

TÜRK MEDENİ KANUNU AÇISINDAN CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ VE SONUÇLARI

N.Emre BİLGİNOĞLU¹

ÖZET

“Türk Medeni Kanunu Açısından Cinsiyet Değişikliği ve Sonuçları” adlı makalemizin amacı; cinsiyet değişikliği gibi çok önemli bir hususun hukukumuzda geçmişte ve şimdiki zamanda nasıl ele alındığını açıklayıp gelecekteki haline öneriler getirmektir. Bu bağlamda öncelikle 743 sayılı Medeni Kanun kapsamında cinsiyet değişikliği işlenmiştir ve ilgili düzenleme açıklanmıştır. Sonrasında ise 4721 sayılı Medeni Kanun kapsamında cinsiyet değişikliğine değinilmiş ve cinsiyet değişikliğinin hukuki sonuçları tanımlanmıştır. Son olarak, önceki ve şimdiki kanun arasında karşılaştırma yapılmış ve gelecek için birtakım öneriler getirilmiştir.

ANAHTAR KELİMELELER

Cinsiyet değişikliği, cinsiyet değiştirme operasyonu, cinsiyet değiştirme operasyonunun Türk hukukundaki yeri

ABSTRACT

The purpose of this article named “The Sex Reassignment and Its Consequences With Regards To Turkish Civil Code” is to explain how an important issue such as sex reassignment was regulated under the Turkish law in the past, how it is regulated in the present and brings forward proposals regarding how sex reassignment should be regulated in the future. In this context, sex reassignment according to Turkish Civil Code numbered 743 is represented. Afterwards, sex reassignment under Turkish Civil Code numbered 4721 is referred and the legal consequences of sex reassignment are defined. Finally, a comparison has been made between the previous legislation and the present legislation with certain suggestions to the future legislation concerning this subject.

KEYWORDS

Sex reassignment, sex reassignment surgery, the regulations of Turkish law in regards to sex reassignment

¹ İstanbul Barosu’na Kayıtlı Avukat

A. Giriş

Makalemizde, cinsiyet değişikliği kavramından ayrıntılı biçimde bahsedilmesinden sonra, ilk olarak 743 sayılı Türk Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde inceleme yapılmıştır. Sonrasında ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu kapsamında cinsiyet değişikliği incelenmiştir ve kanunlar arasında konu hakkında bir karşılaştırma yapılmıştır. Cinsiyet değişikliğinin sonuçları ve cinsiyet değişikliği sonucu yaşanabilecek hukuki aksaklıkların nasıl önüne geçilebileceği de ayrıntılarıyla değerlendirilmiştir.

Cinsiyet değişikliği kavramını değerlendirmeden önce cinsiyet kavramı üzerinde durmak gerekli olacaktır. Cinsiyet; erkeklik veya dişiliğe dayanan fiziksel, ruhsal ve davranışsal özelliklerin bütünüdür. Konu hakkında Neuchâtel Mahkemesi'nin 2 Temmuz 1945 tarihli kararı içinde değindiği nokta, cinsiyet tayininde sadece fiziksel durumun göz önünde bulundurulamayacağıdır: *'Kişinin cinsiyetini belli eden sadece bedeni değil, aynı zamanda ruhudur. Beden ve ruh arasında çatışma çıktığında, bunlardan hangisinin üstün durumda bulunduğunu ve kişiyi erkek veya kadın olarak belirlediğini araştırmak gerekir'*². Kanımızca son derece isabetli, son derece ileri görüşlü bir yorum olmuştur. Zira cinsiyet, çalışmamızda göreceğimiz üzere fiziksel olarak erkek veya kadın vücuduna sahip olmaktan daha ayrıntılı bir husustur.

Cinsiyet değişikliği operasyonları, transseksüel yapıda olanlara uygulanan, kişiyi tabiri caizse baştan yaratan son derece ciddi operasyonlardır, hastanın operasyonu takiben bir ayı riskli geçmektedir. Operasyon, bu bağlamda kişinin vücut bütünlüğüne bir müdahaledir. Fakat, kişinin sağlığını kazanması öngörülmektedir. Dolayısıyla şartları oluştuğunda bu operasyonu, kişinin vücut bütünlüğüne hukuka uygun bir müdahale olarak görmek gerekmektedir.

Transseksüel kavramına değinmek gerekirse, transseksüel, dış görünümü itibariyle tam bir erkek ya da kadın olmakla beraber, kendisini ruhi yönden karşı cinsten kabul etmektedir³. Bir transseksüelin üç amacı vardır; kadın veya erkek görünümü kazanmak, kadın veya erkek gibi yaşamak ve cinsel organını değiştirmek. Bunun yüzünden kişi, vücudunda hapsoldüğünü düşünmekte ve kendisini sıkıntıya sokmaktadır. Önceden bahsettiğimiz üzere, operasyon kişinin sağlığını kazandırmaya yöneliktir ve kişiyi tutsak olduğu bedenden kurtarmaktadır.

