

TÜRK MEDENİ KANUNU MADDE 40 ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Dr. İpek SAĞLAM*

I. GİRİŞ

Kişinin kişilik hakkına dahil en önemli unsurlardan biri, onun hayatı, sağlığı ve vücut tamlığı üzerindeki hakkıdır. Kişinin rızasının bulunmadığı müdahaleler hukuka aykırı olur ve kişilik hakkının ihlaline yol açar¹. Kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkına ilişkin müdahalelerin bir türünü de cinsiyet değişikliği² operasyonları oluşturur.

Eski Medeni Kanunda cinsiyet değişikliğine ilişkin düzenleme, 4.5.1988 tarihinde 29. Maddeye 3444 Sayılı Kanunla eklenen bir fıkra ile gerçekleştirilmişti. Yeni TMK ise bu düzenlemeyi ayrı bir madde biçiminde gerçekleştirmiştir. Cinsiyet değişikliği, TMK Kişisel Durum Sicili bölümünde, IV Düzeltme başlığı altında, 40. Maddede yer almaktadır. Aşağıda cinsiyet değişikliğine ilişkin düzenlemeler sırasıyla eski Medeni Kanunda yer aldığı biçimiyle ve yürürlükte bulunan TMK'da düzenlendiği haliyle ele alınacak; özellikle TMK md. 40'daki cinsiyet değişikliği şartları ve bu şartlardan biri olan "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma" hususları üzerinde durulacaktır.

-
- * Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi
- 1 Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırması için hukuka ve ahlaka uygun olması şarttır. Ancak rızanın bulunmadığı her durumda da hukuka aykırılık vardır demek yanlış olacaktır. Zira üstün özel yarar, üstün kamu yararı veya kanunun verdiği yetkinin kullanılması gibi hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcudiyeti halinde, kişilik hakkına müdahale edilenin rızası bulunmasa dahi yapılan müdahale hukuka aykırı olmayacaktır. Bkz. DURAL, Mustafa- ÖĞÜZ, Tufan, *Kişiler Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 138-141.
- 2 Bu konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz: ÖZTÜREL, Adnan, "Transseksüalizm ile Hermafrodisizmde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler)", Kısım I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXXVII, S. 1-4, 1980; ÖZTÜREL, A., "Transseksüalizm ile Hermafrodisizmde Yasal Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler)", Kısım II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXXVIII, S. 1-4, 1981.

II. ESKİ MK MD. 29'A 4.5.1988 TARİHİNDE 3444 SAYILI KANUN İLE YAPILAN EK UYARINCA CİNSİYET DEĞİŞİKLİKLERİ

Eski MK'da 4.5.1988 tarihinde 3444 Sayılı Kanun ile 29. Maddeye yapılan Ek'e kadar, cinsiyet değişikliklerine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı. Ancak bir şekilde bu operasyon geçirildikten sonra, cinsiyet değişikliğine dayanılarak nüfus kaydının düzeltilebilmesi hususuna ilişkin olarak Eski MK'un 38. Maddesi ve Nüfus Kanununun 46. Maddesi yol göstericiydi. EMK md. 38'de "*Hakimin hükmü olmadıkça ahvali şahsiye sicilinin hiçbir kaydı tashih edilemez*" hükmü yer alıyordu. Yani bu madde uyarınca kayıt düzeltmelerinin ancak hakim kararı ile gerçekleştirilebileceği kabul edilmişti. Nüfus Kanunu madde 46'da ise bu kayıt düzeltmede uyulacak prosedür açıklanmıştı. 46. madde "*yaş, ad, soyadı ve diğer kayıt düzeltme davaları.....*" diye başlar. Bu durumda cinsiyet değişikliği operasyonları da "*diğer kayıt düzeltme davaları*" kapsamına sokulabilmiştir.

Ancak cinsiyet değişikliği konusu ilk olarak bir ses sanatçısının³ açtığı davaların gündeme gelmesi ile hukukçuların dikkatini çekmiştir. Sanatçının açtığı davalar ortada bir hukuk açmazı bulunduğu gerçeğini gün ışığına çıkarmıştır.

