

# OSMANLI DEVLETİ'NDE ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU

*Abortion Law in The Ottoman Empire*

**Dr. Belkıs KONAN\***

**Giriş-** I-Genel Olarak İslam Hukukunda Çocuk Düşürme Suçları A-Kavramlar 1-Cenin 2- Çocuk Düşürme (Düşük) ve Düşürtme Kavramları 3-Suçun Faili, Mağduru, Korunan Hukuki Yarar ve Hukuka Uygunluk Nedenleri 4-Kasıt (Manevi Unsur) II-Osmanlı Devleti'nde Çocuk Düşürme Suçuna Genel Bir Bakış A-1858 Tarihli Ceza Kanunnamesinden Önce B-1858 tarihli Ceza Kanunnamesinde Çocuk Düşürme Fiilinin Suç Olarak Düzenlenmesi - **Değerlendirme ve Sonuç**

## ÖZET

Tarih boyunca tüm dinlerde yasaklanmış olan çocuk düşürme fiili, İslam dinini benimsemiş olan Osmanlı Devleti'nde de suç olarak kabul edilirdi. İslam hukukuna göre insan hayatı ceninin ana rahmine düştüğü anda başladığından zaruri sebepler olmadıkça hamileliğin ilk 120 gününden sonra ceninin hayat hakkı korunarak çocuk düşürülmesi cinayet sayılır. Özellikle 19. yüzyıl başlarından itibaren Osmanlı Devletinin yaptığı bir çok düzenleme ile dini, insani ve hatta kamusal sebeplere dayanarak çocuk düşürme fiilini imparatorluk genelinde engellemeye çalıştığını görüyoruz. Önceleri fermanlarla düzenlenen bu husus daha sonra 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanununda hüküm altına alınmıştır. Devlet politikasının altında yatan temel sebebin nüfusun azalmasını engellemek dolayısıyla devlet gücünün azalmasının önüne geçmek isteği olduğunu söyleyebiliriz.

**Anahtar Kelimeler:** Çocuk düşürme, cenin, diyet, gurre, Osmanlı Ceza Kanunu, yaşam hakkı, ırka karşı işlenen suçlar, ceza hukuku, İslam Hukuku

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

### ABSTRACT

The act of abortion, which is forbidden in most religions, was considered to be a crime in Ottoman Empire, which had adopted Islamic law. According to Islamic law, human life begins at the moment at which the fetus is formed in the uterus and abortion was considered to be a crime after the first 120 days to protect the right of life of the fetus except in case of an emergency. After the beginning of the 19<sup>th</sup> century, many regulations made by the Ottoman Empire aimed to prevent abortion throughout the entire empire for religious, human and public reasons. This subject, previously handled by fermans (edicts), first appeared in the Ottoman Criminal Code in 1858. One may state that the real reason for this state policy was to prevent the diminution of the population and therefore the power of the empire.

**Key Words:** Abortion, fetus, blood money, gurre, Ottoman Criminal Code, right to life, race suicide, criminal law, Islamic Law

### Giriş

Sosyal bir olgu olan çocuk düşürme ve düşürtme fiillerinin, suç oluşturup oluşturmayacağı hukuki, ahlaki, ekonomik ve felsefi anlamda değişik tartışmalara konu olmuştur. Çocuk düşürme kavramı, geçmişte kimi zaman kadının beden bütünlüğüne kimi zamanda cenine karşı işlenmiş bir fiil olarak algılanmıştır. Örneğin İbranilerde bu fiil kadının beden bütünlüğünü ihlal eden bir fiil olarak kabul edilirken, eski Yunanda fiilin cenine karşı işlendiği fikri yaygındı. Bu nedenle, cenin hayat kazanmış ise faile ölüm cezası verilir, cenin henüz hayat kazanmamışsa faile ceza verilmezdi.<sup>1</sup>

Tarihe baktığımız zaman tüm dinlerin anne karnındaki çocuğun düşürülmesini yasakladığını görüyoruz. Budizm, Zerdüştlük ve Hinduizmde çocuk düşürmek yasaklanmıştı. Hatta Hintlilerde çocuk düşüren kadın kastın dışına çıkarılırdı. Yahudilerin kutsal kitabında evlilik ve çoğalma emredilmiş olduğundan kısır eşin boşanması ve cariyelik kavramı meşru sayılmıştı. Tevrate göre, “çocuk düşüren kadın çocuğun ölümüne ve nüfusun azalmasına sebep olduğu için cani sayılır”. İslamiyette olduğu gibi Hristiyanlıkta da çocuk düşürmek büyük günah kabul edilmiştir. Kiliseler tarih boyunca Hristiyan kadınların çocuklarını düşürmek için ilaç içmelerini yasaklamış ve kınamışlardır.<sup>2</sup> İncilin “Çoğalımız ve dünyayı doldurunuz” buyruğundan hareket eden Papalık ve kiliseler çocuk düşürme fiiline karşı çıkmışlardır.

<sup>1</sup> Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Hususi Kısım Şahıslara Karşı ve Mal Aleyhinde Cürümler*, 3. Baskı, İstanbul 1957, s. 87.

<sup>2</sup> Ömer Faruk Harman, “Çocuk Düşürme”, *DIA*, C.8, s. 363.

Bu çalışmada çocuk düşürme fiilinin tarihi gelişimini ve hukuki temellerini tespitten öte, Osmanlı Devleti'nde 19. Yüzyılda uygulamasını ortaya koymak amaçlanmıştır. Araştırmamızda öncelikle cenine karşı işlenen suçların İslam hukuku açısından yeri incelenecek; daha sonra Osmanlı Devleti'nde 19.yüzyılda bu suçun kanunnamelere girişi ve cezalandırılması ile devlet politikası bazı arşiv belgelerinin ışığında ele alınacaktır.

### **I-Genel Olarak İslam Hukukunda Çocuk Düşürme Suçları**

İslam hukukuna göre insan hayatı doğumla değil, insanın cenin olarak ana rahmine düştüğü anda başlamaktadır. Bu nedenle günümüz hukukunda olduğu gibi İslam hukukunda da ceninin hayatını korumak amacıyla bir çok hüküm bulunmaktadır.<sup>3</sup> İslam ceza hukukunda cenine karşı gerçekleştirilecek haksız fiiller suç olarak ele alınmış ve cezalandırılmıştır. Ceninin ana rahminden ayrılmasına sebep olan harekete “cenin aleyhine cürüm” adı da verilir. Ancak genel bir değerlendirme yapacak olursak ceninin kasıtlı veya taksirle ana rahminden ayrılması durumunda sağ veya ölü doğmasına bakılmaksızın suçun işlendiği kabul edildiğini söyleyebiliriz. Cenin ana rahminden ayrılmadıkça cenin aleyhine suçtan söz edilip edilemeyeceği ise İslam hukukunda tartışma konusudur.<sup>4</sup>

#### **A-Kavramlar**

##### **1-Cenin**

En genel ifade ile cenini henüz doğmamış, ana rahminde bulunan çocuk olarak tanımlayabiliriz. Arapçada “cenn” kelimesinden üreyen cenin kelimesi “örtmek, örtünmek, gizlenmek” anlamına gelir ve sözlükte “gizli olan şey, anne karnındaki çocuk” anlamında kullanılmaktadır.<sup>5</sup> Bilmen, cenini döllenmiş insan yumurtasının ana rahminde geçirdiği süre olarak kabul eder.<sup>6</sup> Cenini ana rahminde canlanıp canlanmamasına göre ikili bir ayrıma tabi tutmak mümkündür. Ana rahminde canlanmış olan cenine zi-hayat cenin, ana rahminde canlanmamış olan cenine gayri-zi hayat cenin adı verilir.<sup>7</sup> Cenin hakkında veraset vasiyet gibi hükümler uygulanacağı gibi

<sup>3</sup> Cenini korumaya yönelik tedbirlere örnek olarak hamile kadınların oruç tutması yasaklanmasını, suçlu bir kadının hamile olması halinde cezasının ertelenebilmesini gösterebiliriz.

