

BİR CEZA HUKUKU YAPTIRIMI OLARAK ZORUNLU KASTRASYONUN ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

Tevfik Sönmez KÜÇÜK*

ÖZET

T.C. Adalet Bakanlığı tarafından suçlara ilişkin yayınlanan istatistiksel veriler incelendiğinde, özellikle geçtiğimiz beş yıllık sürede cinsel nitelikli suçlara ilişkin açılan dava sayısının önemli bir şekilde arttığı görülmüştür. Nitekim bu durum, cinsel nitelikli suçlara karşı olan toplumsal tepkinin ve nefretin artmasına neden olmuş ve kamuoyunda suç failleri hakkında zorunlu kastrasyonun uygulanması gerektiği hususunda genel bir algı oluşmuştur. İşte bu çalışmada da bir ceza hukuku yaptırımı olarak zorunlu kastrasyon anayasa hukuku bakımından tahlil edilecektir. Bu çerçevede öncelikle kastrasyon kavramı, yani kavramın tanımı, tarihsel gelişimi, uygulama biçimleri (zorunlu–ihtiyari, cerrahi–kimyasal) ve müdahalenin ceza hukuku bakımından hukuki mahiyeti incelenecek, son kısımda ise, bu yaptırımın anayasa hukukuna ilişkin esaslarla ne ölçüde bağdaştığı kapsamlı bir şekilde ortaya konacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyon, İnsan Haysiyeti, Yaşam Hakkı, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı.

DIE ANALYSE DER ZWANGSLÄUFIGEN KASTRATION ALS EINE STRAFRECHTLICHE MASSNAHME IM HINBLICK AUF DAS VERFASSUNGSRECHT

DER ABSTRACT

Betrachtet man die von dem Türkischen Republik Justizministerium veröffentlichten Daten hinsichtlich des Verbrechens, ist zu sagen, dass vor allem in den letzten fünf Jahren die Zahl der Klage über das Sexualverbrechen entscheidend angestiegen hat. Dieser Sachverhalt hat die Erhöhung der gesellschaftlichen Reaktion und Hasse verursacht und die Auffassung beherrscht heutzutage in der öffentlichen Meinung, dass die Übeltäter mit der zwangsläufigen Kastration bestraft werden soll. In dieser Arbeit wird die zwangsläufige Kastration als eine Strafmaßnahme im Hinblick auf das Verfassungsrecht analysiert. In diesem Zusammenhang werden zuerst der Begriff die Kastration, also ihre Begriffserklärung, Entwicklungsgeschichte, die Ausführungsarte (zwangsläufig–freiwillig, chirurgisch–chemisch) und die

* Yrd. Doç. Dr., (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı)
sonmez83@hotmail.com

Rechtsnatur der Kastration im Strafrecht überblickt. Im letzten Teil der Arbeit wird die zwangsläufige Kastration ausführlich dargestellt, inwieweit sie als eine strafrechtliche Maßnahme mit den Grundprinzipien des Verfassungsrechtes vereinbar ist.

Schlüsselwörter: *Die zwangsläufige Kastration als eine Strafmaßnahme, Menschenwürde, Lebensrecht, das Recht auf Verlangen zum Respekt des Privat-Familienlebens.*

I. Giriş

Geride kalan beş yıllık süreç (2009–2014 arası), Türkiye’de Türk Ceza Kanunu (TCK) hükümlerine riayet edilerek açılan kamu davası sayısının ciddi artış gösterdiği bir döneme tekabül etmektedir. Öyle ki, T. C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve Adli İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan verilere göre, 2009 yılı itibariyle TCK uyarınca açılan toplam dava sayısı, 2023307 iken, 2014’e gelindiğinde, bu sayı, 2736431’e ulaşmıştır. Açılan dava sayısındaki bu artış, toplumsal yaşamda diğer suçlara oranla daha fazla tepki ve nefret doğuran cinsel istismar, cinsel taciz ya da çocukların cinsel istismarı (TCK md. 102–105) gibi kişilerin cinsel dokunulmazlığına karşı işlenen suçlar bakımından da geçerlidir. Gerçekten, örneğin, 2009 yılında cinsel saldırı suçunun işlendiği iddiası ile açılan ceza davası sayısı, 5297 iken, 2014 senesinde bu sayı, 7709’a, çocukların cinsel istismarı bakımından ise 2009’da 12635 olan kamu davası sayısı, beş yıl sonra 18104’e çıkmıştır¹. Özellikle çocukların cinsel dokunulmazlığına karşı işlenen suçların belirli bir kısmının, mağdur çocukların yaşları itibariyle çoğunlukla cinsel istismarı anlamaması, şüpheli tarafından çocuklar üzerinde uygulanan tehdit ve şiddetin sonuç vermesi, ailelerin toplumsal baskılardan çekindiklerinden cinsel istismar suçunun üzerini kapatmak istemesi gibi nedenlerle adli makamlara hiç iletilmediği dikkate alınır, Türkiye için bu suçlarla mücadelenin arz ettiği önem daha iyi anlaşılır.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların bu şekilde bir artış göstermesi, toplumsal düzeyde de tepkilere yol açmış ve şüphelilerin en ağır biçimde cezalandırılması hususunda bir algının toplumda yerleşmesini sağlamıştır. Hatta söz konusu düşünce, bazen öyle ileri noktalara taşınmıştır

¹ T. C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve Adli İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan bu istatistiksel verilere ulaşmak için bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2014/ist-tab.htm, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015.

ki, cinsel suçları işleyenler için idam cezası gibi mevzuatımızda bulunmayan ve insani niteliği günümüzde tartışmaya açık olan belirli yaptırımların uygulanması konusunda dahi talepler dile getirilmiştir. İşte, söz konusu çalışma çerçevesinde de kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal edenlere, en genel ifadeyle, kişilerin cinsel faaliyette bulunma ve üreme kabiliyetinin – Bu durum, kimyasal kastrasyon için geçerli değildir. – ortadan kaldırılması olarak tanımlanabilecek kastrasyon² yaptırımının kişilerin iradeleri dışında devlet eliyle zorla uygulanıp uygulanamayacağı meselesi anayasa hukuku bakımından tahlil edilecektir. Bu bağlamda, kastrasyon kavramı, yani kavramın tanımı, tarihsel gelişimi, uygulama şekilleri, müdahalenin ceza hukuku açısından hukuki mahiyeti karşılaştırmalı hukukta yer alan farklı örneklere değinilerek mercek altına alınacak, son kısımda ise, bir ceza hukuku yaptırımı olarak zorunlu kastrasyonun, anayasa hukukuna ilişkin esaslarla ne ölçüde bağdaştığı kapsamlı bir şekilde ortaya konacaktır.

II. Kastrasyon Kavramı

Kastrasyonun kavramsal olarak incelenmesi aşamasında sırasıyla üç husus dikkate alınacaktır. Bunlar esas itibarıyla şunlardır: Kastrasyonun tanımlanması, uygulama şekillerinin ve ceza hukuku açısından bu yaptırımın hukuki niteliğinin saptanması.

1. Kastrasyonun Tanımı ve Tarihsel Gelişimi

Kastrasyon, kişilerin cinsel faaliyette bulunma ve üreme kabiliyetini geri dönüşü olmayacak bir şekilde tamamen sonlandıran veya geçici olarak donduran cerrahi ya da kimyevi olarak gerçekleştirilen bir müdahale olarak tanımlanabilir³. Bu çerçevede, evvela ifade etmek gerekir ki, kastrasyon,

² Uygulamada ve öğretilerde kastrasyonla hadım etmenin eş anlamlı olarak kullanıldığı görülür. Ne var ki, GÜZELSOY, bu duruma karşı çıkmış ve hadım etme operasyonu ile cerrahi kastrasyonun tıbbi müdahalenin niteliği açısından birbirinden kesin bir şekilde ayrıldığını ileri sürmüştür. Zeycan Güzelsoy, **Kimyasal Kastrasyon Uygulamasına Bazı Meslek Gruplarının Yaklaşımlarının Araştırılması**, (Danışman: Yard. Doç. Dr. Yusuf Tunç Demircan), T.C. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s. 9.

³ Caner Yenidünya / Yusuf Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Midir?”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 14, Temmuz 2013, s. 348; bu konuda benzer yönde ayrıca bkz. Ömer Ömeroğlu, “Bir Ceza Türü Olarak Kastrasyon”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı: 63–64, 2009, s. 282; Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yay., İstanbul, Ocak 2003, s. 123; Hayrünisa Özdemir, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 183; Zeynep Burcu Akbaba, “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-I”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 81, Mart–

sterilizasyon olarak da nitelendirilen kısırlaştırmadan ayrılır. Kısırlaştırma, kişilerin cinsel faaliyette bulunma yeteneğine bir zarar vermeksizin kadınlarda yumurtalıkların, erkeklerde ise sperm kanallarının kapatılması yoluyla üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasına neden olan bir tıbbi müdahaledir⁴. Böylelikle, kastrasyonun kısırlaştırmaya kıyasla daha radikal bir müdahale niteliğinde olduğu öne sürülebilir. Çünkü özellikle cerrahi kastrasyon neticesinde kısırlaştırmadan farklı olarak kişi, sadece üreme kabiliyetini kaybetmemekte ve ayrıca, kısmen ya da tamamen cinsel işlevini de yitirmekte ve hatta belli bir süre sonra kişinin cinsiyetine ilişkin belirtiler dahi yok olmaktadır⁵. Aslında başlı başına bu durum, sterilizasyondan farklı olarak kastrasyonun ne ölçüde ağır bir müdahale olduğunun bir göstergesidir. Kaldı ki, günümüzde tıp bilimi, kısırlaştırmanın geri dönüşü olmayan niteliğini ortadan kaldırmış⁶ ve bu olumlu gelişme, müdahalenin tıbbi açıdan daha da basit bir yapı halini almasını sağlamıştır⁷.