Gerçekten de 3444 sayılı Kanundan önce, Yargıtay cinsiyet değişikliği ameliyatı geçiren kişilerin nüfus kayıtlarının yeni cinsiyetlerine uygun olacak şekilde değiştirilmesini kabul etmemekteydi⁴. Bu Karara gerekçe olarak; kişinin serbest iradesi ile cinsiyetini keyfi olarak değiştirmesinin kişinin vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufu niteliği taşıyacağı ve bunun da kanuna karşı hileye zemin hazırlayabileceği ileri sürülmüştür.

12 Mayıs 1988'de 3444 Sayılı Kanun yürürlüğe girmiş ve eski Medeni Kanun'un 29. maddesine bir fıkra eklenmiştir. Kanun koyucu bu tutumu ile Almanya⁵, İtalya ve İsveç'de olduğu gibi cinsiyet değişikliklerine bağlanan hüküm ve sonuçları özel bir kanun ile düzenlemekten kaçınmıştır. Bu kaçınmanın arka planında, cinsiyet değişikliklerini düzenleyen özel bir kanun hazırlanmasının halk arasında da özendirici bir etki yaratacağı kaygısının

³ Bülent Ersoy Olayı. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; "Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir mi?", İstanbul 1986.

⁴ Yarg. 2. HD. 21.1.1982, E. 1981/8911, K.1982/259, YKD.1982, S. 323; Yarg. 2. HD. 11.2.1988, E. 1986/11066, K 1988/1450; Yarg. 2. HD. 27.3.1986, 651/3256, YKD 1986, e. XII, 1112.

⁵ Das Transsexuellengesetz, Vom 10 September 1980.

yattığını düşünmekteyim⁶. Ancak bu kaygının son derece mesnedsiz olduğunu da belirtmek gerekir zira; dünyanın her köşesinde olduğu gibi ülkemizde de transseksüel yapıda bireyler her gün sayısız hukuki problemler yaşamaktaydı. Hukuk düzeni mevcut sorunlara ve gerçeklere sırtını dönemezdi. Ayrıca bu düzenlemenin yapılması gerekliydi. Hukuk toplumda belirsizliklere yol açan bu katı gerçeğe bir çözüm, bir açıklık getirmek zorundaydı. EMK md. 29/II’de cinsiyet değişikliğinin koşulları, kimlerin cinsiyet değiştirebileceği hususları düzenlenmemişti. Oysa 1981 tarihli Alman Transseksüeller Kanununda cinsiyet değişikliğine ilişkin esaslar tek tek ele alınmıştır. EMK md. 29/II’ye göre: *“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 yöneltir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur”*.

Bu maddeye göre; cinsiyet değişikliğinin asgari bir sağlık raporu ile belgelendirilmesi sonucunda nüfus sicilinin düzeltileceği belirtilmiştir. Bu maddede en çok eleştirilen hususlar; asgari sağlık raporu ile kastedilenin ne olduğunun anlaşılabilmesi⁷ ve herkesin, kayıtsız koşulsuz evli olsa dahi bu operasyonu geçirebilmesinin ve bunun sonucu olarak durumun mahkemede belgelenmesi üzerine nüfusta yeni cinsiyetini kaydettirebilmesinin mümkün kılınması olmuştur. Aynı zamanda bu operasyonun geçirilebileceği asgari bir yaş sınırı da yoktur bu hükümde. Ayrıca cinsiyet değişikliğini milli mevzuatlarına dahil eden ülkelerin hiçbirinde evli olan kişilere bu hak tanınmamıştır⁸. EMK md. 29/II ile getirilen düzenleme, cinsiyet değişikliği ile meydana gelen sorunları çözmekten ziyade sadece fiili durumun tespit edilmesine

⁶ Aynı kanaat için bkz: GÜVEN, Kudret, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, S. 1, Haziran 1997, s. 58.

⁷ Raporu vermeye yetkili heyet kimlerden oluşacaktır? Aynı soru zihnini kurcalayan bir diğer yazar için bkz: HATEMİ, Hüseyin, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 2001, s. 109. Örneğin bir klinik veya sağlık ocağındaki doktorlar bu raporu verebilirler mi? Rapor verecek hekim sayısı kaç olmalıdır? Bu gibi soruların yanıtını Kanun koyucu açıkça doktrine ve içtihatlarla bırakmıştır.