² Naklen, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltmesi İçin Dava Açabilir Mi?, İstanbul, 1986, s.50

³ DURAL/ÖĞÜZ, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2009, s.116

B. 743 Sayılı Medeni Kanun Kapsamında Cinsiyet Değişikliği

Cinsiyet değişikliği, 743 Sayılı Medeni Kanun'a 4.5.1988 tarihli 3444 sayılı Kanun ile dahil edilmiştir. Yasa koyucumuz, 1972 tarihli İsveç, 1980 tarihli Alman, 1982 tarihli İtalyan yasa koyucuları gibi bu hüküm için özel bir kanun çıkarmamış, 1985 Hollanda yasa koyucusu gibi hükme Medeni Kanun kapsamında yer vermiştir. Yapılan bu kanun değişikliği neticesinde Türkiye, Avrupa'da cinsiyet değişikliğini öngören beşinci ülke olmuştur⁴.

Ancak 3444 sayılı Kanun değişikliği birçok sakıncalara sebebiyet vermekle beraber, Serozan tarafından '*Lex Bülent Ersoy*' olarak nitelendirilmiştir⁵. Nitekim, Kanun hükmünün eklendiği 1988 yılından önce Londra'da cinsiyet değişikliği operasyonu geçiren ve sonra hukuken de cinsiyet kaydını değiştirmek için defalarca başvuru yapan Bülent Ersoy'un bu başvuruları; kanun değişikliğine kadar hep başarısız olmuştur.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin Bülent Ersoy ile ilgili kararına göre, kanun iradi olarak cinsiyet değişikliğine cevaz vermemektedir⁶. Bu karara göre; cinsiyet değişikliği eylemi, kişilik hakkı üzerinde tasarruf niteliği taşımaktadır ve Medeni Kanun'un 23. maddesi buna engeldir. Nitekim kanunda açıkça yer verilmeyen durumlarda kişinin beden tümlüğü üzerinde tasarruf etme hakkı yoktur ve buradaki tasarruf kısıtlamasına; cinsi tamamıyet ve onun idamesi de dahildir. Dolayısıyla kişi serbest irade ile cinsiyetini keyfince değiştiremez. Aksi kabul edilirse kanuna karşı hile yolu açılmış olur ve böylece birtakım farklı sonuçlar da ortaya çıkabilir. Örneğin askerlikten kaçmaya veya erken emeklilik haklarını kazanmaya neden olacak şekilde, bu yol kötüniyetle kullanılabilir. Kararın en önemli noktasını alıntılacak olursak:

'Davacının, serbest iradesi ile vaki ameliyat yüzünden, cinsiyetinin (erkekliğinin) gerektirdiği imkânları yeniden elde edemeyecek duruma gelmiş olması da varmak istediği amaca ulaşmasını haklı kılmaz. Yâni kanun kişilik hakkına bizzat saldıran kimsenin, meydana getirdiği sonuca hukukta yeri olmayan bir çare bulmaya mecbur değildir. Herkes yanlış eylemlerinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. İşe, duygusal zeminde çözüm aramak doğru olamaz- Çünkü hukuk, hak karşısında ne kadar şefkatli ise, hata söz konusu olduğu hallerde

⁴ WILL, Michael R., Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı, Ankara, 1992, s.227-228

⁵ SEROZAN, Rona, Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2011

⁶ 2.HD 27.3.1986, 651/3256, www.kazanci.com.tr

*de o derece müsamahasızdır. Erkekliğini yitirmiş ve fakat kadın da olamamış bir kimsenin çaresizliğine **birlikte acınır**. Ama kanun bir yana itilerek imkân hazırlanamaz’’⁷.*

Karar hakkında öncelikle belirtmek gerekir ki, cinsiyet değişikliğinin muhtelif hileler için araç olacağını belirtmek mantık sınırlarını zorlamaktadır ve davacının böyle bir niyeti olmadığı aşıkardır. İkinci olarak cinsiyetin keyfi olarak değiştirilemeyeceğinden bahsedilmiştir. Ancak, buradaki keyfilik de nedensiz ve temelsiz biçimde tespit edilmiştir. Üçüncü olarak, “çaresizliğe birlikte acınır” kelimeleri kullanarak, kararın gerekçesi daha anlaşılabilir bir hal almış ve karar hukuki gerekçelerden uzaklaşmıştır.

Diğer taraftan, burada kaybedilen bir malvarlığı değildir. Aksine, burada davacının bir şahıs varlığı söz konusudur ve Anayasa’nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına saygılı bir hukuk devletidir. “İnsan haklarına saygılı devlet”, değeri, üstünlüğü, yararlılığı, kutsallığı dolayısıyla insan haklarına karşı dikkatli, özenli, ölçülü davranan devlet demektir⁸. Dolayısıyla bu kadar ciddi bir hususta gerekçedeki usul, insan haklarına saygı kavramına yakışmamaktadır.