Nisan 2009, s. 356. Kastrasyon müdahalesinin uygulanması sonucunda kişilerin tanımda belirtilen niteliklerinin geri dönüşü olmayan bir biçimde ortadan kalkması zorunlu değildir. Gerçekten de, aşağıda belirtileceği gibi, kişiye belirli ilaçlar vermek suretiyle kişinin cinsel faaliyette bulunma yeteneği geçici olarak da azaltılabilir. Ne var ki, öğretilerde HAKERİ aksi görüştedir. Yazar, aynen şu görüşü savunmaktadır: “Hadımlaştırma, cinsel salgı bezlerinin (erkeklerde testislerin, kadınlarda yumurtalıkların) tamamıyla kasten alınması veya erkeğin veya kadının alınmamış cinsel salgı bezlerinin fonksiyon görme yeteneğinin *daimi* olarak kasten kaldırılmasıdır [Vurgu bana aittir].”. Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yay., Ankara, 2010, s. 440. Oysa bu tanım, sadece cerrahi kastrasyonu kapsamaktadır. Çünkü kimyasal kastrasyon uygulamasına son verilmesinden belirli bir süre sonra kişi, cinsel faaliyette bulunma yeteneğine tekrar kavuşmaktadır. Bu konuda bkz. Karen Harrison, “The High Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is Chemical Castration an Option?”, **The Howard Journal Of Criminal Justice**, Volume: 46, Issue: 1, February 2007, s. 21. Öğretilerde kastrasyon tanımına itiraz edildiği de ifade edilmelidir. Bu çerçevede, öğretilerde TEK, aynen şu ifadeleri kullanmaktadır: “... Oysa erkek vücudu için geçerli olan bu tanım kadın vücudu bakımından isabetli değildir. Kadınlar açısından kastrasyonun sonucu, daha çok erken menopoza benzetilmektedir. Kastrasyon, kadının cinsel ilişkiye girme yeteneğini etkilememektedir...”. Gülen Sinem Tek, “Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II**, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2012, s. 106.

⁴ Bkz. Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 197–198; HAKERİ, s. 435; YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 350; YENERER ÇAKMUT, s. 127; Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yay., Ankara, 2003, s. 206.

⁵ HAKERİ, s. 440; Ramazan Çağlayan, “İnsanlık Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 93.

⁶ ERMAN, s. 206.

⁷ Bu bağlamda, kısırlaştırmanın, cinsel suç faillerine uygulanabilecek elverişli bir tedbir olmadığı belirtilmelidir. Kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal eden suçları işleyenlere kastrasyon yaptırımı uygulanırken asıl hedeflenen husus, bu tür suçları işleyen kişilerin üreme yeteneklerini ortadan kaldırmak değil, cinsel dürtü ve isteklerini kontrol altına

Kastrasyonun tarihinin çok eskilere uzandığı ve hatta söz konusu uygulamaya ilişkin ilk örneklerin, insanlık tarihindeki kayıtlardan öncelere dayandığı ifade edilmelidir⁸. Gerçekten de, tarih boyunca ilk bilinen örneğinin, Lagasch şehrindeki Sümerliler tarafından uygulandığı tespit edilen kastrasyon müdahalesi⁹, bu süreç içerisinde farklı devletler tarafından dinsel ya da sosyal nedenlerle Avrupa, Ortadoğu, Hindistan, Afrika ve Çin’de etkin bir biçimde kullanılmıştır. Örneğin, eski çağlarda bazı kültürlerde savaşta zafer kazananlar, kaybeden düşmanın onurunu kırmak için kastrasyon uygulamasına başvururken, geçmişte bu müdahalenin düşmanlık ve saldırganlık amacı dışında da, mesela, devlet yönetiminde görev almak, kilise ve katedral korolarında dini şarkılar söylemek¹⁰ ya da aile üyeleri dışındaki erkeklerin girmelerine izin verilmeyen haremelerde görev almak için de kullanıldığı olmuştur¹¹.

Geçtiğimiz yüzyıla gelindiğinde ise, kastrasyon uygulaması yukarıda ifade edilen amaçlara hizmet eden bir müdahale olmaktan çıkmış ve esas itibariyle kişilerin cinsel dokunulmazlığına karşı işlenen suçlarla mücadelede ve suçluyu tedavi etmede bir yöntem olarak kullanılmıştır. Bu çerçevede ilk kez 1892 yılında İsviçre söz konusu yöntemi uygulamış, daha sonra bu ülkeyi, 1930–1969 arasında Hollanda, 1933–1945 seneleri arasında ise Nazi Almanyası¹² başta olmak üzere İsveç, Norveç, Danimarka, Finlandiya, İzlanda, Estonya, Litvanya, Çek Cumhuriyeti gibi diğer Avrupa ülkeleri takip etmiştir¹³. Bu safhada ülkeler tarafından kastrasyonun sadece cerrahi yöntemi

almaktır. Kısırlaştırma, kastrasyon müdahalesinin amacı değil, zorunlu sonucudur.

⁸ ÇAĞLAYAN, s. 94; AKBABA, “Kimyasal Hadım...-I”, s. 356.

⁹ ÖZDEMİR, s. 184; AKBABA, “Kimyasal Hadım...-I”, s. 356–357.

¹⁰ Önceleri Roma Katolik Kilisesi tarafından kilise ve katedral korolarında kadınların bulunmalarına izin verilmediğinden, sadece erkekler bu korolarda görev alabiliyordu. Fakat erkeklerin seslerinin ergenlik döneminden evvel kırılmasını önlemek ve bu şekilde özel bir yüksek ses elde edebilmek için erkek çocukları hadım edilmekteydi. Bu konuda bkz. AKBABA, “Kimyasal Hadım...-I”, s. 358–359.

¹¹ Bkz. Adnan Ataç, “Tıp Etiği Açısından Kastrasyon”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 169–170.

¹² Bu yıllar arası, kastrasyon yaptırımının, kişinin bu konudaki iradesi dikkate alınmaksızın cebren uygulandığı bir döneme tekabül etmektedir. Öyle ki, bu süreçte, yalnızca 1933–1934 yılları arasında 2800’den fazla cinsel suç faili tedavi edilmek amacıyla hukuka aykırı olarak cebren cerrahi kastrasyon yöntemiyle hadım edilmiştir. Alison G. Carpenter, “Belgium, Germany, England, Denmark and the United States: The Implementation of Registration and Castration Laws as Protection Against Habitual Sex Offenders”, **Dickinson Journal of International Law**, Volume: 16:2, 1998, s. 437; AKBABA, “Kimyasal Hadım...-I”, s. 377.

¹³ HARRISON, s. 18; YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 352.

zorunlu veya hapis cezası yerine bir seçimlik yaptırım olarak uygulanmıştır. Ne var ki, aşağıda da belirtileceği gibi, günümüzde artık cerrahi yerine, kimyasal kastrasyon belirli koşullar altında kişilerin isteğine bağlı olarak da tatbik edilebilmektedir.

2. Kastrasyonun Uygulama Şekilleri

Bir ceza hukuku yaptırımı olarak kastrasyon iki farklı şekilde uygulanabilir. Bumüdahalenincerrahi veya kimyasal yollarla gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi, belli koşullarda sadece kişilerin olumlu iradeleri sonucunda ya da bu konuda gösterilecek irade nazara alınmaksızın devlet eliyle zorla uygulanması da imkân dâhilindedir.

a. Müdahalenin Niteliğine Göre (Cerrahi–Kimyasal Kastrasyon)

Yapılan müdahalenin niteliğine göre kastrasyon ikiye ayrılmaktadır. Bu bağlamda, kastrasyon, ameliyat yoluyla yani erkeğin üreme organı olan testislerinin vücuttan alınması şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi¹⁴, cinsel dokunulmazlığı ihlal suçunu işleyen faile ilaç verilmesi suretiyle kişinin vücudunun testosteron üretmesi önlenerek de yapılabilir¹⁵. Aslında bu iki müdahalenin de amacı ortaktır: Faile yapılan müdahale sonucunda kişinin yeniden başkalarının cinsel dokunulmazlığını ihlal eden bir suç işlemesini engellemek, başka bir ifade ile kişinin vücudundan testosteron hormonunu uzaklaştırarak, cinsel ilişkide bulunma kabiliyetini ortadan kaldırmak ve böylece, cinsel nitelikteki suçlarda tekerrürün önüne geçmek. Kastrasyonun bu iki farklı yönteminin, kişiler üzerinde yaratacağı etkileri incelemeyen evvel bir hususun altı çizilmelidir. Şöyle ki; kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal edenlerin bu tür suçları neden işlediği farklılık gösterir. Bir grup suçlu, yaptıkları davranışın hukuk ve toplum tarafından yasaklanmış olmasını kabul etmez ve başkalarına cinsel saldırıda bulunmayı kendilerine tanınan bir hak olarak görür. İkinci grup suçlular, bu tür eylemleri suç olarak kabul etmekle birlikte, saldırının nedenini, örneğin alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde olmak gibi belirli dış faktörlere bağlarlar. Üçüncü grup suçlular ise, cinsel suçları, şiddet uygulama arzusu veya topluma duyulan öfke içerisinde gerçekleştirir ki, bu halde fail cinsel dürtülerinin dışında hareket eder. Nihayet, son grup suçlular, cinsel dürtülerini kural olarak kontrol edemeyen ve bu noktada

¹⁴ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 350–351; ÇAĞLAYAN s. 95; ÖZDEMİR, s. 189–190; ÖMERÖĞLU, s. 282.

¹⁵ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 354; ÇAĞLAYAN, s. 96; Murat Doğan, “Hadımlaştırmadan Doğan Hukuki Sorumluluk”, III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 139.