<sup>4</sup> Bazı İslam hukukçuları anne karnına vurarak veya ilaç içirerek ceninin ana karnında ölümüne sebep olunması ancak ceninin dışarı atılmaması halinde bu hareketin suç oluşturmadığı tezini leri sürerken karşıt görüşte olanlar suçlu kişinin ceza alması gerektiğini düşünürler. Abdülkadir UDEH, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, Ankara, 1991, C. III, s. 277-278.

<sup>5</sup> Mustafa Uzunpostalcı, “Cenin”, DİA, C.7, s. 369. Doğmamış olan çocuk doğum tarihine kadar ana rahminde gizlendiği için cenin kelimesinin kullanılmış olduğu düşünülmektedir.

<sup>6</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, “Hukuk-ı İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiyye” Kamusu, ( 3 Cilt), İstanbul, 1950, C.III, s. 152.

<sup>7</sup> Mustafa Öztürk, “Osmanlı Döneminde İskat-ı Ceninin Yeri ve Hükümü”, Fırat Üniversitesi Dergisi ( Sosyal Bilimler), 1987 C.1 s.1, (s. 199-205), s. 199.

ceninin hayatına tecavüz cinayet sayılır. Cenin ana karnında iken öldürülürse fail, adam öldürme suçundan değil çocuk düşürme suçundan yargılanır. Çünkü cenin, ancak ana rahminden tam ve sağ olarak ayrıldığı zaman şahsiyet kazanacaktır. Bu nedenle ana rahminde bulunduğu sürece annenin bir parçası kabul edilir.

## 2- Çocuk Düşürme (Düşük) ve Düşürtme Kavramları

İslam hukukunda Iskat-ı cenin olarak adlandırılan ceninin düşürülmesi değişik açılardan farklı anlamlar taşımaktadır. Öncelikle sözlük anlamından bahsedecek olursak düşük, ceninin ana rahminden atılmasıdır. Tıbbi anlamda düşük, “ *ceninin uterus dışında kendi başına yaşayabilecek canlılığı, yeteneği kazanmadan önce gebeliğin sonlanmasıdır.*” şeklinde tanımlanabilir. Literatürde ve uygulamada fetusun gebeliğin 28. haftası sıralarında ağırlığının 1000 gram dolayında olduğu ve bağımsız yaşayabilme yeteneği kazandığı kabul edilir. Ancak sık olmasa da daha küçük bebeklerin yaşadığına da rastlandığı için bazı araştırmacılar düşük tanımı için gebelik süresinde üst sınırı 20 hafta, ağırlık olarak da 400-500 gramı kabul ederler.<sup>8</sup>

Ceninın dışarıdan gelen (harici) bir hareketle kasten düşürülmesine ise kürtaj adı verilir. İslam hukuku açısından konuya baktığımız zaman Kuranda bu konuda bir hüküm bulunmadığını söyleyebiliriz. İslamiyet öncesi Arap toplumlarında cahiliye devrinde yaygın bir uygulama olan çocuk öldürmeyi yasaklamakla ilgili olarak, kuranda sadece bir ayet bulunmaktadır. Bu ayette ise Allahın tüm insanların rızkını verdiği için insanların çocuklarını öldürmemeleri tenbih edilmektedir.<sup>9</sup> Ancak ceninin tıbbi bir zorunluluk olmaksızın aldırılıp aldırılmayacağı ve bunun süresi konusunda İslam hukukçuları arasında tartışmalar bulunmaktadır. İslam hukukçularının çoğu tarafından meşru bir sebep olmadan çocuk düşürmenin mümkün olmayacağı kabul edilmekle birlikte bazı İslam hukukçularına göre hamileliğin ilk dönemlerinde çocuk düşürmek mümkündür.

İslamiyetin dört ana mezhebinden Hanefilik mezhebi mecburiyet halinde 120 günün sonuna kadar kürtaja izin verirken, Malikiler çoğunlukla kürtajın yasak olması fikrini ileri sürmüşler ancak zorunluluk olması halinde ilk 40 gün içinde çocuğun düşürülebileceğini kabul etmişlerdir. Hanbeli ve Şafiiler ise uygun olup olmaması konusunda Hanefilere katılırken, süre

<sup>8</sup> Sabahat Tezcan-Carol Carpenter Yaman - Nusret Pişek, Türkiye’de Çocuk Düşürme, Hacettepe Üniversitesi Toplum Hekimliği Enstitüsü, Ankara, 1980, s. 10.

<sup>9</sup> İsrâ Suresi 31. Ayeti: “ *çocuklarınızı fakr ve zaruret havfiyle öldürmeyiniz. Ben azimüşşan; onları da sizi de merzuk kılarım. Şüpheli ki onları öldürmek pek büyük bir cinayettir.*” Bilmen, s. 153. Ayrıca benzer yorum için bkz: Selçuk Akşin Somel, IX:International Congress of Economic and Social History of Turkey, Dubrovnik-Croatia, 20-23 August, 2002; “The Issue of Abortion in 19. Century of Ottoman Empire”, (s.339-346); s. 339.

konusunda farklı süreler olduğunu düşünmüşlerdir.<sup>10</sup> Tüm mezheplerin üzerinde anlaştıkları tek nokta ise ceninin ana rahmine düşmesinden itibaren 4 ay sonra annenin hayatının tehlikede olması dışında kürtajın hiçbir şekilde kabul edilmemesidir.

### **3-Suçun Faili, Mağduru, Korunan Hukuki Yarar ve Hukuka Uygunluk Nedenleri**

Suçun faili anne, baba veya 3. kişi olabilir. Suçun mağduru ise anne ve/veya cenindir. Cenine karşı işlenen suçta failin cezalandırılmasında korunan hukuki yarar; ceninin hayat hakkı, hamile kadının sağlığı ve hayat hakkı olduğu gibi nüfusun azalmaması şeklinde ortaya çıkan kamu yararı da olabilir. Zaten 19. ve 20. yüzyılda yapılan ceza kanunlarına baktığımızda cenin aleyhine suçların genellikle “İrkin Tümlüğü ve Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar” şeklinde düzenlendiğini görürüz.<sup>11</sup> Bu da bize devlet politikalarının da bu suçun işlenmesini önlemeye çalıştığını göstermektedir.