Bununla beraber, cinsiyetin değiştirilmesini davacının hatası olarak nitelendirmek de fikrimce yanlıştır. Hata, hukuki bir terim olduğu için yersiz biçimde kullanılmamalıdır. İrade ile beyan arasında istenilmeyerek meydana gelmiş uygunsuzluk halinde hata söz konusudur⁹. Somut olayda ise davacının irade ve beyanı uyumludur, davacı sadece cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmasını talep etmektedir.

3444 Sayılı Kanun’a gelecek olursak, alelacele düzenlenmiş, ön çalışmalarda kapsamlı araştırmaya yer verilmemiş ve aslında Ersoy için düzenlendiği vekillerden biri tarafından belirtilmiştir¹⁰. Ayrıca, 29. Maddede yer alarak, sistematik itibarıyla de doğum-ölüm hükmünün ikinci paragrafında düzenlenmiş olması da son derece isabetsizdir.

743 Sayılı Kanun’da yer alan düzenleme şu şekildedir:

⁷ ŞENER, Esat, Kişinin Hukuku, 1997, s.123

⁸ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000, s.119

⁹ REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2010, s.114

¹⁰ M. Abdullah Ulutürk

(Afyon-DYP). TBMM Tutanak Müdürlüğü, 64. Oturum, 4 . 5 . 1988 Giriş 3, Sayfa 1.

Madde 29 - Doğum ve ölüm nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat olunur. Nüfus sicilinde kayıt bulunmaz veya mevcut kaydın doğru olmadığı tahakkuk ederse keyfiyet her hangi bir delil ile ispat olunabilir.

(Ek: 4/5/1988 - 3444/2. md.) Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Bu konuda açılacak davalarda cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise, eşe de husumet yöneltilir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, **cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur.**

Buradaki hüküm, hiçbir ayırım yapmaksızın, herkese, istediği anda, ön şart olmadan, evli olursa bile cinsiyet değiştirme imkanı vermektedir¹¹. Dolayısıyla, isteyen herkesin cinsiyet değiştirmesinin önü açılmıştır. Bunun da kamu düzeniyle bağdaşmadığı ve operasyonun sağlık için olduğu gerçeğinin gözardı edildiği aşikardır.

Konunun düzenlendiği diğer ülkelerde evli olmama şartı aranmıştır, ancak bu maddede mevcut değildir. Kişinin cinsiyetinin değiştirilmesi sonucu mahkemeyi sadece onay makamı haline getirmektedir. 4721 sayılı kanunun 40. maddesinin gerekçesinde de bu hükümde mahkemenin yalnızca onay makamı hâline getirilmesi eleştirilmiştir. Sonuç olarak 743 sayılı Kanunun 29/II. Maddesi doğru hazırlanamamıştır, eksik kalmıştır.

C. 4721 Sayılı Medeni Kanun Kapsamında Cinsiyet Değişikliği

Eski Medeni Kanun 29/II'nin yanlış ve hatta tehlikeli hükmü yeni Medeni Kanunda değiştirilmiş ve meseleye tatminkar bir kanuni çözüm getirildiği yazılmıştır¹². Mesele tamamen çözülmese de, gerçekten yeni kanunda eski maddeye nazaran son derece yeterli biçimde ele alınmıştır.

4721 Sayılı Kanun'da yer alan düzenleme şu şekildedir:

Madde 40 - Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, **iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda**

¹¹ DURAL/ÖĞÜZ, s.117

¹² ARPACI, Abdulkadir, Yeni Türk Medeni Kanunu, 2009, İstanbul, s.9

olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.

Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekteştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.

Görüldüğü üzere, Yeni Medeni Kanun ile cinsiyet değişikliği için birtakım şartlar ortaya konmuştur. Öncelikle cinsiyet değişikliği izni için gereken önşartları sonra da izne bağlı olarak gerçekteşen operasyonun sonrasındaki süreci inceleyeceğiz.

a. Cinsiyet Değişikliğinin Önşartları

1) Mahkemeye İzin İçin Başvurma

Medeni Kanun'un 40/1'inci maddesi uyarınca, mahkemenin öncelikle cinsiyet değişikliğine izin vermiş olması gereklidir. Bu bakımdan, eski kanundaki onama makamı olan mahkeme, öncelikle izin makamı olarak görev yürütmektedir. Kanımızca bu isabetli bir değişiklik olup, geri dönülmez operasyon bittikten sonra karar vermek yerine, öncelikle izin vermek daha mantıklıdır. Burada kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak kullanılmakta olduğu için de, başvurunun bizzat kişi tarafından yapılması gereklidir¹³.

Ek olarak, ayırt etme gücünden söz edilmemesi, onun aranmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira başvuru bir irade beyanıdır ve her irade beyanı için aranan ayırt etme gücünün burada da aranması gerekmektedir. Ayrıca, değinilmesi gereken bir başka nokta da sınırlı ehliyetsizlerdir. 18 yaşını doldurmuş, evli olmayan sınırlı ehliyetsizlerin bu başvuruyu yapabilmeleri gereklidir. Yasal temsilcinin rızası değil, bizzat kısıtlının başvurusunun aranması gerekir. Kişinin fiil ehliyeti sınırlandırılmış olsa bile, kendi cinsiyetine ancak kendisi karar verebilmelidir.