önemli takıntıları olan psikiyatride “parafili hastası” olarak teşhis konulan kişilerdir ve sadece bu gruptakilere kastrasyon yaptırımı uygulanabilir. Zira ilk üç grupta bulunanlar, cinsel dürtülerinin kontrol altına alınması ile ilgili bir sorun yaşamadığından, onları, kastrasyon yöntemi ile bu tür suçlardan vazgeçirmek mümkün olmayabilir¹⁶. Kısacası, bu durumda kastrasyon, kişilerin tekrar benzer nitelikte cinsel suçlar işlemesini engelleyecek elverişli bir araç olmaktan çıktığından, bu tedbirin, artık bir ceza hukuku yaptırımı olarak uygulanması mümkün olmaz. Buna karşılık, cinsel dürtü ve isteklerini kontrol edemeyenler için aynı husus geçerli değildir. Burada suç failleri bakımından kastrasyonun uygulanması için bir kriminolojik endikasyon söz konusudur.

Görüldüğü gibi, yalnızca belli hallerde başvurulabilecek bir müdahale olan cerrahi kastrasyon, geri dönüşü olmaksızın testosteron hormonunun üretimini önlediğinden, kimyasal kastrasyonla karşılaştırılmayacak şekilde radikal bir tedbir niteliği taşır¹⁷. Aslında günümüzde söz konusu yöntem, hastanın aydınlatılmış onamını almak şartıyla tedavi amaçlı olarak da başvurulmaktadır. Diğer bir ifade ile bir yandan bu müdahale cinsel suç faillerine karşı uygulanan bir yaptırımken, diğer yandan prostat kanserinin büyümesini ve yayılmasını engelleyerek, hastanın iyileşmesini sağlamaktadır¹⁸. Nitekim Türk hukukunda da kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal edenlere, zorunlu cerrahi kastrasyonun uygulanacağına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 4. maddesinde, “... bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.” denilerek, kastrasyonun yalnızca tedavi amaçlı olarak uygulanabileceği düzenlenmiştir¹⁹. Nihayet, kişilerin cinsel faaliyette bulunma

¹⁶ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 356–357; AKBABA, “Kimyasal Hadım...–I”, s. 364–365; ayrıca bkz. Bruce Pastner, “Cinsel Suçlarda Erkek Faillerin Hadım Edilmesi”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 131.

¹⁷ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 351; ÖMEROĞLU, s. 282.

¹⁸ Bkz. ÇAĞLAYAN, s. 95; AKBABA, “Kimyasal Hadım...–I”, s. 359.

¹⁹ Madde metninde cerrahi kastrasyon yalnızca ameliyat esnasında bir zorunluluk ortaya çıkarsa başvurulacağına ifade edilmesi ve tedavi amaçlı kastrasyonun zikredilmemesi öğretide eleştirilmiştir. Bkz. YENERER ÇAKMUT, s. 127. Fakat bu hüküm olağan durumlarda tedavi amaçlı yapılan kastrasyonu hukuka aykırı kılmaz. Zira bu eylem, iyileştirme amacı olan tıbbi müdahalelerin genel koşullarına uygundur. ERMAN, s. 210. Öğretide bir diğer görüş, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin, ameliyat esnasında acil müdahaleyi gerektiren bir durumda kastrasyon uygulamasının, hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını, yoksa söz konusu düzenlemenin bu ihtimal dışında kastrasyonu yasakladığının savunulamayacağını ileri sürmüştür. Bkz. TEK, s. 107. Bu bağlamda, ÇAKMUT, nasıl

ve üreme kabiliyetlerini geri dönüşü olmayacak bir şekilde ortadan kaldıran cerrahi kastrasyonun, kişileri, depresyona ya da intihar eğilimine sürükleyen birçok fiziksel ve zihinsel yan etkisinin bulunduğu ifade edilmelidir²⁰.

Cerrahi kastrasyon karşısında bir alternatif olarak kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal edenlerin ilaç aracılığıyla testosteron hormonunu salgılamalarının önlenmesi ve bu şekilde, faillerin müdahale süresince cinsel ilişkide bulunma kabiliyetinin önemli ölçüde ortadan kaldırılmasını sağlayan kimyasal kastrasyon yöntemi bulunur²¹. Kimyasal kastrasyonun cerrahi müdahaleden ayrıldığı temel nokta, söz konusu yöntemin sonuçlarının geçici olması,²² kişiye verilen ilaçların onun üreme kabiliyetinin geçici ya da tamamen kaybedilmesi sonucunu doğurmaması ve müdahale süresince kişinin cinsel faaliyette bulunma yeteneğinin tamamen ortadan kalkmayıp, ciddi şekilde zarar görmesidir²³. Kullanılan ilaçlarla kişinin beyni vücutta yeterince testosteron hormonunun mevcut olduğu ve daha fazla üretimine gerek olmadığı ile ilgili aldatılmakta ve böylelikle kişilerin cinsel nitelikli suçlar işlemesinin önüne geçilmektedir²⁴. Türk hukukunda düzenlenmeyen²⁵

gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, kastrasyon gibi radikal bir tıbbi müdahalenin kanunda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi ve bu noktada özellikle de ilgilinin rızasının alınması gerektiğini öne sürmektedir. YENERER ÇAKMUT, s. 126. Ne var ki, bu görüş eleştiriye açıktır. Zira öyle komplikasyonlar ortaya çıkabilir ki, ameliyat sırasında yapılmadığı takdirde (örn. kişinin vücudunda ilerlemiş bir tümörün ameliyat esnasında tesadüfen fark edilmesi ve yaşı nedeniyle kişinin sonraki bir tarihte gerçekleştirilecek olan ikinci ameliyatı fiziki olarak kaldıramayacak halde olması) bu müdahalenin gerçekleştirilmesi imkânsız olabilir. Bu durumda kişinin kastrasyon müdahalesine varsayılan rızasının bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Varsayılan rıza kavramı ile ilgili bkz. ERMAN, s. 139–152.

²⁰ Elizabeth M. Tullio, “Chemical Castration for Child Predators: Practical, Effective, and Constitutional”, *Chapman Law Review*, Volume: 13, 2009, s. 203, bu konuda ayrıca bkz. YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 354.

²¹ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 354; DOĞAN, s. 139.

²² HARRISON, s. 20; GÜZELSOY, s. 13–14.

²³ TULLIO, s. 218; ÇAĞLAYAN, s. 96–97.

²⁴ TULLIO, s. 205; benzer yönde ayrıca bkz. HARRISON, s. 20.

²⁵ Öğretide ÇAĞLAYAN aksi fikirdedir. Şöyle ki; TCK’nın “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri” başlığını taşıyan 57. maddesi şu şekildedir: “Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.” İşte, yazara göre, bu düzenleme uyarınca, en azından pedofili hastalarına kimyasal hadım yöntemi uygulanabilir. ÇAĞLAYAN, s. 112. Fakat bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü bu tür fiilleri işleyenlerin “akıl hastası” olarak kabul edilmeleri durumunda, onlara, artık TCK md. 32 nedeniyle ceza vermek mümkün olmaz ki, bu husus, ceza adaleti ile bağdaşmaz. Bu çerçevede, Türk hukukunda kimyasal kastrasyonun kabul edilmesi için TBMM’ye daha önce bir yasa teklifinin verildiği ifade edilmelidir. Söz konusu değişikliğe göre: “Türk Ceza Kanununun 102’nci maddesinde tanımlanan cinsel

kimyasal kastrasyon kavramı ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken en önemli husus ise şudur: Bu müdahale aşamasında kişiler üzerinde kullanılan ilaçların yaratacağı yan etkiler tam olarak belli olmayıp, söz konusu ilaçların özellikle uzun süreli kullanımı halinde başta farklı kanser türleri olmak üzere, birçok ciddi ve yaşamsal derecede önem arz eden rahatsızlığın ortaya çıkabileceği hususunda literatürde genel bir kanaat bulunmaktadır²⁶.

b. Kişinin İradesinin Niteliğine Göre (İhtiyari–Zorunlu Kastrasyon)

Kimyasal veya cerrahi müdahale şeklinde uygulanabilecek olan kastrasyonun cinsel nitelikli suç işleyen kişinin bu konuda göstereceği irade dikkate alınmaksızın zorla gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi, belirli şartlar altında onun iradesi doğrultusunda ihtiyari olarak uygulanması da imkân dâhilindedir. Ne var ki, bu müdahale, suçun işlenmesi ve failin bu konudaki talebi üzerine yapılırsa, yani bu noktada devletin zorlayıcı bir eylemi bulunmazsa, kastrasyon artık yaptırım olma niteliğini kaybeder. Çünkü en genel anlatımla yaptırım, kişilerin, hukukun koyduğu emir ve yasaklara aykırı davranması halinde pozitif hukuk tarafından gösterilen tepki olarak tanımlanabilir ve bu tepkiye maruz kalanların iradesi önem taşımaz. Başka bir anlatımla bir hukuk normunu ihlal eden kişi, ihlal neticesinde yaptırıma maruz kalmak istese de istemese de kendisine hukukun önceden belirlediği yaptırım uygulanır. Kısacası, kişilerin kendi iradeleri ile vücutlarındaki testosteron hormonunun üretimini azaltılmasını istemesi bir yaptırım değildir ve bu nedenle, söz konusu çalışmanın inceleme alanı dışında kalmaktadır. Fakat burada bir hususun altının önemle çizilmesi gerekir: Şayet, kişiye, bazı ülkelerde olduğu gibi, işlediği suç sonucunda hapis cezası ile kastrasyon arasında bir tercihte bulunma olanağı tanınıyorsa²⁷ ya da kastrasyon şartlı salıverilmenin bir unsuru olarak aranmaktaysa, artık bu tercihin kişinin

saldırı suçundan 103'üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismar suçundan veya 104'üncü maddesinin 2. fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halinden hapis cezasına mahkûm olanlar, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde, denetim süresi içinde; a) Testosteron etkisini önemli ölçüde azaltıcı tedaviye tabi tutulabilirler, b) Tedavi amaçlı programlara katılmakla yükümlü kılınabilirler... (8) Yedinci fıkra [Yukarıdaki fıkra kastediliyor.] yazılı suçlar bakımından itiyadi suçlu veya mükerrir olan hükümlülerin aynı fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerindeki tedavi ve yükümlülüğe tabi tutulması zorunludur...". Bu kanun teklifinin tam metni için bkz. YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 348.

