafizoğlu, Z., 1987, 26). O halde hukuk metinleri etik-siyasi metinlerdir de. Genel olarak hukuk düzeni ve onu oluşturan hukuk normları için söylenenler, ceza normları bakımından da elbette geçerlidir.

Etik, maternal fetal tıp ve ceza hukukunun özel olarak keşiştiği konular da vardır. Ceza ve sorumluluk, kürtaj, kişi, çocuk, embriyo, yaşamın değeri gibi etik çalışma alanları, doğum hekimliğinin, maternal-fetal tıbbın ve hukukun, dolayısıyla ceza hukukunun da ilgi gösterdiği konulardır. Dolayısıyla etik ve ceza hukuku bakımından bu yönüyle de ilişki vardır.

Etik deyimi, ilk paragrafta da dile getirildiği gibi farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Etik, kişilerin vicdanına yönelen, onların davranışlarını belirleyen asgari temel değerler ve kurallar ya da bu değerleri konu edinen felsefe dalı olarak anlaşılmasının (Solomon, R. C., 1984, 2; Mengüşoğlu, T., 1965, 13, 14) yanı sıra "topluluk ahlakı", "sosyal ahlak" olarak adlandırılan normatif düzen için de kullanılabilir. "...Günlük hayatta ahlak tabirinden herkes, her çevre, çeşitli şeyler anlar; ve hatta bu şahıstan şahısa, çevreden çevreye değişir; mesela, ticaret sahasında bir ticaret ahlakından bahsedilir; fakat bu tabirden her memlekette başka şeyler anlaşılır." (Mengüşoğlu, T., 1965, 12) Toplum vicdanı gibi metafizik bir önkabulden hareket eden kimilerince sosyal ahlak ya da topluluk ahlakı olarak adlandırılan düzen ise, bir topluluğun "kendi tarafından konulan" kurallara göre yaşamasıdır (Mengüşoğlu, T., 1965, 13, 14). Gelenek ya da örf-adet kurallarında olduğu gibi. Ahlak, esasen insanın vicdanı, iç dünyası ile ilgilidir. Onu belli bir davranışa iten saikle ilgilidir. Aslında bu yönüyle ahlak bireyseldir, vicdana yönelir. Hukuk ve ceza hukuk ise insanın toplumsal davranışları, dışa yansıyan davranışlarına bakar (Mantovani, F., 2001, XXV). İnsanın salt iç dünyasında kalan seçimleri hukuku ilgilendirmezken ahlakı ilgilendirir. İnsan iç dünyasında gayri ahlaki davranabilir, ancak hukuku ihlal edemez. Bu yönüyle hukuk dinden de ayrılır (Keyman, S., 2000, 23, 24; Honig, R., 1937, 159).

Aşağıdaki başlık altında, ahlak kuralları, etik olarak da adlandırılan, toplumun kendinin oluşturduğu, resmi hukuk düzeninin parçası durumuna gelmemiş davranış kuralları ile ceza hukuku normları arasındaki farka değinilecektir.

## II. "AHLAK KURALLARI" VE CEZA HUKUKU NORMLARI

20. yüzyılın ilk yarısında yandaş bulmuş bir kurama göre, ahlak kuralları ile ceza hukuku arasında kopartılamaz ilişkiler mevcuttur. Buna göre, ceza hukukunun nihai, esas kaynağı ahlaktır. Suç da mutlaka ahlaka aykırı bir davranıştır.

Yine bu görüşü savunan bir yazara göre, bir toplumsal olgu olarak ceza hukuku, belli bir insan topluluğunun uygar ve güvenli biçimde birlikte yaşamasını teminat altına alma amacını güden asgari ahlaka uyulmasını sağlama işlevi gören ve müeyyideye bağlanmış davranış kuralları bütünüdür. Hukukun minimum ya da asgari ahlak olduğu düşüncesi, hukuk dalları arasında bir ayırım yapar, ve ceza müeyyidesinin sağladığı etkin ve şiddetli korumadan hareketle ahlakın teminat altına alınması bakımından ceza hukukuna özel bir önem verir. Ceza hukuku anlamında suç, ahlaki ihlaller içinde en ağır olanıdır. O halde ceza hukukundan kaynaklanan ödevler minimum ahlakın çekirdeğidir (bkz. Antolisei, F., 1994, 9; Toroslu, N., 2001, 17). Daha da ileri giden kimi yazarlar, ceza hukukunun ahlakın bir parçası, belli bir dönemde somutlaşmış biçimi olduğunu savunurlar (bkz. Antolisei, F., 1994, 9). Gerçekten ceza hukuku tarafından yasaklanan davranışların genellikle ahlaki davranış kurallarının yasakladıkları ile örtüşmesi mümkündür. Genellikle en ağır suçlar, "topluluk ahlakı"nı ihlal eden davranışlardır. Bununla birlikte, ahlaken kınanabilir tüm fiillerin ceza hukukunu ilgilendirdiğini söylemek olanaksızdır. Yine ahlaken kınanabilir olmadığı halde failin ceza hukuku bakımından suç teşkil eden davranışları söz konusu olabilir (Antolisei, F., 1994, 9, 10). Siyasal suçların failleri, kendilerince daha iyi bir dünya düzeni istedikleri için ahlaken kınanabilirler mi? Bir yabancı, bulunduğu ülkede uyruğunu taşıdığı ülke lehine casusluk yaptığında, kendini tehlikeye attığında gayri ahlaki mi davranmıştır? (Antolisei, F., 1994, 10) II. Dünya Savaşı sırasında Fransız direniş örgütü üyelerinin fiilleri gayri ahlaki olarak kabul edilebilir mi?