Bununla beraber tam ehliyetsizlerin durumuna da değinmek gerekir. Cinsiyet değişikliği özel olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan kabul edilmelidir. Genellikle, kişinin yasal temsilcisinin bu tür işlemleri yapamayacağı öngörülmüştür. Ancak, tam ehliyetsizin transseksüel olduğunun sağlık raporuyla belirlenmesi durumunda, bu ameliyatı olmaması ona acı vereceği için yasal temsilcinin mahkemeye izin için başvurusunun kabul edilmesi

¹³ DURAL/ÖĞÜZ, s.118; AKINTÜRK/AKİPEK, Kişiler Hukuku, 2013, s.493

gereklidir. Çünkü tam ehliyetsiz olmak hak ehliyetine sahip olmamak anlamına gelmemektedir. Kişinin acı içinde yaşamına devam etmesine hukuk cevaz vermemelidir.

2) Başvuran Kişinin Onsekiz Yaşını Doldurmuş Olması

Medeni Kanun'un 40/1'inci maddesi gereğince, cinsiyet değişikliği için mahkemeye başvuran kişinin onsekiz yaşını tamamlamış olması gerekir. 743 sayılı Medeni Kanun'da bu husus yer almamaktadır. Burada yer alması ise isabetli olmuştur, çünkü cinsel kimlik ergenlik dönemi sonunda tamamlanır. Henüz kişinin cinsel kimliği oturmadan geri dönülmez bir ameliyat geçirmesi onun için kötü sonuçlar verecektir. Fakat belirtmek gerekir ki, ameliyatın gecikmesi halinde hasta açısından tehlikeli sonuçlar doğabilecekse, operasyonun uzman görüşü almak suretiyle, ayrıca mahkeme kararı ile istisnai olarak onsekiz yaşın tamamlanmasından önce de yapılabilmesi taraftarıyız.

3) Mahkeme İznine Başvuran Kişinin Evli Olmaması

Cinsiyet değiştirecek kişinin evli olmaması gerekmektedir. Ancak bu, daha önceden hiç evlenmemiş olmayı aramak değildir. Eski 29/II ile karşılaştırdığımız vakit, orada evli kişilerin cinsiyet değiştirmesine cevaz verilmekteydi. Fakat bu karar üzerine, evlilik birliği kendiliğinden son bulmaktaydı ve bu da sakıncalı sonuçlar doğurmaktaydı. Bu yüzden bu şartın konulması son derece gerekli ve isabetlidir. Bu şekilde evlilik birliği korunmakta, değişikliğin ortak yaşam devam ederken yapılmasının da aile içindeki çocukların üzerinde meydana gelecek olumsuz etkilerinin önüne geçilmesi hedeflenmiştir¹⁴.

Öğretide ise bu şartı yerinde bulmayan bir görüş vardır ki, önce evliliğini sona erdirmeye, ardından cinsiyetini değiştirme süreci, tıbben hasta olan evli kişiyi daha çok sıkıntıya sokacaktır¹⁵. Dolayısıyla cinsiyet değişikliği fiilen gerçekleştikten sonra, kişisel durum sicilinin düzeltilmesi esnasında evliliğin iptaline karar verilmelidir. Ancak, evli olmama şartının gerekli olduğu düşüncesinde olduğumuz için, bu görüş bize uzak kalmaktadır.

4) Mahkeme İznine Başvuran Kişinin Transseksüel Olması

Transseksüel yapıdan önce de bahsetmiştik. Hatırlatmak gerekirse, kişinin doğuştan gelen anatomik cinsiyeti ile sürekli bir çatışma halinde olmasıdır. Bu sebeple eşcinseller için

¹⁴ AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, 2004, Ankara, s.150

¹⁵ BAFRA, Jale, "Türkiye'de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbî ve Hukukî Sorunlar", Adli Tıp Dergisi, C. 1, 2004, s. 52

cinsiyet değişikliği söz konusu olamaz, zira eşcinseller sahip oldukları cinsiyetleri ile çatışma halinde değillerdir. Aynı şekilde travestiler de transseksüel olmadıkları için başvuruda bulunamazlar. Travestiler kendi vücutlarından rahatsız değillerdir, sadece karşı cinsiyetin kıyafetlerini giyerler. Dolayısıyla başvuruyu yalnızca transseksüeller yapabilir.

5) Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Ruh Sağlığı Açısından Zorunlu Olduğunun Resmi Sağlık Kurulu Raporuyla Belgelenmesi

Olayın hukuki boyutu yanında tıbbi boyutunu unutmamak lazımdır. Her türlü hormonal ve biyolojik tedavi sonuçsuz kaldığından, cinsiyet değişikliği ameliyatının nihai ve tek çözüm olması, bu tedaviden mahrum bırakıldığı halde hastanın hayatı boyunca acı çekeceği açık olması gereklidir. Bu durumun başvuran tarafından resmi sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi halinde cinsiyet değişikliğine cevaz verilmektedir.