²⁶ Söz konusu ilaçların kişiler üzerindeki yan etkileri ile ilgili bkz. ÖZDEMİR, s. 192; HARRISON, s. 21; YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 356; Muharrem Uçar, "Tıp Etiği Açısından Kastrasyon", **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 155.

²⁷ CARPENTER, s. 451; HARRISON, s. 18; YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 352.

serbest iradesine dayandığını ileri sürmek mümkün değildir. Bu halde kişi, kastrasyona yönlendirildiğinden, bu müdahale şekli de bir yaptırım olarak kabul edilmelidir.

Karşılaştırmalı hukukta ülkelerin düzenlemeleri incelendiğinde, cinsel nitelikli suç faillerine uygulanacak kastrasyon müdahalesi ile ilgili olarak yeknesak bir uygulamanın bulunmadığı ifade edilmelidir. Gerçekten, ülkelerin belirli bir kısmı, zorunlu bir tedbir olarak bu yaptırımı tercih ederken, diğer kısmı, bu konuda faillerin serbest iradesini dikkate almakta ve belirli şartların gerçekleşmesi durumunda söz konusu tedbiri uygulamaktadır. Mesela ABD, cinsel nitelikli bir suçun işlenmesi halinde eyaletler nezdinde kastrasyon müdahalesine sıklıkla başvuran bir ülkedir. Bu kapsamda, örneğin, 1999 Kaliforniya Ceza Kanununun 645. maddesi gereğince, mahkemeler, 13 yaş altı çocuklar aleyhine cinsel suç işleyen faillerin kimyasal yollarla tedavisini emredebilir. Şayet suçun tekrerrü söz konusuysa, hükümlünün şartlı saliverilme öncesinde kastrasyona tabi tutulması zorunludur. Mahkûmun kimyasal kastrasyon yerine, cerrahi kastrasyon yaptırımını tercih etme hakkı ise saklıdır²⁸. Buna karşılık, Teksas eyaletinde küçüklere karşı işlenen cinsel suçlarda cerrahi kastrasyon, ancak failin isteğine bağlı olarak uygulanabilir ve bu müdahale, cezanın affı ve şartlı saliverilme sonucunu doğurmaz²⁹. Benzer nitelikteki düzenlemelerin Avrupa ülkeleri açısından da geçerli olduğu belirtilmelidir. Örneğin, Polonya’da, Ekim 2009’da yapılan yasal değişiklikle, 15 yaşın altındaki küçüklere karşı cinsel suç işleyenler hürriyeti bağlayıcı cezalarını çektikten sonra kimyasal kastrasyon yaptırımına tabi tutulurlar³⁰. Burada failin iradesi artık herhangi bir rol oynamaz. Bununla birlikte, Almanya, İsveç, Finlandiya, Danimarka ve Çek Cumhuriyeti gibi ülkelerde kişilerin ancak belirli koşulları yerine getirmeleri (örn. belirli bir yaşı doldurmuş olma, aydınlatılmış onamin bulunması) ve talep etmeleri halinde kastrasyon müdahalesinin uygulandığı görülür³¹.

²⁸ Kaliforniya Ceza Kanununa benzer nitelikte bir hüküm, Florida mevzuatında yer almaktadır. Burada da mahkemeler küçüklere karşı cinsel suç işlendiğinde kimyasal kastrasyon kararı verebilir. Bu tür suçların tekrerrü edilmesi durumunda kastrasyon kararının verilmesi artık zorunludur. Bu konuda ayrıca bkz. GÜZELSOY, s. 21 vd.

²⁹ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 360.

³⁰ Erhan Temel, “Hadımlaştırma Operasyonlarından Dolayı Alman Hukukunda Sorumluluk”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 121.

³¹ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 360; bu konuda kapsamlı bir inceleme için ayrıca bkz. GÜZELSOY s. 20–39.

3. Kastrasyon Yaptırımının Hukuki Niteliği

Bir ceza hukuku yaptırımı olarak kastrasyonu anayasa hukuku bakımından incelemeye evvel söz konusu müdahalenin hukuki niteliğinin tespit edilmesinde fayda vardır. Hukuki nitelikte kastedilen husus, bir ceza hukuku yaptırımı olarak kastrasyonun ceza mı, yoksa bir güvenlik tedbiri mi olduğunun tayin edilmesidir. Bilindiği gibi, ceza hukuku, emir ve yasaklara aykırı davranılması durumunda bu aykırılığı yaptırıma bağlayan bir hukuk dalıdır. Başka bir anlatımla ceza hukuku kurallarına uymamanın kişiler üzerinde yaptırım olarak adlandırılan somut bir etkisi vardır ve ceza hukukunda yaptırım, ceza ve güvenlik tedbiri olmak üzere ikiye ayrılır. Devlet tarafından özel bir infaz şekline uyularak tatbik edilen cezanın esas itibarıyla iki temel amacı bulunur. Bir kere, cezanın kefaret amacı vardır. Şöyle ki; kişi, hukukun yasakladığı bir fiili icra ettiğine göre, eylemi sonucunda uygulanan cezanın verdiği acı ve ızdıraba katlanmalıdır. Cezanın bu amacında failin tekrar suç işlemesini önlemek görüşü önemli değildir; dikkate alınan tek husus, failin, eyleminin bedelini ödemesidir³². Ancak, bu görüş eleştirilmiş ve cezanın tek amacının kefaret olamayacağı öne sürülerek, cezanın kefaret dışında, faili ıslah ederek topluma kazandırmak ve korkutucu etkisiyle toplumun diğer üyelerinin suç işlemesini önlemek amaçlarının da olduğu savunulmuştur³³. Bu noktada, güvenlik tedbirleri ise, toplumsal düzeni sağlamayı hedeflemesi açısından cezalara benzese de, ceza yaptırımından bastırıcı değil, önleyici bir niteliğe sahip olması; fiil ile failden kaynaklanan muhtemel tehlikeliliği engelleyerek, ileriye dönük bir amaç taşıması bakımından ayrılmaktadır³⁴.

Bu açıklamalar çerçevesinde fail hakkında uygulanan zorunlu kastrasyon esas itibarıyla bir güvenlik tedbiri olarak kabul edilmelidir. Öncelikle, kastrasyonun, salt bir ceza olarak nitelendirilmesi durumunda bu yaptırımın faile karşı sadece bir sosyal hesaplaşma olarak değerlendirilmesi ihtimali ortaya çıkar ki, bu halde kastrasyon, hem gereksiz hem de işlenen suçun ağırlığı dikkate alındığında suçla orantılı olmayan bir ceza halini alacaktır³⁵. Kastrasyon yaptırımını uygularken ulaşmak istenen amaç sonuçta bellidir: Cinsel dokunulmazlığı ihlal eden bir davranışta bulunmuş ve bu

³² Veli Özer Özbek / Mehmet Nihat Kanbuk / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, Eylül 2013, s. 594.

³³ Ibid., s. 594-596.

³⁴ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, Ekim 2012, s. 602.

³⁵ Bu konuda bkz. GÜZELSOY, s. 50.

doğrultuda hüküm giymiş bir kişinin yeniden benzer mahiyette suç işlemesini engellemek ve onun toplum için yarattığı tehlikelilik halini önlemek. Başka bir ifade ile kastrasyon, bastırıcı değil, aksine önleyici bir tedbir olarak ortaya çıkar. Kaldı ki, ceza hukukunun en temel prensiplerinden birini, işlediği bir suç nedeniyle bir kişiye iki defa ceza verilemeyeceği ilkesi oluşturur. Şayet, kastrasyon, ceza olarak kabul edilirse, bu takdirde non bis in idem ilkesi uyarınca faile işlediği suç nedeniyle iki kez ceza verilemeyeceğinden, fail kastrasyon dışında hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılmayacak³⁶, bu durum, adalete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Buna karşılık, zorunlu kastrasyonun bir güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi ihtimalinde, bu tür bir sonuç ortaya çıkmayacaktır. Zira yukarıda ifade edildiği gibi, cezaların ve güvenlik tedbirlerinin hukuki nitelikleri farklı olduğundan, aynı suç hakkında her iki yaptırıma da hükmedilmesi non bis in idem ilkesini ihlal etmeyecektir³⁷. Nitekim karşılaştırmalı hukukta yer alan örnekler de göz önünde bulundurulduğunda, ülkelerin önemli bir kısmı tarafından kastrasyon yaptırımının güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiş olması³⁸ bu görüşü destekler niteliktedir.

III. Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi

Cinsel nitelikli bir suçun işlenmesi üzerine failin iradesi dikkate alınmaksızın devlet tarafından gerçekleştirilen zorunlu kastrasyonun anayasa hukukuna ilişkin temel esaslar bakımından incelenmesi için öncelikle bu yaptırımın insan onur ve haysiyetine ne ölçüde uyduğu belirlenmeli, daha sonra ise bu müdahalenin, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili anayasal kurallara uygun olup olmadığı mercek altına alınmalıdır.

1. İnsan Haysiyetine Uygunluğu Açısından

Ceza hukukunda yaptırım kavramının tarihsel gelişimi göz önünde bulundurulduğunda, çağdaş toplumun ortaya çıkmasından evvel suç işleyen kişilerin toplum nazarında küçük düşürülmesi, teşhir edilmesi, taşlanması, işkence ve kötü muameleye tabii tutulması gibi insan onuru ve haysiyeti ile bağdaşmayan ve dayanılamayacak boyutta acı ve ızdırap veren cezalara çarptırıldıkları görülür³⁹. Buna karşılık, ceza hukukunda yaptırım olgusu geçmişten bugüne niceliksel ve niteliksel olarak önemli bir şekilde değişmiştir. Bu bağlamda, niceliksel değişim, devlet tarafından

³⁶ Ibid.

³⁷ DEMİRBAŞ, s. 602.

³⁸ YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 359-360.

