

Ankara Barosu LGBTİ+ Hakları Merkezi

Basına ve Kamuoyuna,

Geçtiğimiz günlerde kamuoyuna yansıyan “Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklif Taslağı” metni hem LGBTİ+lar hem de LGBTİ+ olmayanlar için temel insan haklarına ve hukukun temel ilkelerine aykırı düzenlemeler içermektedir. Bu nedenle merkezimiz, taslak metinde yer alan ilgili düzenleme önerilerinin hukuka aykırılığını ve potansiyel sonuçlarını anlatan bir metin hazırlamaya karar vermiştir.

A. Türk Medeni Kanunu 40. Madde: “Cinsiyet değişikliğinde”

Taslak ile düzenlenmesi önerilen ve LGBTİ+ları doğrudan ilgilendiren üç maddeden ilki Türk Medeni Kanunu’nun ‘cinsiyet değişikliği’ başlıklı 40. Maddesidir. Halihazırda çağdaş ülkelerdeki standartların oldukça gerisinde olan ve kişilerin temel haklarını ihlal eden cinsiyetin hukuken tanınması sürecine dair mevcut düzenleme, tasarıyla beraber altı farklı biçimde daha da zorlaştırılmaktadır.

Değişikliğin genel gerekçesi olarak iki husustan bahsedilmektedir. İlki “*kişilere tanınan cinsiyet değiştirme imkanının mutlak bir hak olmayıp cinsiyet değişikliğine dair zorunluluğun bilimsel olarak ortaya konulması gerektiği*”dir. Oysa maddenin güncel hali zaten mahkemeler tarafından verilecek bir izin için ‘cinsiyet değişikliğinin’ kişilerin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunun bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınan kurul raporuyla ortaya konmasını gerektirmektedir. İkinci gerekçe olarak ise “*transeksüel yapıda olmayıp sosyolojik etkilerle cinsiyet değişikliğine yönelmiş kişilerin ileride yaşayabilecekleri fizyolojik ve ruhsal olumsuzlukların önlenmesi*” gereğinden bahsedilmektedir. Oysa maddenin güncel hali zaten kişilerin transeksüel yapıda olduğunun bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınan kurul raporuyla ortaya konmasını gerektirmektedir. Cinsiyet uyum sürecine ve cinsiyetin hukuken tanınmasına ilişkin düzenlemelerde yapılmak istenen değişikliklerin gerekçesi ve sonucu kişinin kendi kaderini tayin etmesine ve özbelirlenim hakkına dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Van Kück v Almanya, YY v Türkiye, A.P. Garçon v Fransa, S.V. v İtalya, Y.T. v Bulgaristan, X.Y. v Romanya kararlarında ortaya konulan standartlara aykırı niteliktedir.

Değişiklik önerilen konulardan ilki pratikte ameliyat izni olarak ifade edilen TMK 40/1 için gereken şartlardan biri olan 18 yaşında olma şartının 21 yaşını doldurmuş olma olarak değiştirilmesidir. Bu değişikliğin gerekçesi “*kişilerin yaşamının sonraki bölümünü ciddi şekilde etkileyecek nitelikte olan bu kararın belirli bir yaş olgunluğuna ulaşıldıktan sonra alınması*” olarak ifade edilmektedir. Oysa kanunun ve genel anlamda mevzuatın kişilerin ehliyet sahibi reşit bireyler olmasına ilişkin belirlediği erginlik yaşı 18’dir. 18 yaşının altındaki kişiler mahkeme kararıyla evlenebilirken ve milletvekili seçilme yaşı dahi 18’e düşürülmüşken önerilen bu değişiklik ölçsüz ve kötü niyetli niteliktedir.

Değişiklik önerilen konulardan ikincisi mahkeme tarafından verilecek izin için üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma şartının geri getirilmek istenmesidir. Cinsiyet hanesi değişikliği için kişilerin kısırlaştırılması şartı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları tarafından bir insan hakları ihlali olarak ortaya konmuştur. Anayasa Mahkemesi de önüne gelen uyuşmazlıkta bu şartın Anayasa’nın 13., 17. ve 20. Maddelerine aykırı

