

Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu

Cengiz Topel ÇİFTÇİOĞLU*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğr. Üyesi Nuh Naci Yazgan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, drcengiztopelciftcioglu@gmail.com, **ORCID:** 0009-0008-1956-6924.

Makale geliş tarihi: 3 Nisan 2024 **Makale kabul tarihi:** 25 Temmuz 2024

Atıf önerisi: Çiftcioğlu, Cengiz Topel, “Türk Ceza Kanunu’nda Kısırlaştırma Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 3, Temmuz 2024, s.253-294.

DOI: 10.30915/abd.1464483.

TÜRK CEZA KANUNU'NDA KISIRLAŞTIRMA SUÇU

ÖZ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısmının “Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma” başlıklı Beşinci Bölümünde düzenlenen “Kısırlaştırma” suçu, öncelikle, yetkili hekim tarafından yapılan rızasız kısırlaştırma fiiliyle (m.101/1) yetkisiz kişi tarafından rızaya dayalı olarak yapılan kısırlaştırma fiilini (m.101/2) cezalandırmaktadır. Bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mâni olmadan izalesi için yapılan bir müdahaleden ibaret olan kısırlaştırma fiili, kişinin bedenine yönelik bu müdahaleye gösterdiği ve kanuni şartları da taşıyan rızasıyla birlikte hukuka uygun bir hale gelir. Bunun dışında, rıza olmaksızın bir kadın veya erkeğin kısırlaştırılması veya rızaya dayalı olsa bile bu fiilin yetkili olmayan bir kişi tarafından yapılması suç teşkil eder. Bu suçla, kişinin üreme yeteneği ile beden bütünlüğü korunmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenen kısırlaştırma fiilinin, hukuka uygun surette yapılmasının şartları ve yöntemi, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde belirlenmiştir. Zira bu Kanunla, kişilerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları hedeflenmiş olup bu yolla nüfus planlaması yapılması amaçlanmıştır.

Bu çalışmada, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen kısırlaştırma suçu ele alınarak, suçun tarihsel gelişimiyle etik ve dini boyutu açıklanıp, suçun kanuni unsurları üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur. Yine bu çalışmada, kısırlaştırma fiiliyle bir kadının veya erkeğin üreme yeteneğinin geri dönüşü olmayacak şekilde tıbbi bir müdahaleyle sona erdirildiği, ancak bu işlem sonunda kişinin cinsel istek ve arzularının devam ettiği, bu fiilin bu yönüyle hadımlaştırmadan ayrıldığı; ancak, hadımlaştırma fiilinin, kısırlaştırmadan farklı olarak, Türk Ceza Kanunu'nda özel bir suç tipi olarak düzenlenmediği; bu nedenle bu fiilin Türk Ceza Kanunu m.87/2'de düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, özellikle trans bireyler için tartışılmakta olan zorunlu kısırlaştırma fiili ile cinsel suç faillerine uygulanması tartışılmakta olan zorunlu hadımlaştırma fiiline işaret edilerek, bu fiillerin esasen kişilerin bedensel bütünlüğüne yapılan insanlık dışı bir müdahale oluşturduğu ve temel hak ve özgürlüklere aykırı bir nitelik taşıdığı vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kısırlaştırma, hadımlaştırma, yetkili hekim, yetkisiz kişi, rıza.

STERILIZATION CRIME IN TURKISH PENAL CODE

ABSTRACT

The crime of “Sterilization”, which is regulated in the Fifth Chapter titled “Abortion, Miscarriage or Sterilization” of the Second Part titled “Crimes Against Persons” of the Second Book of the Turkish Penal Code No. 5237, is primarily caused by the act of sterilization without consent performed by an authorized physician (art. 101/1) punishes the act of sterilization performed by an unauthorized person based on consent (art. 101/2). The act of sterilization, which consists of an intervention to eliminate a man or woman’s ability to have children without hindering the satisfaction of their sexual needs, becomes lawful with the person’s consent to this intervention on his body, which also meets the legal conditions. Apart from this, it is a crime to sterilize a man or woman without consent, or if this act is performed by an unauthorized person, even if it is based on consent. With this crime, a person’s reproductive ability and physical integrity are protected.

The conditions and method of carrying out the act of sterilization, which is regulated as a crime in the Turkish Penal Code, in accordance with the law, are determined in article 4 of the Law on Population Planning No. 2827. Because with this law, it is aimed for people to have children as many times as they want and whenever they want, and thus population planning is aimed.

In this study, the crime of sterilization regulated in the Turkish Penal Code is discussed, the historical development of the crime, its ethical and religious dimensions are explained, and the legal elements of the crime are emphasized in detail. Again in this study, it is stated that with the act of sterilization, the reproductive ability of a woman or man is irreversibly terminated by a medical intervention, but at the end of this process, the person’s sexual desires and desires continue, and in this respect, this act differs from castration; However, the act of castration, unlike sterilization, is not regulated as a special type of crime in the Turkish Penal Code; for this reason, it has been stated that this act can be evaluated within the scope of the crime of aggravated injury due to its consequences regulated in article 87/2 of the Turkish Penal Code. In addition, by pointing out the act of compulsory sterilization, which is being discussed especially for transgender individuals, and the act of compulsory castration, which is being discussed to be applied to perpetrators of sexual crimes, it is emphasized that these acts essentially constitute an inhuman intervention to the physical integrity of individuals and are contrary to fundamental rights and freedoms.

Keywords: Sterilization, castration, authorized physician, unauthorized person, consent.

GİRİŞ

Kısırlaştırma, bir erkek veya kadının cinsel ihtiyaçlarını tatmine mâni olmaksızın, çocuk yapma kabiliyetinin tıbbi bir müdahale ile ortadan kaldırılmasıdır^[1]. Bir kişinin çocuk yapma kabiliyetini geri dönüşümsüz olarak yok eden ve bu suretle neslin devamına engel olan bu tip ağır bir müdahalenin yapılması, hukuk düzenince, belli şartların gerçekleşmesi hâlinde hukuka uygun kabul edilip bu müdahaleye izin verilmektedir^[2].

Kısırlaştırma, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un (NPHK) 2. maddesinde, nüfus planlaması amacıyla başvuru, gebeliği önleyici önlemlerden birisidir. Bu Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kısırlaştırma operasyonu, tıbbi sakınca olmayan hallerde, ancak reşit kişinin isteği üzerine yapılabilir^[3]. Bu kişinin evli olması hâlinde, ayrıca eşinin de rızası aranmaktadır (m.6/2). Bu Kanun'un öngördüğü haller dışında kısırlaştırma operasyonu yapılamaz. Bu Kanun'a dayalı olarak çıkarılan, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te^[4] (bundan sonra Tüzük olarak anılmıştır) de kısırlaştırma operasyonunu yapmaya yetkili uzman hekimler, erkek ve kadınlar bakımından ayrı ayrı sayılmıştır^[5].

Türk Ceza Kanunu (TCK) m.101'de kısırlaştırma fiili iki ayrı suç olarak düzenlenmiştir. TCK m.101/1'de, bir kişinin rızası olmaksızın kısırlaştırılması suçu cezalandırılırken, m.101/2'de de rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi suçu cezalandırılmaktadır^[6].

[1] Hüseyin Ertuğrul, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu", *Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, 2018, s.60.

[2] Rahime Erbaş, "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Sayı 73, Şubat 2016, s. 94-95.

[3] Alparslan Özaltuğ, "Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 199-200, Mart-Nisan 2021, s.821.

[4] 18.12.1983 tarih ve 18255 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

[5] Büşra Doğan, "Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon", *Suç ve Ceza*, Sayı 13, 2020, s.454.

[6] TCK m.101'de, "(1) Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma

Bu çalışmada, gereksiz tekrarlardan kaçınmak için, her iki suç aynı başlık altında ele alınıp incelenmiştir.

Öte yandan, kısırlaştırmaya benzer bir kavram olmakla birlikte, kısırlaştırmadan çok daha ağır bir sonuç doğuran, kişinin cinsel salgı bezlerine yapılan müdahale ile üreme yeteneğini sona erdiren ve cinsel isteklerini ve dolayısıyla cinsel davranışlarda bulunma yetisini de kısmen ya da tamamen hukuka aykırı olarak ortadan kaldıran hadımlaştırma fiili TCK'da özel bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir^[7]. Bu durumda, bu fiilin failinin, TCK m.87/2-c'deki neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan cezalandırılması cihetine gidilmesi mümkündür^[8].

I. SUÇA İLİŞKİN TEMEL KAVRAM VE İLKELER İLE SUÇUN TARİHÇESİ, ETİK VE DİNİ BOYUTU

A) SUÇA İLİŞKİN TEMEL KAVRAM VE İLKELER

1- Kısırlaştırma Kavramı

a) Genel Olarak

Kısırlaştırma ya da sterilizasyon, erkek veya kadının üreme yeteneğinin, ameliyatla ortadan kaldırılması anlamını taşır. Bu kavram, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “arınıklık” olarak ifade edilmiştir^[9].

Kısırlaştırma operasyonu ile üreme kabiliyeti yok edilmekle birlikte cinsel dürtüler bertaraf edilmemektedir. Yani, bu operasyona rağmen kişinin cinsel arzuları ve istekleri devam etmektedir. Kısırlaştırma, çiftler için en yaygın doğum kontrol yöntemlerinden biridir^[10]. Buna göre, aydınlatılmış

yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır. (2) Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” hükmüne yer verilmiştir.

[7] Doğan, “Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon”, *op. cit.*, s.449.

[8] Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin, 11. Baskı, 2014, s.318.

[9] *Türkçe Sözlük*, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 11. Baskı, 2011, s.150.

[10] Erbaş, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)”, *op. cit.*, s.95.

onam ile rızası alınıp uygun klinik standartlarda yapıldığında, doğurganlığı kalıcı olarak kontrol etme bakımından güvenilir ve etkili bir yoldur^[11]. Bu işlemin iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki cerrahi kısırlaştırma, ikincisi ise kimyasal kısırlaştırmadır^[12].

b) Cerrahi Kısırlaştırma

i. Erkeklerde cerrahi kısırlaştırma (vazektomi)

Cerrahi kısırlaştırma, erkeklerde vazektomi, yani tüplerin bağlanması (kordon bağlama) yoluyla gerçekleştirilmektedir^[13]. Bu yolla, erkeğin sperm kanalı cerrahi müdahale ile kesilerek testislerden idrar kanalına sperm transferi engellenmektedir. Yine, bu operasyonda, sperm kanalları iki ucundan kesilip, kesilen uçlar bağlanmakta ya da elektrikli ısıtıcılar yardımıyla tıkanmaktadır^[14].

ii. Kadında cerrahi kısırlaştırma (tüp ligasyonu)

Kadınlarda cerrahi kısırlaştırma da tüp ligasyonu, yani tüplerin bağlanması (tubal sterilizasyon) adı verilen bir cerrahi müdahale ile yapılmaktadır^[15]. Bu operasyonla tüpler, yani yumurta kanalı bağlanarak bu suretle yumurtanın rahime ulaşması ve sperm hücresinin yumurta hücresiyle birleşmesine mâni olunmaktadır^[16].

[11] Hüseyin Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, (Doktora Tezi, Danışman Mustafa Özen), Kırıkkale, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2016 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 428763), s.19.

[12] Erbaş, "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)", *op. cit.*, s.94-96.

[13] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.20.

[14] Ertuğrul, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.60.

[15] Erbaş, "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)", *op. cit.*, s.95.