Genel olarak çocuk düşürme fiilinde hukuka uygunluk halleri, annenin sağlığı ve hayatının tehlikede olması veya annenin emzirdiği bir çocuğu olması halinde hamilelik nedeniyle süttten kesilme ve kocanın mali durumunun elverişli olmaması sebebiyle emzirilen çocuğun beslenme zorluğuna gireceği durumlar olarak gösterilmektedir.<sup>12</sup> İslam devletlerinde otoriteler kimi zaman çıkardıkları fetvalar ile çocuk düşürme fiilinin dinen uygun olup olmadığı ve bu fiile hangi hallerde izin verileceğini saptamaktadırlar. 1991 yılında Suudi Arabistan'da verilen bir fetva ile döllenmeden sonraki ilk 120 gün içinde çocuk düşürmenin islami esaslara aykırı olmayacağı belirtilirken, 2005 yılında İran'ın iki büyük müftüsü Ayetullah Yusuf Saanei ve Ayetullah Ali Khameni gebeliğin ilk üç ayında ceninde genetik hastalığın tespit edilmesi veya gebeliğin annenin yaşamını

<sup>10</sup> Bir çok hadis kaynağında cenine 120 gün sonunda ruh üflenerek eceli ve kaderi belirlenir. Ruhun üflenmesinden sözedilmemekle birlikte bazı başka hadislerde insanın ecel ve kaderinin belirlenmesiyle ilgili 40 ve küsuratı polan sürelerden bahsedilmektedir. (Müsned, III, 387- IV, 7; Kader, 2,4) Orhan Çeker “İslam Dininde Çocuk Düşürme”, DIA, C. 8, s. 364. Konuyla ilgili genel olarak bkz: Leila Ahmed, “Arap Kültürü ve Kadınların Bedenlerinin Yazılışı” Müslüman Toplumlarında Kadın ve Cinsellik, Der: Pınar İlkcaracan, 2003, İstanbul, s. 65-66.

<sup>11</sup> Türk Ceza Kanununun orjinal metninde (1926 yılında yürürlüğe konmuş olan metin) Çocuk düşürme suçları yasanın 9. kısmında “Kişilere Karşı İşlenen Cürümler” başlığı altında düzenlenmişti. Ancak 1936 yılında TCK'da yapılan bir değişiklik ile bu suçlar “İrkin Tümlüğü ve Sağlığı Aleyhine Cürümler” başlığı altında yer almıştır. Bu değişiklik 1931 tarihli İtalyan Ceza Kanununun sistematiğinin de TCK'ya aktarıldığının bir işaretidir. 1931 tarihli İtalyan Ceza Kanununun gerekçesinde “çoğalmanın kaynaklarını yok eden her hareket haldeki ve gelecekteki nesillerin hayatına tecavüz sayılmak gerekir” denilerek ırkın sağlık ve devamlılığının korunması usulü benimsenmiştir. Dönmezer, s. 90. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununda da bu suçlar “İrkin Bütünlüğü Aleyhine Suçlar” başlığı altında yer alır.

<sup>12</sup> Mustafa, Avacı; Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul, 2004, s. 153-154.

ve sağlığını tehlikeye sokması halinde çocuk düşürmenin uygun olacağı yolunda fetvalar vermişlerdir. Mısır'da dini otoritelerin 1998 yılında çıkardığı bir fetva ile evli olmayan bir kadının tecavüz sonucu gebe kalması durumunda hamileliğin sonlandırılabilmesi belirtilmiştir. Cezayir'de 1998 yılında Yüksek İslam Mahkemesi tarafından verilen fetva ile tecavüz sonucu özellikle savaş sırasında düşman tarafından hamile bırakılan müslüman kadınların çocuk düşürmesi suç olarak görülmemiştir. Ancak bazı İslam devletlerinde "hamilelik ile ceninin hayatının başladığı ve ceninin masum olduğundan hayatının korumaya değer olduğu" gerekçesi ile tecavüz sonucu oluşan gebeliklerde çocuk düşürmenin İslamiyete aykırı olduğu yolunda verilmiş fetvalar da mevcuttur.<sup>13</sup> Laik Türkiye Cumhuriyetinde ise, Diyanet İşleri Başkanlığı "zaruret mahzuru ortadan kaldırır" ayeti gereğince çocuk düşürmenin dine aykırı olmadığını belirten bir rapor yayımlamıştır.<sup>14</sup> Bunun dışında Avcı, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın tecavüz sonucu oluşan gebeliklerde çocuk düşürmenin İslamiyete aykırı olmayacağı yolunda verdiği bir fetvadan da bahsetmektedir.<sup>15</sup>

## **B-Suçun Unsurları**

### **1-Kadının Gebe Olması**

Çocuk düşürme fiilinin işlenebilmesi için kadının gebe olması şarttır. Bu nedenle hamile olmayan bir kadının hamile sanılarak çocuğunun düşürülmesine yönelik olan fiiller, cenine karşı işlenen suç değil, ancak müessir fiil kabul edilebilir.

### **2-Cenin Ana Rahminden Ayrılması**

Cenin aleyhine suçtan söz edebilmek için dört mezhep imamları ceninin anne rahminden ayrılması gerektiği görüşünde birleşmektedirler.<sup>16</sup> Çünkü cenin annesinin rahminde bulunduğu sürece annenin bir parçası kabul edilir. Ancak anne rahminden ayrılan şeyin cenin olarak kabul edilip edilmemesi konusunda okullar arasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Örneğin Malikilere göre anne karnından dışarı atılan şey ister insan şeklinde olsun

<sup>13</sup> Leila Hessini, "Abortion and Islam: Policies and Practice in the Middle East and North Africa", *Reproductive Health Matters*, V.15, Issue 29, May 2007, p.75-84. Hessini, aynı makalesinde Ortadoğu ve Kuzey Afrika'da bulunan 21 Müslüman devlet üzerinde yapılan bir araştırmadan söz etmektedir. Bu Araştırmada, halkı müslüman 21 ülke içinden sadece 6 tanesinde tıbbi zorunluluk nedeniyle çocuk düşürmenin kabul edildiği, 3 tanesinde tecavüz sonucu oluşan gebeliklerin sonlandırılmasına izin verildiği, sosyal ve sağlık nedenleri ile çocuk düşürmenin ancak Türkiye ve Tunus'ta mümkün olduğu saptanmıştır. Bkz: Hessini, s. 75.

<sup>14</sup> Diyanet İşleri Başkanlığı'nın 15.12.1960 tarihli raporu için bkz: Nüfus Planlaması, 1968, s. 5. Ayrıca Ali Rıza Okur-Köksal Bayraktar, *Doğum Kontrolünün Ortaya Koyduğu Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları*, (İstanbul Barosu Dergisi 1969 Kasım-Aralık sayısı eki), s. 9.

<sup>15</sup> Avcı, s. 155.