⁸ Bu yönde haklı eleştiriler için bkz: DURAL, Mustafa – ÖĞÜZ, Tufan, Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2002. s. 115; ZEVKLİLER, Aydın, “Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.: 2, Eylül 1988, s. 278; WILL, Michael R./ÖZTAN, Bilge; “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 43, S.: 1-4, 1993, s. 252-253; ZEVKLİLER, Aydın – ACABEY, M. Beşir – GÖKYAYLA, K. Emre, Medeni Hukuka Giriş. Başlangıç Hükümleri. Kişiler Hukuku. Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2000, s. 447.

yöneliktir. Yine bu madde ışığında, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte evlilik, kendiliğinden sona ermektedir. Bu cümleden de anlaşıldığı üzere, kanun koyucu burada, evliliğin sona ermesi halleri dışında ve bu sebeplere ek olarak yeni bir sona erme hali yaratmıştır⁹.

Yeni Medeni Kanunumuzda ise, cinsiyet değişikliği, Kişisel Durum Sicili Bölümünde IV Düzeltme kenar başlığı ile 40. Maddede ele alınmıştır. TMK'daki düzenleme EMK md. 29/II'ye nazaran çok daha detaylıdır ve hukuksal açıdan çok daha doyurucudur. Ancak yine de, aile hukuku, kişiler hukuku, soybağı hukuku ve miras hukuku açısından çok yönlü pek çok muhtemel hukuki problemi bünyesinde barındıran cinsiyet değişikliği olgusunun, Almanya ve İtalya'da olduğu gibi özel bir Kanunla düzenlenmesi daha doğru olurdu diye düşünmekteyim.

III. TMK MD. 40 UYARINCA CİNSİYET DEĞİŞİKLİKLERİ

TMK'nun cinsiyet değişikliğini düzenleyen 40. Maddesi şu şekildedir:

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

Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir”.

Bu madde ile EMK'daki düzenlemeden ayrılmıştır. Eski Kanuna göre kişi önce ameliyatı geçiriyor; daha sonra bu durumu resmi sağlık kurulu raporu ile belgelendiriyordu. Nüfus sicilinin değiştirilebilmesi için mahke-

⁹ GÜVEN, s. 59; ZEVKLİLER, “Cinsiyet Kargaşası”, s. 262. Burada istisnai bir evliliğin sona ermesi hali düzenlenmiş olsa da, ZEVKLİLER'in belirttiği gibi bir evliliğin, yargı kararına gerek olmadan kendiliğinden ortadan kalkması hali söz konusu değildir. Evliliğin son bulması için cinsiyet değişikliğinin nüfus kaydına işlenmesi kararının kesinleşmesi gerekir. Yani hakimın vereceği kararın kesinleşmesi, sadece nüfus kaydının tashihi neticesi doğurmamakta ve fakat aynı zamanda evliliğin de ortadan kalkmasına yol açmaktadır. EMK md. 29/II'deki dava ile hakim, hem nüfus kaydının tashihiye yol açacak şekilde bir tespit, hem de evliliğin ortadan kalkması ile sonuçlanacak bir bozucu yenilik doğuran hüküm vermektedir. Görüşlerimle paralel doğrultuda düşünen yazar için bkz: GÜVEN, s. 68-69.

meye bu raporla başvurmak yeterli kabul edilmekteydi. Oysa TMK md. 40 düzenlemesiyle cinsiyet değiştirmek isteyen kişi önce bizzat mahkemeye başvurmalı ve mahkemeden izin alabilmek için bazı koşulları gerçekleştirmiş olmalıdır¹⁰. Kanun koyucunun md. 40 düzenlemesini hazırlarken, 1980 tarihli Alman "Transseksüeller Kanunu"ndan etkilendiği ve bu konudaki kriterlerden yola çıkarak madde metnini oluşturduğu anlaşılmaktadır. İsviçre Medeni Kanununda cinsiyet değişikliğine dair bir düzenleme olmadığı gibi ayrı bir cinsiyet değişikliği kanunu da mevcut değildir.