olduğunu tespit ederek maddede yer alan bu şartı iptal etmiştir. Öte yandan yürürlükteki mevzuat ve pratik gereğince kişiler diğer şartları taşımaları sonucunda ameliyat izni kararı almakta, bunun sonucunda ameliyat olarak cinsiyet hanesi değişikliği öncesi zaten üreme yeteneğinden yoksun kalmaktadır. Bu durumda üreme yeteneğinden yoksunluğun ayrıca bir de ameliyat izni öncesi şart koşulması süreci dolambaçlı bir hale getirmektedir. Bu durum AİHM'in YY v Türkiye kararında da ifade edilmiştir. İlgili düzenlemenin tekrar madde hükmüne eklenmek istenmesi Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin Anayasa 153. Maddeye ve esasen hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Değişiklik önerilen konulardan bir diğeri, halihazırda sınırlı sayıda eğitim ve araştırma hastanelerinde kişilerin uzun süreler sağlık hakkına erişememesine yol açacak şekilde yürütülen cinsiyet uyum sürecinin daha da kısıtlanarak yalnızca Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenecek hastanelerde yürütülmesidir. Bu değişikliğin gerekçesi de *“raporu verecek eğitim ve araştırma hastanelerinde bu konuda uzmanlaşmanın sağlanması suretiyle geri dönüşü olmayan ve sağlık açısından ciddi riskler taşıyan cinsiyet değiştirme müdahalelerine ilişkin sürecin daha sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi”* olarak tanımlanmıştır. Oysa sürecin hali hazırda yürütüldüğü hastanelerin sayılarının az olması nedeniyle mevcut durumda birçok kişi yaşadığı şehirden farklı bir şehre gitmek zorunda kalmaktadır. Cinsiyet uyum sürecinin mevcut uygulamasının eksikliğine yahut yetersizliğine dair herhangi bir veri ve sav ortaya konmadan süreci yürüten hastanelerin sayısının azaltılması ve bu konuda yalnızca Sağlık Bakanlığına belirleme ve kısıtlama yetki verilmesi cinsiyet uyum sürecine erişim imkanını daha da daraltarak kişilerin sağlığa erişim haklarının daha çok ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır. Benzer şekilde rapor alacak kişilerin değerlendirme sürecinin en az üç ay aralıkla yapılacak dört değerlendirme şeklinde belirlenmesi ve kişilerin amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin raporlanmasının da gene bakanlık tarafından belirlenecek sınırlı sayıda hastane tarafından yapılabilmesine dair değişiklikler kişilerin sağlığa erişim hakkını zorlaştırmak dışında bir amaç ve sonuç içermemektedir.

TMK kapsamında yapılması önerilen son düzenleme ise, *“izin alınmadan cinsiyet değişikliğine yönelik hiçbir tıbbi müdahale yapılamayacağına”* ilişkin düzenlemedir. Bu hüküm kapsamında, cinsiyet değişikliğine ilişkin tıbbi müdahale için gerekli izin sürecini düzenleyen bir maddeye ayrıca izin alınmadan cinsiyet değişikliğine ilişkin tıbbi müdahale yapılamayacağına dair bir fıkra eklenmesi makul herhangi bir hukuki amaca dayanmamaktadır. Kaldı ki cinsiyet değişikliğine yönelik tıbbi müdahalenin ne olduğu da kanunda tanımlanmamıştır. Mevcut uygulama şehirden şehire değişiklik göstermekle beraber kişilerin herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın ilgili sağlık uzmanlarının teşhis ve yönlendirmesiyle hormon kullanabilmesine, mastektomi gibi ameliyatlara olabilmesine, çeşitli estetik ameliyatlara geçirebilmesine imkan sağlayabilmektedir. Bu değişiklik ile potansiyel olarak bütün bu durumlar izne tabi kılınmaktadır. Ancak bunun için herhangi bir düzenleme de yapılmamaktadır. Hormon kullanmanın cinsiyet değişikliğine dair tıbbi bir müdahale olup olmadığı ve eğer öyleyse bunun için alınacak izin için nasıl bir dava açılacağı kişiler için tamamen belirsiz ve hukuken öngörülebilir olmayan bir durum yaratmaktadır.

B. Türk Ceza Kanunu Madde 93/A: Kanuna aykırı cinsiyet değişikliği

Translar doğumda kendilerine atanan cinsiyet kimliğinden başka bir cinsiyet kimliğini benimseyen kişilerdir. Transların benimsedikleri cinsiyet kimliğiyle uyumlanma süreci

LGBTİ+ hakları hareketi tarafından cinsiyet uyum süreci olarak ifade edilir. Bu süreç hormon kullanmayı ve ameliyatları içerebileceği gibi sosyal uyum olarak ifade edilen farklı bir isim kullanma, farklı cinsiyet ifadelerini kullanma gibi şekillerde de olabilir. Dolayısıyla cinsiyet uyum süreci herhangi bir medikal süreci içermek zorunda değildir; bu tarz bir süreçte olmayan kişiler de aynı şekilde trans cinsiyet kimliğine sahiptir. İnsanların cinsiyet kimliğine ilişkin hakları en temel kişisel haklardan biridir. Cinsiyet uyum süreci, kişinin kendini ifade etme biçimidir ve bu sürecin, tıbbi müdahalelerle veya yasal engellerle kısıtlanması, kişinin özgürlüğüne müdahale anlamına gelir.