³⁹ ÇAĞLAYAN, s. 105.

uygulanan cezanın şiddetine, miktarına ve ağırlığına ilişkin ortaya çıkan farklılığı ifade ederken, niteliksel değişimle anlatılmak istenen, bedensel ve katlanılamayacak ölçüde acı veren cezaların terkedilip, yaptırımın “insani” bir boyuta kavuşturulmasıdır⁴⁰. Nitekim özellikle de II. Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanyasında gerçekleştirilen insan haysiyetine ve onuruna aykırı tıbbi müdahaleler ve yaptırımlar neticesinde günümüzde bu husus, ulusal ve uluslararası hukuki metinlerde açıkça güvence altına alınmıştır. Gerçekten, örneğin, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5. maddesine göre, “Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz.”. Benzer yönde düzenlemeler, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 7., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 3. maddesi başta olmak üzere birçok uluslararası metinde yer alır. Ayrıca, karşılaştırmalı hukukta anayasalar açısından da benzer bir durumun söz konusu olduğunun altı çizilmelidir⁴¹.

Bu bilgiler çerçevesinde yanıtlanması gereken temel soru ise şudur: Kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya ya da muameleye tabi tutulamayacağına göre, acaba kastrasyon bir güvenlik tedbiri olarak insan haysiyetine uygun bir yaptırım mıdır? Bu sorunun cevaplandırılması, evvela insan haysiyeti kavramının tanımlanmasına bağlıdır. Türk Anayasa Mahkemesi, insan haysiyeti olgusu ile ilgili olarak aynen şu görüşü ileri sürmektedir: “Hiç kuşku yok ki, her ceza yaptırımı cezalandırılan kişiye bir acı getirir. Bu acı daha ziyade bir takım yoksunlukların sonucudur. Ceza yaptırımlarının konulmasında ve dolayısıyla uygulanmasında daima böyle bir erek kendini duyurur. Ancak, acının makul ve insanî bir sınırı aşmaması, eziyet ve işkence derece ve niteliğini almaması şarttır... [C]eza yaptırımlarının çeşit ve ölçüleri bakımından bir sınır olarak görülen, bunların insanın haysiyeti ile bağdaşır olması sorununa gelince; **insan haysiyeti kavramı, insanın hangi durum ve koşullar arasında bulunursa bulunsun, sırf insan olmasının kendisine tanıtıp kazandırdığı değer, gerek öteki bireyler gerekse**

⁴⁰ Bu konuda bkz. Emek Bayrak, “Cezanın Nitelikleri ve Amaçları”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 5, Temmuz 2005, s. 97.

⁴¹ Mesela, Federal Alman Anayasasının 1. maddesi uyarınca insan onur ve haysiyeti dokunulmaz olup, tüm devlet organları buna saygı göstermek zorundadır. Bkz. <http://www.verfassung.de/de/gg49-i.htm>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015. İtalyan Cumhuriyeti Anayasasının 27. maddesine göre de, cezalandırma, insan onuruna aykırı bir muamele içeremez. <http://www.verfassungen.eu/it/>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015. Nihayet, 12 Eylül 1980 askeri darbesi neticesinde oluşturulan 1982 Anayasası gereğince de (md. 17), “...Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”. Ayrıca, Anayasanın Başlangıç Kısmında (8. Paragrafta), her Türk vatandaşının “onurlu bir hayat sürdürme” hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ifade edilmektedir.

toplumca tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu, öyle bir davranış ve tanıma çizgisidir ki, ondan aşağı düşülünce yapılan işlemler, insanı insan olmaktan çıkarmış demektir... [İ]nsan haysiyeti kavramı insana sadece insan olması bakımından kazandırılmış ve dolayısıyla tanınmış toplumsal değerlerinden ibarettir [Koyu renk vurgu bana ait.]...⁴²”. İnsanın öz varlığına saygı gösterilmesini zorunlu kılan insan haysiyeti kavramı, onun insanlık dışı ya da küçük düşürücü davranışlara maruz kalmasını, sosyal saygınlığını zedelemesini ve nesneleştirilmesini engeller, insanı çoğu zaman insana rağmen korur⁴³. Öğretide ilk defa DÜRİĞ tarafından ortaya atılan nesne formülü bu kavramın açıklanmasında önem arz eder. Bu formüle göre, kişilerin, dışarıdan kontrol edilmesi mümkün ve beyinleri yıkanmış araç konumuna sokulmaları veya ikame edilebilen, kullanılabilen ve ihmal edilebilen bir nesne statüsüne indirgenmesi insan haysiyetine aykırıdır⁴⁴. İnsan haklarının temel kaynağı ve varlık nedeni olan bu olgunun⁴⁵ belirli bir tanımını yapmak güç olmak birlikte, Alman hukuk öğretisinde, insanı değersizleştirerek bir ölçüye varan ayrımcılık (örn. ırkçılık, kölelik), insan haysiyetini zedeleyecek biçimde insanın maddi ve manevi kimliğine ve varlığına zarar vermek (örn. kötü muamele, bazı terbiye şekilleri, soruşturma veya kovuşturmada yalan makinesini ve hipnoz yöntemini kullanmak), insan haysiyetini yaralayacak bir şekilde devlet gücünün kullanılması ve insanın asgari yaşam standartlarını karşılayamamak insan haysiyetine aykırı düşen temel eylemler olarak gösterilmiştir⁴⁶.

Bir ceza hukuku yaptırımı olarak kastrasyonun insan haysiyetine aykırı olup olmadığını tespit edebilmek için cerrahi ve kimyasal yöntem bakımından

⁴² AYMK, E. 1971/2, K. 1971/36, Karar Günü: 6.4.1971, Resmi Gazete Sayı: 13994.

⁴³ Bu konuda benzer yönde bkz. Reinhold Zippelius / Thomas Würtenberger, **Deutsches Staatsrecht**, C. H. Beck Ver., München, 2008, Rn. 14, s. 231. Öğretide UYGUN bu konuda şu fikri ileri sürmektedir: “Tüm insanlar onur bakımından eşittir, ... kişi yalnızca insan türüne ait olduğu yani “insan” olduğu için “değerli” kabul edilmektedir. İnsanın onurlu bir varlık olması, herkes tarafından uyulması gereken bazı ahlaki ödevler yaratır. Bu ahlaki ödevlerin özü, insan onurunun her koşulda korunmasıdır: Her zaman ve her yerde insana onurlu bir varlık muamelesi yapılmalı, insanca davranılmalıdır... Kişi devletten, toplumdan ve başkalarından bu özelliklerinin her koşulda korunmasını, insan onuruna aykırı muameleyle tabi tutulmamasını isteme hakkına sahiptir. **Bir madalyonun iki yüzü gibi, insanın değerinin/onurunun korunması kişi açısından bakıldığında bir “hak”; devlet, toplum ve başkaları açısından bakıldığında bir “ödev”dir** [Koyu renk vurgu bana aittir].”. Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, XII Levha Yay., İstanbul, Eylül 2014, s. 472.

⁴⁴ Nagehan Gürbüz, **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, XII Levha Yay., İstanbul, Şubat 2014, s. 13.

⁴⁵ Ibid., s. 15–16.

⁴⁶ Peter Schwacke / Guido Schmidt, **Staatsrecht**, Deutscher Gemeinde Ver., 5. Auflage, Stuttgart, Rn. 772, s. 232.

ikili bir ayrıma gidilmesi zorunludur. Zira her iki müdahalenin de kişiler üzerindeki etkileri ve sonuçları farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda, cerrahi kastrasyon yaptırımının insan haysiyeti ile bağdaşmadığı öne sürülebilir. Bir kere, bu yöntem sonucunda kişi geri dönüşü olmayan şekilde cinsel faaliyette bulunma ve üreme kabiliyetini yitirmektedir. Ceza hukukunda yaptırımlar, kişileri bir yandan ıslah ederken, diğer yandan onları uyumlu bir birey olarak topluma tekrar kazandırabilmelidir. Oysa cerrahi kastrasyonun telafi edilemez yapısı, bu amaçların gerçekleşmesini engeller ve çoğu zaman kişiye – ki, failin rızası olmaması durumunda bu husus kendini daha açık bir şekilde gösterir. – fiziksel nitelikte olmasa da, manevi yönden ağır bir ızdırıp verir⁴⁷. Ayrıca, cinsel nitelikli suçun işlenmesi üzerine uygulanan cerrahi kastrasyon yaptırımı ile kişiler, işledikleri bir suç nedeniyle ömür boyu “işaretlenmiş” duruma düşerler⁴⁸. Unutulmamalıdır ki, bir yargılama, ne kadar dikkatli ve adil gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin her zaman yanılma olasılığı taşır. Bu nedenle, bir yaptırımın insan haysiyetine uygun olduğundan bahsedebilmek için hatalı bir karardan dönülebilmesine her zaman olanak tanınması gerekir⁴⁹. Ne var ki, cerrahi kastrasyonun telafisi mümkün olmayan niteliği, bu imkânı ortadan kaldırmakta ve kişiyi küçük düşürecek biçimde onun maddi ve manevi varlığına ciddi bir zarar vermektedir.

Görüldüğü gibi, bireyin iradesi dikkate alınmaksızın zorunlu olarak gerçekleştirilen cerrahi kastrasyonun insan haysiyetine aykırı düşen bir yaptırım olduğu konusunda şüphe yoktur⁵⁰. Buna karşılık, zorunlu kimyasal kastrasyon konusunda öğretilerde aynı görüş birliğinin bulunduğu söylenemez. Gerçekten de, kimyasal kastrasyonun etkilerinin cerrahi müdahaleden farklı olarak geçici olmasının, başka bir ifade ile kişiye verilen ilaçların kesilmesinden belli bir müddet sonra kişinin cinsel ilişkide bulunma yeteneğini bütünüyle tekrar kazanmasının söz konusu yaptırımın insan haysiyetine aykırı olmasını önlediği ileri sürülmüştür⁵¹. Ancak, bu görüş eleştiriye açıktır. Bu çerçevede ifade edilebilecek en önemli gerekçe, kimyasal kastrasyon

⁴⁷ ÇAĞLAYAN, s. 111.