Cinsiyet değişikliği şartları sırasıyla şunlardır:

A. MAHKEMEYE İZİN İÇİN BAŞVURMA:

Cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmek amacıyla mahkemeden izin almak isteyen kişi, 18 yaşını doldurmuş olmalı ve evli bulunmamalıdır. Alman Kanununun 8. Maddesinde yer alan 25 yaş şartı Alman Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir¹¹. Bu sebeple artık Alman Kanununda bu operasyonun geçirilmesi ve bunu müteakip nüfus sicilinin düzeltilebilmesi için herhangi bir yaş sınırlaması mevcut değildir. İtalyan ve Hollanda Kanunlarında da cinsiyet değişikliği için belirli bir yaş sınırı kabul edilmiş değildir.

Bazı yazarlar¹², EMK'da bir yaş haddi bulunmadığı için, 29.5.1979 tarihli ve 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. Maddesi uyarınca organ ve doku nakli için 18 yaşın tamamlanması arandığına; yine 27.5.1983 tarihli ve 2877 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4. Maddesi uyarınca kısırlaştırılabilme için de 18 yaşın ikmal şartı bulunduğu göre, cinsiyet değişikliği açısından da 18 yaşın doldurulmasının aranmasının mantıken ve hukuken uygun olduğunu düşünmekte idiler. Bu yorumla EMK'daki cinsiyet değişikliklerinde de 18 yaşın doldurulmasının aranması gerektiğini savunmaktaydılar.

18 yaşın tamamlanması şartının TMK'na getirilmesiyle EMK'da yer alan bu boşluk yerinde bir düzenleme ile giderilmiş olmaktadır. Zira ergenlik dönemi kişinin cinsel kimliğinin de tam olarak oturduğu dönemdir. Bu dönem daha tamamlanmadan evvel kişi, çevresinden, gördüklerinden ve yaşadıklarından ergin bir kişiye nazaran daha fazla etkilenmekte ve kendisi için

¹⁰ TMK md. 40 hakkında daha detaylı bilgi için bkz. T.C ADALET BAKANLIĞI TÜRK MEDENİ KANUNU, TÜRK MEDENİ KANUNUNUN YÜRÜRLÜĞÜ VE UYGULAMA ŞEKLİ HAKKINDA KANUN VE GEREKÇELERİ, ANKARA 2002, s. 341-342.

¹¹ B-VerfGE 60, 123. Alman Kanununun 8. Maddesindeki 25 yaş şartının iptali ve Almanya'da asgari yaş haddine ilişkin tartışmalar için bkz. WILL, ÖZTAN, s.247, dn. 56.

¹² WILL, ÖZTAN, s. 248.

dönüşü olmayacak yollara sapmakta çok daha aceleci ve sabit fikirli davranabilmektedir. Ayrıca 18 yaş doluncaya değin kişi fizyolojik gelişimini ancak tamamlar¹³.

TMK md. 40'da cinsiyet değişikliği şartları arasında ayırt etme gücünün bulunmadığını görmekteyiz. Bu şartın ayrıca belirtilmiş olmaması, ayırt etme gücünün aranmadığı anlamına gelmez¹⁴. 40. Madde düzenlemesine dayanak teşkil eden Alman Transseksüeller Kanunu'nda da ayırt etme gücünden ayrıca bahsedilmemiştir. Bahsedilmemiş olması da kanaatimce normaldir. Zira; Alman sisteminde cinsiyet değişikliği operasyonu gerçekleştirildikten sonra, bu fiili olgu mahkeme tarafından tespit edilmekte ve bu olgu ile çelişen nüfus kayıtları düzeltilmektedir. Bundan başka mahkemeden isim değişikliğine karar vermesi istense dahi, ayırt etme gücünün varlığını aramak gerekli olmayacaktır. Kişi mahkeme huzuruna gelmeden önce, cinsiyeti değişmiş bulunduğu için isim değişikliğine karar verilmesinde haklı sebep zaten mevcut olup, isim değişikliği kararı, başvuranın veya adına başvuruda bulunulanın menfaatine olacaktır. Bütün bu açıklamalardan Alman sistemi içerisinde ayırt etme gücü aranmasa dahi bundan önemli sakıncalar doğmayacağını söyleyebiliriz. Oysa bizim sistemimizde mahkemenin vereceği karar, karar için başvuruda bulunan kişinin cinsiyet değişikliği için gerekli ameliyatın yapılmasına ve bu suretle biyolojik ve hukuki statüsünün değişmesine yol açmaktadır. Kararın böyle bir etkisi olması, başvuran kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasını zorunlu kılar. İsim değişikliğine izin için yapılan başvuruda aranan ayırt etme gücü şartının, çok daha kapsamlı etkileri olan cinsiyet değişikliğine izin başvurusunda aranmaması elbette ki düşünülemez.