[16] Gerek vazektomi gerekse de tüp ligasyonu işleminin önemli yan etkileri bulunmaktadır. Özellikle, kalp hastalığı, solunum yetmezliği, hipertansiyon, diyabet ve pıhtılaşma bozukluğu bulunan hastalar için bu tür bir kısırlaştırma işlemi ilk seçenek olmamalıdır.

c) Kimyasal Kısırlaştırma

Kimyasal kısırlaştırma, kadınlarda rahim içerisine kimyasal etkili tabletler yerleştirilerek, rahmin ve tüplerin yanma suretiyle tahrip edilmesi yoluyla yapılırken, erkeklerde ise daha çok sperm üretimini durdurmaya yönelik aşılama yöntemi kullanılarak yapılmaktadır. Bu yöntem tarihte bir dönem bazı bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemede tıbbi bir yöntem olarak uygulanmıştır. Ancak, kimyasal kısırlaştırma, işlem sırasında verilen maddelerin yan etkilerinin çokluğu sebebiyle, sıklıkla tercih edilen bir yöntem olmamıştır^[17].

2- Hadımlaştırma (Kastrasyon) Kavramı

a) Genel Olarak

Hadımlaştırma ya da kastrasyon, kısırlaştırma işlemine benzemekle beraber, ondan farklı olarak hadımlaştırmada, cinsel dürtüler de üreme yeteneği ile birlikte yok edilmektedir. Bu kavram, Türk Dil Kurumu sözlüğünde, “eneyerek kısırlaştırma” olarak ifade edilmiştir^[18].

Hadımlaştırma operasyonunda, erkeklerde testisler, kadınlarda da yumurtalıklar alınmakta ve kimyasal madde ve ışınla tahrip edilmektedir. Bu operasyon sonucunda, cinsel hormonlar olan östrojen ve testosteron üretimi sona erdiğinden, kısırlaştırmadan farklı olarak, kişinin cinsel istek ve arzuları da

Yine, kadınlarda tüp ligasyonu işleminde kullanılan anesteziik maddenin anne sütüne geçmesi sebebiyle bebeğin sağlığı da olumsuz etkilenebilmektedir. Bu nedenle, kısırlaştırılacak kişinin yeterince aydınlatılmış olması gerekir (Ertuğrul, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.61).

[17] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürtme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.21.

[18] Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2011, s.1023.

tamamen yok edilmektedir^[19]. Bu işlemin de iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, cerrahi hadımlaştırma, ikincisi ise kimyasal hadımlaştırmadır^[20].

b) Cerrahi Hadımlaştırma

Cerrahi hadımlaştırma, operasyonel bir işlem olup, genelde ileri aşama prostat kanserinin büyümesine engel olmak amacıyla, testislerin ya da yumurtalıkların bir ameliyat ile alınması yönteminden ibarettir^[21].

c) Kimyasal Hadımlaştırma

Kimyasal hadımlaştırma da bir ameliyat gerektirmeyen, kullanılan bazı ilaçların hormon üretimini durdurması yoluyla uygulanan bir tedavi yöntemi-
dir^[22]. Bu hadımlaştırma türü, kişide, kadınlaşma belirtileri görülmesine yol
açması sebebiyle, kabul görmemekle birlikte, son zamanlarda bu yöntemin
cinsel suç faillerine uygulanması konusu tartışılmaktadır^[23]. Cinsel suçları
önlemek için kastrasyon günümüzde çeşitli ülkelerde uygulanmaktadır^[24].

[19] Ahmet Caner Yenidünya ve Yusuf Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 4, Temmuz 2013, s.4-5.

[20] Arzu Aşçı, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Kastrasyon Tedavi Yöntemine Kısa Bir Bakış”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 86, Sayı 2, Mayıs 2021, s.168-169.

[21] Yenidünya ve Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, *op. cit.*, s.5; Ertuğrul, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.61.

[22] Arzu Aşçı, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Kastrasyon Tedavi Yöntemine Kısa Bir Bakış”, *op. cit.*, s.169.

[23] Yenidünya ve Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, *op. cit.*, s.7-9; Baran Kızılırmak, “Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, Aralık 2019, s.1037.

[24] Cinsel suç faillerine uygulanması tartışılmakta olan zorunlu hadımlaştırma fiili, ileride ayrıntılı olarak, ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

Bunlar arasında, Almanya, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri sayılabilir^[25].

Öte yandan, Danıştay 10. Dairesi, 26.07.2017 tarihli bir kararında, hükümlünün tedavisini öngören 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 108/9 maddesinin (a) ve (b) bentlerinde yer alan "tedavi" ifadesinin net olmaması bakımından bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik'in^[26] 7/1 maddesini, kapsamı belirli olmayan tedavi yöntemini aşar nitelikte olduğunu tespit edip, Anayasa'nın 17. maddesine atıf yaparak, vücut bütünlüğüne yönelik düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiğini belirtmiş ve yürütmeyi durdurma kararı vermiştir^[27]. Yüksek Mahkeme, nihai kararında da Yönetmelik'in 7. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir" ibaresinin, Kanunda idareye "tedavi" amaçlı yönetmelik çıkarma konusunda verilen yetkiyi aşar nitelikte olduğu sonucuna varıldığından, bu kısma ilişkin düzenlemede hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle m.7/1'de yer alan "ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir." ibaresinin iptaline hükmetmiştir^[28]. Dolayısıyla, anılan zorunlu kastrasyon fiilinin^[29] bu anlamda ülkemizde kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır^[30].

[25] Baran Kızılırmak, "Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme", s.1046-1048.

[26] 26.07.2016 tarihli ve 29782 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

[27] Danıştay 10. Daire, 26.07.2017, E.2016/12975 (ttb.org.tr, ET. 26.02.2024).

[28] Danıştay 10. Daire, 17.09.2020, E.2016/12975, K.2020/3048 (lexpera.com.tr, ET. 26.02.2024).

[29] Baran Kızılırmak, "Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme", *op. cit.*, s.1048.

[30] Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 24.04.2019 tarihli ve E.2018/7549, K.2019/9302 sayılı kararında, sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından verilen hükmün temyiz incelemesinde, kararın bu yönüyle onanmasına hükmettiği, ancak aynı kararda, bu hükmeye muhalif üyenin yazdığı karşı oy yazısında, (...) Basit cinsel saldırı (TCK'nun 102/1. f) suçundan verilen süreli hapis cezalarının infazında hükümlü, özel tehlikeli suçlu sayılmamaktadır. Buna karşılık 5275 sayılı Kanununun 108/9. fıkrasına yapılan ekleme ile organ veya

Öğretide de cerrahi kastrasyonun, geri dönülmez bir şekilde tıbbi bir müdahaleyi gerektirdiği için bir suç karşılığında ceza yahut güvenlik tedbiri olarak uygulanamayacağı kabul edilmektedir^[31]. Cinsel suç faillerine uygulanıp uygulanmayacağı tartışılan cerrahi kastrasyon, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında korunan, başta yaşama hakkı olmak üzere, kişinin kendi geleceğini belirleme, cinsel kimliği ve bedeni üzerinde tasarrufta bulunma ve kişinin özel hayatına ve aile yaşamına saygı hakkını ihlal edecek bir nitelik taşımaktadır^[32]. Bu nedenle, cerrahi kastrasyonun uygulanmasında çok dikkatli davranılması gerekir. Ancak, belirli bir yaşın üzerindeki (en azından ergenlik dönemini geçmiş bulunan) cinsel suç faillerine, bir denetimli serbestlik tedbiri olarak, rızaları da bulunmak kaydıyla, kimyasal kastrasyon uygulanabilir^[33].

cisim sokarak nitelikli cinsel saldırı (TCK'nun 102/2. f) suçuna teşebbüsten verilen cezaların infazında hükümlü, özel tehlikeli suçlu muamelesi görmektedir. Bu nedenle süreli hapis cezasında şartla tahliye indirimi, 2/3 yerine 3/4 oranından yapılmakta ve hükümlüler daha uzun süreyi cezaevinde geçirmektedirler. İşlediği fiil organ veya cisim sokarak nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs niteliğinde kabul edilen hükümlülerin özel tehlikeli suçlu sayılmasının bir diğer sonucu da süreli hapis cezasının infazından sonra kimyasal kastrasyona tabi tutulmalarıdır. Tedaviye tabi tutarak kısırlaştırma, mahkûmiyet hükmünün infazından sonra uygulanan ek bir cezadır. Fiilen organ veya cisim sokmayan cinsel suç hükümlüsünün infaz sonrasında kısırlaştırma tedavisine tabi tutulması, kanun koyucunun bilinçli olarak arzu ettiği bir sonuç değildir. TCK'nun 102/2. fıkrasının uygulamada ayrı bir suç gibi işlem görmesi ve teşebbüsün mümkün kılınmasının tabi bir sonucu olarak istenmeyen ve öngörülemeyen aleyhe neticeler meydana gelmektedir. (...), düşüncesine yer verdiği; ancak, 5275 sayılı CGTİHK'da açıkça böyle bir ifadenin bulunmadığı, bu duruma ilişkin ayrıntının Yönetmelik'in 7. maddesinde bulunduğu, bu Yönetmelik hakkında ise Danıştay 10. Dairesince önce yürütmenin durdurulmasına karar verildiği, daha sonra da 17.09.2017 tarihli bir kararla Yönetmelik'in iptal edildiği anlaşılmaktadır (lexpera.com.tr, ET. 26.02.2024).

- [31] Arzu Aşçı, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Kastrasyon Tedavi Yöntemine Kısa Bir Bakış", *op. cit.*, s.171-172.
- [32] Durmuş Tezcan *et al.*, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara, Seçkin, 10. Baskı, 2024, s. 470-472; Hasan Tunç, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Adalet, 3. Baskı, 2022, s.118-121; Cengiz Topel Çiftcioğlu, "Yaşama Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 103, Kasım-Aralık 2012, s.142-144.
- [33] Yenidünya ve Yaşar, "Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?", *op. cit.*, s.12-13.

B) SUÇUN TARİHÇESİ İLE ETİK VE DİNİ BOYUTU

1- Suçun Tarihçesi

Kısırlaştırma fiilleri, bir cerrahi operasyonla yapılabildiğinden, bu fiiller, tarihi seyir içinde, 19. yüzyıldan sonra görülmeye başlanmıştır. Bu konuda, öncelikle, 19 ve 20. yüzyıldaki devlet politikalarının incelenmesi gerekir. Kısırlaştırma işlemi, ilk olarak Amerika'da sistematik olarak devlet eliyle uygulanmıştır^[34]. Buna göre, İndiana Eyaletinde 1907 yılında kabul edilen Kısırlaştırma Kanunu'yla, kişilerin, rızaları olmaksızın kısırlaştırmalarının yolu açılmıştır. Bu Kanun'la, Soy Geliştirme Programına uygun olarak, fakir, cahil, alkolik, evsiz kişilerin ve akıl hastalarının kısırlaştırılmaları hedeflenmiş, bu yolla bir gen havuzu oluşturulup mükemmel bir nesil yetiştirmek amaçlanmıştır. Bu uygulama giderek tüm Amerika'ya yayılmış, bu program en son 1977 yılında Virginia Eyaletinde uygulanarak son bulmuştur. ABD'nin bu uygulaması Avrupa'da da etkisini göstermiştir^[35]. İlk olarak, 1928 yılında İsviçre'de ilk Kısırlaştırma Kanunu kabul edilmiştir. Bunu, sırasıyla, 1929 yılında Danimarka, 1933 yılında Almanya, 1934 yılında Norveç ve 1936 yılında Estonya izlemiştir^[36].

