

KİMYASAL HADİM YÖNTEMİNİN ANAYASAYA UYGUNLUĞU -II

Zeynep Burcu AKBABA*

I. ANAYASAL BOYUTTA KİMYASAL HADİM

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA KİMYASAL HADİM

İnsan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması amacı ile düzenlenmiş olan bu Sözleşme, 20 Mart 1950'de Roma'da imzalanmış ve 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Sözleşmeyi 18 Mayıs 1954'de onaylamıştır.¹

Sözleşme'nin dibace bölümünde, Bildiri'nin amacı, metinde açıklanan hakların her yerde etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamak olarak gösterilmiştir. Bunun yanı sıra, üyeler arasında daha sıkı bir birlik kurmak, insan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi amacı ile bu sözleşme imzalanmıştır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmayı amaçlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan hakların korunmasını hedef almaktadır.

1. İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerin tanınacağını belirtmektedir. Sözleşme insan haklarının korunmasını ve geliştirilmesini

* Stajyer Av., Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku yüksek lisans öğrencisi.

¹ Resmi Gazete 19 Mart 1954 - 8662.

amaç edinir. AİHS hazırlık aşamasında Avrupa'daki demokratik rejimlerin devam ettirilmesi açısından gerekli olan asgari hak ve özgürlükleri güvenceye alarak işe başlamış, zamanla insan hakları listesini genişletmiştir. AİHS ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan çok sivil ve politik hakların korunmasına öncelik vermiştir.²

2. Yaşama Hakkı

AİHS, 2. maddede yaşama hakkını güvenceye almıştır. Buna göre:

*"1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez."*³

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

- a. Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;
- b. Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;
- c. Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için."

3. İşkence Yasağı

Sözleşme'nin 3. maddesinde yer verilen, "Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz." bu hüküm,

² Bkz. <http://www.hatay.gov.tr/ilinsanhaklarikurulu/avrupaihsozlesmesi.asp> (Son Erişim Tarihi: 05 Haziran 2008).

³ İdam cezasının barış zamanı dışında, savaş ve savaş tehlikesi halinde de kaldırılmasını öngören 13. Protokol metni şöyle: (9 Ocak 2004)

Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyine üye devletler;

Hayat hakkının, demokratik toplumun temel değeri olduğunu ve ölüm cezasının kaldırılmasının, bu hakkın korunması ve tüm insanların doğuştan gelen onurunun bütünüyle tanınması için elzem olduğu inancıyla,

Ölüm cezasının tüm koşullarda ortada kaldırmaya yönelik son adımların atılması kararlılığıyla,

Aşağıdaki konularda anlaşmışlardır:

Madde 1- Ölüm cezasının kaldırılması

Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılamaz ve idam edilemez.

kişi haklarını ihlal edecek olan uygulamaların söz konusu olamayacağını belirtmektedir.

4. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması

AIHS madde 8 kapsamında düzenlenen bu temel hak, toplumun huzur ve barış içinde yaşaması için öngörülmüş temel bir düzenlemedir. Buna göre:

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunluk olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."

5. Evlenme Hakkı

Temel haklar kapsamında düzenlenen bir başka hususta evlenme hakkıdır ve *"Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir"* ibaresi ile ailenin hayatının korunması esas alınmıştır (Madde 12).

6. Genel Değerlendirme

AIHS ile koruma altına alınmış bulunan haklar kapsamında kimyasal hadım uygulamasını değerlendirmek gerekirse, kimyasal hadım düzenlemesinin birçok hakkı ihlal ettiği görülmektedir.

Yaşam hakkının korunması kapsamında kimyasal hadım, kişinin fiziksel bütünlüğüne zarar vermekte ve yapılan incelemeler sonucunda ortaya çıkan yan etkilerinin, kişinin sağlıklı yaşamasına engel teşkil ettiği görülmektedir.

Kimyasal hadım uygulamasını savunanların bu noktada yapmış olduğu açıklamalar, *"toplumun güvenliği ile bireyin yaşamı karşı karşıya geldiğinde, korunması gereken husus toplumun güvenliğidir"* şeklindedir. Burada ölçülülük ilkesi (*proportionality principle*) gereğince, toplumun

daha sağlıklı olması ve gelecekteki kuşakların güven içinde yaşamaları için, cinsel suçluların hadım edilmesi yaşam hakkını ihlal etmeyeceği savunmasında bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki kişilerin doğuştan var olan en temel hakkı “yaşam hakkı”dır. Bu nedenle yaşam hakkının korunması ve başka değerlerle karşılaştırılmaması gerekmektedir. Kişinin hapis cezasına tabi tutulması, yaşam hakkını ihlal etmediği ve alternatif bir uygulama olan hadımın bu hakka aykırı bir uygulama olduğu düşünülürse, suçlulara hapis cezasının uygulanması daha avantajlıdır. Ancak bu durumda da karşımıza ıslah sorunu çıkmaktadır. Hapis cezasının ıslah için yeterli olmadığı, residivizm oranlarından açıkça görülmektedir. Özellikle de mağdurun ve suçlunun yaşam haklarının çakıştığı bu noktada, suçlunun yaşam hakkının korunması mağduru ikinci kez mağdur durumuna düşürmekten kurtarmamaktadır.

