

**FEDERAL ALMANYA CEZA HUKUKUNDA CENİN KARAKTERİ  
İLE İNSAN NİTELİĞİ ARASINDAKİ SINIR KONUSUNDA  
YENİ PROBLEMLER \***

Cenin karakteri ile insan karakteri arasındaki sınırı tesbit iki açıdan önem kazanmaktadır. Birincisi, çocuk düşürme veya adam öldürme hükümlerinin uygulanması bakımından önem arzeder. İkinci olarak müessir fiil suçları hakkındaki hükümlerin uygulanmalarının başlangıç noktasını teşkil eder.

Cenin karakterinin insan vasfına dönüşmesi konusunda, Alman Ceza Kanununda bir hüküm mevcuttur (§ 217). Bu hüküm açık olarak «doğum sırasında» cenin değil, bir çocuğun varlığını kabul etmektedir. O halde kanun cenin karakterinin sona erişi ve dolayısı ile insan vasfının başlangıcı olarak «doğumun başlangıç anı» nı kabul etmiştir.

Bu şekilde kabul edilen başlangıç anı, hem adam öldürme ve çocuk düşürme fiilleri arasındaki sınırı tesbit etmekte, hem de müessir fiil hükümlerinin uygulanma alanını tâyin etmektedir.

Ancak bu kabul problemleri halle yeterli değildir. Herşeyden önce «doğumun başlangıcı» kavramını açıklığa kavuşturmak gerekir.

Eski bir görüşe göre önemli nokta, göbek bağı vasıtası ile alınan nefesin durup, ciğerle nefes almanın başlama anıdır. Her iki nefes almanın bazı olaylarda bir arada mevcut olabilmesi sebebiyle tıbbi aykırılık bu ayırım günümüzde kabul edilmemektedir.

Günümüzde taraftarları son derece az olan diğer bir fikire göre, doğum başlangıcı, ana vücudundan kısmen dışarı çıkmak demektir. Ancak bu fikir de doğru değildir. Zira ana vücudundan kısmen dışarı çıkma doğumun başlangıcı değil, doğumun ilerlemiş bir safhasıdır.

---

\* Doç. Dr. Eralp Özgen tarafından özetlenmiştir.

İçtihatlar ve doktrincede genellikle kabul edilen fikre göre ise, «doğum başlangıcı» ana vücudunun çocuğu dışarı atma teşebbüslerine başlaması veya sonunda vücuttan atmaya varacak sancuların başlaması demektir. Bu anlamda, tabii ağrılar ile sun'î olarak yaratılan ağrılar birbirine eşittir.

Hukuk içtihatları ve hukuk ilimi ayırıcı sınır olarak bu hususu kabul etmişler, fakat bunların açıklanmasını tıbbı bırakmışlardır.

Bir kere gebeliğin son haftalarında geniş zaman araları ile ve gayrimuntazam ortaya çıkan «hazırlık sancısı» adı verilen ağrılar doğum sürecine ait olmadıkları için problemimizle ilgili değildirler.

Tıbbî görüşe göre normal doğum açılış periyodu ile başlar, dışarı çıkma periyodu ile devam eder ve nihayet doğum sonrası periyodu ile son bulur. O halde «doğum başlangıcı» olarak kabul edilecek sancular, açılış sancılarıdır; dışarı çıkarma ağrıları değil. «Doğum başlangıcı» anını bu şekilde kabul, sadece normal doğumlarda değil, birleşik ağırlı veya ani doğumlarda da meseleyi çözümleme imkânı vermektedir.

«Doğum başlangıcı»nın sınır olarak kabulünün çocuk düşürme, adam öldürme ve müessir fiil suçlarının tipikliği ile yakın ilgisi vardır. Bu ilgi bilhassa Contergan davası ile önem kazanmıştır.

Bu davada savcılık, hâmile kadınların aldıkları ilâcın, ana karındaki cenine zarar verdiğini, bu zarar sonucu doğumdan sonra da devam eden sakatlıklar veya ölüm olaylarının meydana geldiğini belirtmiştir. Bu düşüncelere dayanarak iddianame ve son tatbikatın açılması kararında ilâcın sorumlularının taksirli adam öldürme ve taksirli müessir fiil suçlarından sorumlulukları kabul edilmiştir. Bu dava sonradan düşmüştür. Ancak ortaya koyduğu problemler henüz bir çözüme ulaşmamıştır. Ana problem, cenine verilen zarar, doğumdan sonra sakat olmasına veya doğumdan sonra ölmesine sebep olursa, bunu bir taksirli müessir fiil veya taksirli adam öldürme olarak kabul edip edemeyeceğimiz meselesidir.

Bu problemin çözümünde diğer hukuk disiplinlerinden ve mukayeseli hukuktan faydalanılmak istenmiştir. Ancak bu hatalı bir yoldur.