Ancak, zaten transseksüelin anlamı da budur. Yani, transseksüeller sürekli cinsiyetleriyle çatışma içinde olduklarından, cinsiyetlerini değiştirmek zorundadırlar. Bu sebeple, kanunda yazan bu şartın gereksiz olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹⁶. Hem kişinin transseksüel olması gerektiğini söylemek, hem de kişinin cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olmasını aramak, kendini tekrarlamaktan öteye geçmemektedir. Dolayısıyla şahsi kanaatim kişinin transseksüel olduğunu sağlık raporuyla göstermesi kafi olmalıdır, kendini tekrarlayan ifadeler kanundan çıkarılmalıdır.

6) Başvuran Kişinin Üreme Yeteneğinden Sürekli Biçimde Yoksun Bulunmasının Resmi Sağlık Kurulu Raporuyla Belgelenmesi

Türk Medeni Kanunu'nun 40/1'inci maddesine göre, cinsiyet değişikliği ameliyatı için mahkemeden izin almak isteyen kişinin sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olması gerekir. Bu şartın konma sebebi, cinsiyet değiştireceklerin altsoyunun bulunmaması ve cinsiyet değiştireceklerin karışıklığa yol açmaması içindir. Ayrıca, altsoyun devamı önemli bulunduğundan, soyun devamı için üreme yeteneğini haiz kişilerin bu özelliklerini kaybetmemeleri öngörülmüş olabilir¹⁷.

¹⁶ ARPACI, Abdülkadir

¹⁷ ARPACI, Abdülkadir

Fakat, üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma şartının henüz ameliyattan önce, izin aşamasında aranması sorun teşkil etmektedir. Çünkü, transseksüeller bu üreme yeteneğine sahip olabilirler. Bu nedenle, bu şartı aramak transseksüellerin çoğunun operasyonuna engel olabilir. Kişinin önce üreme yeteneğini kısıtlayacak operasyonu geçirmesi, sonrasında cinsiyet değişikliği operasyonunu geçirmesi son derece sıkıntılı ve zorlu bir sürece sebebiyet verecektir, ve kanuna karşı hile teşkil edecektir. Şahsi görüşüm, sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksunluk halinin kanun koyucu tarafından tekrar ele alınması gerektiği yönündedir. Çünkü çocuğu olan bir kişinin ilerki yaşlarında transseksüel olduğunu farketmesi de yaşanabilir bir hadisedir. Dediğimiz gibi biyolojik olarak üreme yeteneğine sahip olsa da, transseksüeller kendi vücutlarından rahatsız olurlar ve karşı cinsten olmak isterler. Bu sebeple acı içindeki bu insanlara kolaylık sağlamak açısından bahsi geçen şartı tekrar ele almak gereklidir.

Bu altı şartı yerine getiren kişi, iznini aldıktan sonra ameliyat olur. Hekimin ameliyat öncesi yeterli bir süre hastayı gözlemlemesi şarttır.¹⁸ Bu süre kanunda açıkça öngörülmemiştir. Cinsiyet değişikliği geri dönüşü olmayan bir ameliyattır ve acele kararlar pişmanlığa yol açabilir. Dolayısıyla kanunda hekimin hastayı gözlemlemesi için bir süre verilmesi gerekmektedir.

b. Ameliyat Sonrası Karar

Kişinin bahsi geçen şartları yerine getirdikten sonra ameliyat olması mümkündür. Ameliyatı geçirdikten sonra kişi mahkemeden yeni bir karar alır. Amaç ve tıbbi yöntemler ile uyumlu bir ameliyat olduğunun resmi sağlık kurulu raporuyla belgelendirildikten sonra mahkeme nüfus kaydının düzeltilmesine karar verir¹⁹. Adı düzeltme olarak anılmasına rağmen, bu aslında bir değiştirme işlemidir²⁰.

Nüfus sicilinde düzeltme yapacak olan mahkeme kural olarak izin arayacaktır. İzinsiz yapılan operasyon sonucu nüfus sicilinde düzeltme talebinin reddedilmesi gerekir. Ameliyat gerçekleştikten sonra, ameliyatın gerçekleştiği resmi sağlık kurulu raporu ile belgelendikten sonra mahkeme nüfus sicilinde gerekli olan düzeltmenin yapılmasına karar verebilir. Bununla

¹⁸ DURAL/ÖĞÜZ, s.119

¹⁹ ZAPATA, Tan Tahsin, Medeni Hukuk, Ankara, 2012, s.112; HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2012, s.192

²⁰ ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul, 2000, s.198

beraber, dava sonunda nüfus kaydının değiştirilmesi gerekeceği için, Yargıtay Nüfus İdaresi ve savcının da katılımını aramaktadır²¹.