Konunun işkence yasağını da ihlal ettiği söylemek de mümkündür. Çünkü kimyasal hadım için kullanılan ilaçların etkileri tam olarak saptanamadığından söz konusu ilaçların deneysel nitelikte olduğunu söylenmektedir. Ayrıca kişinin kimyasal yolla da olsa hadım edilmesi onur kırıcı bir yöntem olarak kabul edilebilir. Ataerkil toplumlarda daha baskın olsa da, bir erkeğin cinsel faaliyette bulunamaması onun toplumun gözünde küçük düşmesine neden olabilir hatta alay konusu bile yapılabilir. Bu nedenle söz konusu uygulamanın işkence yasağını da ihlal ettiği açıktır. Ayrıca kimyasal hadımı ceza olarak kabul etsek dahi, AIHS madde 3 “onur kırıcı... işlemlere” de tabi tutulamayacağını belirtmiştir.

Özel hayatın ve aile hayatının korunması ile evlenme hakkını birlikte ele almak gerekirse; kimyasal hadımın kişinin cinsel faaliyetlerini engellemesinden ötürü, belirtilen temel haklara aykırı bir düzenleme olduğu açıktır. Kişinin cinsel faaliyetlerinin engellenmesi, üreme yeteneğini de ortadan kaldıracığından, bu kimsenin bir aile kurmasından söz edemeyiz. Cinsellik ve üreme, kişiye var oluşunun kazandırdığı en temel özgürlüklerdendir ve kişinin üreme yeteneğine geçici bir süre de olsa son vermek, temel hak ve özgürlüklerin niteliğiyle çelişmektedir. Ancak AIHS madde 8, kişinin özel hayatının ve aile hayatının belli bir takım nedenlerle sınırlandırılabilceğini belirtmiş ve bu nedenleri de ilgili maddenin 2. fıkrasında saymıştır. Bu durumda kamu güvenliği nedeni ile bu hakkın sınırlandırılmasının mümkün olduğu görülmektedir. Ayrıca kimyasal hadımı, cerrahi hadımdan ayıran en önemli

fark, kimyasal hadım uygulamasına tabi olan bir suçlu, bu uygulama esnasında ve uygulamanın sonrasında üreme yeteneğini haizdir. Yani kişi bu tedavi/ceza sürecinde ve sonrasında, cinsel faaliyette bulunabilmekte hatta çocuk sahibi olabilmektedir. Ancak kimyasal hadım karşıtları, bu prosedürün uygulanması esnasında kullanılan ilaçların sperm kalitesini düşürdüğünü ve doğacak olan çocukta bazı kalıtsal hastalıklara neden olabileceğini belirtmektedir.

Sonuçta Avrupa ülkelerinin yasal düzenlemelerinde yer verdiği ya da yasallaştırmak amaçlı hazırlıklarına başladığı kimyasal hadım, AİHS’ inde koruma altına alınmış olan temel hakları ihlal etmektedir. Ancak söz konusu uygulamaya ilişkin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne herhangi bir uyuşmazlık gitmediğinden, bu uygulamanın yasaklanmasına ilişkin bir karar bulunmamaktadır. Yakın bir zamanda İngiltere’de suçluların DNA’larının toplanması ve depolanmasına yönelik düzenlemenin, mahkemece suçlu olmadıkları tespit edilen kişiler içinde uygulanması, bu kimselerin temel haklarının ihlal edilmesi gerekçesi ile AİHM’ye başvurulmasına sebebiyet vermiştir. AİHM’nin bu konuda vereceği karar, zorunlu kimyasal hadım uygulaması için emsal teşkil eden bir karar olabilir.

B. ABD ANAYASASI BAĞLAMINDA KİMYASAL HADİM

Kabul etmek gerekir ki, Kaliforniya Zorunlu Hadım Yasası, Amerikan Anayasası ile ilgili büyük bir tartışma çıkmasına neden olmuştur. Kimyasal hadım yasasına karşı kurumlardan biri olan Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği (ACLU), bu yasanın işkence ve barbarlık teşkil eden mutad olmayan ceza (*cruel and unusual punishment*) içinde yer aldığını savunmaktadır. Bunun yanında özel hayatın korunması hakkını da aşikar bir biçimde ihlal ettiği belirtilmektedir. Ayrıca özel hayatın korunması hakkının içine, özgürce üreme ve medikal tedaviyi kabul etme ya da reddetme hakları da girmektedir. Bu bölümde zorunlu kimyasal hadım yasasının Anayasal haklar üzerindeki etkisi incelenecektir.