<sup>16</sup> İmam Zühri, cenin anne rahminden "ayrılmamış" olsa bile failin cenin aleyhine suçtan dolayı cezalandırılması gerektiğini söylemektedir. Bkz: Udeh, s. 276-277.

isterse bir et parçası veya kan pıhtısı şeklinde olsun fail cezalandırılmalıdır. Hanefî ve Şafîî görüş, aynı şekilde dışarı atılan şeyin bir parça da olsa insana benzemesi, eğer kan veya et parçası atılmış ise uzman kişiler tarafından bunun insan yavrusunun başlangıcı olduğuna şahadet getirilmesi durumunda cenin kabul edilmesini kabul etmişlerdir. Hanbelîler de düşürülen şeyin insan yavrusuna benzemesi halinde veya kan pıhtısı atılması halinde uzman kişilerin bunun cenin olduğuna şahitlik etmeleri durumunda failin cezalandırılması gerektiğini savunurlar.<sup>17</sup> Görüldüğü gibi dört ana mezhepte ortak olan husus öncelikle düşürülen şeyin insan yavrusuna benzemesi, eğer insan yavrusu şeklini almamışsa ve kan pıhtısı ya da et parçası şeklinde dışarı atılmışsa uzmanların rahimden dışarı atılan şeyin cenin olduğunu belirtmeleri halinde suçun oluştuğunun kabul edilmesidir.

### **3-Cenini Düşürmeye Yönelik Fiil (Maddi Unsur) ve Netice**

Bu suçun maddi unsurunu hamile kadının çocuğunun normal doğum zamanından önce düşürülmesine yönelik fiil oluşturmaktadır. Çocuk düşürme her türlü fiil veya araçla yapılabilir. Kullanılan araçların sadece elverişli olması yeterlidir. Önemli olan failin hareketinin ve suçta kullanılan araçların gebe kadının çocuğunun düşmesine neden olup olmamasıdır. Cenin aleyhine işlenen fiil, yaralama, vurma, itme, ilaç vererek cenini düşürmeye çalışmak gibi maddi bir eylemle ortaya çıkabileceği gibi, tehdit, korkutma, heyecan yaratarak hamile kadının cenini düşürmesine sebebiyet verebilecek manevi bir şekilde de ortaya çıkabilir. Yine bu fiil eylemsizlik şeklinde de kendini gösterebilir. Örneğin hamile kadının çocuğunu düşürmek amacıyla aç bırakılması gibi. Ancak suçtan söz edebilmek için her durumda fiil ile sonuç arasında nedensellik bağının oluşması aranmaktadır. Yani fiil ister maddi, ister sözlü veya ihmali bir şekilde olsun hamile kadının çocuğunun düşmesine sebebiyet veriyor ise cezalandırılır. Bu suçta netice ise ceninin rahimden dışarı atılmasıdır. Neticenin oluşması için ceninin failin hareketinden önce rahim içinde canlı olması şartı aranır.

### **4-Kasıt (Manevi Unsur)**

Cenin aleyhine karşı işlenen suçlarda manevi unsur kasıt veya ihmali şeklinde karşımıza çıkar. Kasıt, failde ceninin anne rahminden dışarı atılmasına ilişkin irade ve istek olarak kendini gösterir. Fail gebeliği suni olarak sona erdirerek ceninin anne rahminden dışarı atılmasını sağlamak için gerekli davranışları gösteriyor ise kasıtın varlığından bahsetmek mümkündür. İslam hukukçularının genellikle kabul ettiği gibi ancak sağlık sebepleri nedeniyle gebeliğin sona erdirilmesi durumunda varolan kasıt hali cezaya engel teşkil eder. Bunun dışında İslam hukukunda çocuğun kasten düşürülmesi suç olup, gebeliği sona erdirmeye ilişkin amaçların önemi bulunmamaktadır.

---

<sup>17</sup> Udeh, s. 276-278.

Bazı durumlarda kasıt olmasa bile ihmal nedeniyle cenin düşebilir. Örneğin, tedbirsizce alınan ilaçların etkisiyle gebelik sona erebilir veya hamile kadının kendini iyi besleyememesi, hamileliği sırasında bulaşıcı bir hastalığa yakalanması halinde gebelik düşükle sonuçlanabilir. Bu durumda kasıt olmadığı için cenin aleyhine cürümden söz edilip edilmeyeceği tartışmalıdır.

Malikiler ve bazı Şafiiler cenin aleyhine suçun hem kasıt hem de hataen işlenebileceğini savunurlar. Bunun önemi, failin suçu kasıtlı işlenmesi halinde kasten işlenmiş fiilden sorumlu olurken, hataen işlenmesi halinde ise hataen işlenmiş fiilden sorumlu tutulmasında karşımıza çıkmaktadır. Kastın varlığı halinde kısas cezasının uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu olmakla beraber malikiler tarafından çoğunlukla kabul gören görüş uyarınca fiil neticeyi oluşturabilecek yeterlilikte ise kısas cezası uygulanabilir. Bununla birlikte, fiil normalde ceninin düşmesini oluşturacak nitelikte olmaması halinde, diyetle cezalandırılmasının daha uygun olacağını savunurlar.

Hanefi, Şafii ve Hanbeli mezhebinde kabul edilen görüş uyarınca cenin aleyhine cürüm sadece kasıtlı işlenemez. Bu suç ancak kasıt benzeri veya ihmalle işlenebilir bir suçtur. Buna göre fail fiili kasten işlemişse kasıt benzeri suçtan, hataen işlemişse hataen suçtan sorumlu tutulur. Buna kanıt olarak da cenin aleyhine işlenen suçlarda failin akilesine gurre cezasının yüklenmesini gösterirler.<sup>18</sup>

### **C-Suçun Cezalandırılması**

Cenin aleyhine işlenen suçlarda faile verilecek ceza fiilin sonucuna göre çeşitlilik gösterir. Örneğin cenin, annesinin rahminden ölü olarak ayrılırsa suçlunun cezası beş deve kıymetinde bir köle veya cariye olan cenin diyetidir. Bir başka deyişle, ceninin gurrecezasıdır. Gurreyi, anne rahmindeki çocuğun (ceninin) düşürülmesinden dolayı ödenmesi gereken tazminat olarak tanımlayabiliriz. Gurre, tam diyetin yirmide biri olarak tespit edilmiştir. Ceninin müessir bir fiil, tehdit korkutma veya ilaç kullanma sonucunda düşmesi, suçu işleyen ceninin annesi, babası veya üçüncü kişi olup olmaması, failin kasıtlı hareket edip etmemesi gurre cezasını etkilemez. Ayrıca gurre ödenmesi için ceninin anne rahminden ölü ayrılması ve annesinin sağ olması şarttır. Maliki ve Hanefi mezheplerine göre annenin ölümünden sonra ceninin düşmesi ve ölmesi halinde gurre gerekmez iken; Hanbeli ve Şafii mezhebine göre bu hallerde de gurre ödenmesi gerekir. Aksi halde yani cenin sağ olarak doğar daha sonra ölürse gurre değil, tam diyete hükmedilecektir. Ceninin cinsiyeti gurrenin miktarını değiştirmez.

<sup>18</sup> Bu görüşü savunanlar, bu fiil kasten işlenebilir bir suç olsa idi cenin aleyhine işlenen suçlarda failin akilesine gurre cezasının yüklenmeyeceğini çünkü kastın varlığı halinde failin kendi malvarlığından gurreyi ödeyeceği ve akileye başvurulamayağı esasını kendilerine dayanak olarak almışlardır. Udeh, s. 280.