Kişinin yeni kanun zamanında öngörülen şartları görmezden gelip cinsiyetini değiştirmesi durumunda uygulamada ne olacaktır? Sonuçta bu bir kaçak cinsiyet değişikliğidir ve uygulamada karşımıza sıklıkla çıkmaktadır. Veya, kişinin önceki kanun döneminde ameliyatı geçirdiğini, ancak mahkemeye başvurmaya zamanı olmadan yeni kanunun yürürlüğe girdiğini varsayalım. Yani kişi, 743 sayılı Medeni Kanun yürürlükteyken cinsiyetini değiştirmek için ameliyat olduktan sonra mahkemeye henüz başvurmamışken, 4721 sayılı kanun yürürlüğe girer de cinsiyet değişikliği için saydığımız şartlar aranır mı ne olacaktır?

Unutmamak gerekir ki, cinsiyet değişikliği meselesi kamu düzenindedir. Bu sebeple, toplumda pembe nüfus cüzdanı taşıyan erkeklerin, veya mavi nüfus cüzdanı taşıyan kadınların bulunmaması toplumun yararınadır. Dolayısıyla, izinsiz ameliyatı yapan hekimlere ağır cezai sonuçlar bağlayarak, ameliyatı olanların ise bir şekilde cinsiyet değişikliğine cevaz vermeli, veya bu konuda bir af çıkarılması gereklidir. İzinsiz olarak operasyonu yaptırmış kişinin durumu kamu düzeniyle alakalı olduğundan, bu cinsiyet değişikliğini kabul etmek gerekir²².

743 sayılı kanun yürürlükteyken ameliyat olup, 4721 sayılı kanun yürürlüğe girince ön şartları tamamlayamayan kişiler bakımından da bu konu hakkında bir af kanunu getirip cinsiyet değişikliklerini kabul etmek gerekirdi. Belirttiğimiz gibi, mesele kamu düzeninden olduğu için değişiklik talebini kabul etmemek doğru bir karar olmayacaktır. Fakat, kişilerin ön şartları yerine getirmeden ameliyat olmalarının kesinlikle önüne geçilmesi gereklidir.

D. Cinsiyet Değişikliğinin Hukuki Sonuçları

1) Kişiler Hukuku Bakımından Sonuçları

Cinsiyet değişikliği kişiler hukuku bakımından ileriye etkili hüküm ve sonuç doğurmakla beraber, kişinin beklenen hakları yeni cinsiyetine göre değerlendirilir²³. Bu

²¹ DURAL/ÖĞÜZ, s.119

²² DURAL/ÖĞÜZ, s.119

²³ TEKİN, Nurullah; "Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukukî Açıdan Değerlendirilmesi", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sy. 39, 2009, s.111

durum özellikle, sosyal güvenlik hukuku anlamında cinsiyete göre farklılıklarda görülmektedir. Misal; emeklilik için gereken süre kadınlar için daha kısadır²⁴.

Cinsiyetini erkek olarak değiştiren biri, emeklilikte kadınlar için gereken süreyi erkek iken geçirirse, emekliliğe hak kazanamaz. Ancak aksi durumda, yani kadınlar için gereken süreyi dolduran bir erkek kadın olursa, artık emekliliğe hak kazanabilecektir. Bu konu hakkında bir Danıştay kararında, ameliyat sonucu kadın olan kişiye yetim aylığı bağlanmasına gerek görülmüştür²⁵.

Doğal olarak, cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren bir kişi ismini de değiştirmek isteyecektir. Bu hususta cinsiyet değiştirenler için özel bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, Medeni Kanun'un 27. maddesi uyarınca adın haklı bir sebeple değiştirilmesi yoluna gidilmelidir²⁶. Cinsiyet değişikliği, bu anlamda haklı bir sebep sayılmaktadır. Aksi takdirde cinsiyet değiştiren kişi farklı cinsiyete atfolunan bir isimle hayatını sürdürmesi gerekecektir²⁷.

2) Aile Hukuku Bakımından Sonuçları

a) Evlilik Açısından

Bahsettiğimiz üzere, 743 sayılı Medeni Kanun'daki hükme göre evlilik cinsiyet değişikliğine ilişkin kararın kesinleştiği tarihte kendiliğinden sona ererdi. 4721 sayılı Medeni Kanun'da ise, cinsiyet değiştirmek için evli olmama koşulu aranmaktadır. Ancak, bu hukuki koşul, fiilen ihlal edilirse ne olur? Yani, evli bir kişi bir şekilde cinsiyetini değiştirirse, evliliğin durumu ne olacaktır?

Bir görüşe göre, evliliğin bu durumda kendiliğinden son bulması gerekmektedir²⁸. Nitekim aynı cinsiyette olan kişilerin evlilikleri yok hükmünde olduğuna göre, bu halin sonradan ortaya çıkması durumunda da evliliğin kendiliğinden sonra erdiği kabul

²⁴ GÜVEN, Kudret; "Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları", GÜHFD, C. 1, Sy. 1, 1997, s.67

²⁵ Esas No :1992 / 4706 Karar No : 1993 / 5536
Merce : Danıştay 10. Dairesi Tarih :27/12/1993

²⁶ ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku, Ankara, 1987, s.152

²⁷ WILL, Michael R./ÖZTAN, Bilge; "Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı –Transseksüellerin Hukukî Durumu-", AHFD., C. 43, s.251

²⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Aile Hukuku, İstanbul, 2008, s.74

edilmelidir²⁹. Ayrıca, toplumumuz için, aynı cinsten iki kişinin evli olması ahlaka aykırı bir durumdur ve de kamu düzeninin ihlaline sebebiyet vermektedir.