1. İşkence ve Barbarlık Teşkil Eden Ceza

Kuşkusuz kimyasal hadım yasasına karşı yapılan en önemli itirazlardan biri de, Amerikan Anayasası’nın 8. Eki’nde koruma altına alın-

muş olan “işkence ve barbarlık teşkil eden mutata olmayan ceza” hükmünü ihlal etmesidir.⁴ Bu konuya ilişkin olan savunmalar, kimyasal hadım uygulamasının bir ceza olmaktan öte, bir tedavi olması nedeniyle 8. Ek kapsamında bir ihlalin söz konusu olamayacağı şeklindedir. Bu konuya ilişkin olarak New Jersey Federal Bölge Mahkemesi, uygulamanın ceza ya da tedavi olduğunu tespit etmek amacıyla *Rennie* testini uygulamıştır. Mahkeme uyguladığı bu test sonucunda, kimyasal hadımı bir ceza olarak değil bir tedavi olarak kabul etmiş ve böylece 8. Ek kapsamında koruma altına alınan hakkın kapsamından muaf olduğunu belirtmiştir.

ABD Temyiz Mahkemesi, 1958 yılında *Trop v. Dulles* davasında 8. Ek’te düzenlenen işkence ve barbarlık teşkil eden ceza kavramının tanımına yer vermiştir. Buna göre, bu kavram olgun toplumun ürünü olan gelişmiş toplumsal standartlardan türetilmiştir. Bu gelişen toplumsal standartlara olan bağlılık, işkence ve barbarlık teşkil eden cezaların ana hatlarını belirlemek bakımından mütemadiyen yol göstermektedir.⁵

Mickle v. Henrichs davasında, suçlu hapis ve vazektomi cezalarına çarptırılmıştır. Vazektomi cezasının nedeni de kişinin üremesine engellemek olarak gösterilmiştir. Sonrasında Nevada Mahkemesinin cebri olarak vazektomi uygulanması kararı, işkence ve barbarlık teşkil eden ceza yasağına aykırı olduğundan uygulanmamıştır.⁶

Güney Karolina Temyiz Mahkemesi *State v. Brown* davasında, cerrahi hadımın Anayasal bir yasak olan işkence ve barbarlık teşkil eden ceza hükmünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme daha önce vermiş olduğu kararlara uygunluk göstererek, 8. Ek kapsamında yasaklanan bu cezaların uygulanması suçluları alçaltacağından, bu uygulamaya karşı çıkmıştır. *Skinner v. Oklahoma* davasında temyiz mahkemesi sterilizasyon cezasını, kanun hükümlerinden herkesin

⁴ The 8. Amendment provides: “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.” “Ne aşırı yüklü para cezaları ne de işkence ve barbarlık teşkil eden mutata olmayan cezalar vermek gibi makul olan miktarın çok üzerinde talep olunan kefalet kabul edilmektedir.”

⁵ Keesling, Lisa, “Practicing Medicine Without A License: Legislative Attempts to Mandate Chemical Castration...”, p. 383.

⁶ Batchoo, Lystra, “ Voluntary Surgical Castration of Sex Offenders: Waiving the Eighth Amendment...”, p. 710.

eşit yararlanması kapsamında anayasaya aykırı bulmuştur. Bu karar göstermektedir ki, hadım ve sterilizasyon niteliği gereği barbarca bir uygulamadır.⁷

Son olarak *Harmelin v. Michigan* davasında 8. Ek kapsamında ki yasak “orantılılık ilkesi” uyarınca ele alınmıştır. Orantılılık ilkesinin tarihine baktığımızda, ceza ile suç arasındaki sıkı bağlantı örf ve adet hukuku sisteminde açıklanmaya çalışılmıştır. Hakim O’Connor ve Souter 8. Ek için sıkı bir orantılılık aranmaması gerektiğini, burada yalnızca büyük ölçüde orantısızlık içeren cezaların yasaklandığını bu nedenle kimyasal hadımın bu kapsamda düşünülemeyeceğini belirtmişlerdir.⁸

2. Özel Hayata İlişkin Anayasal Koruma

1965 yılında *Griswold v. Connecticut* davasında mahkeme; Anayasa’da yer alan Birinci, Üçüncü, Dördüncü, Beşinci ve Dokuzuncu ekleri özel hayatı düzenleyen alan olarak kabul etmiştir. Bu nedenle bu ‘Ek’lerde belirtilen haklar, hükümetin menfaati dışında sınırlandırılmaz. Mahkeme ayrıca, özel hayatın korunması hakkının doğası gereği, özgürce üreme hakkını, medikal tedaviyi kabul etme ve reddetme haklarını içinde barındırdığını belirtmiştir.

2.a. Üreme Özgürlüğü Hakkı

Skinner v. Oklahoma davasında mahkeme, Oklahoma İtiyadı Suçlu Sterilizasyon Yasası’nın gerektirmiş olduğu sterilizasyon cezasının uygulanmasını reddetmiştir. Mahkeme üreme hakkının, bir erkeğin en temel haklarından biri olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme sterilizasyon, vazektomi ve cerrahi hadım cezalarının üreme hakkını ihlal ettiğini çünkü üreme yeteneğini tamamen ortadan kaldıran bir uygulama olduğuna değinmiştir. Ancak MPA tedavisi bu hakkı ihlal etmemektedir.⁹

⁷ Brody Kay-Frances, “A Constitutional Analysis of California’s Chemical Castration Statute”, *Temple Political & Civil Rights Law Review*, Vol. 7, No. 141, 1997, p. 142.