Nazi Almanya'sında 14.07.1933 tarihinde yürürlüğe giren Nazi Kısırlaştırma Kanunu'yla ABD'de yapılan uygulama bir adım öteye taşınarak kitleler halinde kadın ve erkekler zorla kısırlaştırılmıştır^[37]. Kusursuz insan projesi adına kendi ırkı dışındakilere insan hakkı ihlalleri yapılmak suretiyle Nazi Almanya'sında 1933-1939 yılları arasında bu fiile yaygın olarak başvurulmuştur^[38].

[34] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.27.

[35] *Ibid.*, s.30-31.

[36] Özalтуğ, "Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.843.

[37] Doğan, "Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon", *op. cit.*, s.453-454.

[38] Salih Oktar, *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürme ve Çocuk Düşürme Suçları*, (Doktora Tezi, Danışman Durmuş Tezcan), İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2013 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 349377), s.71-72; Erbaş, "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)", *op. cit.*, s.96.

Günümüzde, İngiltere'de “kısırlaştırma suçu” adı altında bir suç bulunmamakla beraber, uygulamada, cinsel suçlardan hüküm giymiş olanlara, mağdurun talebi üzerine hadımlaştırma (kastasyon) işlemi yapılmaktadır^[39].

Alman Ceza Kanunu'nda da kısırlaştırma suçu adı altında bir suç bulunmamakla beraber, ağır yaralama başlıklı 226. maddesinde, kişinin doğurganlığını kaybetmesine neden olan yaralama fiilleri on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmıştır^[40].

Kısırlaştırma fiili, Türk Ceza Kanunu'na ilk kez, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan etkilenen^[41] 765 sayılı TCK döneminde, 11.06.1936 tarihli ve 3038 sayılı, Türk Ceza Kanunu'nun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun ile girmiştir^[42]. Buna göre, 765 sayılı TCK m.471'de kısırlaştırma fiilleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle korunmak istenen, milletin tümlüğü ve çoğalma gücüdür. Bu suretle, nüfusun korunması amaçlanmıştır. Ayrıca, burada, iç ve dış güvenlik de korunmak istenmiştir; zira nüfusta yaşanan azalma, sadece çoğalma veya sağlıklı biçimde çoğalma endişesi anlamına gelmeyip aynı zamanda askeri ve siyasi güçsüzlük anlamına da geliyordu^[43].

[39] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.34-35.

[40] Mahmut Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Sayı 67, Aralık 2009, s.44-45.

[41] İtalya'da 1889 tarihli Ceza Kanunu 1930 yılında hazırlanan yeni bir Ceza Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Faşist bir anlayışın ürünü olarak nitelendirilen bu Kanun ile çocuk düşürme, düşürtme ve kısırlaştırma gibi yeni suçlar ihdas edilmiş veya mevcut suçların kapsamı genişletilmiştir. Bu kapsamda, kısırlaştırma suçu da İtalyan Ceza Kanunu'nun 10. bölümünde 552. ve 553. maddelerinde düzenlenmiştir (Erbaş, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)”, *op. cit.*, s.98).

[42] Ertuğrul, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.62.

[43] Erbaş, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)”, *op. cit.*, s.100.

Daha sonra 765 sayılı TCK ve dolayısıyla m.471, 5237 sayılı TCK'nın kabulüyle birlikte yürürlükten kaldırılmış, yeni TCK da kısırlaştırma fiillerini 101. maddesinde^[44], eski TCK'dakine benzer bir şekilde düzenlemiştir^[45].

2- Suçun Etik ve Dini Boyutu

Suçun etik boyutunu değerlendirmeden önce etik kavramına değinmekte fayda bulunmaktadır. Etik (ahlak felsefesi), Yunanca “kişilik, karakter” anlamına gelen “ethos” sözcüğünden gelir ve teorik ahlak olarak da bilinir^[46]. Bu nedenle, etik, insan davranışlarını soyut olarak inceleyen düşünsel bir faaliyettir. Bu yönüyle insan davranışlarını belirleyen toplumsal ve somut kurallar bütününden ibaret olan ahlak kavramından ayrılır^[47].

Kişilerin, kendi bedenlerine yönelik tıbbi müdahalelerde gösterdikleri rıza, kanuni düzenlemelerdeki şartları taşımak koşuluyla, fiili hukuka uygun kılar^[48]. Bununla birlikte, kişilerin rıza göstermek suretiyle dahi üzerinde mutlak tasarruf yetkisine sahip olmadığı alanlarla ilgili kanuni düzenlemeler de bulunmaktadır^[49]. Kısırlaştırma fiili, kişinin kendi bedeni ve üreme

[44] TCK m.101'in gerekçesi, “Madde, kişiler üzerinde rızaları olmadan kısırlaştırma ameliyesini gerçekleştiren kimsenin ne suretle cezalandırılacağını göstermektedir. İkinci fıkrada, rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma ameliyesini gerçekleştirme hususunda meslek ve uzmanlık olarak yetkisi olmayan kimsenin fiili icra etmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Kısırlaştırma ameliyesinin kişinin ölümüne veya bedensel bir zarara neden olması hâlinde, failin netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümler çerçevesinde sorumluluğu cihetine gidileceğinde kuşku yoktur.” şeklindedir.

[45] Serap Keskin Kızıroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2 (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı), 2013, s.189.

[46] Polat Tunçer, “Medikal Etik ve Türk Ceza Kanunu”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Sayı 58, Kasım 2017, s.203-204.

[47] *Ibid.*, s.204.

[48] Candan Yılmaz, Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları (TCK m. 99-100), (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Güneş Okuyucu Ergün), Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 535010), s.65-67.

[49] Çiftcioğlu, “Yaşama Hakkı”, *op. cit.*, s.140.

yeteneği üzerinde meydana getirdiği etkiler bakımından önemli ve geri dönüşü olmayan sonuçlar doğurmaktadır^[50].

Üreme hakkı, kişinin kendi geleceğini tayin hakkının bir uzantısını oluşturur. Buna göre, bir kişi, aile kurma ve neslini devam ettirme konusunda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakka sahip olup bu hakkı kullanıp kullanmamayı tercih etmek serbestisi bulunmaktadır^[51]. Bu serbesti, kişiye, bu hakkını kullanarak aktif biçimde üremeyi tercih etme imkanını verdiği gibi ürememeyi tercih etme imkanını da vermektedir. Kişinin ürememeyi tercih etmesi aynı zamanda hukukun öngördüğü şartların da varlığı halinde üreme yeteneğini kaybetme imkanını mümkün kılmaktadır. Tarih boyunca yaşanan deneyimler sonucunda, kısırlaştırma fiilinin, insan hakları ihlallerine yol açmadan ve kişinin rızasına dayalı olarak, uygun klinik ortamlarda yapılması etik bir sorun oluşturmamaktadır^[52].

Öte yandan, 15. yüzyıldan sonra, Tanrı ve din merkezli etik anlayışından kaymalar görülmeye başlanmış olmakla birlikte, din ve etik arasında bir ilişkinin bulunduğu görüşü, genellikle ifade edilegelmiştir^[53]. Bu bakımdan, dinlerin kısırlaştırma fiiline nasıl yaklaştıklarını ortaya koymak gerekmektedir. Buna göre, dinler, esasen, neslin devamını sağlayarak nesli korumayı amaçladığından, kısırlaştırma fiiline sıcak bakmamaktadır. Yahudilikte daha çok nüfusun artmasının övüldüğü ve bunun bir kuvvet kaynağı olarak kabul edildiği görülmektedir^[54]. Hıristiyanlıkta, Protestanlık Kilisesi doğum kontrolüne, dolayısıyla kısırlaştırma fiiline; Katolik Kilisesinden daha önce ve kolaylıkla izin vermiştir^[55]. İslamiyet dini de kuvvetli çokluk istemekte

[50] Ertuğrul, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.60.

[51] Tezcan *et al.*, *İnsan Hakları El Kitabı*, *op. cit.*, s.470-471; Yılmaz, “Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları (TCK m. 99-100)”, *op. cit.*, s.65.

[52] Gürkan Sert, Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme, İstanbul, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı Yayını, 1. Baskı, 2013, s.15-18.

[53] Jonathan Berg, “Etik Dine Nasıl Dayandırılabilir?” (Çev. Muhammet İrgat), Marife Dini Araştırmalar Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Yaz 2015, s.219-220.

[54] Oktar, *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürme ve Çocuk Düşürme Suçları*, *op. cit.* s.33.

[55] *Ibid.*, s.34-35.

ve bu gücü korumayı teşvik etmektedir. Bu nedenle, insanı kısırlaştırmayı haram kabul ederek yasaklamıştır^[56].

II. ULUSLARARASI HUKUKTA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KISIRLAŞTIRMA SUÇU

A) ULUSLARARASI HUKUKTA KISIRLAŞTIRMA SUÇU

Kısırlaştırma fiili, siyasi güçlerin kendi çıkarları doğrultusunda veya başka grupların aleyhine olacak şekilde nüfusun azalmasını ya da çoğalmasını sağlamak veya nüfusun istenilen kriterlere sahip olmasını temin etmek amacıyla kullanılmaktadır^[57]. Nüfus politikaları bakımından kısırlaştırma konusunda; iktidar olan halk söylemi, Malthusçu söylem ve öjenist söylem olmak üzere üç yaklaşım bulunmaktadır^[58]. Bunlardan, iktidar olan halk söylemi, milletin devamlılığını sağlamak amacıyla nüfusun sürekli olarak büyümesi gerektiğini savunur. Malthusçu söylem, dünyanın sınırlı kaynaklara sahip olması sebebiyle nüfusun azalması gerektiğini savunur^[59]. Öjenist söylem ise nüfusun az ya da çok olmasının önemli olmadığını, nüfusun kalitesinin önemli olduğunu savunur. Dolayısıyla, bu yaklaşımlardan, iktidar olan halk söylemi doğum oranlarının artmasını sağlamak üzere kısırlaştırma faaliyetlerinin yasaklanmasını; Malthusçu söylem kısırlaştırma faaliyetlerine kısmen veya tamamen izin verilmesini, öjenist söylem ise zeka seviyesi düşük olanlar, engelliler ve değersiz hayatlar için zorunlu kısırlaştırma yapılmasını gerekli görmektedir^[60].

Bütün bu yaklaşımların ötesinde, uluslararası hukukta, kişinin isteği dışında, zorla gerçekleştirilen kısırlaştırma faaliyetlerinin önlenmesi

[56] Ahmed B. Fehd B. Humeyyin El-Fehd, "Gebeliği Kalıcı Olarak Engellemenin Fikhî Yönüne Dair Bir İnceleme" (Çev. Mehmet Ali Yargı), *Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı 11, Aralık 2017, s.170.

[57] Oktar, *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları*, *op. cit.* s.22 vd.

[58] Berna Aysen Yılmaz, "Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)", *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, Aralık 2015, s.62-63.

[59] *Ibid.*, s.63.

[60] Oktar, *Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları*, *op. cit.* s.18.

bakımından, kısırlaştırma suçuyla ilgili hükümlere yer veren düzenlemeler yapılmaktadır^[61].

Evvla, zorla kısırlaştırmanın, 04.11.1950 tarihinde Roma'da imzalanan ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) üçüncü maddesinde yer alan işkence yasağı içinde düzenlenen insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirilmesi imkanı bulunmaktadır^[62].