Ceza hukukunun ahlaka indirgenemesinin başka bir gerekçesi daha vardır. Hukuk düzeni ve bu düzen içinde yer alan ceza hukukunun tek işlevi muhafaza etmek, toplumun varlığı koşullarını korumak, yani bir frenler mekanizması oluşturmak değildir. Hukukun geliştirici bir işlevi de vardır. Menfaatlerin dengelenmesine yönelik bir hakemlik görevi devletin ödevlerini tanımlamaya yetmez. Devlet, ayrıca toplumun yaşam koşullarını ve toplumun bilinç düzeyini geliştirmekle yükümlüdür. Çağdaş devlet kolluktan ibaret değildir (Antolisei, F., 1994, 6; ceza hukukunun toplum ve kültür üzerindeki etkileri bakımından ayrıca bkz. Garland, D., 1990, 251-254). T.C. Anayasası'nın 5. maddesi, devletin temel amaç ve görevleri içinde bunlara yer vermiştir. Buna göre, "...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak.." devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında da "Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" hükmüne yer verilmiştir. Buna karşılık belli bir zaman diliminde, belli bir toplumda cari olduğu düşünülen ahlak kurallarının güvence altına alınmasıyla yetinilmesi hukuka tamamen muhafazakar, hatta baskıcı bir özellik atfetmek anlamına

gelebilecektir (Antolisei, F., 1994, 10; Mantovani, F., 2001, XLV). Tüm "ahlak kuralları"nın, toplumun bütün katmanlarında aynı biçimde kabul edildiğini söylemek mümkün müdür?

Öte yandan, ceza hukuku kimi zaman yeni ahlaki değerlerin oluşumuna katkıda bulunurken, o dönemde çoğunluğun ahlaka uygun kabul ettiği bazı fiilleri de suç saymak yoluna gidebilmektedir. Çok eşliliğin yasaklanmasına ilişkin özel hukuk hükümleri, ve çok eşliliğe yol açacak resmi işlemleri yapan görevlileri cezalandıran ceza hükümleri (TCK. m. 237) akılda tutulmalıdır. Bu kurallar benimsenirken belki toplumun önemli bir kesimi bakımından çok eşlilik ahlaka uygun olarak değerlendirilmekteydi.

O halde, yasama faaliyetinin ahlaki değerlendirmeler ve toplumda egemen olan gelenekler, örf-adet kurallarından etkilendiğini kabul etmekle birlikte, hukuk ve ceza hukuku normlarını bunların somutlaşmış biçimlerinden ibaret kabul etmek doğru değildir. Hukuk, ahlak ve din kurallarının, kesişen kümeler gibi, bazı noktalarda örtüşmesi kaçınılmazdır. Bununla birlikte bu bağımsız normatif düzenlerin birbirlerine indirgenmeleri de mümkün değildir.