Buna karşın mevzuatımız cinsiyet uyum sürecini ‘cinsiyet değişikliği’ olarak ele alır ve hem medikal hem de hukuki birtakım şartlara ve bürokrasiye bağlar. Bu süreç genellikle toplumsal cinsiyetin ikili normlarına dayalı bir geçişi ifade eder; trans erkekleri ve trans kadınları kapsar. ‘Cinsiyet değişikliği’ kavramı da yasadaki anlamıyla cinsiyetin hukuken tanınması için kişilerin bedenlerinin tıbbi müdahalelerle değiştirilmesi sürecini ifade eder. Bu durum, cinsiyet değişikliğine dair hukuki süreçte yer almayan transların maruz kaldığı görünmezliği pekiştirme sonucunu doğurmaktadır. Yasa, kişinin kendi bedenine yönelik karar alma hakkını sınırlayarak, tıbbi müdahalelerin yalnızca belirli koşullara uygun olması gerektiğini vurgulamaktadır. Oysa, kişisel özerklik ve özgür irade hakkı, kişilerin cinsiyet uyum süreci kararına saygı gösterilmesini gerektirmektedir.

Türk Medeni Kanunu’ndaki düzenlemeye ve pratiğe göre kişiler çoğunlukla önce psikiyatri takibi ile sürece başlamakta, ardından hormon kullanmakta, kurul raporu alma aşamasına geldiğinde ameliyat izni için dava açmaya yönlendirilmekte, ameliyat izni davasında alınan kurul raporu sonucu ameliyat iznine dair mahkeme kararı almakta, ardından histerektomi/vajinoplasti gibi ameliyatları almakta, akabinde bir başka dava açarak ilgili ameliyatları olduğuna dair tekrar bir rapor almakta, bunun ardından mahkeme kararıyla cinsiyet hanesi değişikliği yapılmaktadır. Cinsiyet uyum sürecinin bir parçası olabilen isim değişikliği süreci de ayrıca bir dava süreci gerektirmektedir.

Uluslararası standartların oldukça gerisinde olan bu kısıtlayıcı süreç kanun koyucu tarafından daha da zorlaştırılmak istenmekte, bu kapsamda Türk Ceza Kanunu’nun Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar başlıklı bölümünde organ ve doku ticaretine ilişkin düzenlemelerin hemen ardında yer almak üzere ‘kanuna aykırı cinsiyet değişikliği’ şeklinde yeni bir suç ihdas edilmesi önerilmektedir. Düzenlemenin gerekçesi olarak “*mahkemeden izin alınmaksızın cinsiyet değişikliğine yönelik herhangi bir tıbbi müdahale yapılması açıkça yasaklanmaktadır*” denilmektedir. Bu durum ‘cinsiyet değişikliğine yönelik herhangi bir tıbbi müdahale’ kavramının belirsizliği dolayısıyla ceza hukukunun kanunilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu düzenlemeyle kişilerin reçeteli şekilde hormon kullanması, estetik ameliyatlar olması, yurtdışında cinsiyet uyum sürecine dair ameliyatlar olması izne tabi kılınmakta, izin alınmaksızın yapılan müdahaleler hem sağlık uzmanları hem de kişiler açısından cezalandırılmaktadır. Gerekçede açıkça “*cerrahi boyutta olmasa dahi cinsiyet değiştirmeye yönelik hormon veya ilaç verilmesi gibi tıbbi müdahaleler de bu suç oluşturacaktır*” denilmektedir. Oysa bu tıbbi müdahaleler için izin süreçlerinin nasıl olacağına ilişkin bir düzenleme de yapılmadığı için bu değişiklik kişileri kendi bedenleri üzerindeki haklarını kullanmaktan çekinmeye itmekten başka bir sonuç doğurmayacaktır. Yasa tasarısındaki bu düzenlemeler, cinsiyet uyum süreci işlemlerini yalnızca belirli koşullar altında ve yetkili kişiler tarafından yapılabilir kılmakta, bunun dışındaki tüm müdahalelerin sert cezai müeyyideler ile cezalandırılmasını öngörmektedir. Bu durum, beden uyum süreci