⁸ Gimino, Peter J., “Mandatory Chemical Castration for Perpetrators of Sex Offenses...”, p. 88.

⁹ Neach Mark J., “California is on the “Cutting Edge”: Hormonal Therapy (a.k.a.

MPA tedavisi süresince kişi kendiliğinden ereksiyon ve ejakülasyon (boşalma, meni fışkırtma) gerçekleştirebilmektedir. Bu tedavi esnasında kişinin cinsel faaliyetleri devam etmekte hatta bir partner tarafından tahrik edilmesi dahi mümkündür. Bazı eleştirmenler, kimyasal hadımın cinsel kapasitede yol açtığı azalmanın, cinsel dürtüyü de azaltacağını belirtmekte ve MPA'nın uygulanacak miktarının fizyolojik anlamda iktidarsızlığa yol açabileceğini de savunmaktadırlar.

Temel haklardan biri olan üreme özgürlüğünün, hükümetlerin menfaatleri doğrultusunda sınırlandırılabilmesi yukarıda belirtilmiştir. Hükümet böyle bir sınırlamaya gitmesi durumunda menfaatlerini belirtmeli ve bunu kanıtlamalıdır. Ancak hükümetin bu konuda yapmış olduğu savunma, kimyasal hadım uygulamasının üreme hakkını engelleyen bir düzenleme olmadığı şeklindedir. Ayrıca hükümet, *“savunmasız çocukların cinsel suçlulardan korunması yasal bir menfaattir ve suçluları, suç işlemeleri konusunda motive eden bu dürtülerin engellenmesi, gelecekte yaşanacak suçları önlemek anlamında önemli bir çabadır”* savunması ile toplumun çıkarlarını, bireyin çıkarlarından üstün tutmuştur. Bunun yanında, MPA tedavisini, üremeyi engelleme anlamında hapis cezasından daha az etkili olarak görmektedirler. Hapis cezası esnasında evlilik ziyaretlerinin kısıtlanması, üreme hakkı kapsamında oldukça önemli bir engeldir.¹⁰

2.b. Medikal Tedaviyi Reddetme Hakkı

14. Ek kapsamında korunmakta olan haklardan biri de, tedaviyi reddetme hakkıdır. Bu kurala rağmen istenmeyen tedaviyi reddetme hakkının sınırlı olduğu görülmektedir. Bireysel menfaatlerin, toplum menfaatleri ile karşı karşıya kaldığı durumlarda, tedaviyi reddetme hakkının üzerinde düşünülmesi gerekmektedir. Kabul etmek gerekir ki, toplumun menfaatlerinin söz konusu olduğu bir olayda, bireyin tedaviyi reddetme hakkının bir önemi yoktur, çünkü toplumun menfaatleri daha önceliklidir. Devletin menfaatleri şunları içermektedir: *“(1) bir hayatın korunması; (2) intiharın engellenmesi; (3) masum üçüncü tarafın*

“chemical castration”) is Mandated for Two-Time Child Molesters”, Thomas M. Cooley Law Review, Vol. 14, No. 2, 1997, p. 366-368.

¹⁰ Gimino, Peter J., “Mandatory Chemical Castration for Perpetrators of Sex Offenses...”, p. 92-93.

korunması;¹¹ ve (4) tıp mesleğinin korunması.” Kimyasal hadım bu noktada, cinsel isteği kimyevi olarak baskılarken, suçluyu suç işlemediği yeni bir hayata adapte etmekte ve bunun yanında toplumu gelecekte yaşanacak olan cinsel suçlara karşı korumaktadır¹².

Mahkeme zorunlu sterilizasyon kanununun akıl hastalarına uygulanmasını onaylamaktadır. *Buck v. Bell* davasında mahkeme, akıl hastalarının sterilizasyonuna izin veren Virginia eyaletinin kanununu 14. Ek kapsamında geçersiz saymamıştır. Akıl hastasına uygulanan zorunlu medikal tedavideki mantık ile çocuklara yönelik cinsel suç işleyen kimseye uygulanan medikal tedavideki mantık aynıdır. Bu nedenle kimyasal hadımın anayasal geçerlilik taşıdığını söylemek mümkündür. Buna ilaveten, eğer hukuken tanınmış bir özgürlük tedaviyi reddetme hakkı sağlıyorsa o zaman suçluya başka bir şans daha tanınmalıdır. Aksi halde tedavi reddedildiğinde ortada başka bir seçenek kalmayacaktır. Buna göre suçlu kimyasal hadım tedavisi uygulanması altına girmek istemiyorsa, bunun cerrahi alternatiflerinden birini seçmelidir. Özellikle kimyasal hadım tedavisinin ret edilme nedeni, ortaya çıkacak yan etkileri ise suçlu cerrahi hadım yöntemini seçerek bu yan etkilerin doğmasından kaçınabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kimyasal hadım şartlı tahliye süresinde uygulanan bir prosedürdür ve kişi tedaviyi reddettiğinde tekrar hapisaneye dönmek zorundadır. Yani kimyasal hadım prosedürü bir yandan da kişiye özgürlüğünü vermektedir.¹³