### III. CEZA NORMUNDAN BEKLENENLER – CEZA MÜEYYİDESİNE BAŞVURULMASININ SINIRI

Bir fiili ne zaman suç sayar ne zaman ceza müeyyidesine başvururuz? Batı merkezli hukukun tarihsel gelişim macerası üzerinden, üç temel ceza hukuku anlayışına ulaşılabilmıştır: "Baskıcı ceza hukuku", "ayrıcalıkçı ceza hukuku", "özgürlükçü ceza hukuku (özgürlüğün ceza hukuku)" (Mantovani, F., 2001, XXXVII). Baskıcı ceza hukuku özellikle mutlak monarşinin, keyfi iktidarının uyguladığı ceza hukukudur. Suç ve cezalar belirsiz, keyfi ve ölçüsüzdür. Dinsel suçlara yer verilerek vicdan dahi tahakküm altına alınmıştır (Mantovani, F., 2001, XXXVII, XXXVIII) (dinsel hoşgörünün savunulması, ateizm, deizm suç sayılmıştır) (Garçon, E., 1922, 71, 72). Ayrıcalıkçı ceza hukuku saf liberal anlayışın ceza hukukudur. Eşitlik, kanun önünde biçimsel eşitlikten ibarettir. Özel mülkiyet ve girişimin önceliği vardır. Kan esasına dayalı aristokratik ayrıcalıklar yerini mülkiyete dayalı ayrıcalıklara terk etmiştir. Elbette, önceki döneme göre, özgürlük alanının genişletilmesi gibi gelişmeler olmuştur, ancak özgürlük ve eşitlik ekonomik ve sosyal haklarla pekiştirilmemiştir. Özellikle 19. yüzyılda ortaya çıkan toplumsal hoşnutsuzluklar yeni kavramlara ve suçlara vücut vermiştir. "Tehlikeli sınıflar", "sapma", "toplumsal sapma" burjuvazinin kendini savunmak için yararlanabildiği kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplumsal çalkantılar, totaliter rejimler ile sonuçlanabilmıştır. Özgürlükçü ceza hukuku, suçun faili ya da mağduru kim olursa olsun, ayrıcalıksız, eşit cezai koruma sağlanması anlamına gelir. Ceza hukukunun özgürleştirilmesi, bunun bir baskı aracı olmaktan çıkarılmasıdır. Bu noktada belli bir dönemdeki tek yanlı ahlaki değerlendirmelerin ceza hukukunu etkilememesi,

ceza hukukunun bu anlamda muhafazakar bir zor aracı olarak ortaya çıkmaması gerekir. Özgürlükçü ceza hukukunun bir diğer ilkesi, ceza hukukunun sosyalleştirilmesidir (Ceza hukukuna bir sosyal politika aracı olarak bakması açısından benzer görüş Stella, F., 1985, 323, 324). Topluma ait kolektif varlık ve menfaatlerin korunması (sağlık, kültür ve tabiat varlıkları, işçi güvenliği gibi), bu çerçevede hukukun sosyal devlete ulaşılması amacına yönelmesi ve bunu desteklemesi zorunludur. Nihayet özgürlükçü bir ceza hukuku ceza müeyyidesini son seçenek olarak görmelidir. Ceza müeyyidesine ancak zorunlu durumlarda başvurulmalıdır. Zira ceza müeyyidesi iki ucu keskin bir kılıçtır. Bu zorunluluğun tespiti bakımından iki ölçütten yararlanılabilir: i. Orantılılık; ceza sevk etmek suretiyle feda edilecek varlık veya menfaat ile cezaen korunan varlık ve menfaat arasında oran bulunması. ii. Cezanın son seçenek olması (extrema ratio). Yani, ceza müeyyidesi dışında kalan müeyyideler ile (idari, hukuki, mesleki) koruma sağlanabilen durumlarda ceza müeyyidesine başvurulmaması (Mantovani, F., 2001, XXXVII-XLVI).

O halde sadece gerçekten zorunlu hallerde, tek yanlı ahlaki ve inanç merkezli değerlendirmelere mesafeli durarak ve son çare olarak ceza müeyyidesine başvurulmalıdır. Sonraki alt başlığın konusu hakkında "prematüre" bir sonuca ulaşmak bu aşamadan itibaren mümkün olmaya başlamıştır. Ceza hukuku, kategorik olarak tüm ahlak kurallarının ve etik değerlendirmelerin müeyyidesi olmamalıdır. Hele çok tartışmalı etik "ilkelerin" müeyyidesi hiç yapılmamalıdır.

### IV. ETİK, MATERNAL-FETAL TIP ve CEZA HUKUKUNUN YOLLARININ KESİŞTİĞİ KİMİ NOKTALAR

Etik-maternal-fetal tıp ve ceza hukukunun özel olarak kesiştiği konular olduğuna yukarıda değinilmişti. Gerçekten de ceza ve sorumluluk, kürtaj, kişi, çocuk, embriyo, yaşamın değeri gibi etik çalışma alanları, maternal-fetal tıbbın ve ceza hukukunun ilgi alanına girmektedir. Aşağıda bu konulardan başlıca birkaçına değinilecektir.

Bu başlık kapsamında çocuk düşürtme ya da konuşma dilindeki karşılığıyla kürtaj konusu gibi çeşitli konuların her birinin ayrıntılı olarak ele alınması amaçlanmamaktadır.

Bununla birlikte "çocuk"tan ceza hukukunda ne anlaşıldığı, çocuk düşürtmede süre bakımından üst sınır tayini sorunu, embriyonun ceza hukuku bakımından konumu, doğum anı gibi konular özel öneme sahiptir.