Yine, 28.07.1951 tarihinde Cenevre'de imzalanıp 22.04.1954 tarihinde yürürlüğe giren Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme hükümlerine göre zorla kısırlaştırma uygulamalarının zulüm sayılacağı ve zorunlu kısırlaştırmaya maruz bırakılan kadınlara mülteci statüsü verileceği belirtilmektedir^[63].

Ayrıca, 17.07.1998 tarihinde Roma'da kabul edilen ve 01.07.2002 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu antlaşması olan Roma Statüsü'nün "İnsanlığa Karşı Suçlar" başlıklı 7. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendidir. Burada, zorla kısırlaştırma uluslararası hukukta kabul edilemeyecek bir fiil olarak ifade edilip, suç olarak düzenlenmiştir^[64]. Bu düzenlemeye göre kısırlaştırma, failin bir gruba yönelik olarak zorla gerçekleştirildiği, üreme yeteneğini sona erdirmeyi amaçlayan fiillerden oluşmaktadır. Bu fiillerin sivil bir topluluğa yönelik sistematik ve yaygın bir nitelik arz etmesi gerekmektedir^[65].

Nihayet, 11.05.2011 tarihinde İstanbul'da imzalanan ve 01.08.2014 tarihinde yürürlüğe giren ve kısaca İstanbul Sözleşmesi adıyla bilinen Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 39. maddesinde, tıbbi müdahale öncesi, müdahalenin kapsamını tam olarak anlamaya elverişli bilgilerin

[61] Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin, 7. Baskı, 2013, s.293 vd.

[62] Tezcan *et al.*, *İnsan Hakları El Kitabı*, *op.cit.*, s.168 vd.

[63] Yılmaz, "Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)", *op. cit.*, s.62.

[64] Tezcan, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, *op. cit.* s.600-601.

[65] Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, İstanbul, Beta, 16. Baskı, 2022, s.317-318; Yusuf Aksar, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022, s.225 vd.

aktarılmasını ve anlaşılmasını müteakiben verilmiş bir rızası olmadan kadının doğal üretim kapasitesini sona erdirmeye amacı ve etkisi taşıyan kısırlaştırma operasyonunun suç sayılması ve cezalandırılması bakımından taraf devletlerin icap eden önlemleri alması gerektiğine işaret edilmiştir.^[66]

B) KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KISIRLAŞTIRMA SUÇU

1- Anglo Sakson Hukuku

Amerika Birleşik Devletlerinde kastrasyona ilişkin olarak da çeşitli kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan bazıları taslak halinde reddedilmiştir. Ancak bazıları da kabul edilip yürürlüğe girmiştir. Amerika Birleşik Devletlerinin dokuz eyaletinde cinsel suç faillerine yönelik kastrasyon uygulaması kanuni olarak uygulanmaktadır. Bu eyaletler Florida, Kaliforniya, Georgia, Wisconsin, Oregon, Montana, Teksas, Louisiana ve Iowa'dır.^[67]

Aynı şekilde, İngiliz Hukuk Sisteminde, kısırlaştırma suçu adı altında bir suç tanımı bulunmamakla birlikte uygulamada cinsel suçlardan hüküm giymiş olanlara mağdurun talebi üzerine kastrasyon uygulaması yapılmaktadır.^[68]

2- Kıta Avrupası Hukuku

Kısırlaştırma suçu, Kıta Avrupası Hukuk sisteminde ağırlıklı olarak ceza kanunlarında yer almaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda, kısırlaştırma suçu adı altında özel bir suç tanımı bulunmamakla birlikte ağır yaralama başlıklı 226. maddesinde kişinin doğurganlığını kaybetmesine sebep olan yaralama fiilleri on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmıştır.^[69] Dolayısıyla kişinin rızası olmaksızın üreme yeteneğinin kaybetmesine sebep olan bu fiiller ağır yaralama suçunun bir nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.^[70]

[66] Yılmaz, "Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)", *op. cit.*, s.62.

[67] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.33.

[68] *Ibid.*, s.35.

[69] Mahmut Koca, "Kısırlaştırma Suçu (TCK m. 101)", *op. cit.*, s.44.

[70] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.37.

Fransız Ceza Hukukunda ise 04.07.2001 tarihli ve 588 sayılı Kanun'la kişilerin rızalarına dayalı olarak kısırlaştırılması fiili düzenlenmiştir. Bu Kanun'a göre kısırlaştırma, kişinin başvurusundan itibaren dört aylık bir bekleme süresine tabidir. Bu sürenin sonunda da kişi kısırlaşmak isterse, yetkili doktor tarafından kısırlaştırılması mümkündür^[71].

III. SUÇUN UNSURLARI

A) GENEL OLARAK

TCK'nın 101. maddesinin birinci fıkrasında, bir erkeği veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran yetkili hekim; ikinci fıkrasında ise rızaya dayalı olsa bile kısırlaştırma fiilini gerçekleştiren yetkili olmayan kişi cezalandırılmaktadır^[72]. Kısırlaştırma fiili, NPHK m.4/1'de "bir erkek veya kadının çocuk yapma yeteneğinin cinsel ihtiyaçlarını tatmine engel olmadan ortadan kaldırılması için yapılan tıbbi müdahale" olarak tanımlanmıştır. Öğretilerde ise bu kavram, kişinin cinsel arzu ve faaliyetlerine zarar vermeksizin, kadınlarda yumurta, erkeklerde ise sperm kanallarının kapatılması yoluyla üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasına yönelik tıbbi bir müdahale olarak tanımlanmaktadır^[73].

2827 sayılı NPHK'da, kısırlaştırma, nüfus planlaması amacıyla başvuru ve gebeliği önleyici bir önlem olarak öngörülmüştür. Ayrıca, bu fiil, kişinin isteği ile tıbbi açıdan bir sakınca bulunmaması şartlarına bağlanmıştır^[74].

B) SUÇ İLE KORUNAN HUKUKİ YARAR

Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca, herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip bulunmaktadır. Bu nedenle, kanunda belirtilen haller dışında ve tıbbi bir zorunluluk olmaksızın, kişilerin beden bütünlüğüne dokunulamaz; kişilerin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi

[71] *Ibid.*, s.40.

[72] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.316.

[73] Ertuğrul, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.64-65.

[74] Keskin Kızıroğlu, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları", *op. cit.*, s. 169; Özalp, "Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.822-823.

deneylere tabi tutulamaz^[75]. Aksi yönde bir davranış, kişilerin sağlık hakkı kapsamında korunan yaşama hakkı ve beden bütünlüğü ile kendi geleceğini belirleme hakkına müdahale oluşturur^[76]. Bu bakımdan, kısırlaştırma suçuyla korunan hukuki yararın öncelikle beden bütünlüğü olduğu söylenebilir^[77]. Ayrıca, bu suçla, kişilerin üreme yeteneği de korunmaktadır^[78].

Öğretide bir görüş, bu suçla korunan hukuki yararın, kasten ve taksirle yaralama suçları ile de korunduğunu, bu nedenle, bu suçun bağımsız bir suç olarak düzenlenmesinin gereksiz olduğunu ileri sürmektedir^[79]. Bu görüş taraftarları, kişinin rızası dışında kısırlaştırma amacıyla gerçekleşen müdahalenin, kasten yaralama suçu bakımından, sağlığın bozulması çerçevesinde ele alınacağına, yapılan bu müdahaleyle çocuk yapma yeteneğinin de ortadan kalkması sebebiyle bu fiili TCK m.87/2-c kapsamında cezalandırmanın mümkün olduğuna ve bu fiilin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesine gerek bulunmadığına işaret etmektedir^[80].

Buna karşın, öğretide, diğer bir görüş ise kısırlaştırma fiilinin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesinin, NPHK ve Tüzük'ün belirlediği şartlara aykırı olarak gerçekleştirilen kısırlaştırma fiilini cezalandırma amacını taşıdığını ileri sürmektedir. Bu görüş taraftarları, Kanun Koyucunun kısırlaştırma operasyonu yapma yetkisi verdiği kişilerin cezalandırılabilirlik şartını diğer kişilerden ayırmak için 101. maddeyi ihdas ettiğini ve bu suretle kısırlaştırma operasyonu yapma yetkisi olan ve olmayan hekimlerin kısırlaştırma fiilini (TCK.m.101), hekim olmayan kişilerin kısırlaştırma sonucuna yol

[75] Çiftcioğlu, “Yaşama Hakkı”, *op. cit.*, s.138-139.

[76] Tezcan *et al.*, *İnsan Hakları El Kitabı*, *op. cit.*, s.97-100.

[77] Erbaş, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)”, *op. cit.*, s.106.

[78] Keskin Kiziroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, *op. cit.*, s.187; Özalтуğ, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.823.

[79] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.317.

[80] Doğan, “Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon”, *op. cit.*, s.457.

açan fiillerinden (TCK m.87/2-c) hem şartları hem de ceza bakımından ayırdığını beyan etmektedir^[81].

Kanımızca, bu görüşlerden ilki daha isabetlidir; zira bu suçla korunan hukuki yarar, TCK m.87/2-c'deki neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu kapsamında korunmaktadır. Dolayısıyla, bu fiilin ayrı bir suç olarak düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır. Nitekim, birçok ülkede, kısırlaştırma bağımsız bir suç olarak düzenlenmemekte ve kişinin rızası dışında kısırlaştırma işlemine tabi tutulması, kasten yaralama suçu kapsamında cezalandırılmaktadır^[82]. Bu ülkelerde kısırlaştırmaya gösterilen rızanın, bu fiili hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği tartışılmıştır. Söz gelimi, Alman Ceza Kanunu'nda kısırlaştırma suçunun ayrıca düzenlenmemiş olması ve fiilin kasten yaralama kapsamında ele alınması sebebiyle, Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilen ve Alman öğretisi tarafından da kabul gören içtihadı göre kısırlaştırma fiili, kişinin rızasının yanı sıra, tıbbi, genetik ya da sosyal bir endikasyonun (gereklilik) bulunması durumunda hukuka ve ahlaka uygun bulunmaktadır^[83].

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince (AİHM), bir kimse- nin aile kurma ve neslini devam ettirme konusunda kendi geleceğini tayin hakkının bir uzantısını oluşturan üreme/ürememe hakkı, AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen aile yaşamına ve özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirilmektedir^[84].

[81] Koca, "Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.44.

[82] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.317.

[83] Koca, "Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.51.

[84] Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisince, 26.06.2013 tarihinde kabul edilen, Zorunlu Kısırlaştırma ve Kastrasyon Uygulamalarına Son Verilmesi Hakkında 1945 Numaralı Karar hükümleri uyarınca, hükümlüler de dahil olmak üzere, kişinin rızasına aykırı olarak yapılan kısırlaştırmaların, esasen trans cinsiyetteki bireyleri, Roman bireyleri ve cinsel suçlardan hüküm giymiş kimseleri hedef aldığı tespiti yapılarak konseye üye ülkelere bu yönde düzenleme içeren kanunlarını değiştirmeleri çağrısı yapılmıştır. Kararda, rıza dışı ve zorunlu kısırlaştırmanın 21. yüzyılda hiçbir surette hukuki yararının bulunmadığı ve dolayısıyla durdurulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu karar, ayrıca, AİHM tarafından Garçon ve Nicot / Fransa davasında, ilgili uluslararası hukuk belgeleri arasında kabul edilmiştir (AİHM web sitesi, "A.P., Garçon and Nicot v. France", hudoc.echr.coe.int, ET. 26.02.2024).