⁴⁸ AKBABA, “Kimyasal Hadım...-II”, s. 392. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, cerrahi kastrasyonun kişide ömür boyu kalacak iz bırakmasıdır. Öyle ki, kişi, bu operasyonu geçirdikten sonra ileride yaşamını paylaşacağı eşine bu konuda açıklama yapmak mecburiyetinde kalır ki, bu halde yaptırımın, kişilerin yaşamı boyunca süren müebbet hapis cezası ile benzer bir işlev göreceği açıktır. HARRISON, s. 19. Oysa cezanın iki amacı bulunur: Ceza, kişiye ızdırıp verirken, aynı zamanda onu ıslah ederek, topluma kazandırmalıdır.

⁴⁹ ÖMEROĞLU, s. 287.

⁵⁰ Bkz. YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 362; ÇAĞLAYAN, s. 111.

⁵¹ Bu görüşü savunan yazarlara örnek olarak bkz. ÇAĞLAYAN, s. 111; ÖMEROĞLU, s. 287.

aşamasında kullanılan ilaçların kişiler üzerindeki olası yan etkileridir. Bu ilaçların, özellikle uzun süreli kullanımı halinde, başta kanser olmak üzere birçok önemli ve hayati rahatsızlığın (örn. nefes almada güçlük, hiper tansiyon, intihara sürükleyen depresyon) ortaya çıkabileceği konusunda genel bir kanaat vardır⁵². Bu yan etkileri karşısında, kişilerin aydınlatılmış onamı alınmaksızın, ilaçların bir ceza hukuku yaptırımı olarak cebren verilmesinin insan haysiyetini zedeleyeceği açıktır⁵³.

2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Açısından

Cinsel nitelikli bir suçun işlenmesi üzerine devlet tarafından gerçekleştirilen kastrasyon, kişilerin serbest iradelerini dikkate almadığından, yani bir yaptırım olarak uygulandığından ister istemez belli hak ve özgürlükleri sınırlandırır. Bu bağlamda, söz konusu çalışmada öncelikle kastrasyon yaptırımının hangi hak ve özgürlükleri sınırlandırdığı tespit edilecek, daha sonra ise, bu müdahalenin, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırırken uyulması gereken esasları düzenleyen Anayasa md. 13'e uygun olup olmadığı

⁵² HARRISON, s. 21; benzer yönde bkz. YENİDÜNYA / YAŞAR, s. 366; ATAÇ, s. 172; ÖZDEMİR s. 184.

⁵³ Bu noktada ortaya şöyle bir soru atılabilir: Peki, kastrasyon bir yaptırım olarak, yani devlet tarafından zorla değil de, kişinin olumlu iradesi üzerine yapılırsa, söz konusu müdahale insan haysiyetine uygun hale gelecek midir? Bu meselenin Alman hukuk öğretisinde tartışmalı olduğu ifade edilmelidir. Gerçekten de, bir görüşe göre herkes kendi kaderini tayin etme hakkına sahiptir. Birey, kendisi hakkında yapılacak müdahale hakkında aydınlatılır ve bu konuda rıza gösterirse, müdahalenin (örn. ihtiyari kastrasyon) insan haysiyetine aykırı olduğundan bahsedilemez. Bu konuda bkz. ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, Rn. 51, s. 240. Ancak, öğretilde bu görüşe karşı çıkmış ve devletin, vatandaşlarına bir yaşam biçimi dayatamayacağı fikrinin kabul edilmekle birlikte, bir kişinin kendi geleceği hakkında söz sahibi olmasının anayasal yükümlülüklerin (örn. insan haysiyetine saygı) dikkate alınmayacağı anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir. Bkz. Ernst Benda, "Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht", in Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans Jochen Vogel (Hrsg.), **Handbuch des Verfassungsrechts (1)**, Walter de Gruyter Ver., 2. Auflage, Berlin–New York, 1994, Rn. 57, s. 189. Hiç şüphesiz, kişilerin kendi gelecekleri hakkında serbest bir şekilde karar verebilmesi, insan haysiyeti kavramının merkezinde yer almaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kastrasyon bir yaptırım olarak, yani zorlama neticesinde değil, tamamen kişilerin aydınlatılmış onamı üzerine uygulanmaktadır. Bu safhada kişilerin kendi kaderini tayin etme hakkını üstün tutmak gerekir. Zira ortada bir yaptırım bulunmadığından, müdahalenin insan haysiyetine uygun olması gerektiğinden bahsedilemez. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin belirttiği gibi, devlet, yurttaşlarının hak ve özgürlüklerine saygı göstermek zorunda olup, bir kamu erki olarak devletin, onların yaşamlarını "iyileştirme" görevi bulunmamaktadır. Bkz. BVerfGE, 22, 180, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv022180.html>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015, Rn. 142. Nitekim öğretilde, insan haysiyeti kavramının, yasa koyucuların ve yargıçların elinde iki tarafı keskin bir kılıca dönüşmemesi gerektiği, fakat bazı hallerde paternalizme hizmet eder hale geldiği ve devlet organlarının ahlak anlayışının kişilere dikte edilmesi sonucunu doğurduğu savunulmuştur. Bu konuda bkz. GÜRBÜZ, s. 23.

ortaya konacaktır. Ne var ki, bu incelemeden evvel zorunlu kastrasyonun hukuki niteliğinin ceza hukuku açısından esas itibarıyla bir güvenlik tedbiri olduğunun ve 1982 Anayasasının 38. maddesinin 3. fıkrasına göre ceza ve güvenlik tedbirlerinin, dolayısıyla zorunlu kastrasyonun da ancak yasayla düzenlenebileceğinin, diğer bir ifade ile burada yasallık ilkesine uyulması gerektiğinin ifade edilmesi gerekir.

Cinsel nitelikli bir suçun işlenmesi sonucunda gerçekleştirilen zorunlu kastrasyonun temel hak ve özgürlükler üzerindeki ilk etkisi sağlıklı bir yaşam hakkı bakımındandır⁵⁴. Bu husus, özellikle kanser veya intihara sürükleyen depresyon gibi yaşamsal rahatsızlıklara yol açabilecek yan etkileri olan ilaçların kullanılmasını öngören kimyasal kastrasyon açısından söz konusudur. Ayrıca, uzun süreli etkileri bütünüyle saptanamayan söz konusu ilaçların yalnızca ilacı kullanan kişilerin yaşam hakkını etkilemediği, aynı zamanda, sperm kalitesini düşürdüğü ve döllemenin gerçekleşmesi halinde fetusda deformasyona neden olduğu öne sürülmektedir⁵⁵. Başka bir ifade ile devlet tarafından zorunlu kimyasal kastrasyona tabi tutulan kişinin eşinin bahsedilen ilaçların kullanımı aşamasında gebe kalması durumunda, – ki, cerrahiden farklı olarak kimyasal kastrasyonda tıbben bu ihtimal vardır⁵⁶. – ana rahmindeki ceninin sağlığı da olumsuz yönde etkilenebilecek ve cenin, ölü ya da engelli doğabilecektir. Burada yanıtlanması en temel soru, ceninin yaşam hakkına sahip olup olmadığıdır. Bu noktada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), doğmamış çocuğu, AİHS’in 2. maddesiyle doğrudan korunan bir “kişi” olarak görmemekle birlikte, Vo Fransa’ya Karşı Davasında Mahkemenin, ceninin insanlık onuru adına korunması gerektiğini belirtmiş olması önem arz eder⁵⁷. Buna karşılık, gerek Alman hukuk öğretisi⁵⁸, gerekse Alman Anayasa Mahkemesi⁵⁹, Anayasa md. 2 / 2’deki “herkes” kelimesinin,

⁵⁴ Bkz. AKBABA, “Kimyasal Hadım...–II”, s. 379.

⁵⁵ ATAÇ, s. 172–173; bu konuda benzer yönde bkz. ÇAĞLAYAN, s. 112.

⁵⁶ Kimyasal kastrasyonun etkisi için bkz. TULLIO, s. 218.

⁵⁷ Vo / Fransa Davası, Başvuru No: 53924/00, Karar Tarihi: 8 Temmuz 2004, Par. No: 84. Ceninin yaşam hakkına ilişkin görüşler için ayrıca bkz. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla)**, Legal Yay., İstanbul, 2012, s. 208 vd.

⁵⁸ Örnek olarak bkz. ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, Rn. 1, s. 263.

⁵⁹ Bu karar için bkz. BVerfGE, 1, 39, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015, Rn. 133. Türk hukukunda da cenin, kişiliğini ana rahmine düştüğü anda kazanır. Ana rahmine düşme anı ise, cinsel ilişkiye girme değil, kadının gebe kalma yani embriyonun hücre ile birleşme anıdır. Bkz. Korkut Kanadoğlu, “Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 119, Temmuz–

yaşayan her insana atıfta bulunduğunu ve yaşam hakkının, doğmamış kişileri de kapsadığını ileri sürmektedir.