hakkını bireysel bir tercih olarak değil, ancak devletin belirlediği şartlara uygun bir tıbbi süreç olarak sunmaktadır. Devletin cinsiyet uyum süreci süreçlerini denetlemesi ve yalnızca belirli prosedürlere uygun şekilde bu değişimi onaylaması, toplumsal cinsiyetin katı ve normatif bir biçimde tanımlanması anlamına gelir. Toplumsal cinsiyet rollerine dayalı katı bir standart dayatması da LGBTİ+ların toplumsal kabul ve eşitlik taleplerini reddetmek anlamına gelir.

Burada dikkate değer bir nokta, ihdas edilmesi önerilen bu suçun cezasının doğrudan 3 yıldan başlıyor olması, ceza miktarında kademeli bir artış öngörülmemiş olması, seçenek yaptırım belirlenmemiş olmasıdır. Oysa ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan orantılılık ilkesine göre suçların ve suçluların durumuna göre cezanın ölçülü ve adil bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Bu ilke gereğince bir suçun cezasının belirlenmesinde suçun niteliği ve ağırlığı, suçun işleniş şekli, failin durum ve kastı, suçun sonuçları, diğer hafifletici veya ağırlaştırıcı etkenler göz önünde bulundurulmalıdır. Diğer suçlar için öngörülen cezai yaptırımlarla karşılaştırıldığında Türk Ceza Kanunu'nda Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar bölümünde yer alan TCK Madde 86 kasten yaralama suçunda ve TCK Madde 90 insan üzerinde bilimsel deney yapma suçunda, yine beşinci bölümde yer alan TCK Madde 101/2 yetkili olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen rızaya dayalı kısırlaştırma suçunda ceza alt sınırı 1 senedir. Öte yandan TCK Madde 94'te düzenlenen işkence suçunda ise alt sınır 3 senedir. Bu halde kişinin kendi bedeni üzerinde karar verme hakkının suç olarak tanımlanması ve bunun için öngörülen cezanın alt sınırının 3 yıl olması orantılılık ilkesine aykırıdır. Yasa tasarısında önerilen bu düzenleme ile cinsiyet uyum sürecindeki kişiler ağır bir cezalandırılma tehdidi ile sindirilmeye çalışılmaktadır.

C. Türk Ceza Kanunu Madde 225: Hayasızca hareketler

Taslak metin kapsamında LGBTİ+'ları doğrudan ilgilendiren üçüncü değişiklik önerisi hayasızca hareketler suçuna ilişkin ceza kanunundaki maddeye ilişkindir. Önerilen düzenleme ile herhangi bir gerekçe belirtilmeden hayasızca hareketler suçunun cezası arttırılmakta ve ayrıca iki yeni fıkra önerisiyle "*doğuştan gelen biyolojik cinsiyete ve genel ahlaka aykırı tutum ve davranışta bulunmayı alenen teşvik eden, öven veya özendiren kişiler*"ın ve "*nişan veya evlenme töreni yapan aynı cinsiyette kişiler*"ın cezalandırılması öngörülmektedir. Madde gerekçesinde değişikliğin amacı "*tek tiplleştirme ve cinsiyetsizleştirme akımlarıyla daha etkin mücadele edilmesi*" ve "*fiziki ve ruhsal açıdan sağlıklı bireylerin ve nesillerin yetiştirilmesi ile aile kurumunun ve toplum yapısının korunması*" olarak ifade edilmektedir. LGBTİ+ların devlet tarafından hastalık ve tehdit olarak değerlendirilmesi Anayasaya ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil etmektedir.

Yasa tasarısının öngördüğü değişiklikle esasen yalnızca '*doğuştan gelen biyolojik cinsiyete aykırı tutum ve davranışta bulunmayı alenen teşvik etme, övme, özendirme*' değil doğrudan '*doğuştan gelen biyolojik cinsiyete aykırı tutum ve davranışta bulunma*'nın kendisi cezalandırmak istenmektedir. Önerilen düzenleme biyolojik cinsiyete aykırı tutum ve davranışlardan bahsederek esasen toplumsal cinsiyet normlarını kanunlaştırmayı ve buna aykırılıkları cezalandırmayı amaçlamaktadır. Bu düzenleme basitçe ifade etmek gerekirse LGBTİ+ varoluşların kendisinin cezalandırılması sonucunu doğurur. Bir kişinin cinsiyet kimliği, cinsel yönelimi, cinsiyet ifadesi dolayısıyla cezalandırılması ve bunun bu açıklıkla ifade edilmesi, sadece devlet eliyle cezalandırmayı değil aynı zamanda LGBTİ+lara yönelik bireysel veya toplumsal olarak yönelecek şiddetin hukuk düzeniyle meşrulaştırmasına yol