Kişinin, üreme yeteneğinin sürekli olarak sona ermesiyle ilgili Anayasa Mahkemesinin (AYM) de 29.11.2017 tarihli bir kararı bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme bu kararda, “Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 40. maddesine dayanarak cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmek üzere mahkemeye başvuranların üreme yeteneklerinin sürekli olarak sona ermiş olmasını arayan hükmünü Anayasa’nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı bularak bu yöndeki zorlamanın^[85] Kanun’un ulaşmak istediği amaç karşısında kişinin bedensel ve ruhsal olarak altına sokulduğu gereksiz yükün ölçüsüz olduğuna” karar vermiş ve söz konusu hükmü iptal etmiştir^[86].

C) SUÇUN MADDİ UNSURU

1- Suçun Hukuki Konusu

Kısırlaştırma suçunda, her iki fıkra yönünden de suçun konusunu kısırlaştırılan kadın veya erkeğin üreme organları ve üreme yeteneği oluşturmaktadır. Bu suçun mağduru, üreme yeteneği ortadan kaldırılan erkek veya kadın olduğundan, bu suç tipi bakımından suçun konusunun ve mağdurunun birleştiği söylenebilir^[87].

Burada, müstakbel üreme yeteneğinin suç oluşturup oluşturmayacağı tartışılabilir. Ancak, müstakbel üreme yeteneğinin bu suçun konusunu oluşturmaya devam ettiğini kabul etmek daha isabetlidir. Zira, suçun işlendiği sırada aktif üreme yeteneği olmasa da sağlıklı gelişim gösteren her çocuk, ileride aktif olarak üreme yeteneğine sahip olacaktır. Bu bakımdan kısırlaştırma fiili, çocuğun bu olağan gelişimini engelleyerek onu üremekten ve neslini devam ettirmekten alıkoyacaktır^[88].

Öte yandan, üreme yeteneği gelişmemiş, üreme organları bulunmayan ve menopoz ya da andropoz gibi sebeplerle üreme yeteneğini sürekli olarak

[85] TMK m.40’ta düzenlenen “üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma” koşuluyla öngörülmüş olan zorunlu kısırlaştırma fiili ve bu konuya ilişkin AYM ve AİHM kararları ileride ayrıntılı olarak, ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

[86] Anayasa Mahkemesi, 29.11.2017 Tarihli ve E.2017/130, K.2017/165 sayılı Kararı, RG.20.03.2018-30366.

[87] Ertuğrul, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.64.

[88] Özalp, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.824.

kaybeden kişiler, bu suçun konusu olamazlar, dolayısıyla bu kişilere karşı gerçekleştirilen kısırlaştırma fiili işlenemez suç olarak kabul edilir^[89]. Ancak, bu durumda, diğer şartları varsa, kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçları oluşabilecektir^[90].

2- Fail–Mağdur

TCK'nın 101. maddesinin birinci fıkrasında suçun basit şeklinin ancak kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkili bir kimse tarafından işlenebilmesi mümkündür. Zira, aynı maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde fiilin, kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkili olmayan bir kimse tarafından işlenmesi, suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir^[91]. Maddede, birinci fıkradaki suçun basit şeklinin herkes tarafından işlenebileceği yönünde bir ifade kullanılmışsa da suçun basit ve nitelikli şeklinin ayrımında failin niteliğinin esas alınması sebebiyle bu suçun basit şeklinin faili, ancak kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkili kişiler olabilir. Bu nedenle, suçun basit şeklinin fail bakımından özgü suç niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir^[92].

Bu arada, kimlerin kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkili olduğu konusunu Tüzük'ün 10. maddesinde kadın ve erkekler bakımından ayrı ayrı belirlediğini vurgulamak icap eder. Buna göre, kadınların kısırlaştırma operasyonu, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ya da genel cerrahi uzmanı olan hekimlerce; erkeklerin ise üroloji ya da kadın hastalıkları ve genel cerrahi uzmanlarıyla ya da bu konuda Sağlık Bakanlığınca açılan Eğitim Merkezlerinde kurs göyerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerce yapılabilir. Sayılan uzmanlık alanına sahip olmayan hekimlerle, yeterlik belgesi almış olmayan

[89] İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 7. Baskı, 2012, s.441; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 6. Baskı, 2013, s.405.

[90] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.317.

[91] Özalтуğ, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.824.

[92] Keskin Kızıroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, *op. cit.*, s.189; Doğan, “Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon”, *op. cit.*, s.460-461.

pratisyen hekimler, kısırlaştırma operasyonu yapma yetkisi olmayan kişiler kapsamında bulunmaktadır^[93].

Öğretide bir görüş, TCK'nın 101. maddesinin birinci fıkrasındaki nitelikli hal ile ikinci fıkrasındaki suçun failinin ancak kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan hekimler olabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre, burada sayılan kişiler tarafından yapılan kısırlaştırma fiiline mağdurun rızası varsa 101. maddenin ikinci fıkrasındaki suç oluşur. Bu nedenle, 101. maddedeki suçun basit şeklinin faili, gerek kısırlaştırma işleminin niteliği ve gerekse de NPHK ve Tüzük hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu, ancak hekim olan kişiler olabilir. Dolayısıyla, kısırlaştırma suçu faili bakımdan bir özgü suçtur^[94]. Bu bakımdan, hekim, kısırlaştırma operasyonu yapmaya yetkili bir kişi ise suçun basit şeklinin; buna karşın, uzmanlık alanı itibarıyla yetkili bir hekim değilse nitelikli şeklinin ve maddenin ikinci fıkrasındaki suçun faili olabilir. Hekim olmayan kişilerin tıbbi müdahalede bulunma ve kısırlaştırma operasyonu yapma yetkisi bulunmadığından bu kişilerin kısırlaştırma amacıyla gerçekleştirdikleri fiiller kasten yaralama suçu (TCK m.86) kapsamında değerlendirilebilir^[95]. Ancak, hekim olmayan bu kişiler, kısırlaştırma sonucunu gerçekleştirmiş iseler, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumlu olurlar^[96] (TCK m.87/2-c).

Buna karşın öğretilerdeki diğer bir görüş ise bu suçun failinin herhangi bir kimse olabileceğini, ancak fiilin yetkili olmayan kişi tarafından işlenmesinin cezayı ağırlaştıracağını ileri sürmektedir^[97].

Kanımızca, bu görüşlerden ilki daha isabetlidir; zira ikinci görüş, TCK m.101/1'de düzenlenen suçun basit şekli ve nitelikli hali ile m.101/2'de düzenlenen suç arasındaki ayrımı izahta yetersiz kalmaktadır.

[93] Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 18. Baskı, 2023, s.312.

[94] Koca, "Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.46.

[95] Özalтуğ, "Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.824.

[96] Koca, "Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.44.

[97] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.317.

Fail ve mağdur sıfatlarının aynı kişide birleşmesine imkân bulunmadığı için bir kişinin kendisine yönelik olarak gerçekleştirdiği kısırlaştırma fiilleri cezalandırılmaz^[98].

Bu fiilin mağduru, kadın ya da erkek olmasına bakılmaksızın, fiilin işlendiği sırada üreme yeteneğine sahip bir insan olabilir. Bu yeteneğe sahip bulunmayan bir kadın veya erkek üzerinde bu suç işlenemez^[99]. Böyle bir kişiye yönelik kısırlaştırma fiili işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) oluşturur^[100] ve bu durumda diğer şartları varsa kasten yaralama suçu oluşabilir^[101].

3- Fiil

Kısırlaştırma suçunda, suç oluşturan fiil, kısırlaştırma sonucuna yol açan herhangi bir harektir. Bu bakımdan bu suç, serbest hareketli bir netice suçudur^[102]. Bu nedenle, suçun tamamlanmış sayılabilmesi için bu fiil sebebiyle üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması gerekir^[103]. Bu nedenle

[98] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.140.

[99] Doğan, “Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon”, *op. cit.*, s.461-462.

[100] Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.441; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.405; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, *op. cit.*, s.306-307.

[101] Özalp, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.824.

[102] Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 121; Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.141.

[103] Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 22.05.2014 tarihli ve E.2014/2748, K.2014/6813 sayılı kararında, sanıkların aşamalarda savunmaları ve tüm dosya içeriği karşısında, mağdurenin olay tarihindeki tedavisine ilişkin tüm tedavi evrakı da temin edilip dava dosyasına eklendikten sonra, mağdurenin dosya ile birlikte adli tıp kurumuna sevki sağlanarak, doktor olan sanık (H) tarafından yapılan işlemin kısırlaştırma niteliğinde olup olmadığı, yapılan bu işlem sebebiyle mağdurenin çocuk doğurma yeteneğini geri dönülmez şekilde kaybedip etmediği ve söz konusu işlemin yapılmasında tıbbi bir zorunluluk bulunup bulunmadığı hususlarında rapor alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanıklarının hukuki durumlarının tayin ve takdirinin

de bu suç bir zarar suçudur^[104]. Yapılan tedavi ile kişinin yeniden üreme yeteneğine kavuştuğu durumlarda bu suç oluşmaz, ancak üreme yeteneğinin yeniden kazanılabilmesi için ameliyat olmak gerekiyorsa, yani, ameliyatla üreme yeteneğinin geri kazanılması ihtimali varsa, bu durum suçu ortadan kaldırmaz. Kısırlaştırma kastıyla icra hareketlerine başlayan failin, bu neticeyi gerçekleştirememesi durumunda, failin bu suça teşebbüs sebebiyle cezalandırılması gündeme gelir^[105].

NPHK m.4/1'de tanımlanan kısırlaştırma fiili öğretide de aynı şekilde, “kişinin cinsel arzu ve faaliyetlerine zarar vermeksizin, kadınlarda yumurta, erkeklerde ise sperm kanallarının kapatılması yoluyla üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasına yönelik tıbbi bir müdahale” olarak tanımlanmıştır^[106]. Tüzük'te de kısırlaştırma işleminin kadınlarda tüp ligasyonunu (tüplerin bağlanması), erkeklerde ise vazektomiye (erkeğin tohum kanallarının bağlanması) ifade ettiğine işaret edilmiştir (Tüzük m.2/b-c). Kısırlaştırmanın hadımlaştırmadan farkı, kişinin cinsel arzu ve faaliyet yeteneğine son vermemesidir. Aksi takdirde, fiil, kısırlaştırma suçunu değil, ayrı bir hadımlaştırma suç tipi de bulunmadığından kasten yaralama suçunu oluşturur. NPHK m.4/3, bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zorunluluk sebebiyle bir hastalığın tedavisi için hadımlaştırmayı gerektiren hallerde kişinin rızasına

gerektiği gözetilmeyerek eksik araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulmasının Kanuna aykırı olduğuna hükmetmiştir (uyap.gov.tr).

[104] Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.49.

[105] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.318.