#### 1. Ceza Hukukunda Çocuk ve Embriyo

Ceza hukuku bakımından embriyonun hukuki niteliğinin belirlenmesi, embriyonun konu teşkil edeceği tıbbi müdahaleler bakımından özel öneme sahiptir. Ana karnındaki durum ve doğum esnasındaki konum üzerinde durulmaya değer konulardır. Ancak öncelikle ceza

hukukunun ana karnındaki semerenin her bir aşamasına cenin adını verdiğini, cenin deyiminin, gebeliğin başlangıcından doğuma kadar geçen aşamanın tümü bakımından kullanıldığını söylemelidir.

Çocuk düşürtme ve düşürme cürümlerini düzenleyen maddelerde geçen çocuk ifadesi, cenin yerine kullanılmıştır. Ceza hukuku bakımından cenin hali doğumla son bulur (Erman, S.; Özek, Ç., 1994, 7). TCK'nun 53, 54, 182 ve 453. maddelerinde, çocuktan bahsedilmektedir. Bu madde hükümlerinde kastedilen hep bir bağımsız varlık anlamında, doğmuş ve yaşamakta olan çocuktur.

Türk hukuku bakımından gebelik durumunun "doğum bitinceye kadar devam ede(ceği)", bu aşamada adam öldürme suçundan bahsedilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir (Erman, S.; Özek, Ç., 1994, 7 ve 71). Yine bu yönde düşünenlere göre, "Kanunumuzun sisteminde.. cenin ana rahminden çıkıp ayrı bir varlık haline gelinceye kadar, adam öldürme suçlarının mağduru olamaz, çünkü 453. madde 'yeni doğmuş' çocuktan bahsetmek suretiyle, doğum ameliyesinin bitmiş olmasını aramıştır" (Erman, S.; Özek, Ç., 1994, 7).

Bununla birlikte Dönmezer, "...doğumun başlaması anından itibaren çocuk, adam öldürme cürmünün konusunu teşkil edebilir. Bu itibarla, vücudunun bir kısmı ana rahminde ayrılmış bulunan çocuk adam öldürme cürmünün kurbanı olabilir. Zira çocuk bu halde iken artık bağımsız olarak yaşayan bir varlık gibi yaşama hakkını kazanmıştır ve bu hakka karşı da suç işlenebilir" demektedir (Dönmezer, S., 1990, 9).

TCK m. 453 yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi suçunun düzenleniş biçimi karşısında, ceza hukukumuz bakımından cenin ile insan arasındaki sınırın, sağ ve tam doğarak bağımsız bir varlık kazanıldığı an üzerinde çizildiği söylenebilir. Gerçekten de 453. madde adam öldürme cürümleri altında bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Doğumdan önceki fiillerin adam öldürme cürümleri kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 578. maddesinde 1981 yılında yapılan bir değişiklikte annenin, "doğumdan hemen sonra kendi çocuğunun ve doğum sırasında ceninin ölümüne" yol açması durumunu aynı biçimde cezalandırmıştır. Türk öğretisinde bir görüşe göre, İtalyan Ceza Kanunu'nun 578. maddesinin birinci fıkrasının yeni hali ile bu aşamadaki cenin insan olarak nitelendirilmiştir (Erman, S.; Özek, Ç., 1994, 6). Yine bu görüşü savunan yazarların aktardığı kadarıyla değişikliğin yapıldığı 5 Ağustos 1981 tarihine kadar bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte İtalyan Yüksek Mahkemesi, ceninin bağımsız varlık olarak kabulü için nefes almasının ya da kordonun kesilmesinin gerekli olmadığını, "su kesesinin yırtılmasının yeterli bulunduğunu ifade etmiştir" (Erman, S.; Özek, Ç., 1994, 6, 7). İtalyan kanununa göre bu aşamadan önce bir ceza hukuku bakımından bir insanın bulunduğu söylenemeyecektir. Bununla birlikte İtalyan

öğretisinde 578. maddenin birinci fıkrasındaki düzenleme bir ayırım yapılmak suretiyle ele alınmaktadır. Madde metninde görüleceği gibi, çocuk ve cenin deyimlerine ayrı ayrı yer verilmiştir. Ceninin söz konusu olduğu yerde Kanun çocuktan bahsetmemiştir. Çocuk ve cenin ayrı kavramlar olarak kullanılmıştır. Doğumdan hemen sonra çocuktan, doğum sırasında ise ceninden bahsetmiştir. Bu maddeye göre çocuğun söz konusu olabilmesi için ceninin ana karnını tamamen terk etmiş olması gerekmektedir. Bu aşamaya kadar ceninden bahsedilecektir (Antolisei, F., 2002, 61). O halde 578. maddenin birinci fıkrasında iki ayrı hipoteze yer verilmiştir: Çocuk öldürme (infanticidio-enfanticide) ve cenin öldürme (feticidio-fetocide) (Antolisei, F., 2002, 61). Bu noktada İtalyan kanunkoyucu, çocuk ve cenin kavramlarını ayrı ayrı kullanmıştır. Bununla birlikte ceninin bu aşamada öldürülmesini, çocuk öldürmenin cezası ile cezalandırmıştır. Bir özel ceza hükmü ile cenini sanki bir çocukmuş gibi korumak ile bu aşamadaki ceninin hukukun insan olduğunu savunmanın aynı anlama gelip gelmediği tartışılmalıdır.