Ceninin mirası sayılan gurre İslam hukukunun feraiz hükümlerine göre mirasçıları arasında paylaşılır. Düşürülen cenin sayısına göre de gurre miktarı farklılık gösterir. Düşen her cenin için ayrı gurre ödenir.<sup>19</sup> Ebusuud Efendiye göre çocuk düşürme fiilinde kasıt yok ise diyet de gerekmecektir. Fail tarafından yapılan darbe sonucunda çocuk düşmüş ise fail çocuğun ölü doğması halinde asgari diyeti, canlı doğup sonradan ölmesi halinde tam diyeti öder.<sup>20</sup>

## II-Osmanlı Devleti'nde Çocuk Düşürme Suçuna Genel Bir Bakış

### A-1858 Tarihli Ceza Kanunnamesinden Önceki Durum:

Osmanlı Devleti'nde 1858 tarihli Ceza Kanunnamesinin yürürlüğe girmesinden önce çocuk düşürme ve kürtaj suçları İslam hukuku esaslarına göre cezalandırılırdı. Bu konuda elimizde çok kesin bilgiler olmamakla birlikte Tanzimat Döneminden önce de bazı fermanlarda çocuk düşürmenin yasaklanmış olduğunu söylememiz mümkündür. İmparatorlukta çıkarılan bazı fermanlarla çocuk düşürme fiilinin önüne geçilmek istenmiştir. Örneğin 9 L 1204 H. (M:1790 ) tarihli bir belgede, İskat-ı cenin cürmünü irtikap edenler hakkında icra edilecek tedbirlere ilişkin fermanın kamuya duyurulduğundan bahsedilmektedir.<sup>21</sup>

12 Ş 1242 H. tarihli (M:1826) bir buyruğuda ise “ çocuk düşürmek için ilaç veren “*kanlı ebe*” lakabıyla tanınan İlya ile Polise? ismindeki yahudi ebelerin Selanik’e sürgün edildiklerinden” bahsedilmiş; ayrıca, hahambaşılığa yazılan bir buyruğuda ile “bu suç işleyenlere işlememeleri konusunda tenbihte bulunmaları ve suç işleyenlerin merkeze bildirilmesi istenmiştir.”<sup>22</sup> Belgede, “Osmanlı Devleti'nde müslüman, yahudi ve hristiyan tebaadan ebellekle uğraşan bazı kadınların hamile kadınlara ilaç vererek hem ceninin düşmesine, bazan da annenin ölümüne yol açtıkları gerekçesiyle bu fiilin men edilmesi, ve ebelerce uygulamaya devam edilmesi halinde tebid (sürgün) edilmeleri yolunda fetva alındığından” bahsedilerek, “kanlı”

<sup>19</sup> Muhsin Koçak, “Gurre”, DIA, C. 14, s. 211-212. Bilmen, s. 157-158.

<sup>20</sup> Colin İmber, Şeriattan Kanuna, Ebusuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk, Eylül 2004, s. 248-249.

<sup>21</sup> BOA, C.ADL, 108/2, 9 L 1204 H. tarihli belge. Belgede, memleket genelinde bazı kişilerin ilahî iradeye aykırı olarak iskat-ı cenin suçunu işledikleri, cenini katl eden bu fiilin günah olduğu gibi cenin veya annenin sakatlığına da yol açabilecek bir tehlike oluşturduğu belirtilerek, yayımlanmış fermanın İznik kadısı tarafından umuma duyurulduğu yazmaktadır.

<sup>22</sup> BOA, C.SH., 437/9, 12 Ş 1242 tarihli belge. Belgede hahambaşılığa yazılan buyruğuda da “*siz dahi bade ez-in hamile hatunlara o misüllü iskat-ı cenine dair edviye vermemeleri ve eğer verirler ise mukteza-yı şeri şerif üzere icra-yı tediblere ibtidar kılınacağı bi'l cümle ehl-i İslam millet-i selase ebelerine ber vech-i ekid tenbih ve tekide himmet ve daima halleri taharri olunarak içlerinden dinlemeyip de yine bu fiil-i şenie tasaddi ideri, haber alınır ise hakkında lazım gelen tedib-i şeri icra olunmak için keyfiyeti ifadeye mübaderet eylesün deyü.* Fi 12 Ş 1242”.

lakabıyla tanınan yahudi ebe İlya'nın, kızı makule ve kalfası Polise ile eskiden beri bu suçu işlediği bu nedenle sadece tenbih ve tekid ile yola gelmeleri mümkün olmadığından üçünün birden Selanik'e sürülmesine karar verildiği yazmaktadır. Buna benzer bazı belgelerde genellikle ülke çapında yayımlanan fermanlarla iskat-ı ceninin yasaklanmasının ve bu suçu işlemeye kimsenin cesaret edememesi yolunda tenbihlerde bulunulmasının, tedbirlerin alınmasının ve suçu işleyenlerin şiddetle cezalandırılmalarının istendiği anlaşılmaktadır.<sup>23</sup> Merkezden gönderilen bazı fermanlarla, kadınlara çocuklarını düşürmek için ilaç verilmemesi hakkında doktor ve eczacılara uyarılarda bulunulduğu da görülmektedir.<sup>24</sup>

3 Za 1254 H. tarihli ( M:1838) bir başka belgede ise, bazı kadınların çocuk düşürme suçunu işledikleri haber alındığından, bunun yasaklanması için çıkarılan fermana ilişkin Niğde niyabetinden verilen bir ilamda ise, yine, "iskat-ı ceninin hem ilahi iradeye aykırı olduğu hem de ülke nüfusunun azalmasına neden olan büyük bir günah olduğu" belirtilerek, önceki fermanlara benzer bir şekilde bu suçun işlenmesi sonunda zaman zaman annenin bile hayatını kaybettiğinden bahsedilerek, iskat-ı ceninin "...külliye men ve ref ve iktiza eden tenbihatı havi şeref-bahşa-yı sahife sudur buyrulan bir kıta fermanın" Niğde mahkemesine tescil edildiği ve gerekenin yapılacağı" bildirilmiştir.<sup>25</sup> Görüldüğü gibi, Osmanlı Devletince çocuk düşürme fiilinin yasaklanması için gönderilen buyrulduklar hem Anadolu, hem de Rumeli topraklarında uygulanmaya çalışılmıştır. Buyruldukların ülke genelinde uygulandığını, en azından Edirne, Selanik, Konya, Niğde, Babadağı, İskenderiye illerinde uygulandığını mahkemelerden gelen ilamlardan anlamaktayız.<sup>26</sup> 1838 tarihli bir başka fermanla, "İmparatorluk genelinde iskat-ı ceninin yaygınlık kazanmasından" bahsedilerek "ülkenin bayındır bir hale gelmesinin nüfusun artmasına bağlı olduğuna değinilerek, çocuk düşürme fiili ilahi iradeye karşı geldiği, nüfusun çoğalmasını engellediği ve annenin sağlığını da tehlikeye attığı" gerekçeleriyle yasaklanmıştır.<sup>27</sup>

İncelediğimiz arşiv belgelerinde görüldüğü gibi, Osmanlı Devleti'nde çocuk düşürme suçunun yasaklanması dini, insani ve toplumsal bir temellere

<sup>23</sup> BOA, C.DH., 3225/65, 13 N 1254 tarihli belge ( *Iskat-ı cenin fiiline kimsenin cüret edememesi için takayyudatta bulunulmakta olduğuna dair Vize Niyabetinden ilam.*); BOA,C.ADL, 5849/97, 27 L 1254 H. tarihli belge.(*"Ahaliden iskat-ı cenin irtikap edenlerle bu hususta mualecat verenlerin şiddetle cezalandırılmaları" ....*).