Görüldüğü gibi, kimyasal kastrasyon yaptırımı yan etkileri ile hem failin hem de ceninin sağlıklı yaşam hakkına müdahalede bulunur. Bu müdahaleyi anayasa hukuku bakımından incelemeyen evvel bir hususun altı çizmelidir: Her ne kadar, zorunlu kimyasal kastrasyon, doğrudan doğruya kişinin yaşamını sonlandırmadığından ölüm cezası ile eş bir yaptırım olarak kabul edilemezse de, bu durum, söz konusu müdahalenin uzun vadede kişilerin ve ceninin yaşam hakkını sonlandırma ihtimalini bünyesinde barındırdığı ve onların sağlıklı yaşam hakkını sınırlandırdığı gerçeğini değiştirmez. Zorunlu kimyasal kastrasyonu savunan yazarlar, toplumun güvenliği ile bireyin sağlıklı yaşam hakkının çatışması halinde yaşam hakkı karşısında toplumun güvenliğine öncelik tanınması gerektiğini ileri sürmekte ve toplumun ve gelecek kuşakların güven içerisinde yaşamaları için gerçekleştirilen zorunlu kastrasyonun, yaşam hakkı üzerindeki olası etkileri hukuka uygun kılacağını ifade etmektedir⁶⁰. Fakat bu fikir eleştiriye açıktır. Bir hakkın veya özgürlüğün, başka bir hak veya özgürlük ya da anayasal değerle çatışması halinde, birinden, diğeri lehine belli bir oranda vazgeçmek mümkün olmakla birlikte⁶¹, bu husus, yaşam hakkı açısından geçerli değildir. Gerçekten, yaşam hakkı esas olarak vazgeçilmesi mümkün olmayan sert çekirdekli bir haktır. Öyle ki, Anayasanın belirlediği birkaç istisnai hâl dışında (örn. meşru müdafaa, bir ayaklanmanın bastırılması, savaş hukukunun gerekleri) bu hak sınırlandırılmaz. Hal böyle olunca, suç işlenmesini engellemek ve toplumsal güvenliği korumak için kişilere kanser riskini artıran ilaçlar vermek, kişilerin sağlıklı yaşam hakkı göz önünde bulundurulduğunda kabul edilemez. Kaldı ki, kimyasal kastrasyon aşamasında kullanılan ilaçların, fetusda deformasyona yol açarak, ceninin yaşam hakkını etkileyebilmesi, babasının işlediği bir suçtan doğmamış çocuğun sorumlu tutulması demektir ki, bu durumun, yaşam hakkı dışında, kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulamayacağı anlamına gelen ve Anayasanın 38. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini ihlal edeceği konusunda da şüphe yoktur.

Ağustos 2015, s. 26–27.

⁶⁰ AKBABA, “Kimyasal Hadım...–II”, s. 379–380.

⁶¹ Kaldı ki, bu durumda yapılması gereken, birinden diğeri lehine vazgeçerek hak ve özgürlükler arasında hiyerarşik bir yapı oluşturmak değil, aksine her iki hak ve özgürlük arasında bir denge kurarak etkilerini devam ettirmesini sağlamaktır. Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, AÜSBF Yay., Ankara, 1982, s. 38 vd.

Ayrıca, Anayasa md. 20 uyarınca, herkes, özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Kimyasal ve cerrahi olarak gerçekleştirilen zorunlu kastrasyonun hak ve özgürlükler üzerindeki diğer etkisi, bu yaptırım neticesinde kişilerin bu haklarının sınırlandırılmasıdır. Şöyle ki; yukarıda da belirtildiği gibi, haklarında kastrasyon yaptırımı uygulanan kişiler, cerrahi operasyonda ömür boyu cinsel ilişkide bulunma ve üreme yeteneğini, kimyasal yöntemde ise, ilaçların verildiği süre boyunca yalnızca cinsel faaliyette bulunma kabiliyetini tamamen olmasa da önemli ölçüde kaybeder. Bununla birlikte, AİHM'in, Brüggeman–Scheuten / Almanya Kararında ifade ettiği gibi, özel hayata saygı hakkı, bireye, kişiliğini özgür olarak oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir alan tanır ve kişiler diğer kişilerle değişik türde –cinsel ilişki dâhil olmak üzere– ilişkiler kurma imkânına sahip olmalıdır⁶². Oysa bir ceza hukuku yaptırımı olarak kastrasyon, kişilerin bu tür faaliyetlerde bulunma yeteneğini sınırlamakta ve hatta cerrahi operasyon halinde bütünüyle ortadan kaldırmaktadır.

Ancak, yukarıda da ifade edildiği gibi, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran düzenlemenin, Anayasaya uygun nitelendirilebilmesi için Anayasa md. 13'te belirtilen ve sınırlamanın sınırlarını çizen esaslara aykırı olmaması gerekir. Bu çerçevede üzerinde durulması gereken ilk husus, cerrahi veya kimyasal olarak gerçekleştirilen kastrasyon yaptırımının ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığıdır. 2001 değişikliği ile, Anayasa md. 13'te açıkça ifade edilen, bu değişiklik öncesinde ise, öğretide başta hukuk devleti (md. 2) olmak üzere, Anayasanın farklı maddelerinden (değişiklikten evvel Anayasa md. 13 / 2, Anayasa md. 15 / 1) türetilmeye çalışılan ölçülülük ilkesi⁶³, sınırlama aracının amacı gerçekleştirmeye elverişli ve zorunlu (gerekli) olmasını ve bu araç ile amaç arasında makul bir denge bulunmasını şart koşar⁶⁴. Öncelikle belirtmek gerekir ki, sınırlama aracının amaca ulaşmaya katkı sağlaması anlamına gelen elverişlilik⁶⁵ alt başlığı altında bir değerlendirme yapıldığında,

⁶² Karar için bkz. Ivana Roagna, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, (Çeviren: Ayşegül Alkış Schäling), Şen Matbaa, Ankara, 2012, s. 16.

⁶³ Bkz. Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yay., 14. Bası, İstanbul, Ekim 2014, s. 154–155; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yay., 14. Baskı, Ankara, 2013, s. 114; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yay., 9. Baskı, Konya, Ekim 2014, s. 132.

⁶⁴ Bu konuda bkz. SAĞLAM, s. 114; TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 155; ÖZBUDUN, s. 114–115; ATAR, s. 132.

⁶⁵ SAĞLAM, s. 114; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yay., 16. Baskı, Bursa, Ocak 2014, s. 132.

cerrahi ve kimyasal kastrasyonun elverişli bir yaptırım özelliği gösterdiği ileri sürülebilir⁶⁶. Zira bilimsel araştırmalar, kastrasyona tabi tutulmuş kişilerde, tedbirin uygulanmadığı kişilerden farklı olarak cinsel nitelikli suçların tekrür edilme oranının çok düşük olduğunu göstermektedir⁶⁷. Elverişli bir yaptırım olan kastrasyonun gerekliliği konusunda ise bir ayrıma gidilmesi zorunludur. Şöyle ki; sınırlama amacını gerçekleştirebilmek için temel haklar açısından aynı derecede etkili en yumuşak aracın seçilmesi demek olan gereklilik ilkesi⁶⁸, cerrahi kastrasyonun uygulanma olasılığını ortadan kaldırır. Bu durumun en önemli gerekçesi şudur: Kimyasal ve cerrahi kastrasyonun suçun tekrürü noktasında sonuçları aynı olmakla birlikte, kişi üzerindeki etkisi tamamen farklıdır. Cerrahi operasyonun geri dönüşü olmayacak şekilde kişilerin cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğini ortadan kaldırmasına rağmen aynı hususun kimyasal kastrasyon için söz konusu olmaması, özel ve aile hayatına saygı hakkı bakımından kimyasal kastrasyonun daha yumuşak bir araç olduğunu ortaya koymaktadır.

Kastrasyon yaptırımının ölçülülük ilkesi çerçevesinde incelenmesinden sonra tahlil edilmesi gereken bir diğer nokta, bu müdahalenin Anayasa md. 20’de güvence altına alınan kişilerin özel ve aile hayatına saygı hakkının özüne dokunup dokunmadığının tespit edilmesidir. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası ekseninde yaptığı denetimlerde “öz” kavramını sıkça kullanmıştır. O dönemde Anayasa Mahkemesi, “bir hak ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı⁶⁹” nitelikte olan sınırlamaların ilgili hak ve özgürlüklerin özüne dokunduğunu kabul etmekteydi. 1982 Anayasasının ilk halinde öze dokunma yasağından bahsedilmemiş olsa da, Mahkeme, Anayasa md. 13’te düzenlenen “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramını somut olaya uygularken,

⁶⁶ Fakat kastrasyon yaptırımının kadınlar açısından elverişli bir tedbir olmadığı belirtilmelidir. Çünkü ister cerrahi ister kimyasal olarak gerçekleştirilsin kastrasyonun amacı, kişinin vücudundaki fazla miktardaki testosteron hormonunu azaltmak ve bu şekilde cinsel ilişkide bulunma yeteneğini kontrol altına almaktır. Oysa kadınlarda testosteron hormonunun fazlalığı kural olarak söz konusu olmayacağından, kastrasyon müdahalesi ile kadınlar, cinsel ilişkide bulunma yeteneğini kaybetmez, sadece çocuk yapma olanağını yitirir. Bkz. TEK, s. 107. Kısacası, kadınların hadim edilmesi, kastrasyonla ulaşmak istenen amaca (cinsel suçların tekrürünü önlemek) katkı sağlamaz.

⁶⁷ Mesela bir araştırmaya göre, kastrasyon uygulandığı kişilerde cinsel nitelikli suçların tekrür edilme oranı % 3 iken, tedbirin uygulanmadığı suçlularda söz konusu oran, % 46’dır. CARPENTER, s. 438; benzer sonuca ulaşan araştırmalar için HARRISON, s. 18.

⁶⁸ SAĞLAM, s. 115; ATAR, s. 132; GÖZLER, s. 132.

⁶⁹ AYMK, E. 1962/208, K. 1963/1, Karar Günü: 4.1.1963, Resmi Gazete Sayı: 11354.