2.c. Medikal Tedaviyi Kabul Etme Hakkı

Hapis cezası almış bireyler için, Anayasaca tanınmış tedavi edilme hakkı, üç mahkeme kararı ile de kabul edilmiştir. Bu konunun tartışıldığı ilk mahkeme kararı *Wyatt v. Stickney* davasına aittir. Bu dava akıl hastalarının tedavi edilmesine ilişkindir. İkinci karar, *Donaldson v. O'Connor* davasında verilmiştir. Beşinci Bölge Temyiz Mahkemesi,

¹¹ Üçüncü tarafın korunmasından, bahsedilmek istenen çocuklardır. Çünkü hapis cezasının verildiği durumda, masum bir çocuk sadece suçlunun hapiste olduğu süre boyunca korunabilmektedir.

¹² Gimino, Peter J., “Mandatory Chemical Castration for Perpetrators of Sex Offenses...”, p. 90-94.

¹³ Gimino, Peter J., “Mandatory Chemical Castration for Perpetrators of Sex Offenses...”, p. 94-95.

kamu güvenliği gücü ile kişilere zorunlu tedavinin uygulanabileceğine karar vermiştir. Üçüncü karar ise, *Estelle v. Gamble* davasında, devletin hapisanede bulunan kimselere tedavi sağlama yükümlülüğü olduğu yönündedir. Ancak Yüksek Mahkeme bir kararında, tedaviyi kabul etme hakkının Anayasal bir hak olması konusunda tereddüt etmiştir. Bunun nedeni de; *Youngberg v. Romeo* davasında mahkeme, devletin kişilere yeterli ölçüde yiyecek, barınak, kıyafet ve medikal koruma sağlamakla yükümlü olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle medikal tedavi, kişiye anayasaca tanınmış bir hak değil, devletin yükümlülükleri arasında sayılmıştır. Ancak bu davada verilmiş olan karar hapisanede bulunan mahkumlar için geçerlidir. Yani hapiste bulunan bir kimse için kimyasal hadım tedavisi uygulaması devletin bir yükümlülüğü sayılmıştır.

State v. Christopher davasında ise önemli noktalardan biri çocuk tecavüzcüsünün şartlı olarak tahliye edilmesi olmuştur. Daha sonra Christopher'ın çocuklara yönelik tacizlerinin devam etmesi üzerine şartlı tahliyesi geçersiz kılınmıştır. Mahkeme Christopher'ın hapse girmek yerine şartlı tahliye esnasında kimyasal hadım porsedürünün kendisine uygulanması talebini reddetmiştir. Bunun nedeni olarak da, rehabilitasyon ile cezanın çok farklı uygulamalar olmasını ileri sürmüştür.

Mahkemeye göre, her cezanın yanında suçlunun rehabilite edilmesi gibi bir zorunluluk yoktur, hatta suçlu rehabilite edileceği zamanda bu uygulama cezanın yanında ek bir prosedürdür ve cezadan ayrı olarak düşünülemez.

Sonuçta tedavi edilme hakkını kabul eden akıl hastaları ile suçlular benzerlik göstermemektedirler. Bunun nedeni de zorunlu olarak tedavi edilen akıl hastaları yüksek seviyede bir tedavinin kendilerine uygulanması için ilgili birimlere yetki vermekten, aynı durum suçlular ya da mahkumlar için geçerli değildir.¹⁴

¹⁴ Fitzgerald Edward A., "Chemical Castration: MPA Treatment of the Sexual Offender", American Journal of Criminal Law, Vol. 18, No. 1, 1990, p. 49-55.

C. 1982 ANAYASASI BAĞLAMINDA KİMYASAL HADİM

1. Kimyasal Hadımla İlgili Temel Hak ve Özgürlükler

Anayasa'da İkinci Kısım *Temel Haklar ve Ödevler* konusunu düzenleyerek, bu hakları anayasal güvence altına almıştır.

1.a. Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği (Madde 12)

Hak ve özgürlüklere sahip olmak *"herkesin kişiliğine bağlı"* bir durum olmak kadar, kişinin o toplumdaki statüsüne göre de değişebilen bir kavramdır. Anayasa madde 12'ye göre; *"Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir"* (fıkra 1). *"Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder"* (fıkra 2).

"Temel hak ve hürriyetlerin niteliği" ile ilgili 12. madde, ilk fıkrasında bu hükmü getirdikten hemen sonra, ikinci fıkra bu hak ve özgürlüklerin *"kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını"* içerdiği uyarısını yapıyor. Böylece ilk fıkra tanınan ikincisinde dengelenmek istenmiştir.¹⁵

1.b. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması (Madde 13)

Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması meselesi, bir hakkın ya da hürriyetin niteliğinden doğan bir durumdur ve doğası gereği *"objektif sınırlamalara"* tabidir. Buna göre; *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"*. Ancak bu maddede geçen *"demokratik toplum"* ve *"laik Cumhuriyet"* kavramlarının belirtmek istediği husus muallakta olduğundan ve hukuken genel kabul görmüş bir tanım yapılamadığından, hakların bu sebeplerle sınırlandırılması keyfi bir uygulama yapılabilmesi yolunda açık kapı bırakmıştır.