<sup>24</sup> BOA, C.SH., 1026/21, 29 N 1204 tarihli ilam.

<sup>25</sup> BOA, C.DH., 6543/131, 3 Za 1254 H. tarihli ilam.

<sup>26</sup> Bkz: BOA, C.ADL, 896/14 23 N 1254 H. tarihli Edirne Kadılığından gelen ilam; C.DH., 6543/131 3 Za 1254 H. tarihli Niğde niyabetinden gelen ilam; C.DH. 6794/13 , 19 Z 1254 H. tarihli İskenderiye mahkemesinden gelen ilam; C.SH. 566/12 13 Z 1254 H. tarihli Babadağı kadılığından gelen ilam.

<sup>27</sup> Mustafa Öztürk, "Osmanlı Döneminde Iskat-ı Ceninin Yeri ve Hükümü", Fırat Üniversitesi Dergisi (Sosyal Bilimler), 1987/ I, (s.199-208) ; s. 201.

dayandırılmıştır. Ancak Osmanlı yönetimi nüfus azalmasının devlet gücünün azalmasına yol açmasından da endişe etmektedir. Bu nedenle de çıkarılan fermanlarla halkı bu davranıştan uzak tutmak için din ve insani sebepler kullanılmıştır. Hemen hemen her fermanında çocuk düşürme olayının dinen yasak olduğu, bu fiilin “Tanrının iradesine karşı” gelmek sayılacağı vurgulanmıştır. Yine belgelerden bu suçun sadece Müslüman nüfus için değil, gayrimüslimler için de yasaklanmış olduğu sonucuna varmamız mümkündür.

1838 tarihinde Meclis-i Umur-ı Nafi'a tarafından verilen bir kanun tasarısı yukarıda ele aldığımız fermanların ayrıntılı bir düzenlemesini içermektedir. Bu tasarıda bir milletin kuvveti ile saltanat ve gücünün artmasının ahalisinin nüfusunun çokluğuna bağlı olduğu bu nedenle nüfusu artırmanın ve nüfusu azaltan sebeplerin ortadan kaldırılmasının devletin temel görevi olduğuna değinilerek ilahi iradeye aykırı olan çocuk düşürme vakalarının imparatorluğun tüm tebası özellikle İstanbul halkı arasında yaygın bir hal aldığına dikkat çekilmiştir. Cenini yaratan Tanrı olduğuna göre onu düşürmek ilahi iradeye karşı gelmekle birlikte aynı zamanda katli-nefs yani ruhu öldürmek anlamına gelir ki bu dinen büyük bir günahdır. Layihada dikkat çeken bir diğer husus cenini düşürenlerin diğer dünyada da cezalandırılacağından söz edilmesidir. Hatta çocuğunu aldırın kadınların işlem sırasında ölürlerse bunu hak ettikleri söylenmektedir. Tasarıda halkı çocuk düşürmeye iten sebeplerin ortadan kaldırılması tavsiye edilmiştir. Buna göre haz duygusu ile kürtaja gidenlere gerekli baskı yapılmalı ve yoksulluk nedeniyle çocuk aldırın isteyenlere devlet maddi yardımda bulunmalıdır. Hatta mahalle imamı beşten fazla çocuğu olanları müftüye bildirmelidir. Bunun dışında tasarıda ilaç satanların kontrol altına alınması ve gayrimüslim-müslim tüm doktor ebe ve eczacılara yemin ettirilmesi önerilmektedir.<sup>28</sup>

Tasarı karşısında Dar-ı Şura-yı Babıali tarafından yazılan mazbatada ise Meclis-i Umur-ı Nafi'a tarafından verilen kanun tasarısı tamamen yerinde bulunmuş ve hemen uygulamaya geçilmesi istenmiştir. Ancak Babıali Umur-ı Nafia Meclisinin tasarısına bir ekleme yapmıştır. Bu eklemeye göre çocuk düşürme fiilini gerçekleştirenler sadece doktor, ebe ve eczacılar olmayıp, toplumda bu işi bilen kadınlarda çok yaygındır. Özellikle İstanbul ve Boğaziçi'nde bazı mahallelerde yahudi ebeler tarafından sıklıkla yapılan ıskat-ı cenin karşısında mahalle sakinleri ve komşularında temkinli olması istenmiş hatta bu suçun işlendiğini bildiği halde yetkili devlet görevlilerine bilgi vermeyenlerinde cezalandırılması gerektiği bildirilmiştir.<sup>29</sup>

Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye, Meclis-i Umur-ı Nafi'a tarafından verilen bir kanun tasarısı ve Babıali'nin eklemesini dikkate alarak çocuk

<sup>28</sup> Nadir, Muharrerat-ı Nadire, C. 19., s. 750-752.

<sup>29</sup> Nadir, s. 753-754.

düşürmek isteyen hamile kadınlarla beraber kocalarının da cezalandırılacağı notunu da ekleyerek tasarımı kabul etmiştir.<sup>30</sup>

Tanzimat sonrası çıkartılan 1841 ve 1851 tarihli Osmanlı Ceza Kanunlarında çocuk düşürmeyle ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bu suçla ilgili hükümlere ilk olarak 1858 tarihli Osmanlı Ceza kanununda rastlıyoruz.

### **B-1858 tarihli Ceza Kanunnamesinde Çocuk Düşürme Fiilinin Suç Olarak Düzenlenmesi**

1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun örnek alındığı<sup>31</sup> 1858 tarihli Ceza Kanununun “Eşhas Hakkında Vuku Bulan Cinayet ve Cünhalarla Mücazat-ı Müterettibeleri” başlığı altındaki 2. bölümünün 2. faslında cenine karşı işlenen suçlar düzenlenmiştir. “İskat-ı Cenin ve Karışık Meşrubat ve Kefilsiz Semmiyat Furuht Edenlerin Mücazat-ı Müterettibeleri” başlığını taşıyan bu faslın 192. ve 193. maddeleri çocuk düşürme suçunu düzenler.<sup>32</sup>

**“Bir kimse darp yahut sair bir guna fiil ile hamile hatunun iskat-ı cenin eylemesine sebep olursa diyet-i şerriyesi istifa olunduktan sonra eğer bu teaddi an-kasd olmuş ise muvakkaten küreğe konulur.”** şeklinde hüküm altına alınan 192. maddeden açıkça anlaşılacağı gibi hamile bir kadının çocuğunu düşürmesine sebep olan kişi öncelikle ceninin diyetini öder. Diyetin ödenmesinde fiilin kasıtlı veya kaza ile olması arasında bir fark yoktur. Ancak fail kasıtlı hareket etmiş ise, o zaman ayrıca muvakkat kürek cezası ile cezalandırılacaktır.