Doğal olarak bu arada cinsiyet değişikliği isteminin ruhsal bir rahatsızlıktan örneğin şizofreniden kaynaklanıyor olması da bu operasyonun geçirilebilmesi için gerekli ayırt etme gücünün bulunmaması sebebiyle, cinsiyet değişikliğini kuşkusuz olanaksız kılacaktır.

¹³ Bu arada şunu da belirtelim ki, ergenlik dönemi ve bu dönemin tamamlanması, kişiden kişiye farklılık göstermektedir. Bu sebeple getirilmiş asgari yaş şartı eleştirilebilir. Ancak bu değişkenlik sebebiyle hiçbir yaş şartı getirmemek de bu alanda bir başıboşluk yaratacaktır. 18 yaşından küçük çocuklar dahi bu operasyonu geçirebilecek ve buna bağlı olarak nüfus sicillerinin düzeltilmesini talep edebileceklerdir. EMK'a 3444 Sayılı Yasa ile eklenen II. fıkradan önceki döneme ait bazı kararlarda 18 yaşından küçüklerin de nüfus kayıtlarının tashihi için davalar açtıklarını şaşkınlıkla görmekteyiz. Kararlar için bkz: ÖZTÜREL, Kısım II, s. 269-282.

¹⁴ Aynı kanaatte olan yazar için bkz. DURAL – ÖĞÜZ, s. 116.

B. CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİNİ İSTEYENİN EVLİ OLMAMASI

İsveç, Almanya, Hollanda, Danimarka ve Belçika kanunlarında cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin bekar olması aranmıştır. Yani bu istemle mahkemeye giden kişi ya hiç evlenmemiş ya da daha önceden evli olsa bile mevcut evliliği sona ermiş olmalıdır. EMK md. 29/II düzenlemesinde, bekar olma şartı aranmamaktaydı. Bu maddede, mahkemenin cinsiyet değişikliğini kabul eden kararının kesinleşmesi üzerine evlilik birliğinin kendiliğinden sona ereceği hükmü yer almaktaydı. Madde kapsamında anlaşıldığı üzere, cinsiyet değişikliği operasyonunu geçirmek isteyen kişinin evli olması, cinsiyet değişikliğini engelleyecek nitelikte bir önem taşımamaktaydı. Yani kişi evli hatta çocuk sahibi olsa dahi dilediği takdirde cinsiyet değiştirme özgürlüğüne sahipti¹⁵. Anne ya da babasının sonradan cinsiyet değiştirmesi şoku ile karşılaşan çocuğun ne gibi reaksiyon verebileceğini kestirmek pek güç olmasa gerektir. Bu durum, aile ve kamu düzenini büyük ölçüde sarsmaktaydı ve üstelik AY md. 44’de düzenlenmiş olan devletin aileyi koruma ilkesi ile de açıkça çelişmekteydi¹⁶.

EMK md. 29/II, her isteyene, dilediği an bu operasyonu geçirebilme olanağı tanımıştı. Bu da özel kanunlar yolu ile cinsiyet değişikliği operasyonlarını düzenlemiş olan Danimarka, Belçika, Almanya, Hollanda gibi kişisel özgürlükleri en uç noktalara kadar taşımış olan batı ülkelerinde dahi rastlamadığımız serbestlikte bir zihniyettir. TMK md. 40’da mahkemeye izin için başvuranın evli olmamasının aranması yerinde bir düzenleme olmuştur. Ancak evli olmamanın aranması, daha önceden de hiç evlenilmemiş olması ya da daha önceki evliliğinden bir çocuk sahibi olunmaması anlamına gelmemelidir¹⁷. Daha önceden evli olma veya önceki evliliğinden çocuk sahibi bulunmanın bizi cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmek isteyen kişinin iradesinin kaprisi ya da merak sonucu sakatlandığı sonucuna doğrudan götürmeyeceği kanaatindeyim¹⁸. TMK’nun Gerekçesi, evli olmama şartının 40.