Sınırlamanın sınırlarına değinmek gerekirse, öncelikle sınırlama

¹⁵ Tanör Bülent / Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, 4. Baskı, Ekim 2002, s. 132-133.

“Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun” olmak zorundadır ibaresine değinmek yerinde olacaktır. Bu şart, özellikle, Anayasa’nın temel hak ve hürriyetler için “ek güvenceler” belirtmiş olması durumunda önem kazanmaktadır. Anayasa birçok durumda sadece bir hak ve hürriyet tanımakla yetinmemiş; aynı zamanda kanun koyucunun, o hak ve hürriyeti düzenlerken yapamayacağı hususları da belirtmiştir. Bunlar kanun koyucuya yönelik yasaklama hükümleridir.¹⁶

Ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlamanın yapılamaması hususunda, bu kavramı tanımlamak gerekirse, bu ilke, sınırlamada başvuru olan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da değinilen bu ilke, “Makul, kabul edilebilir sınırların aşılması aykırılığı oluşturur ... Makul ölçülerin aşılması bir iptal nedenidir... Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı ortadır”¹⁷ şeklinde tanımlanmıştır.

“Hakkın özü kavramı ise, temel hak ve hürriyetlerin özünü, vazgeçilmez unsurunu, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan asli çekirdeğini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi, bir hakkın veya hürriyetin kullanılmasını “açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıncı nitelikteki”¹⁸ kanuni sınırlamaların, o hakkın özüne dokunacağını kabul etmiştir.”¹⁹

1.c. Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı (Madde 17)

Kişinin hakları ve ödevleri başlığı altında düzenlenen, Anayasa’da İkinci Kısım İkinci Bölüm’de yer alan, kişi dokunulmazlığı, herkesin yaşam hakkından kaynaklı birtakım haklara sahip olduğunu belirt-

¹⁶ Özbudun Ergun, *Türk Anayasaya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, 2004, s. 103.

¹⁷ Esas No: 1986/17, Karar No: 1987/11, Karar Tarihi: 22.05.1987, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 23, s. 222.

¹⁸ Esas No: 1962/208, Karar No: 1963/1, Karar Tarihi: 04.01.1963, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 1, s. 74.

¹⁹ Özbudun Ergun, *Türk Anayasaya Hukuku...*, s. 1103-105.

mektedir. Buna göre:

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

(Değişik: 7.5.2004- 5170/3 md.) Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”

Kişinin vücut bütünlüğünü koruma ve geliştirme hakkı tanıyan Anayasa’nın 17. maddesi, hangi hallerde bunun istisnasının mümkün olabileceğini de belirtmiştir. AİHS’de de var olan *“işkence ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza ve muamelelerinde”* gerçekleştirilemeyeceği Anayasa’da güvence altına alınmıştır.

1.d. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması (Madde 20/1)

1982 Anayasası kişilerin özel hayatlarını koruma altına alarak, bu kimselere, hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı tanımıştır. *“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”* hükmü ile özel hayatın yanında aile hayatının korunduğunu görmekteyiz. Anayasaların, toplumların sosyal, kültürel yapılarını yansıttığını kabul edersek, 1982 Anayasası’nın aile hayatına attığı bu önem, Türk aile yapısının değerli sayılmasından ileri gelmektedir. Aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı gibi, herkes aile hayatına saygı gösterilmesini talep etme hakkına da sahiptir.

1.e. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği (Madde 19)

Kişinin hürriyetinin sınırlanamayacağını ifade alan bu madde, istisnai durumları da saymaktadır ve istisnalar dışında, kişilerin hür-

riyetlerden yoksun bırakılamayacakları belirtilmektedir. “Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir” (fıkra 1).

“Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz” (fıkra 2).

1.f. Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar (Madde 38)

Anayasa bu hükümle, kanunilik ve orantılılık ilkesi uyarınca kişilerin cezalandırılabilceğini kabul etmektedir. 38. madde; “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” (fıkra 1). “Suç ve ceza zaman aşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır” (fıkra 2). “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” (fıkra 3).

1.g. Ailenin Korunması (Madde 41)

Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlığı altında, Üçüncü Bölümde düzenlenen, ailenin korunmasına ilişkin hüküm, devletin yükümlülüklerine de yer vermektedir. Buna göre:

“Aile, Türk toplumunun temelidir (Ek İbare: 3.10.2001 – 4709/17 m.) ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.”