Diğer görüşe göre, evliliğin sona erme sebepleri bellidir. Bunlar boşanma, butlan sebepleri, ve evliliğin gaiplik nedeniyle feshidir. Bu nedenler dışında evliliği sona erme sebebi olamaz, çünkü bu sebepler kanunda sınırlı sayıda sayılmıştır. Butlan sebepleri de Medeni Kanun'un 145. maddesinde yazmaktadır ve bunlar arasında aynı cinsten olmak sayılmamıştır. Dolayısıyla butlan sebebi olarak cinsiyet değişikliğini eklemek olası bir çözüm yolu gibi gözükmemektedir³⁰.

Cinsiyet değiştirmek isteyen kişi, ameliyat için evli olmama şartını yerine getirmek üzere boşanma davası açabilir. Cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin evli olmama şartını yerine getirmek için boşanma davası açtığında ne olacağı, sonrasında ailede çocuk varsa velayetin durumunu inceleyeceğiz.

b) Boşanma Açısından

Hayatın olağan akışı içerisinde olması gereken, cinsiyet değişikliği geçirecek kişinin eşine transseksüel olduğunu söylemesi ve eşlerin boşanma hususunda anlaşmalarıdır. Fakat anlaşma yoksa, temelinden sarsılan bir evlilik birliği ortadadır. Eğer cinsiyet değiştirecek eş evliyse, bir şekilde diğer eş i ikna edip kanundaki evli olmama şartını yerine getirmeden kaçak biçimde ameliyat olursa da o evlilik devam edemez, çünkü kamu düzeni söz konusudur. Operasyon bitiminde evlilik kendiliğinden sona erecektir. Evliliğin akıbeti boşanma olacaksa, boşanma sonucunda muhtelif sonuçlar doğacaktır. Cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin evliliğinden çocuğu da olabilir.

Evliliğin boşanma ile sona ermesinde önemli bir husus Türk Medeni Kanunu'nun 174'üncü maddesi gereğince maddi ve manevi tazminat talebidir. Tazminat için kusur öngörülmüştür³¹. Cinsiyet değişikliğinde ise, bahsettiğimiz üzere cinsiyet değiştiren eş, cinsiyeti dolayısıyla sıkıntı içindedir ve bu operasyonu sağlığına kavuşmak için yapmaktadır. Dolayısıyla burada kusurdan bahsedilemez. Sonuç olarak, cinsiyet değiştirmek için evliliği sona erdiren kişiden bu gerekçeyle tazminat talep edilememesi gerekir.

²⁹ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, İstanbul, 1986, s.82; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul, 1982, s.118

³⁰ HATEMİ/SEROZAN, Aile Hukuku, İstanbul, 1993, s.103

³¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Aile Hukuku, İstanbul, 2008, s.144

Ancak, yoksulluk nafakasında kusurdan bahsedilmemektedir. Bu nedenle, cinsiyet değiştireceği için evlilik birliğini sona erdiren kişi, Medeni Kanun'un 175.maddesinde yazan şartlar gerçekleştiğinde, kusur şartı aranmadığından kusursuz olmasına rağmen yoksulluk nafakası ödemekle mükellef olur³².

c) Velayet Açısından

Türk Medeni Kanunu madde 182 uyarınca, boşanmaya karar verilirken, hakim velayet hakkını kime bırakacağını da hükme bağlar. Velayet hakkı meselesinde karar verilirken, öncelikli olarak çocuğun yararı göz önünde tutulur³³.

Bu nedenle, velayetin transseksüel olmayan tarafa verileceği gibi bir kaide düşünülemez. Eğer cinsiyet değiştiren eş, istikrarlı bir hayat sürmekle beraber, çocuğa gerekli dikkat, zen ve şefkati gösteriyorsa, oturduğu evre çocuğun gelişimine uygunsa, hakim bunları göz önünde bulundurup cinsiyet değiştiren kişiye velayet hakkını bırakabilir. Karşı bir görüşe göre ise cinsiyet değiştiren tarafa velayet hakkı verilmemelidir, çünkü ana veya babanın cinsiyet değiştirmesi çocuğu bunalıma gtrebilir³⁴. Konu hakkında şahsi düşüncem ise, böyle bir genelleme yapılmamalıdır, ve hakim somut olayda çocuğun yararını gözeterek karar vermelidir.

182.maddenin ikinci fıkrası uyarınca, velayet hakkı kendisie bırakılmayan eşi ocuk ile kişişel ilişkisi düzenlenirken de çocuğun geleceği esas alınmalıdır. ocukla, velayet hakkı kendisine bırakılmayan eş arasındaki kişişel ilişki düzenlenirken de, cinsiyet değiştiren eş bakımından durum ocuk yararına olacak biçimde karara bağlanmalıdır.