İsviçre Ceza Kanunu'nun 116. maddesinde de İtalyan Ceza Kanunu'nun 578. maddesine benzer bir düzenlemeye yer verildiği söylenmekle (Kanun metni için <http://www.admin.ch/ch/f/rs/3/311.0.fr> (23.03.2004); ayrıca bkz. Erman, S.; Özek, Ç., 1994, 6, 7) birlikte İsviçre Ceza Kanunu'nun 116. maddesinde her iki ipotez için de çocuk deyimini kullanılmıştır. 116. maddede "doğum esnasında veya henüz doğumun etkisi altında bulunduğu sırada çocuğunu öldüren anne"den (çev. Erman, S.; Özek, Ç., 1994, 6) bahsedilmektedir.

Çocuk düşürtme fiilleri Fransız Ceza Kanunu'nda kişilere karşı suçlara ayrılan kitapta düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu suçların hepsinin yaşam varlığını koruduğunu söylemek mümkün olmadığı gibi doğmakta olan cenin, İtalyan Ceza Kanunu'ndaki gibi insan olarak kabul edilmemiştir. Bu kanunu uygulayan Fransız Temyiz Mahkemesi, 2001 ve 2002 Haziran aylarında verdiği kararlarıyla, doğarken ölen bebeğin, taksirli adam öldürme fiilinin mağduru olamayacağını, zira ancak sağ olarak doğmakla kişiliğin kazanılacağını hükme bağlamıştır. Fransız Temyiz Mahkemesi Genel Kurulu'nun 29 Haziran 2001 tarihinde verdiği ve henüz bağımsız varlık kazanmamış yani çocuk haline dönüşmemiş ceninin ceza hukuku bakımından kişi olarak kabul edilemeyeceği yolundaki kararı eleştirilmiş (Lambley, A., 2002, 5-11), bununla birlikte yüksek mahkeme bu sefer 25 Haziran 2002 tarihinde aynı yönde bir karar daha vermiştir (Demont, L., 2002, 31, 32). Aynı yüksek mahkeme, evleviyetle ana karnında, yirmi-yirmidört hafta arasındaki ceninin ölümüne yol açan yanlış tıbbi müdahaleyi de, yerel mahkemenin aksi yöndeki kararına karşın taksirli adam öldürme olarak kabul etmemiştir (Duhamel, A. Z., 1).

Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi 25.2.1975 tarihinde verdiği bir karar ile devletin sadece doğmuş olanların yaşamını değil, gelişmekte olan yaşamı

da korumak yükümlülüğü altında olduğunu hükme bağlamıştır (Yenerer Çakmut, Ö., 2003, 135). Ancak yaşamın kaynağının korunması, cenine mutlaka kişi sıfatı vermeyi sonuçlamayacaktır. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi 1973 yılında verdiği bir kararında kişi kavramının, henüz doğmamış olanları kapsamadığı görüşünü benimsemiştir (Fischer, J., 32, 33).

## 2. Çocuk Düşürmede Üst Sınır Arayışları, Etik ve Ceza Hukukunun İşlevi

"Viabilite" sınırı da dikkate alınmak suretiyle çocuk düşürülmesinde üst sınır kabul edilmesi ve bu dönemden sonra çocuk düşürmenin hukuken yasaklanmasını savunan hekimler bulunmaktadır. Bu görüşün kuşkusuz önemli gerekçeleri olmakla birlikte, hukukun devreye sokulmak istenmesi bakımından eleştiriye açık noktaları da vardır.

Bir kere "viabilite sınırı"nın gerçekten hangi haftada söz konusu olacağı, ülkedeki sağlık kuruluşlarının personel ve tıbbi teknik donanım farkları göz önüne alındığında, peşinen belirlenmeye çalışılan bu sınırın fiilen geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır.