2. İlgili Hakların Kimyasal Hadım Bağlamında Değerlendirilmesi

1982 Anayasası kişilerin, şahsına bağlı hakları korumakta, sınırlandırılacağı hallerdeki sınırları tanımlamakta, müdahale edilemeyecek alanları belirlemektedir. Bu bağlamda kimyasal hadımın, 1982 Anayasası'nda tanınmış, koruma altına alınmış haklarla karşı karşıya geldiğinde uygulanıp uygulanamamasına değinmek gerekirse, öncelikle konuya cinsel özgürlük kapsamında yaklaşmak yerinde olacaktır.

Cinsel özgürlük doğuştan gelen ve kişiye sıkı sıkıya bağlı, devredilemez bir haktır. Bu noktada kişinin bu özgürlüğünün sınırlandırılması, varoluşundan kaynaklı olan yaşam hakkının sınırlandırılması ile aynı düzeydedir. Herkesin yaşama hakkına sahip olduğu ve bunun Anayasa ile de güvence altına alındığı bir ülkede, cinsel özgürlüğünün sınırlandırılması çelişki yaratmaktadır. Ancak bilindiği üzere, kişilere tanınmış olan haklar ve özgürlükler, başka kimselerin hak ve özgürlüklerinin sınırlarını ihlal etmeyecek ölçüde geniştir. Bu nedenle kişi, var olan cinsel özgürlüğünü kullanma hakkı ile başka kimselerin yaşam alanlarına müdahale ediyorsa, kanunlarca belirtilmiş olan bir takım cezai uygulamalara tabi olur. Ancak bu cezaların kısasa kısas uygulanması modern toplumların, hukuk devleti yapısı ile bağdaşmaz. Bir kimseye karşı yaralama suçu işleyen bir kimsenin cezasının, aynı şekilde yaralama olarak verilmesi mümkün olamayacağı gibi, aynı durum cinsel suçlar içinde geçerlidir. Bu noktada devlet, cezalandırma yetkisini kullanarak, kişiyi ıslah etmek amaçlı, kanunlarca düzenlenmiş cezaların uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Bir cezanın öncelikli amaçlarından birinin ıslah etmek olduğu düşünülürse, kısasa kısas yönteminin ıslah konusundaki etkisi tartışmalıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, özlerine dokunmadan ve ancak kanunla mümkün olabilmektedir. Kişinin cinsel özgürlüğünün ortadan kaldırılması, bir hakkın özüne dokunmadan sınırlandırma anlamına gelmez. Bu nedenle Anayasal açıdan cinsel özgürlüğün ortadan kaldırılmasına yönelik bir ceza mümkün görünmemektedir. Ancak Anayasa madde 17/2 bu duruma ilişkin olarak bir açık kapı bırakmaktadır. *“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, vücut bütünlüğüne dokunulamaz”* ifadesi, gerektiğinde cinsel özgürlüğün kişinin elinden alınabileceğini belirtmektedir. Ancak bunun için iki önemli şartın bulunması gerekmektedir. Bunlar; (1) tıbbi zorunluluklar ve (2) kanunda belirtilen durumlardır. Bu durumda tıbbi zorunluluktan

ötürü, kanunun açıkça izin verdiği bir durumda kişinin cinsel özgürlüğüne müdahale mümkün görünmektedir. Bunun yanında 17. maddede üçüncü fıkrada bir muamele veya cezanın uygulanmasındaki sınırı da çizmiştir. Eğer söz konusu muamele ya da ceza, insan haysiyeti ile bağdaşmıyorsa bu durumda uygulanamaz.

Cerrahi hadımın, insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir uygulama olduğu kesindir. Çünkü kişi bu yöntemle hayatı boyunca “işaretlenmiş” bir duruma düşmektedir. Cerrahi hadım ile cinsel organlarını kaybetmiş bir kimsenin gündelik hayat ile olan ilişkisinde bu durumun ortaya çıkması, sosyal konumuna zarar vermenin yanında, kişinin aşağılanmasına da neden olabilir. Bu nedenle cerrahi hadım uygulamasının Anayasal haklar bağlamında söz konusu olamayacağı ortadadır. Konuyu kimyasal hadım kapsamında ele almak gerekirse, kimyasal hadım uygulamasının her şeyden önce geri dönüşümlü bir uygulama olması ve kişide kalıcı ya da dışarıdan fark edilebilen bir etki bırakmaması nedeniyle, insanlık haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza olmadığını söylemek mümkündür. Bu uygulamanın “işkence” ya da “eziyet” kapsamında bir prosedür olmadığı da ortadadır. Bu nedenle “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” hükmü altında uygulanabilecek bir cezadır. Kimyasal hadımın cinsel faaliyeti sınırlandırmayan bir uygulama olduğundan daha önce bahsedilmişti. Bu durumda bu uygulamanın, cinsel özgürlüğü ortadan kaldırmadığı sadece hakkın kullanımına sınırlandırma getirildiği ortadadır. Başkalarının haklarını, gelecek kuşakları ve toplumun huzurunu korumak için, bir kimsenin haklarının sınırlandırılması da mazur görülebilir.