[106] Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 04.04.2027 tarihli ve E.2015/10129, K.2017/1263 sayılı kararında, (A) doğumevinde kadın doğum uzmanı doktor olarak görev yapan sanığın, 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı RG'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğine aykırı hareket ederek, sezaryen yöntemiyle doğumunu gerçekleştirdiği katılan (S) ve eşinin onayını almadan katılanın tüplerini bağlamak (tüp ligasyonu) suretiyle kısırlaştırarak görevini ihmal ettiği iddia edilen olayda, sanık tarafından yapılan işlemin kısırlaştırma niteliğinde olup olmadığı, yapılan bu işlem sebebiyle katılanın çocuk doğurma yeteneğini geri dönülmez şekilde kaybedip etmediği ve söz konusu işlemin yapılmasında tıbbi bir zorunluluk bulunup bulunmadığı hususlarında Adli Tıp Kurumundan rapor alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdirinin gerektiği gözetilmeyerek eksik araştırma ve yetersiz rapora dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulmasının Kanuna aykırı olduğuna hükmetmiştir (uyap.gov.tr).

bakılmaksızın hadımlaştırma ameliyatı yapılabileceğini öngörmektedir. Hadımlaştırma durumunda kişinin zorunlu olarak kısırlaştırılması da söz konusu olduğundan NPHK m.4/3 dışında gerçekleştirilen bir hadımlaştırma fiilini TCK m.101 ve TCK.m.87/2 çerçevesinde değerlendirmek mümkündür. Bu durumda, bir fikri içtima halinin bulunduğunu göz ardı etmemek gerekir^[107].

TCK m.101'de kısırlaştırmanın erkek ya da kadının rızası dışında gerçekleştirilmiş olması şartı aranırken NPHK m.6/2 ve Tüzük m.13/2'de evli kimselerin aynı zamanda eşinin de rızasının alınması gerektiğinden söz edilmektedir. Ancak, TCK m.101, evli olan kişiler bakımından aynı zamanda diğer eşin de rızasının alınması zorunluluğundan bahsetmemektedir^[108]. Burada, TCK, ilgilinin rızası olmaksızın kısırlaştırma yapılamayacağı hükümünü öngörmektedir. Ancak, ilgilinin rızasının geçerli sayılabilmesi için Hasta Hakları Yönetmeliği ve Biyotıp Sözleşmesinde öngörülen şartlara uyulması; özellikle Yönetmelik m.22/1 uyarınca müdahalenin sonuçları hakkında mağdurun aydınlatılması ve bu suretle mağdurun aydınlatılmış onamıyla kısırlaştırmaya ilişkin rızasının alınması gereklidir^[109].

NPHK m.4/2 ve Tüzük'ün 10. maddesine göre, kısırlaştırma operasyonu, tıbbi sakınca olmadığı takdirde, reşit kişinin isteği üzerine yapılır. NPHK'daki tıbbi sakınca olmaması şartına, TCK m.101'de yer verilmemiştir. Bu nedenle bu şart TCK bakımından aranmaz^[110]. Ancak, kişinin kısırlaştırmaya razı olsa bile yapılacak müdahalenin doğurabileceği tıbbi sakıncalar konusunda aydınlatılmış olması gerekir. Failin kısırlaştırmaya yönelik müdahalesinin, mağdurun ölümüne veya yaralanmasına yol açması durumunda fail hakkında uygulanacak hüküm konusunda, 5237 sayılı TCK m.101'de, 765 sayılı TCK m.471'in aksine, bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak, bu konuda 5237 sayılı TCK m.101'in gerekçesinde, "kısırlaştırma fiilinin kişinin ölümüne veya bedensel bir zarara sebep olması halinde, failin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış

[107] Koca, "Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.55.

[108] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.318-319.

[109] Özalтуğ, "Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.826; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.319.

[110] Keskin Kızıroğlu, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları", *op. cit.*, s.188.

suçlara ilişkin hükümler çerçevesinde sorumluluğu cihetine gidileceğinde kuşku yoktur” ifadesine yer verilmiştir. Bu durumda, failin kısırlaştırmaya yönelik müdahalesinin, mağdurun ölümüne ya da yaralanmasına yol açması halinde fail, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırılır^[111].

Öte yandan NPHK m.4/2, kısırlaştırma fiilinin reşit kişinin rızasıyla yapılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle bu konuda reşit olmayan kişilerin rıza açıklaması geçerli değildir. Bu durumda, bu işlemin reşit olmayanlara yapılması yasaktır. Bu kişilerin rızasına dayanarak kısırlaştırma işleminin yapılması halinde de fiil suç oluşturacaktır^[112]. Ancak, öğretilerde, reşit akıl hastaları veya zeka geriliği bulunanlar bakımından vasinin rızası ve vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinin kararıyla kısırlaştırmanın yapılabileceği ifade edilmektedir^[113].

Nihayet, NPHK m.4/2 uyarınca reşit bir kadın ya da erkeğin tıbbi bir sakınca olmadığı takdirde, kendi rızasıyla kısırlaştırılması mümkündür. Mağdurun rızası dışında, ancak yetkili hekimin bu fiili işlemesi suçun basit şeklini oluşturur (TCK m.101/1-c.1). Fiilin hem mağdurun rızası dışında hem de yetkisiz bir kişi tarafından işlenmesi ise suçun nitelikli halini oluşturur (TCK m.101/1-c.2). Kısırlaştırma fiili esasen rıza yoksa suç oluşturur^[114]. Ancak, rızanın varlığına rağmen bu fiilin suç oluşturmasının sebebi, bu fiilin failinin niteliğidir. TCK m.101/2’de rızaya dayalı olsa bile bu fiilin yetkili olmayan, yani Tüzük’ün 10. maddesinde sayılan kişiler dışında kalan bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde fail, maddenin ikinci fıkrasındaki bu suçu işlemiş olur ve bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır^[115].

[111] Özalтуğ, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.828.

[112] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.319.

[113] Doğan, “Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon”, *op. cit.*, s.469-470; Keskin Kızıroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürtme ve Kısırlaştırma Suçları”, *op. cit.*, s.169.

[114] Sert, Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme, *op. cit.*, s.144.

[115] Özalтуğ, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.830.

4- Suçun Nitelikli Hali

TCK m.101/1'de rızaya dayanmayan kısırlaştırma fiili, yetkisiz kimse tarafından yapılırsa, bu durum, cezayı artıran nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir^[116]. Tüzük'ün 10. maddesinde kısırlaştırma işlemini yapmaya yetkili hekimler, uzmanlık alanları itibarıyla sayılmıştır. Bu uzmanlık alanına sahip olmayan kişiler tarafından mağdurun rızası olmaksızın kısırlaştırma işlemi yapılırsa suçun nitelikli hali oluşur. Buna karşın, mağdurun rızası olsa dahi, yetkili olmayan hekimler tarafından kısırlaştırma işleminin yapılması halinde ise fail, TCK'nin 101. maddesinin ikinci fıkrasına göre cezalandırılır^[117].

Ç) SUÇUN MANEVİ UNSURU

Bu suçun manevi unsurunu genel kast oluşturur. Ancak, suç olası kastla da işlenebilir^[118]; bu durumda failin cezası indirilir (TCK m.21/2).

Suçun taksirli şekli Kanun'da öngörülmediği için bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir^[119]. Dolayısıyla, objektif özen yükümlülüğüne aykırı tıbbi müdahale sonucu hastanın kısırlaşması halinde failin taksirle yaralama suçundan dolayı cezalandırılması mümkündür. Failin kastı mağduru yaralamaya yönelik olup da ayrıca buna bağlı, en azından göze alınan (olası kast) bir sonuç olarak mağdurun üreme yeteneği ortadan kaldırılmış ise hem bu suç hem de neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (TCK m.87/2-c) oluşur. Bu takdirde, fikri içtima hükümlerine başvurmak gerekir^[120].

[116] Sert, Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme, *op. cit.*, s.143-144.

[117] Erbaş, "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)", *op. cit.*, s.115.

[118] Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin, 11. Baskı, s.252-253; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Turhan, 7. Baskı, 2006, s.37.

[119] Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, *op. cit.* s.38; Veli Özer Özbek *et al.*, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 14. Baskı, 2023, s.288.

[120] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.320.

D) SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bu suçta mağdurun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olmayıp suçta tipikliğe ilişkin bir unsur olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Zira, TCK m.101/1 bakımından mağdurun rızası diğer şartları haiz olmak koşuluyla fiilin tipikliğini gerçekleştirmesini engeller^[121]. Böyle bir durumda mağdur tarafından verilen rıza üzerine yapılan kısırlaştırma fiilleri, yapıldığı andan itibaren hiçbir hukuka aykırılık ifade etmez. Ancak, yetkisiz kişi tarafından yapılan kısırlaştırma işleminde mağdurun göstereceği rızaya geçerlilik tanınmamıştır. Öte yandan, TCK m.101/1’de failin rızanın yokluğu konusundaki yanılışı, suçun maddi unsurlarında hata (TCK m.30/1) kapsamında değerlendirilmelidir^[122].

Bu suçta, tıbbi zorunluluk sebebiyle yapılan müdahaleler bakımından zorunluluk hali (TCK m.25/2) gündeme gelebilir^[123]. Hekimin hastalığı tedavi amacıyla hastayı kısırlaştırmasının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için müdahaleden önce hastanın bu konudaki rızasının alınması gerekir. Ancak, böyle bir durumda, hasta bilinci kapalı olduğundan rıza açıklayabilecek durumda değilse, onun varsayılan rızasına dayalı olarak müdahalede bulunan hekime ceza verilmez. Ayrıca, NPHK m.4/3’te de; “Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.” hükmüne yer verilmiştir. Buradaki düzenleme, hadımlaştırmaya (kastasyon) ilişkin ise de ondan daha az haksızlık içeriğine sahip kısırlaştırma için de bu hükmün uygulanabileceğinden kuşku duymamak gerekir^[124].

[121] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, *op. cit.*, s.315.

[122] Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.53.

[123] Özalтуğ, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.831.

[124] Doğan, “Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon”, *op. cit.*, s.475-477.

E) ZORUNLU KISIRLAŞTIRMA VE ZORUNLU HADIMLAŞTIRMA FİİLLERİNİN İNSAN HAKLARI YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

Birey, doğumundan sonra nüfus siciline biyolojik cinsiyetiyle kaydedilir. Bu kayıt bazı hukuki sonuçlar doğurur. Ancak, bazı bireyler, yaşam içerisinde kendilerini biyolojik cinsiyetten farklı bir psikolojik cinsiyetle özdeşleştirirler. Bu durumda, kendini karşı cinsten biri olarak tanımlayan kişiler “trans bireyler” olarak adlandırılır^[125]. Trans bireylerin cinsiyet değiştirebilmeleri için başvurabilecekleri yol ve yöntem 4721 sayılı TMK'nın 40/2. maddesinde düzenlenmiştir^[126]. Bu maddeye göre, cinsiyetini değiştirmek isteyen kişinin bizzat başvuruda bulunarak mahkemeden cinsiyet değişikliğine izin verilmesini istemesi gerekmektedir. Mahkemenin de bu izni vermesi için aradığı koşullardan birisi de “kişinin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu” sağlık kurulu raporuyla ispat etmiş olmasıdır. Dolayısıyla bu maddeye göre üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmayan bir kişinin cinsiyet değişikliği ameliyatı yapılmasına imkan bulunmamaktadır^[127].

Bir kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının bulunması, o kişinin yönelim ve isteklerine uygun bir yaşam biçimini seçmesi, özel hayatında seçmiş olduğu bu yaşam biçimine uygun davranma biçimini seçmesi ve gerek toplum içinde gerekse de özel hayatında bu

[125] Merve Alçık, “Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21 (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan Özel Sayısı), 2019, s.1877.

[126] TMK m.40/1'de; “(1) Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izni verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu (AYM'nin 29.11.2017 tarihli ve E.:2017/130, K.:2017/165 sayılı Kararı ile iptal edilen cümle: ‘ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu’) bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. (2) Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.” hükmüne yer verilmiştir.