Öte yandan Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girdiği 1983 yılından önce suç teşkil eden rızai kürtajın yaygınlığına karşın cezai takibin son derece düşük olduğu gerçeği hatırlanmalıdır (1983 yılında yürürlüğe giren Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un gerekçe metninden nakleden Erem, F., 1985, 480, 481; Yurtcan, E., 1990, 46, 47). Rızai kürtajın yasak olması nedeniyle gizli ve sağlıksız koşullar altında bu müdahaleyi yaptıran birçok kadın ciddi bedeni zararlarla karşılaşmıştır. Ayrıca, ceza müeyyidesi ile güçlendirilmiş bu yasak, varlıklı ve yoksul kadınlar arasında eşitsizlik yaratmıştır (1983 yılında yürürlüğe giren Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un gerekçe metninden nakleden Yurtcan, E., 1990, 46, 47; aynı yönde Dönmez, S., 1990, 184, 185). Parası olanlar gizli ve yasadışı da olsa "uzman"lara başvurabilirken, güç ekonomik koşullarda yaşayan çoğunluk daha da tehlikeli yolları denemek zorunda kalmıştır. Şimdi eğer tartışmalı bir viabilite sınırının üzerinde kürtaj yasağı getirilir ve bu yasak bir de ceza müeyyidesine bağlanırsa bu sefer gebeliğin son dönemlerinde gizli ve sağlıksız koşullarda, annenin yaşamını tehlikeye atan müdahaleler olacağını kestirmek güç değildir. Üst sınır getirilir ve ceza müeyyidesi öngörülürse bu sefer üst sınırdan sonra yasadışı ve gizli kürtaj vakalarında çok ağır yaşamsal risklerle karşılaşılacağı gerçeğinin ve annenin sağlığı korunmak istenirken fiilen tam aksi duruma yol açılması tehlikesinin dikkate alınması gerekmektedir. "İstenmeyen 'cenin'i döl yatağında tutabilecek hiç bir güç yoktur" görüşü (Erem, F., 1985, 478)<sup>1</sup> kimilerine aşırı gelebilir, bununla birlikte kadının toplumsal konumu, sağlıklı çocuk dünyaya getirmek isteği, sosyal devletin yeterli ölçüde gerçekleşmemiş olması gibi noktalar dikkate alındığında tartışmalı etik değerlendirmelere ceza müeyyidesi bağlanmamalıdır.

Üst sınır belirlenmesi konusuyla doğrudan ilişkili olmamakla birlikte bu noktada Özürlüler Yasa Tasarısı'nda

düzenlenen bir hükme dikkat çekmelidir. Tasarı'nın Genel Esaslar başlıklı 4. maddesinin (g) bendinde,

"Yaşama hakkının kutsallığı ve dokunulmazlığı temelinde özürle doğma ihtimali gerekçesi ile kürtaja ceza verilemez. Yeni doğacak ve doğmuş olanlarda tespiti mümkün olan özür ve hastalıklarla ilgili taramaların yapılması esastır." hükmüne yer verilmiştir. Daha sonra bu hükmün değiştirileceği yolunda beyanlara rastlansa da durumun ciddiyeti göz ardı edilmemelidir. Adeta anneye zorla çocuk doğurtmak anlamına gelebilecek bu tür baskıcı düzenlemelerden uzak durulmalıdır.

## 3. Yardımcı Üreme Teknikleri ve Ceza Hukuku

Yardımcı üreme teknikleri alanında hukuki düzenleme gereksinimi vardır. Bu konu sadece Türkiye'nin bir sorunu olmayıp, bu tekniklerin geliştirildiği ya da uygulandığı tüm ülkelerde tartışılmakta, hukuki düzenlemelerin kapsamının nereye kadar genişletileceği, özellikle ceza hukukunun müdahalesinin sınırı üzerinde ilgi yoğunlaşmaktadır.

Çocuk sahibi olmak isteği, yeni ve çeşitli tekniklerin geliştirilmesine yol açtığı gibi, bazen bu güçlü arzunun kötüye kullanıldığı gerçeğinin de tespiti yerinde olacaktır. Özellikle yeni gelişen teknikler dolayısıyla hukuki düzenleme yapılması gereği dile getirilmektedir. İnsan onuru, yardımcı üreme teknikleri alanında hukuksal düzenleme gereği üzerinde durulmasını zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte, hukuksal düzenlemeler tıbbın gelişimini tıkamayacak ölçüde kalmalı, ancak tıp alanındaki gelişme de insan onurunu hiçe saymak pahasına gerçekleşmemelidir. Bu anlamda çok katı ve ayrıntılı hukuksal düzenlemelerin gerek tıp biliminin gelişimine engel olacağı, gerekse, çocuk sahibi olma ihtiyacının tatminine engel teşkil edeceği savunulmuştur.