Anayasa’da belirtilen, “özel hayatın ve aile hayatının gizliliği”, “ailenin korunması” hükümleri bağlamında kimyasal hadım uygulamasına değinmek gerekirse, bu noktada tartışmalı hususlardan biri kimyasal hadım prosedüründe kullanılan Depo-Provera isimli ilacın yan etkileridir. Buna göre ilacın kullanılmasının, sperm miktarını azaltması, kişinin üremesine engel olabilmektedir. Bunun yanında söz konusu ilaç sperm kalitesini de etkilediğinden, doğacak olan çocuk üzerinde birtakım yan etkilere neden olabilir. Ancak bu husus kanıtlanamadığından sadece tartışma boyutunda kalmıştır. Bunun yanında ilacın yan etkilerinin kişinin vücut bütünlüğü üzerinde yaratacağı tahribatlarda, kimyasal hadım karşıtları tarafından ileri sürülmektedir. Bazı kanıtlanmış yan etkilerin, kişinin maddi varlığını koruma ve geliştirmeye engel teşkil ettiği açıktır. Ayrıca ilacın bir takım kurumlarca onaylanmaması ve

hatta deneysel bir ilaç niteliğinde olması, bu prosedürün uygulanması konusunda önemli engellerden biridir. Ancak 1982 Anayasası, “*rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneyler*”in uygulanamayacağını belirtmektedir. Bu noktada kimyasal hadım prosedürünün ihtiyari olması halinde, uygulanmasında Anayasal anlamda bir sakınca doğmamaktadır.

Son olarak konuya kişi hürriyeti ve güvenliği ile suç ve cezalara ilişkin esaslar bakımından değinmek gerekirse, Anayasa madde 19, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası için bir müessesede tedavi ve ya ıslahı amaçlı tedbir alınabileceğini kabul etmiştir. Cerrahi hadımın tedavi amaçlı bir uygulamadan öte ceza olduğu aşıkardır. Ancak kimyasal hadım prosedürü yukarıda anlatılan birçok test sonucunda tedavi olarak kabul edildiğinden, tehlikeli olduğu düşünülen bir cinsel suçlu için uygulanmasında bir sakınca yoktur. Bu noktada Anayasa madde 38 kapsamında güvence altına alınan kanunilik ilkesinin, kimyasal hadım için uygulanması mümkün değildir. Çünkü kimyasal hadım bir ceza değil, cezanın yanında suçluyu rehabilite etmek amaçlı uygulanan bir prosedürdür.

DEĞERLENDİRME

Hadım konusu, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarında kullanılan bir kavram olmamakla birlikte, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) kısırlaştırma ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da (NPHK) kastrasyon kavramlarına yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK’da kısırlaştırma madde 101’de düzenlenmiştir. Buna göre:

“Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır” (1. fıkra).

“Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” (2. fıkra).

TCK’daki hüküm, kısırlaştırma işlemini yetkili veya yetkisiz, rızaya dayalı ya da zorla yapan kimsenin cezalandırılmasına ilişkin bir düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre kısırlaştırma işlemini, kişinin rızası olmadan yapan kimsenin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Bunun yanında bu işlemin yetkisiz bir kimse tarafından yapılması cezayı

arttırıcı sebep olarak kabul edilmiştir. İkinci fıkrada ise kişinin rızasının olması durumunda bu işlemi gerçekleştirenin yetkisiz olması durumu düzenlenmiştir. Yani kişinin rızası olması halinde, kısırlaştırma fiilini gerçekleştirenin yetkili olması durumu suç kabul edilmemiştir. Sonuçta, ihtiyari kimyasal hadımın, TCK kapsamında suç olmadığını söylemek mümkündür.

Buna ilaveten TCK madde 57, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerini düzenlemektedir. Buna göre; *“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”* hükmü ile pedofili hastalarının kimyasal hadım prosedürüne tabi tutulmaları mümkündür. Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin anayasal sınırlara bağlı kalmak şartıyla kanunla sınırlandırılabilmesi hükmünden yola çıkarak, TCK’nın 57. maddesi uyarınca ihtiyari kimyasal hadımın uygulanmasına hükmedilebilir.

NPHK ise, bu kanunun öngördüğü haller dışında sterilizasyon ve kastrasyon ameliyesini yasaklamaktadır. İlgili kanunun 4. maddesinde sterilizasyon ve kastrasyon düzenlenmiştir. Buna göre:

“Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir. Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır. Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.”

Bu durumda kişinin rızası olmasa dahi, yapılan kastrasyon işleminin suç teşkil etmeyeceği belirtilmektedir. Ancak burada da kişinin rızasının olduğu bir durumda kimyasal hadımın suç teşkil ettiği düzenlenmemiştir.

Yukarıda anlatılanlar doğrultusunda Anayasa ve ilgili kanunlardaki düzenlemeler, Türkiye’de kimyasal hadım uygulamasının mümkün olabileceğini göstermektedir. Gerekli düzenlemelerle, kanunlarda kimyasal hadıma yer verilmesi halinde çocuklara yönelik cinsel suç işleyen kimselerin ceza almasının yanında tedavi edilerek topluma kazandırılmaları ve gelecek kuşakların korunması sağlanabilir.