<sup>30</sup> Nadir, s. 754-755. Meclis-i Vala'nın kararında “.....ve husus-ı mezburun men'i hakkında layiha-i mezkurede kaleme alınan mütalaat ile bad-ez-in İslam ve milel-i saire ebelerinin ve mu'alecat bilen sair taife-i nisanın iskat-ı cenin maddesine el urmamaları ve bir mahalde sakat vukuunda kaza veyahud kasden ne vecihle olmuş ise elbette vuku bulan mahallin komşularının veya ahirinin malumu olacağından o misüllü kasden olduğuna her kim vakıf olur da haber vermez veyahud hamil kendü kendüsüne ilaç edüp iskata mütecasire olur ise bu makulelerin zevcleriyle beraber haklarında şiddet muamele olunacağı tehdidinin tasdir olunacak evamir-i aliyeye derc ve ilavesi ve iş bu tenbihat-ı aliyenin memalik-i mahrusa-i şahanelerine dahi neşr ve ilanı husuları Meclis-i Valada dahi pek münasib görünmüş ve zikr olunan layiha ve mazbata manzur-i şevket-nüşur-ı şahaneleri buyurulması için merbuten takdimi.....”.

<sup>31</sup> 1810 tarihli Code Napeleon Penal ve 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanununda çocuk düşürme suçunun genel bir karşılaştırması için bkz: Ruth A. Miller, “Politicizing Reproduction in Comparative Perspective: Ottoman, Turkish, and French Approaches to Abortion Law” p.73-89, ( Loninklijke Brill NV, Leiden, 2007; www. brill.nl). 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu “Code Penal Napoleon” 317. maddesinde ceninin zararlı yiyecek, içecek, ilaç, şiddet veya değişik yollarla düşürülmesi halinde düşürülmesi halinde ağır hapis cezası ile, aynı suçun doktor, eczacı ve diğer sağlık görevlileri tarafından işlenmesi halinde ise ağır çalışma cezası ile cezalandırılacağı hükmüne bağlanmıştır. 1858 tarihli Ceza Kanununun 192. ve 193. maddeleri de Code Penal'in 317. maddesi temel alınarak hazırlanmıştır. Code Penal Napeleon 317. maddesi açık hükmü için bkz: Miller, s. 82, dn. 23.

<sup>32</sup> 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi, 192. ve 193. maddeleri için bkz: Düstur, I. Tertip, C.1, s.578. Fransızca metni için bkz: George,Young, Corps de Droit Ottoman, 1906, C. VII., p. 38.

Anılan kanunun 193. Maddesi ise **“Bir hamile hatunun gerek rızası olsun gerek rızası olmasın ıskat-ı cenin ettirmek için ilaç içirüp yahut esbab ve vesailini ta’rif edüp de eseriyle çocuğu düşürülür ise buna sebep olan kimse 6 aydan 2 seneye kadar hapsolünür. Ve eğer buna sebep olan tabib ve cerrah ve eczacı ise muvakkaten küreğe konulur.”** şeklindedir. Görüldüğü gibi bu maddede annenin rızası ile veya rızası dışında çocuğun 3. kişiler tarafından düşürülmesi yer almaktadır. Hamile kadına ilaç içirerek, gerekli araçları sağlayarak ceninin düşmesine sebep olan kişiler 6 ay ile 2 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılır. Fail eczacı, doktor cerrah ise muvakkat kürek cezası verilir. Bu maddeler dışında kanunun 196. Maddesinde genel sağlığı ihlal edecek ilaç malzemesi, şurup ve zehirli maddeler satan kişilerin bir haftadan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, para cezasına çarptırılacağı ayrıca sattıkları her ne ise devlet tarafından el konulacağı hüküm altına alınarak gebeliği sonlandıracak ilaçların satılması engellenmeye çalışılmıştır.<sup>33</sup>

H:1280 M:1863/1864 tarihli bir belgede Sırp hamile bir kadına ilaç vermekten dolayı tutuklanan eczacı Sakratis’in Sırp emniyetinden gelecek cevaba göre tard ve tebid olunacağı bildirilmektedir.<sup>34</sup> 1858 tarihli Ceza Kanununda İskat-ı cenin suçunun eczacı veya doktor tarafından işlenmesi halinde muvakkat küreğe konulacağına ilişkin hükmüne rağmen, failin tard ve tebidi yoluna gidilmesi, herhalde mağdurun Sırp tabiyetinde olmasından kaynaklanmaktadır.

### Değerlendirme ve Sonuç

Buraya kadar anlattıklarımız ışığında bir değerlendirme yapacak olursak 19. yüzyılın başından itibaren Osmanlı Devletinin çocuk düşürme fiiline karşı sistemli bir politika yürüttüğünü ancak cenine karşı işlenen suç kavramının Osmanlı Devleti hukukuna 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi Humayununun ile girdiğini ve bu tarihten önce çocuk düşürme suçunun genel olarak İslam Hukuku çerçevesinde ele alındığını söyleyebiliriz. İncelediğimiz arşiv belgelerinde de görüldüğü gibi 1858 yılından önce bazı buyruldu ve fermanlarla çocuk düşürme suçunun işlenmesi önlenmeye çalışılmıştır. Ancak bu suçun kanun maddesi olarak düzenlenmesi ve şeri hukuk dışında cezalandırılması, ancak 1858 tarihli Ceza Kanununun 192. ve 193. Maddeleri ile mümkün olabilmıştır. Suçu düzenleyen bu maddeler genel olarak İslam ceza hukukuna aykırılık oluşturmamıştır. Daha önce açıkladığımız gibi İslam hukukunda da ceninin düşürülmesine neden olan fail, gurre adı verilen bir tazminat ile cezalandırılır. 1858 tarihli Ceza Kanununun 192. maddesinde de ıskat-ı cenine sebep olan failin gurre ödemek zorunda olduğu belirtilmiştir. Failin davranışının kasıtlı olup olmamasının gurre adı verilen tazminatı ödemesine engel olmayacağı

<sup>33</sup> 196. madde metni için bkz: Düstur, I. Tertip, C.1, s. 579.

<sup>34</sup> BOA, MKT.MHM, 48/300, 08 Z 1280 H. tarihli belge.

konusunda anılan madde İslam hukukuna aykırı değildir. Ancak, söz konusu maddede failin suçu bilerek işlemesi halinde muvakkat kürek cezası ile cezalandırılacağı hükmü ile, 193. maddede çocuk düşürmeye sebebiyet veren failin 6 ay ile 2 sene arasında hapis cezasına çarptırılacağı hükmü İslam hukukunda faile verilen cezadan farklılık göstermektedir. İslam Hukukunda yaygın olan görüşe göre fail çocuk düşürme suçunu kasıtlı olarak işlese bile kasıt benzeri suçtan yargılanır ve gurre öder. Bir başka deyişle 1858 Ceza Kanununda öngörülen kürek cezası ve hapis cezası İslam hukukunda yoktur. Bu nedenle Osmanlı Devletinin 1858 tarihinden itibaren İslam hukukundan daha farklı bir ceza hukuku anlayışı benimsediğini görmekteyiz. Bunun sebebi ise 1858 tarihli Ceza Kanununun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan örnek alınarak kabul edilmiş olmasıdır.