Örneğin embriyo nakillerinde, nakledilebilecek embriyo sayısı bakımından sınırlamalar getiren yasal düzenlemeler bulunmaktadır (Gianelli, D. M., 1998, 3; Pinchuk, S., 10). Bununla birlikte çocuk sahibi olmak arzusu ve tıbbın gelişmesi gereği karşısında, "katı üst sınırlar", tıp meslek ve sanatını icra edenlerin gerek duyduğu serbesti bakımından sakıncalı bulunabilmiştir (Gianelli, D. M., 1998, 3). Katı yasal üst sınırlar karşısında daha esnek ve etik alanda kalan sınırlar önerilebilmiştir. Amerikan Üreme Tıbbi Derneği'nin rehber ilkeleri içinde esnek olarak savunulduğu belirtilen 'üç embriyo'luk üst sınır gibi. Yukarıda da dile getirildiği gibi kimilerine göre, katı ve kanuni üst sınırlar tıp mesleğini icra edilemez hale getirme tehlikesi taşırken, kimilerine göre ise, esnek ve yol gösterici sınırlamalar suiistimale yol açmaktadır (Gianelli, D. M., 1998, 3; Pinchuk, S., 10)<sup>2</sup>.

Ceza müeyyidesine başvurulmasında dikkat edilmesi gereken temel ilkelere değinilmmişti. Orantılılık ve son çare olmak ilkeleri yardımcı üreme teknikleri alanında da mutlaka dikkate alınmalıdır. Ceza hukukunun bu alana yaygın ve sık müdahalesi beklenmemelidir. Laik hukuk devleti ve çağdaş ceza hukuku anlayışı ile bağdaşan

yaklaşım budur (Canestrari, S., 2001, 84). Ciddi bir ihlal edicilik, objektif bir toplumsal zarara yol açabilme özelliği taşımayan faaliyetler, ceza müeyyidesinin uygulama alanına sokulmamalıdır. Etik ve diğer hukuk dallarının yaptırımlarından mümkün olduğunca yararlanılmalı, yardımcı üreme teknikleri alanında tüm kişisel seçimleri zaafa uğratabilecek surette ceza hukukunun müdahalesine olanak verilmemelidir (Canestrari, S., 2001, 85). Ancak, laik bir bakışla ihlal edicilik özelliği bulunan fiiler bakımından suç tipleri yaratılması mümkündür. Bu çerçevede, kişileri çocuk sahibi yapma amacı dışında, embriyonun ticari, sınai amaçlarla oluşturulması, kullanılması gibi faaliyetlerin yanı sıra klonlama bakımından ceza müeyyidesine başvurulması mümkün hatta gerekli olabilir (Canestrari, S., 2001, 87, 88).

### SONUÇ

Çeşitli görünüşleri ya da karşılıklarıyla etik ile hukuk arasında ilişki olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bununla birlikte etik alana ilişkin tüm değerlendirmelerin derhal ceza hukuku normlarına dönüştürülmesi ceza müeyyidesinin uygulama alanını tehlikeli biçimde genişletecektir. Yukarıda kısaca anılmakla yetinilen konular gibi birçok konu üzerinde görece bir uzlaşmaya varılması belki mümkündür. Bununla birlikte, her konuda mutlaka ceza hukukunun yardımına başvurulmasının yerinde olmayacağı düşünülmeli, hukukun bu dalından beklentiler, baskıcı bir hukuk düzenine zemin oluşturulmamalıdır.

Özellikle muhafazakar değerlendirmelerin etkili olduğu dönemlerde, iyiniyetle başlayan yasalastırma girişimlerinin, beklenenden çok farklı hedeflere ulaşması mümkündür. Hukuk metinlerinin ardında daima etik-siyasi değerlendirmeler bulunduğu, hukuk metinlerinin ayrıca siyasi içeriğe sahip metinler olduğu gerçeği akılda tutulmalıdır. Özellikle sosyal bilimlerin alanında "ben şimdi ne yapıyorum?", "davranışım ve sözlerim nasıl anlaşılır, neye hizmet eder?" soruları hep sorulmalı, gerçeklikle ilişki koparılmalıdır.

### DİPNOTLAR

<sup>1</sup> Erem, s. 478. Etik olarak ele alınabilecek bir üst sınırın ceza hukukuna mal edilmesi halinde, bu dönemden sonra her halde, her endikasyonda çocuk düşürtme istisnasız yasaklanmış olacaktır. Gebeliğin sonlandırılmasının bu yönüyle her halde önlenmeye çalışılmasının doğru olmadığı düşünüyoruz. Erman ve Özek genel anlamda, annenin gebeliğe mahkum edildiği anlayışı eleştirmişlerdir: "...kadını çocuğunu doğurmaya mahkum etmek, onun, ailesinin hatta doğacak çocuğun ekonomik çöküntü ve sıkıntılara uğramasına, kadının çalışma hayatına tesir etmesine, diğer çocuklarıyla gereği gibi meşgul olmamasına yol açar" (Erman, S.; Özek, Ç., 1994, 189).

<sup>2</sup> Bununla birlikte, çoğul gebeliklerin esasen çocuk sahibi olma arzusu ile tedavi gören kadınlar bakımından

söz konusu olduğunun unutulmaması gerektiği ve bu alanda suiistimalin çok da olası bulunmadığı savunulmaktadır (Macer, Darryl R. J., 13).