açar. “Biyolojik cinsiyete aykırı davranışlar” ifadesindeki belirsizlik, LGBTİ+ olmayan kişilerin de cinsiyet ifadeleri nedeniyle cezalandırılabilceğı anlamına gelir. Sonuç olarak, bu değışiklik teklifi, Anayasanın eşitlikle ilgili 10. Maddesine olduğı kadar devletin görevlerini belirleyen 5. Maddesine, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. Maddesine, kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkını ifade eden 16. Maddesine ve pek tabi özel hayatın gizliliğı ve korunması hakkını içeren 20. Maddesine aykırıdır.

Biyolojik cinsiyete ilişkin ifadeye ek olarak “*genel ahlaka aykırı tutum ve davranış*” ifadesinden ne anlaşılacağı da belirli değildir. Bu halde nelerin cezalandırılabilceğı öngörülmemiştir. Suç ve ceza içeren kanunların yoruma yol açmayacak şekilde açık ve net olması gerekir. Maddenin devamında yer alan teşvik, övmek, özendirmek fiilleri de muğlaklığı arttırmaktadır. Bu düzenlemenin yasalaşması halinde sadece LGBTİ+lar değil, yasa koyucunun ve yargıçların cezalandırmak isteyebilecekleri herkes ceza tehdidi altında olacaktır. Bu düzenleme ile genel ahlaka aykırı olduğı ileri sürülebilecek her şey ağır şekilde cezalandırılabilcek; kişilerin giydiğı kıyafet dolayısıyla hapis cezasına çarptırılabilmesi mümkün olacaktır.

Aynı maddeye eklenmesi istenen üçüncü fıkra ile ise zaten mevcut hukuk düzeninde tanınmayan eylemlerin cezalandırılması amaçlanmaktadır. Hukuken nişan ve evlilik törenleri iki farklı cinsiyete sahip kişiler arasında gerçekleşirken aksi halin suç olarak tanımlanması yasa teklifinin LGBTİ+lara yönelik nefreti yargısal araçlarla sürdürme amacına işaret etmektedir.

D. Genel olarak

Yasa tasarısında yer alan bu üç değışiklik sırasıyla halihazırda sağlığa erişim ve cinsiyetin özbelirlenimi hakkını ihlal eden cinsiyet uyum sürecini daha da zorlaştırmayı; cinsiyet uyum sürecine dair izinsiz tüm tıbbi müdahaleleri cezalandırarak kişilerin kendi bedenleri üzerindeki hakimiyet ve tasarruf hakkını ellerinden almayı; en son olarak da “biyolojik cinsiyete ve genel ahlaka aykırı tutum ve davranışların özendirilmesini” bir suç olarak tanımlayarak esasen toplumsal cinsiyet rollerine uymayan her davranışı devletin zor kullanma yetkisi ile cezalandırmayı amaçlamaktadır. LGBTİ+ları ve LGBTİ+ varoluşu doğrudan kriminalize eden bu düzenlemelerin yanında, tutuklamaya ilişkin Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan düzenlemelere “*suçun tekrar işleneceğı hususunda kuvvetli şüphe olması halinde tutuklama kararı verilebilir*” ifadesinin eklenmesi önerilmektedir. Yukarıda izah edildiğı üzere, bu hükümlere dayanılarak kişilerin doğrudan var oluşlarına yönelik ceza soruşturmaları açılabilcektir. Soruşturma ve devamında kovuşturma sonucunda verilebilecek hapis cezalarının yaratacağı ihlallere ek olarak, ilgili yargı mercilerince suç olarak ifade edilen ilgili davranışların tekrarlanacağına yönelik kanaat oluştuğunda, kişilerin yalnızca varoluşları nedeniyle tutuklanabilecekleri ve uzun süreler özgürlüklerinden yoksun kalabilecekleri bir durum ortaya çıkacaktır. Toplumda belirli bir gruba yönelik bu cezalandırmanın adı kanun koyuculuk değildir.

LGBTİ+ olmak suç değildir, suç haline getirilemez, varoluş cezalandırılmaz.