Her ne kadar 1858 tarihli Ceza Kanununun 192. ve 193. maddelerinde İslam hukukundan farklı daha ayrıntılı bir düzenleme yapılmış olsa da yine de bu maddelerin günümüz modern ceza kanunlarındaki gibi bir düzenleme içermediğini belirtmekte fayda görüyoruz. Örneğin, 192. ve 193. maddeler annenin ölümü halinde faile verilecek cezanın ne olması gerektiğini ayrıca düzenlememiştir. Öte yandan 193. maddede 3. kişinin çocuk düşürtmesi halinde verilen cezada, fiilin kadının rızası ile veya rızası dışında işlenmesi halleri arasında bir ayırım yoktur. Oysa kadının rızası dışında çocuğunun düşürülmesi halinde verilecek cezanın ağırlaştırılması, hakkaniyete ve hukukun temel ilkelerine daha uygun olurdu.

Yaptığımız bir başka tespit, anılan hükümlerde “hafifletici sebeplere” yer verilmemesidir. Bir başka deyişle, anne ve babayı ya da 3. kişiyi cenini düşürtmeye iten nedenler kanunda yer almamıştır. Kanımızca genel bir hafifletici sebebe yer verilmesi ayrıca ağırlatıcı sebeplerin belirlenmesi kanunun daha işlevsel olmasını sağlayabilirdi. Örneğin, namus ve şeref korumak amacıyla ya da tecavüz sonucu oluşan bir gebeliğe son verilmesi saikiyle çocuk düşürülmesi hafifletici sebepler arasında yer alabilirdi. Temel haklar açısından olaya baktığımız zaman, kadının gebeliğine son vermesi halinde cezalandırılmasının, onun dokunulmaz olan özel hayatı ve haklarına bir müdahale oluşturduğu düşünülebilir. Örneğin tecavüz sonucu hamile kalmış olan bir kadının cenini düşürmesi halinde sebebe bakılmaksızın ceza verilmesi bir anlamda onun temel haklarının devlet tarafından kısıtlanması demektir. Öte yandan tecavüz sonucu oluşmuş olsa bile ceninin hayatının korunmaya değer olması hukukun diğer yüzünü oluşturmaktadır. 19. Yüzyılda hemen hemen hiçbir devlet kanununda bu hususun yer almadığı düşünülecek olursa 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanununda da hafifletici nedenlere yer verilmemesi normal karşılanabilir.

Bunların dışında, İslam hukukunda tıbbi zorunluluk halinde 120 güne kadar kadının çocuğu düşürmesine izin verilirken 1858 tarihli Ceza Kanununda süreye ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır.

Yaptığımız araştırma sonucunda vardığımız sonuçlardan bir başkası ise, Osmanlı Devletinde kürtaj işleminin anne rahminin açısından devletin egemenliğine konu olan “**özel bir alan**” olarak görülmesidir. Devletin cenini düşürülmesine sonucuna yol açan rahme yapılan bu müdahaleyi yasaklaması, bu yasaklamayı bireyin (ceninin) yaşamasına izin verme hakkı olarak algılaması ve bunu halkı üzerinde egemenlik hakkının bir uygulaması olarak görmesinden ve temel hak kavramının tam olarak gelişmiş olmamasından kaynaklanmaktadır. Nitekim annenin bedeni üzerinde tasarruf hakkı ve çocuk doğurmayı reddetme özgürlüğü, o dönemde (bugün bazı toplumlarda tartışılmakta olduğu gibi) pek çok devlet gibi Osmanlı Devleti açısından da kabul edilebilir bir kavram değildi.

Sonuç olarak, Osmanlı Devleti'nin özellikle 18. yüzyıldan itibaren çocuk düşürmeyi engellemek için İslami esasların yanı sıra yaptığı başka düzenlemelerle de sistemli bir devlet politikası izlediğini ve bunun altında yatan temel sebebin devlet nüfusunun dolayısıyla gücünün azalmasını engellemek olduğunu söyleyebiliriz.

**KAYNAKÇA****I. ARŞİV KAYNAKLARI**

Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA).

Cevdet-i Adliye ( C.ADL).

Cevdet-i Dahiliye (C.DHL).

Cevdet-i Sıhhiye (C.SH).

**II. KİTAPLAR ve MAKALELER**

Ahmed, Leila: “Arap Kültürü ve Kadınların Bedenlerinin Yazılışı” (s. 55-74)  
Müslüman Toplumlarında Kadın ve Cinsellik, Der: Pınar İlkcaracan,  
2003, İstanbul.

Avcı, Mustafa: Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004.

Bilmen, Ömer Nasuhi : Hukuk-ı İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiyye Kamusu,  
(3 Cilt), İstanbul, 1950, C.III.

Çeker, Orhan: “İslam Dininde Çocuk Düşürme”, DIA, C. 8 (s. 364-365).

Dönmezer, Sulhi: Ceza Hukuku Hususi Kısım Şahıslara Karşı ve Mal  
Aleyhinde Cürümler, 3. Bası, İstanbul 1957.

Harman, Ömer Faruk: “Çocuk Düşürme”, DIA, C.8, (s. 363-364).

Hessini, Leila: “Abortion and Islam: Policies and Practice in the Middle East  
and North Africa”, Reproductive Health Matters, V.15, Issue 29, May  
2007, p.75-84.

İmber, Colin: Şeriattan Kanuna, Ebusuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk,  
Eylül 2004.

Koçak, Muhsin: “Gurre”, DIA, C. 14, (s. 211-212).

Miller, Ruth A.: “Politicizing Reproduction in Comparative Perspective:  
Ottoman, Turkish, and French Approaches to Abortion Law” p.73-89, (Loninklijke Brill NV, Leiden, 2007; www. brill.nl).

Nadir: Muharrerat-ı Nadire, 1290.H., 19.C.

Okur, Ali Rıza-Bayraktar, Köksal: Doğum Kontrolünün Ortaya Koyduğu  
Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları, 1969.

Öztürk, Mustafa : “Osmanlı Döneminde İskat-ı Ceninin Yeri ve Hükümü”,  
Fırat Üniversitesi Dergisi (Sosyal Bilimler), 1987 /I, (s.199-208).



Somel, Selçuk Akşin: IX:International Congress of Economic and Social History of Turkey, Dubrovnik-Croatia, 20-23 August, 2002; "The Issue of Abortion in 19. Century of Ottoman Empire", (s.339-346).

Tezcan, Sabahat- Carpenter, Yaman, Carol- Pişek, Nusret: Türkiye'de Çocuk Düşürme, Hacettepe Üniversitesi Toplum Hekimliği Enstitüsü, Ankara, 1980.

Udeh, Abdulkadir: Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, Ankara, 1991.

Uzunpostalcı, Mustafa: "Cenin", DİA, C.7,( s. 369-370).

Young, George: Corps de Droit Ottoman, Oxford, 1906, C. VII.