### KAYNAKLAR

Antolisei, F. (2002), Manuale di diritto penale. Parte speciale I, 14. ed., Milano, Giuffrè.

Antolisei, F. (1994), Manuale di diritto penale. Parte generale, 13. ed., Milano, Giuffrè.

Arrêt no 476 du 29 juin 2001, Cour de Cassation – Assemblée Plénière, <http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets> (13.10.2003).

Borchert, D.M.; Stewart, D. (1986), Exploring Ethics, New York, Macmillan.

Canestrari, Stefano. (2001), "Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche", La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri, a cura di Laura Fioravanti, Milano, Giuffrè, 2001.

Demont, L. (2002), "L'enfant naissant ne peut pas être victime d'un homicide involontaire", Médecine & Droit, 55, ss. 31-32.

Dönmezer, S. (1990), Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13. b. İstanbul, Beta.

Erem, F. (1985), Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. IV, Özel Hükümler, 3. b. Ankara, Seçkin.

Erman, S. Özek, Ç. (1994), Ceza Hukuku Özel Bölüm. Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, Dünya Yayıncılık.

Fischer, J. "Misappropriation of Human Eggs and Embryos and the Tort of Conversion: A Relational View", s. 32, 33, Loyola of Los Angeles Law Review. <http://llr.lls.edu/volumes/v32-issue2/fischer.pdf> (14.08.2003).

Garçon, E. (1922), Le Droit Pénal. Origines-Evolution-Etat Actuel, Paris, Payot.

Garland, D. (1990), Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory, Oxford, Clarendon Press.

Gianelli, D. M. (1998), "New York Panel Urges Stricter Controls Over Fertility Clinics", American Medical News, May 18. [http://ama-assn.org/sci-pubs/amnews/pick\\_98/pick0518.htm](http://ama-assn.org/sci-pubs/amnews/pick_98/pick0518.htm) (25.08.2003).

Hafizoğulları, Z. (1987), Ceza Normu. Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, Seçkin.

Honig, R. (1939) "Taksir ve Ceza", çev. Yavuz Abadan,

Üniversite Konferansları 1937, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Ülkü Basımevi.

**Keyman, S.** (2000), Hukuka Giriş, Ankara, Yetkin.

**Lambole, A.** (2002), "L'enfant à naître ne peut pas être victime d'un homicide involontaire. Regard critique sur la décision du 29 juin 2001 de l'assemblée plénière de la cour de cassation", Médecine et Droit, 52, ss. 5-11.

**Macer, Darryl R. J.** "Ethics, Law and Science of Using New Genetic Technology in Medicine and Agriculture", [http : //www. biol. tsukuba. ac.jp/- macer/sg/SG5.html](http://www.biol.tsukuba.ac.jp/~macer/sg/SG5.html) (03. 09. 2003).

**MacKinnon, B.** (2004), Ethics. Theory and Contemporary Issues, 4<sup>th</sup> ed., Thomson-Wadsworth.

**Mantovani, F.** (2001), Diritto penale, 4. ed., Padova, CEDAM.

**May, L.** Sahri Collins-Chobanian; Kai Wong. (1998) Applied Ethics. A Multicultural Approach, 2<sup>nd</sup> ed., NewJersey, Prentice Hall.

**Mengüşoğlu, T.** (1965), Değişmez Değerler Değişen Davranışlar. Felsefi Etik İçin Kritik Bir Hazırlık, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayını.

**Nuttall, J.** (1997), Ahlak Üzerine Tartışmalar. Etiğe Giriş, İstanbul, Ayrıntı.

**Pinchuk, S.** "A Difficult Choice in a Different Voice: Multiple Births, Selective

**Reduction and Abortion**, Duke Journal of Gender Law & Policy, <http://www.law.duke.edu/journals/djglp/articles/gen7p29.htm> (14.08.2003).

**Solomon, R. C.** (1984), Ethics. A Brief Introduction, McGraw-Hill Publishing Company, New York.

**Stella, F.** (1985), "Laicità dello stato: Fede e diritto penale", Diritto penale in trasformazione, A cura di Giorgio Marinucci-Emilio Dolcini, Milano, Giuffrè.

**Toroslu, N.** (2001), Ceza Hukuku, Ankara, Savaş.

**Yenerer Çakmut, Ö.** (2003), Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi, İstanbul, Legal, 2003.

**Yurtcan, E.** (1990), Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, İstanbul, Kazancı.

**Zelzevic-Duhamel, A.** Responsabilité pénale médicale. Atteintes involontaires à l'intégrité corporelle, [http://www.droit.univ\\_paris5.fr/HTMLpages/recherche](http://www.droit.univ_paris5.fr/HTMLpages/recherche) (13.10.2003).