İlk başta, doğumun başlangıcından önce vuku bulan müdahalenin, doğumdan sonra ölüm sonucunu doğurmasını ele alalım. Yapılmış olan müdahale kasıtlı bir hareket ise, acaba çocuk düşürme

mi, yoksa adam öldürme mi bahiskonusu olur? Kanunun lâfzı, müdahale sonucu ölümün ana karnında meydana gelmesi ile müdahale sebebi ile dışarı atılan çocuğun doğduktan sonra ölmesini aynı tutmuş ve bunu çocuk düşürme saymıştır. Müdahale ile neticenin meydana gelişi arasındaki zamanda, fiilin objesinin hukukî kalitesinde meydana gelecek değişiklik, çocuk düşürme suçunu adam öldürme suçu haline dönüştürmez. Müdahale anında fiilin objesinin hukukî kalitesi ne ise, suçun vasfı ona göre tayin olunur.

Kasıtlı hareketler için bu söylediklerimiz, taksirli hareketler için de uygulanabilecek niteliktedir. Alman ceza hukuku taksirli çocuk düşürmeyi suç saymamıştır. O halde cenine karşı yapılan ve ölüm sonucunu doğuran taksirli müdahaleler, kanunun iradesi geçince her hal ve kârda cezasız kalacaktır. Taksirli müdahale sonucu ölüm, ister ona vücudunun içinde meydana gelmiş olsun, isterse cenin ana vücudunu terk edip insan karakterini kazandıktan sonra meydana gelsin netice değişmez. Kasdı şart koşan kanunun 218. maddesi, başlangıç noktasının geri götürülmesini yasaklamakta ve ceza sorumluluğu bulunmayan taksirli çocuk düşürmeyi, taksirli adam öldürmeye dönüştürmeye müsaade etmemektedir.

Meselenin müessir fiil açısından incelenmesine gelince : Burada muhtelif ihtimaller söz konusudur. İlk ihtimal ender veya ancak teorik olarak ortaya çıkabilecek bir durumdur. Doğum başlangıcına kadar, netice doğurmadan ortadan kaldırılabilir cenine müteveccih müessir fiil. Bu halde bir cezai sorumluluk bahiskonusu değildir. Zira Alman hukukuna göre cenine karşı müessir fiil suç değildir.

İkinci ihtimal, doğumun başlangıcından önce cenine yapılan bir müessir fiilin, neticelerini, ancak doğumun başlangıcından sonra artık insan vasfını almış cenine tesir ederek göstermesi halidir. Burada da mesele yoktur. 223 ncü maddeye göre suç mevcuttur. Bu durum, patlama mahalline ayarlanarak konan ve sonradan patlayan saatli bombaya benzer.

Ve nihayet üçüncü ihtimal de, Contergan davasında münakaşa konusu olan haldir. Bu halde, ilaç veya şualar ceninin muayyen gelişme süreçlerine tesir etmekte, yani neticesini derhal doğurmaktadır. Ancak bu neticelerin gözle görülebilir hale gelmesi doğumdan sonra olmaktadır. Bunun cenine bir müessir fiil suçu teşkil edip etmediğini tesbitte, fiilin objesinin hangi andaki hukukî niteliği esas alınacaktır, meselesi önem kazanır. Yukarıda da belirtildiği üzere, kanunun iradesi fiilin objesinin, müdahalenin yapıldı-

ğı andaki hukukî niteliğini esas almaktır. Ayrıca öldürme kasdı ile cenin üzerinde yapılan fiiller sonucu çocuk doğumdan sonra ölürse çocuk düşürme olarak kabul edilirken, yani fiilin objesinin müdahale anındaki niteliğine bakılırken; çok daha hafif bir kastta aksi kabul edilir ve sonradan ortaya çıkan arıza ve bu arızanın gözle görülebilir hale geldiği an nazara alınırsa haksızlık edilmiş olur. Ve nihayet, müessir fiil suçu ani bir suçtur, mütemadi suç değildir. Fiilin yapılıp neticesinin doğması ile suç tamamlanır. Suçun meydana getirdiği arızanın uzun müddet devam etmesi, tipikliğe aykırılığın durmadan tekrarlanması demek değildir. O halde cenine yapılan müessir fiil neticesini hemen doğurmuş ve suç tamamlanmıştır. Sonradan ortaya çıkan, meydana gelen zararın gözle görülebilir hale gelmesidir. O halde, bu durumlarda doğmuş olan çocuğa bir müessir fiil suçu bahiskonusu değildir.

Aynı görüş, cenine karşı işlenen kasdi veya taksirli müessir fiilin, hamileye karşı da müessir fiil sayılamıyacağının gerekçesi olmuştur. Cenin ve ana vücudu birbirlerine yakın bağılıklarına rağmen, birbirinden farklı iki biyolojik sistemdirler. Ve cenin ananın bir vücut fonksiyonu değildir. Aynı şekilde hukuken de cenin ve ana birbirlerinden farklı iki fiil objesidirler. O halde cenine müessir fiili, hamileye müessir fiil olarak kabul hatalı olur.