öz kriterini dolaylı olarak kullanmaya devam etti. Şu kadar ki, 1961 Anayasasından farklı olarak kavramın güvence alanı daraltılmış ve sadece hak ve özgürlüğü “tümüyle kullanılmaz hale getiren” sınırlamalar bu kapsamda değerlendirilmiştir⁷⁰. Buna karşılık, 2001’de gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonucunda öz kavramının, 13. maddeye yeniden eklendiği ve bu değişiklikte birlikte, Anayasa Mahkemesinin eski içtihadına geri döndüğü ileri sürülebilir⁷¹. Bu bağlamda, cerrahi kastrasyonun kişilerin cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneklerini telafisi mümkün olmayan şekilde bütünüyle ortadan kaldırmasının, kişilerin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını tümüyle kullanılmaz hale getireceğinden hakkın özüne dokunacağı açıktır. Benzer yönde bir görüş, kimyasal kastrasyon yaptırımı açısından geçerlidir. Çünkü kimyasal kastrasyonun uygulanması halinde kişiler cinsel ilişkide bulunma ve üreme kabiliyetini bütünüyle kaybetmemekle birlikte bu evrede kullanılan ilaçlar, kişilerin söz konusu davranış biçimlerinde bulunmasını önemli ölçüde zorlaştırmaktadır. 2001 değişikliği sonucunda sadece hakkı bütünüyle kullanılmaz hale getiren sınırlamalar değil ve aynı zamanda hakkın amacına ulaşmasını önleyip, kullanılmasını ciddi bir biçimde zorlaştıran müdahaleler de, öz kriterine dâhil edildiğinden, kimyasal kastrasyon yaptırımının kabul edilmesinin Anayasa md. 13’e aykırı olacağı iddia edilebilir.

IV. Sonuç Yerine

Son yıllarda kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal eden suçların önemli bir şekilde artış göstermesi ve bu suçların mağdurlarını genellikle kadınlar ve çocukların oluşturması, toplumun bu suçlara karşı olan hassasiyetinin artmasına neden olmuştur. Nitekim bu suçları işleyen failer hakkında, mevzuatımızda yer almadığından, daha öncesinde işlenmiş suçlara uygulanması ceza hukukunun en temel ilkelerinden biri olan suç ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde mümkün olmayan zorunlu kastrasyonun tatbik edilmesi gerektiğine ilişkin öne sürülen fikirler, toplumun gösterdiği tepkinin ulaştığı boyutu göstermesi açısından önem arz eder. Gerçi, özellikle de mağdurların kimliği ve suçun niteliği dikkate alındığında, bu toplumsal

⁷⁰ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 153.

⁷¹ Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 26.12.2013 tarihli bir kararında aynen şu ifadeleri kullanmıştır: “Anayasal açıdan dokunulamayacak özün, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaması gerekir.”. AYMK, E. 2013/54, K. 2013/161, Karar Günü: 26.12.2013, Resmi Gazete Sayı: 29014.

tepkinin anlaşılır bir nedene dayandığı savunulabilir. Fakat suçlarla mücadele ve devletin suçlu olarak belirlediği kişiler için uygulayacağı bir yaptırım söz konusu olduğunda duygusal saiklerle hareket edilmemesi ve herkes için geçerli olan anayasal esaslara uyulması gerektiği konusunda şüphe yoktur.

Buraya kadar yapılan açıklamalar çerçevesinde şu sonuca varılabilir: Cinsel nitelikli suç işleyenler hakkında bir ceza hukuku yaptırımı olarak uygulanacak zorunlu kastrasyon; müdahalenin insan haysiyetine uygunluğu, ne kadar adil yargılama yapılırsa yapılsın neticesinde verilen hükmün yanılma ihtimali ve kişilerin sağlıklı yaşam ile özel ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakları dikkate alındığında anayasa hukuku açısından tartışmaya açık bir uygulama niteliği taşır. Ne var ki, bu durum, kastrasyonun gönüllü olarak gerçekleştirilemeyeceği anlamına gelmez. Başka bir anlatım ile Alman Kastrasyon Kanununun 2. maddesinde⁷² belirtildiği gibi, belirli bir yaşı doldurmuş olanların kastrasyon ile ilgili olarak aydınlatılmış onamının alınmış olması, müdahalenin tıp biliminin standartlarına uyularak yapılması, kastrasyon nedeniyle kişilerin beden ve ruh sağlığında ortaya çıkabilecek zararlarla müdahale sonucunda hedeflenen sonuç arasında orantılı bir ilişkinin söz konusu olması ve müdahalede bulunulacak kişi açısından kriminolojik bir endikasyonun bulunması yani kişilerin testosteron hormonunun fazla olması nedeniyle bu tür suçlar işlediğinin ve kastrasyonun, bu suçlarla mücadeleye olumlu katkı sağlayacağına tıp bilimi tarafından onaylanması durumunda, kastrasyonun artık hukuka uygun bir müdahale haline geldiği kabul edilmelidir. Görüldüğü gibi, burada önem arz eden asıl husus, kastrasyonun, cinsel nitelikli bir suçun işlenmesi üzerine bir ceza hukuku yaptırımı olarak değil, herkesin kendi kaderini tayin etme hakkının bulunduğu dikkate alınarak, belirli koşullar altında kişilerin serbest iradeleri ile uygulanmasıdır. Nitekim bu halde hem cinsel nitelikli suçlarla etkin bir şekilde mücadele edilmiş, hem de müdahale, belirli şartlar altında kişilerin aydınlatılmış onamı alınarak gerçekleştirileceğinden, anayasal sınırlar dâhilinde kalmış olur.

⁷² Bu madde için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/kastrg/_2.html, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015.

KAYNAKLAR

AKBABA, Zeynep Burcu, “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-I”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 81, Mart–Nisan 2009, s. 353–380.

AKBABA, Zeynep Burcu, “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-II”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 82, Mayıs–Haziran 2009, s. 377–394.

ATAÇ, Adnan, “Tıp Etiği Açısından Kastrasyon”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 169–182.

ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yay., 9. Baskı, Konya, Ekim 2014.

BENDA, Ernst, “Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht”, in Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans Jochen Vogel (Hrsg.), **Handbuch des Verfassungsrechts (1)**, Walter de Gruyter Ver., 2. Auflage, Berlin–New York, 1994, s. 161–190.

BAYRAK, Emek, “Cezanın Nitelikleri ve Amaçları”, **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 5, Temmuz 2005, s. 93–113.

BAYRAKTAR, Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “İnsanlık Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 92–113.

CARPENTER, Alison G., “Belgium, Germany, England, Denmark and the United States: The Implementation of Registration and Castration Laws as Protection Against Habitual Sex Offenders”, **Dickinson Journal of International Law**, Volume: 16:2, 1998, s. 435–457.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, Ekim 2012.

DOĞAN, Murat, “Hadımlaştırmadan Doğan Hukuki Sorumluluk”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 138–151.

ERMAN, Barış, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yay., Ankara, 2003.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yay., 16. Baskı,

Bursa, Ocak 2014.

GÜRBÜZ, Nagehan, **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, XII Levha Yay., İstanbul, Şubat 2014.

GÜZELSOY, Zeycan, **Kimyasal Kastrasyon Uygulamasına Bazı Meslek Gruplarının Yaklaşımlarının Araştırılması**, (Danışman: Yard. Doç. Dr. Yusuf Tunç Demircan), T.C. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014.

HARRISON, Karen, “The High Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is Chemical Castration an Option?”, **The Howard Journal Of Criminal Justice**, Volume: 46, Issue: 1, February 2007, s. 16–31.

HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yay., Ankara, 2010.

KANADOĞLU, Korkut, “Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 119, Temmuz–Ağustos 2015, s. 11–34.

ÖMEROĞLU, Ömer, “Bir Ceza Türü Olarak Kastrasyon”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı: 63–64, 2009, s. 281–290.

ÖZBEK, Veli Özer / KANBUK, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, Eylül 2013.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yay., 14. Baskı, Ankara, 2013.

ÖZDEMİR, Hayrünnisa, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 183–218.

PASTNER, Bruce, “Cinsel Suçlarda Erkek Faillerin Hadım Edilmesi”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 126–137.

ROAGNA, Ivana, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması**, (Çeviren: Ayşegül Alkış Schäling), Şen Matbaa, Ankara, 2012.

SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, AÜSBF Yay., Ankara, 1982.

SCHWACKE, Peter / SCHMIDT, Guido, **Staatsrecht**, Deutscher Gemeinde Ver., 5. Auflage, Stuttgart, 2007.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla)**, Legal Yay., İstanbul, 2012.

TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yay., 14. Bası, İstanbul, Ekim 2014.

TEK, Gülen Sinem, “Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II**, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2012, s. 103–130.

TEMEL, Erhan, “Hadımlaştırma Operasyonlarından Dolayı Alman Hukukunda Sorumluluk”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 115–125.

TULLIO, Elizabeth M., “Chemical Castration for Child Predators: Practical, Effective, and Constitutional”, **Chapman Law Review**, Volume: 13, 2009, s. 191–220.

UÇAR, Muharrem, “Tıp Etiği Açısından Kastrasyon”, **III. Sağlık Hukuku Kurultayı (7–8 Mayıs 2010)**, Ankara Barosu Yay., Ankara, 2010, s. 152–160.

UYGUN, Oktay, **Devlet Teorisi**, XII Levha Yay., İstanbul, Eylül 2014.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yay., İstanbul, Ocak 2003.

YENİDÜNYA, Caner / YAŞAR, Yusuf, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 14, Temmuz 2013, s. 348–363.

ZIPPELIUS, Reinhold / WÜRTERNBERGER, Thomas, **Deutsches Staatsrecht**, C. H. Beck Ver., München, 2008.

DİĞER KAYNAKLAR

AYMK, E. 1962/208, K. 1963/1, Karar Günü: 4.1.1963, Resmi Gazete Sayı: 11354.

AYMK, E. 1971/2, K. 1971/36, Karar Günü: 6.4.1971, Resmi Gazete Sayı: 13994.

AYMK, E. 2013/54, K. 2013/161, Karar Günü: 26.12.2013, Resmi Gazete Sayı: 29014.

BVerfGE, 1, 39, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015, Rn. 1–255.

BVerfGE, 22, 180, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv022180.html>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015, Rn. 1–147.

Vo / Fransa Davası, Başvuru No: 53924/00, Karar Tarihi: 8 Temmuz 2004, Par. No: 84.

http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2014/ist_tab.htm, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015.

http://www.gesetze-im-internet.de/kastrg/_2.html, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015.

<http://www.verfassungen.de/de/gg49-i.htm>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015.

<http://www.verfassungen.eu/it/>, Çevrimiçi: 1 Aralık 2015.