[127] Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, Ankara, Seçkin, 8. Baskı, 2016, s.194.

seçimine göre davranışlarda bulunabilmesi konusunda serbest olmasını gerekli kılar^[128]. Bu nedenle, AYM ve AİHM'in yerleşik içtihatlarına göre trans bireyler, kişinin maddi ve manevi varlığını korunması, geliştirilmesi hakkı kapsamında korunmaktadır^[129].

TMK'nın 40. maddesinin itiraz yoluyla Anayasa'ya aykırılığı iddiası üzerine AYM, maddede yer alan koşullardan "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunmak" şartını iptal etmiştir^[130]. AYM iptal kararında özellikle bu hükmün, tıbbî bir müdahale sonucu üreme yeteneğinden sürekli yoksun kalan bir kişinin herhangi bir nedenle cinsiyet değiştirme ameliyatı olamaması durumunda cinsiyetini değiştiremediği hâlde üreme yeteneğini kaybetmesi sonucuyla karşılaşacağını, bunun da cinsiyet değişikliği için ön şart olarak kabul edilen söz konusu tıbbi müdahalenin sonuçları bakımından son derece ağır, telafisi imkânsız durumlara yol açabileceğini vurgulayarak hükmün ölçülü olmadığını ortaya koyup Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir.

[128] Alçık, "Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme", *op. cit.*, s.1879.

[129] *Ibid.*, s.1879-1880.

[130] AYM'nin 29.11.2017 tarihli ve E.:2017/130, K.:2017/165 sayılı kararında, "cinsiyet değiştirme ameliyatının bir sonucu olan üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun kalma hâli, itiraz konusu kuralla mahkemeden cinsiyet değişikliği izni alınabilmesi için ayrı bir koşul olarak öngörülmüş olmaktadır. Cinsiyet değişikliği ameliyatı olacak kişinin bu ameliyat öncesinde üreme yeteneğinden yoksunluğunu sağlamak üzere ayrı bir tıbbî müdahaleye maruz bırakılması, bedensel ve ruhsal olarak ilgili yönünden katlanılması gerekli olmayan bir müdahale niteliği taşımakta olup kişinin maddî ve manevî varlığı ile özel hayatı yönünden getirilen bu sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir denge varlığından söz edilemeyeceğinden, ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımaktadır. Öte yandan tıbbî bir müdahale sonucu üreme yeteneğinden sürekli yoksun kalan bir kişinin herhangi bir nedenle cinsiyet değiştirme ameliyatı olamaması durumunda cinsiyetini değiştiremediği hâlde üreme yeteneğini kaybetmesi sonucuyla karşılaşacağı açıktır. Bu da cinsiyet değişikliği için ön şart olarak kabul edilen söz konusu tıbbi müdahalenin sonuçları bakımından son derece ağır, telafisi imkânsız durumlara yol açabileceğini göstermekte olup kural bu yönüyle de ölçülü değildir." şeklinde tespitlerde bulunarak TMK'nın 40. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu..." ibaresinin Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

AYM'nin 29.11.2017 tarihli iptal kararının RG'de^[131] yayımlandığı 20.03.2018 tarihine kadar cinsiyet değiştirmek isteyen kişilere mahkemece cinsiyet değişikliğine izin kararı verilebilmesi için kişinin üreme yeteneğinden sürekli olarak yokun bulunduğunu eğitim ve araştırma hastanesinden almış olduğu bir resmi sağlık kurulu raporuyla kanıtlaması gerekmektedir^[132]. Bu dönemde AİHM, TMK'nın 40. maddesi ile ilgili olarak Türkiye aleyhine ihlal kararı vermiştir. AİHM, 10.03.2015 karar tarihli ve 14793/08 Başvuru No'lu Y.Y.-Türkiye kararında; biyolojik cinsiyeti kadın olan başvurunun, cinsiyet değişikliği ameliyatı olmak istemesi talebinin mahkemece TMK'nın 40. maddesinde öngörülen koşullardan, "sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olmaması" şartının gerçekleşmemiş olması sebebiyle reddedilmesi üzerine bu durumun, başvurunun cinsel kimliği ve maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı üzerindeki olumsuz sonuçları itibarıyla AİHS'in 8. maddesinde korunan özel hayatına saygı hakkına müdahale olarak değerlendirmiştir^[133].

Ayrıca, AİHM, trans bireylerin cinsel kimlikleri ve yönelimleri sebebiyle temel hak ve özgürlüklerinden mahrum bırakılmaları ve onlara karşı işlenen insan hakkı ihlallerini AİHS'in 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı kapsamında da ele almaktadır^[134].

AYM'nin, cinsiyet değiştirme ameliyatı öncesinde aranan üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma koşulunun iptal edilmesine yönelik kararıyla, iç hukukumuzdaki düzenleme, AİHM'in Y.Y.-Türkiye kararıyla uyumlu hale gelmiştir. Bu ön koşulun hukuka aykırılığını, AİHM kararıyla birlikte

[131] AYM'nin iptal kararı 20.03.2018 tarihli ve 30366 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

[132] Ayan ve Ayan, *Kişiler Hukuku, op. cit.*, s.194.

[133] Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, <https://legalbank.net>, ET:19.07.2024.

[134] AİHM, 09.10.2012 karar tarihli ve 24626/09 Başvuru No'lu X-Türkiye kararında, eşcinsel olan başvuranın mahkum olduğu cezasını çekmekte olduğu cezaevinde maruz kaldığı farklı muamelelerin ayrımcılık yasağı ilkesini; yaşamaya elverişli koşuğa tutulmaması, açık havaya çıkarılmaması, hiçbir sosyal aktiviteye katılamaması ve bu konuya ilişkin bütün taleplerinin trans birey olması sebebiyle reddedilmesinin de işkence yasağı ilkesini ihlal ettiğine hükmetmiştir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmî Ağ Sayfası, <https://hudoc.echr.coe.int>, ET:19.07.2024).

dikkate alan AYM, nihayet haklı olarak, bu koşulu öngören kanun hükmünü iptal etmiştir^[135].

Öte yandan, cinsel suç faillerine zorunlu hadımlaştırma uygulamasının Türk Hukukunda kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır^[136]. Öğretide de cerrahi hadımlaştırmanın geri dönülmez bir şekilde tıbbi bir müdahaleyi gerektirdiği için bir suç karşılığında ceza yahut güvenlik tedbiri olarak uygulanamayacağı kabul edilmektedir^[137]. Cinsel suç faillerine uygulanıp uygulanamayacağı tartışılan cerrahi hadımlaştırma, Anayasa ve AİHS kapsamında korunan, başta yaşama hakkı olmak üzere, kişinin kendi geleceğini belirleme, cinsel kimliği ve bedeni üzerinde tasarrufta bulunma ve kişinin özel hayatına ve aile yaşamına saygı hakkını ihlal edecek bir nitelik taşımaktadır^[138]. Bu nedenle, cerrahi hadımlaştırmanın uygulanmasında çok dikkatli davranılması gerekir^[139]. Ancak, belirli bir yaşın üzerindeki (en azından ergenlik dönemini geçmiş bulunan) cinsel suç faillerine, bir denetimli serbestlik tedbiri olarak, rızaları da bulunmak koşuluyla, kimyasal hadımlaştırma uygulanabilir^[140].

[135] TMK'nın 40. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “ve üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunduğunu” ibaresi iptal edilmiştir.

[136] Baran Kızılırmak, “Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme”, *op. cit.*, s.1048.

[137] Arzu Aşçı, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Kastrasyon Tedavi Yöntemine Kısa Bir Bakış”, *op. cit.*, s.171-172.

[138] Tezcan *et al.*, İnsan Hakları El Kitabı, *op. cit.*, s. 470-472; Tunç, *Türk Anayasa Hukuku*, *op. cit.*, s.118-121; Çiftcioğlu, “Yaşama Hakkı”, *op. cit.*, s.142-144.

[139] Yenidünya ve Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, *op. cit.*, s.12-13.

[140] Bu konuda AİHM'in 06.11.2014 tarihli ve 12927/13 Başvuru No'lu Dvoracek-Çek Cumhuriyeti kararında, Mahkeme, cinsel istismar suçunun faili olan başvuru hakkında koruyucu tedavi olarak kimyasal kastrasyon tedavisi uygulanması üzerine başvuruçunun bu işleme ilişkin yazılı bir rızasının alınmadığını ileri sürerek kendisine yapılan bu uygulamanın AİHS m.3'e aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle yaptığı başvuruyu, bu tarz bir koruyucu tedavi uygulamasının AİHS m.3 kapsamında bir ceza olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu kararın, kastrasyon bakımından iki önemli sonucu olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, kimyasal kastrasyon tedavisinde rızanın mutlaka yazılı olarak verilmiş olmasının gerekmemesi, ikincisi ise kimyasal

Buna karşın, Almanya ve Amerika Birleşik Devletlerinin dokuz eyaletinde cinsel suç faillerine yönelik hadımlaştırma uygulaması kanuni olarak uygulanmaktadır. Bu eyaletler Oregon, Montana, Georgia, Wisconsin, Florida, Kaliforniya, Teksas, Louisiana ve Iowa'dır^[141]. Aynı şekilde, İngiltere'de de uygulamada cinsel suçlardan hüküm giymiş olanlara mağdurun talebi üzerine hadımlaştırma uygulaması yapılmaktadır^[142].

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A) TEŞEBBÜS

Bu suç bir netice suçudur^[143]. Dolayısıyla bu suç kişinin üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasıyla tamamlanır^[144]. Bu nedenle, suçun teşebbüs aşamasında kalması mümkündür. Fail, bu fiile yönelik elverişli hareketlerle, doğrudan doğruya suçun icrasına başlayıp da elinde olmayan sebeplerle fiilini tamamlayamaz ya da kısırlaştırma neticesini gerçekleştiremezse suç teşebbüs aşamasında kalmış olur^[145].

B) İŞTİRAK

Bu suçun özgü suç olması sebebiyle, iştirak bakımından TCK m.40/2 önemlidir^[146]. Zira hekim olmayanlar bu suçun müşterek faili olamazlar.

kastrasyon tedavisinin tıbbi olarak gerekli olduğu durumlarda, bu uygulamanın AİHS m.3'ü ihlal ettiği iddiasının kabul edilmemesidir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmî Ağ Sayfası, <https://hudoc.echr.coe.int>, ET:19.07.2024).

[141] Ertuğrul, *Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları*, *op. cit.*, s.33.

[142] *Ibid.*, s.35.

[143] *Ibid.*, s.141.

[144] Ertuğrul, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kısırlaştırma Suçu", *op. cit.*, s.66.

[145] Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.443; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 18. Baskı, 2023, s.516.

[146] Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.571; Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.561.

Bu kişiler ancak azmettiren ya da yardım eden olarak suça katılabilirler^[147]. Ayrıca, hekim olmayan bir kişinin bir hekimle birlikte kısırlaştırma ameliyatının icrasını birlikte gerçekleştirmiş olması halinde, hekim kısırlaştırma suçunun faili, hekim olmayan kişi de suçun şeriki olacaktır. Bununla beraber, hekim olmayan kişinin fiili, onu aynı zamanda kasten yaralama suçunun faili yapacaktır. böyle bir durumda ise failliğin şerikliğe göre asliliği kuralı gereğince, hekim olmayan kişi, sadece kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılabilecektir^[148].