E. Sonuç

³² AKINTÜRK, Turgut, Aile Hukuku, İstanbul, 2008, s.302

³³ AKINTÜRK, Turgut, s.310

³⁴ ZEVKLİLER, Aydın; "Medenî Kanun ve Cinsiyet Kargaşası", TBBD, Sy.2, 1988, s.279

Türk Medeni Kanunu'nun mevcut 40. maddesi, şüphesiz 743 sayılı Kanun'un 29.maddesinden daha yerindedir. Zira cinsiyet değişikliği daha sıkı şartlara bağlanmıştır, ve böylesine geri dönülmez bir operasyon için bu son derece gereklidir. Şu anki düzenleme de tam olarak mükemmel değildir. Fikrimizce bu konunun bir maddeye hapsedilmesinden ziyade, özel bir kanunun yapılmasıydı. Böylelikle, daha detaylı olarak ele alınabilirdi.

Belirttiğimiz gibi, her transseksüel üreme yeteneğinden yoksun değildir. Bu sebeple ilk eleştirilecek nokta, çalışmamızda altıncı şart olarak ele aldığımız, üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunma halidir. Üreme yeteneğinden sürekli yoksun bulunma hali, biyolojik olarak üreme yeteneğine sahip olmakla beraber, karşı cinsle cinsi ilişki kurması imkansız olan, bu nedenle üreme yeteneğinden sürekli yoksun olan olarak anlaşılması gerekmektedir. Bu önşartın bir şekilde tekrar ele alınması gerekmektedir.

İkinci bir nokta, hem transseksüel olma şartının, hem de operasyonun zorunlu olması şartının beraber arandığı gözlemlenilmektedir. Kanun koyucunun transseksüel kelimesini iyi anlamamış olduğunu belirtmek mümkündür. Açıklandığı üzere aynı şeyi iki kere tekrar etmiştir. Transseksüeller için karşı cinse geçme zaruryeti bulunmaktadır.

Üçüncü nokta ise, hekimin ameliyat öncesi belirli bir süre hastayı gözlemlemesi gerekmektedir. Kanunda belirli bir süre yer almamaktadır. Geri dönülmez sonuçlar doğuracak bir ameliyat öncesi gözlem için belirli bir sürenin açıkça kanunda öngörülmesi gerekir.

Dördüncü bir nokta ise, evli bir kişinin cinsiyetini değiştirmesi halinde ortaya çıkan durumdur. Bu durumda ne olacağı hiç açık değildir. Bahsedilen halde evliliğin kendiliğinden yok sayılması ise kanımca yeterli bir çözüm değildir. Bu durumda sınırlı sayıda gösterilen butlan hallerine bir yenisi eklenmeli veya farklı bir çözüm arayışına girmek gerekmektedir.

Son olarak, izinsiz olarak cinsiyet değiştirme ameliyatı olanların durumu tekrar düşünülmelidir. Konu hakkında izinsiz ameliyatı yapan hekimlere çok ciddi cezai yaptırım getirilmelidir.

Netice itibariyle, cinsiyet değişikliğinin alalacele kaleme alındığı aşıkâr bulunan eski Medeni Kanun'un yanlış ve hatta tehlikeli 29/II.maddesi yeni Medeni Kanun'da

değiştirilmiştir, ancak eski kanuna nazaran her ne kadar isabetli bir değişiklik olsa da, henüz yeterli değildir³⁵.

KAYNAKÇA

³⁵ ARPACI, Abdulkadir, s.9

- AKINTÜRK, Turgut, Aile Hukuku, İstanbul , 2008
- AKINTÜRK/AKİPEK, Kişiler Hukuku, 2013
- ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul, 2000
- ARPACI, Abdülkadir, Yeni Türk Medeni Kanunu, İstanbul, 2008
- AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, 2004, Ankara
- BAFRA, Jale, “Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbî ve Hukukî Sorunlar”, Adli Tıp Dergisi, C. 1, 2004
- DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Aile Hukuku, İstanbul, 2008
- DURAL/ÖĞÜZ, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2009
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, İstanbul, 1986
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000
- GÜVEN, Kudret; “Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, GÜHFD, C.1, Sy. 1, 1997
- HATEMİ/SEROZAN, Aile Hukuku, İstanbul, 1993
- HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2012
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir Mi?, İstanbul, 1986
- ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku, Ankara, 1987
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2010
- SEROZAN, Rona, Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2011
- ŞENER, Esat, Kişinin Hukuku, 1997
- TEKİN, Nurullah, “Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukukî Açısından Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sy. 39, 2009
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, İstanbul, 1982
- ZAPATA, Tan Tahsin, Medeni Hukuk, Ankara, 2012
- ZEVKLİLER, Aydın, ‘Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası’, TBBD,sy.2,1988

WILL, Michael R./ÖZTAN, Bilge; “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı”, Ankara, 1992