C) SUÇLARIN İÇTİMAI

Bu suçun birden çok kişiye karşı aynı anda işlenmesi, mümkün görünmemektedir. Bu nedenle bu suçta aynı neviden fikri içtimanın (TCK m.43/2) gerçekleşmesi ihtimali çok zordur^[149]. Yine, kısırlaştırma suçunun ancak ilk suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde zincirleme suç olarak işlenebilmesi mümkündür^[150] (TCK m.43/1). Öte yandan, kısırlaştırma suçunu oluşturan fiil aynı zamanda kasten yaralama suçunu da oluşturacağından bu iki suç arasında fikri içtimanın varlığını kabul etmek gerekir. Ayrıca, kısırlaştırma fiilinin, mağdurun ölümüne veya yaralanmasına sebep olması halinde failin, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin hükümler kapsamında sorumluluğu gündeme gelir^[151] ve böylece fail hakkında TCK m.101 ile m.87/2 arasında fikri içtima hükümlerine başvurularak sorun çözümler^[152].

[147] Keskin Kızıroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, *op. cit.*, s.189; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.446.

[148] Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.460-463.

[149] Erbaş, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)”, *op. cit.*, s.121.

[150] Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.55.

[151] Artuk, Gökçen ve Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, *op. cit.*, s.52-53; Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.432; Veli Özer Özbek *et al.*, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, *op. cit.*, s.521.

[152] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, *op. cit.*, s.320.

V. SUÇUN MUHAKEME USULÜ VE YAPTIRIMI

A) SUÇUN SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA ŞARTLARI

Bu suç, re'sen soruşturulur. Ancak, bu suçun, bir devlet memuru olan sağlık mesleği mensubu tarafından işlenmesi halinde, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri gereğince bağlı bulunduğu kurum^[153] tarafından yargılama izni verilmesi gerekmektedir^[154]. Bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle kamu görevlilerinin (doktorların ve diğer sağlık mensuplarının) görevleri sebebiyle suç işlemeleri gerekmektedir. Ayrıca, işledikleri suçun da ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde işlenmemiş olması gerekir^[155]. Bunun dışında kalan hallerde de fiilin soruşturulması ve kovuşturulması 4483 sayılı Kanun kapsamında yetkilendirilmiş bulunan merciin vereceği izin üzerine yapılabilir^[156].

B) GÖREVLİ MAHKEME

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 14. maddesi uyarınca, ağırlatıcı sebepler dikkate alınmaksızın^[157] TCK'nın 101. maddesinin

[153] Bu izin, 15.06.2022 tarihli ve 31867 sayılı RG'de yayımlanan Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbi İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m.5-6 hükümleri uyarınca 15.06.2022 tarihinden itibaren, Sağlık Bakanı tarafından belirlenen Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından verilmektedir.

[154] Şahin Cumhuri ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 5. Baskı, 2022, s.48.

[155] Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 17. Baskı, 2023, s.54-55.

[156] Cengiz Topel Çiftcioğlu, *Açıklamalı Uygulama Örnekleriyle Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Kararın Denetimi*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2017, s.128-129.

[157] Öztürk et al., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, op. cit. s.200 vd; Çiftcioğlu, *Açıklamalı Uygulama Örnekleriyle Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Kararın Denetimi*, op. cit. s.67-68; Cumhuri ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, op. cit. s.33.

birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen suçların cezasının üst sınırı on yıldan fazla olmadığına ve 5235 sayılı Kanun m.12’de sayılan suçlardan da bulunmadığına göre görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

C) SUÇUN YAPTIRIMI

TCK m.101/1’de düzenlenen suçun basit şeklinin yaptırımı, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezasıdır. Şayet bu fiil yetkisiz kişiler tarafından işlenmişse, ceza üçte bir oranında artırılır^[158]. TCK m.101/2’de düzenlenen suçun yaptırımı ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır.

Fail, hapis cezasına mahkumiyetin bir sonucu olarak TCK m.53’teki belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma yaptırımına da tabi olacaktır^[159]. Aynı şekilde, bu suçun hekim tarafından görevin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi söz konusu olduğundan ayrıca cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmedilen cezanın yarısından bir katına kadar bir süre, bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına da karar verilecektir^[160] (TCK m.53/5).

[158] Özalтуğ, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.*, s.833.

[159] Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 675-676; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, *op. cit.* s.405.

[160] Koca, “Kısırlaştırma Suçu”, *op. cit.* s.55.

SONUÇ

Kısırlaştırma, bir kadın veya erkeğin geri dönüşü olmayacak şekilde tıbbi bir müdahale ile üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir. Bu işlem sonunda, kişinin üreme yeteneği sona ermekle birlikte, cinsel istek ve arzuları devam ettiği için, bu fiil bu yönüyle hadımlaştırmadan ayrılmaktadır. Zira hadımlaştırma sonucu kişinin üreme yeteneği ile birlikte cinsel istekleri ve dolayısıyla cinsel faaliyette bulunma yeteneği de kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Hukuka aykırı kısırlaştırma, hem 765 sayılı eski TCK'da hem de 5237 sayılı yeni TCK'da suç olarak düzenlenmiştir. Ancak, hukuka aykırı hadımlaştırma TCK'da özel bir suç tipi olarak düzenlenmediğinden bu fiil failinin TCK m.87/2-c'deki neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan cezalandırılması mümkündür.

Hukuka uygun kısırlaştırma, NPHK m.4/2'de düzenlenmiştir. Bu Kanun, kısırlaştırma nüfus planlaması amacıyla başvurulmuş ve gebeliği önleyici bir önlem olarak öngörülmesi ve bu fiili kişinin isteği ve tıbbi açıdan bir sakınca bulunmaması şartına bağlı tutmuştur. Yine bu Kanun'a göre, bu fiil, ancak reşit olan bir kişinin isteği üzerine gerçekleştirilebilir; hatta bu kişi evliyse, eşinin de rızası aranır. Oysa, TCK m.101, bu şartları aramamıştır. Ayrıca, NPHK, kısırlaştırma için, tıbbi sakınca olmaması şartını aradığı halde TCK m.101 bu şartı da aramamıştır. Dolayısıyla, öncelikle NPHK ve TCK arasında var olan ve uygulamada tereddütlere yol açan bu farklılıkların kanuni bir düzenleme yapılarak giderilmesi gerekir. Öte yandan, 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, kısırlaştırma fiilinin kişinin ölümüne veya yaralanmasına sebep olması halinde fail hakkında uygulanabilecek özel bir hüküm konulmadığından, bu durumda TCK'daki neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Ancak, yeni TCK'da da eski TCK'da olduğu gibi bu konuya ilişkin özel bir hükmün konulması daha isabetli olacaktır. Yine, NPHK m.4'ün başlığı "Sterilizasyon ve kastrasyon" olmasına karşın hukuka aykırı hadımlaştırma (kastrasyon) fiilinin TCK'da özel bir suç tipi olarak öngörülmemiş olması da bir eksiklik olarak kabul edilmektedir. TCK'da bu fiilin bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiş olması sebebiyle, bu fiilin işlenmesi halinde failin sorumluluğu TCK m.87/2 çerçevesinde belirlenecektir.

Nihayet, cinsel suç faillerine cerrahi kastrasyon uygulanması Anayasa ve AİHS'te öngörülen, başta yaşama hakkı olmak üzere, kişinin kendi geleceğini belirleme, cinsel kimliği ve bedeni üzerinde tasarrufta bulunma ve

kişinin özel hayatına ve aile yaşamına saygı hakkını ihlal edecek bir nitelik taşımaktadır^[161]. Bu nedenle, cerrahi kastrasyonun uygulanmasında çok dikkatli davranılması gerekir. Ancak, belirli bir yaşın üzerindeki (en azından ergenlik dönemini geçmiş bulunan) cinsel suç faillerine, bir denetimli serbestlik tedbiri olarak, rızaları da bulunmak kaydıyla, kimyasal kastrasyon uygulanabilir.

[161] Tunç, *Türk Anayasa Hukuku*, *op. cit.* s.107-109.

KAYNAKÇA

- Aksar, Yusuf. *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022.
- Alçık, Merve, “Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21 (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayısı), 2019, s.1875-1906.
- Artuk, Mehmet Emin ve Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Turhan, 7. Baskı, 2006.
- Aşçı, Arzu, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Kastrasyon Tedavi Yöntemine Kısa Bir Bakış”, İzmir Barosu Dergisi, Cilt 86, Sayı 2, Mayıs 2021, s.163-192.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, Ankara, Seçkin, 8. Baskı, 2016, s.194
- Berg, Jonathan, “Etik Dine Nasıl Dayandırılabilir?” (Çev. Muhammet İrğat), Marife Dini Araştırmalar Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Yaz 2015, s.219-227.
- Cumhur, Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 5. Baskı, 2022.
- Çiftcioğlu, Cengiz Topel, *Açıklamalı Uygulama Örnekleriyle Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Kararın Denetimi*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2017.
- Çiftcioğlu, Cengiz Topel, “Yaşama Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 103, Kasım-Aralık 2012, s.137-168.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 18. Baskı, 2023.
- Doğan, Büşra, “Tıp Ceza Hukuku Bağlamında Kısırlaştırma Suçu ve Kastrasyon”, *Suç ve Ceza*, Sayı 13, 2020, s.449-526.
- El-Fehd, Ahmed B. Fehd B. Humeyyin, “Gebeliği Kalıcı Olarak Engellenmenin Fikhî Yönüne Dair Bir İnceleme” (Çev. Mehmet Ali Yargı), *Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı 11, Aralık 2017, s.161-183.

- Erbaş, Rahime, “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı 73, Şubat 2016, s.187-192.
- Ertuğrul, Hüseyin, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kısırlaştırma Suçu”, *Abi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, 2018, s.59-74.
- Ertuğrul, Hüseyin, Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları, (Doktora Tezi, Danışman Mustafa Özen), Kırıkkale, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2016 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 428763).
- Keskin Kızıroğlu, Serap, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayısı), 2013, s.165-190.
- Kızılırmak, Baran, “Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, Aralık 2019, s.1025-1071.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 6. Baskı, 2013.
- Koca, Mahmut, “Kısırlaştırma Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı 67, Aralık 2009, s.43-55.
- Oktar, Salih, Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları, (Doktora Tezi, Danışman Durmuş Tezcan), İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2013 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 349377).
- Özaltuğ, Alparslan, “Türk Hukukunda Kısırlaştırma Suçu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 199-200, Mart-Nisan 2021, s.821-851.
- Özbek, Veli Özer *et al.*, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 14. Baskı, 2023.

- Özbek, Veli Özer ve Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 18. Baskı, 2023.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 7. Baskı, 2012.
- Öztürk, Bahri *et al.*, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 17. Baskı, 2023.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin, 11. Baskı, 2011.
- Sert, Gürkan, Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme, İstanbul, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı Yayını, 1. Baskı, 2013.
- Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, İstanbul, Beta, 16. Baskı, 2022.
- Tezcan, Durmuş ve Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin, 11. Baskı, 2014.
- Tezcan, Durmuş ve Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin, 7. Baskı, 2013.
- Tezcan, Durmuş *et al.*, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara, Seçkin, 10. Baskı, 2024.
- Tunç, Hasan, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Adalet, 3. Baskı, 2022.
- Yenidünya, Ahmet Caner ve Yusuf Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 4, Temmuz 2013, s.171-189.
- Yılmaz, Berna Ayşen, “Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, Aralık 2015, s.59-88.
- Yılmaz, Candan, Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları (TCK m. 99-100), (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Güneş Okuyucu Ergün), Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 535010).