¹⁵ Bu konuda eleştiriler için bkz: ZEVKLİLER – ACABEY – GÖKYAYLA, s. 447; ZEVKLİLER, s. 274-275; DURAL - ÖĞÜZ, s. 115.

¹⁶ Aksi görüşte olan yazar için bkz. GÜVEN, s. 64-65. Yazara göre cinsel kimlik bozuklukları evlilikten sonra hatta çocuk sahibi olduktan sonra dahi ortaya çıkabilir. Zira transseksüeller çoğunlukla cinsel bakımdan iktidarsız değildirler. Sadece ruhsal açıdan kendilerini karşı cinse ait kabul ederler. Bu durumda, çocuk sahibi olmalarına rağmen transseksüel doğasına karşı koyamayıp ileri yaşlarında cinsiyet değişikliği operasyonu geçirenler mevcuttur. Bu sebeple EMK md. 29/II düzenlemesi ve evli olmama şartının aranmaması, yazar tarafından yerinde bulunmuştur.

¹⁷ Üreme kabiliyetinin bulunmaması ve bunun hangi anlamda kullanıldığı hususu makalemde ilerideki kısımlarında ele alınacaktır.

¹⁸ Karşı görüş için bkz. DURAL – ÖĞÜZ, s. 115.

maddeye dahil edilmesinde kanun koyucunun ne gibi bir saik güttüğünü ortaya koymaktadır¹⁹. “*Toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacıyla öncelikle kişinin evli olmaması öngörülmüştür. Bu koşul, kişinin, bir yandan evliliğini sürdürmesi öte yandan da bu evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine gitmesi, bunu eşinin ya da çocuklarının ortak yaşantıları içinde yapmasının psikolojik ve ahlaki tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur.*”

Bilindiği üzere TMK md. 40 düzenlemesine göre, cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmek isteyen kişi, gerekli koşulların mevcudiyeti incelendikten sonra, hakimden bir izin alacaktır. Bu izni müteakip, ameliyat geçirecek ve bu ameliyatın gerçekleştiği resmi bir sağlık kurulu raporu ile belgelendikten sonra ancak mahkeme nüfus sicilinde yeni duruma göre düzeltmeyi yapacaktır (TMK md. 40/II). Buna göre, cinsiyet değişikliği sebebiyle nüfus sicilinin yeni cinsiyete uygun şekilde tashih edilmesi kararının alınabilmesi, iki aşamalıdır. Birinci aşama, operasyon öncesi izin teminidir. İkinci aşama ise, gerçekleşen operasyonun resmi şekilde belirlenmesi yoluyla mahkemenin nüfus sicilinin düzeltilmesi yönünde karar vermesidir. Mahkemeye izin için başvurma ve başvuranın evli olmaması koşulları ile birlikte bu kişinin cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmesinin sağlık yönünden elzem olduğuna dair bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınmış resmi nitelikte sağlık kurulu raporunun ibrazı gerekecektir. Bahis konusu edilen unsurların bir arada bulunması ameliyata izin için gereklidir. TMK md. 40/I'e göre, raporda kişinin transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğu ve başvuranın üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olduğu saptanmalıdır.

Gerçekten de ameliyata izin için hakime resmi bir kurul raporunun sunulması EMK md. 29 ile meydana gelen başıboşluk ortamını ortadan kaldırmıştır. EMK'daki “asgari sağlık raporu”nun nasıl bir rapor olduğu, kimler tarafından verilebileceği noktaları aydınlığa kavuşturulmamıştı. Oysa TMK md. 40 düzenlemesinde bu karmaşa, raporun bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınmış resmi sağlık kurulu raporu olduğunun açıklanması ile giderilmiştir. Cinsiyet değişikliği operasyonu, sonradan pişman olunup eski hale dönmenin mümkün olmadığı ve kişinin hayatını her yönden alt üst edebilecek nitelikte bir operasyondur. Son derece zorlu bir ameliyattır ve kişinin doğumundan bu yana alışık olduğu bedenini karşı cinsle yaklaştırmayı hedefler²⁰. Kişi kendini uzun zamandır diğer cinsle ait hissetmesine ve hatta

¹⁹ Gerekçe, s. 341-342.

²⁰ Alman Transseksüeller Kanunu 8. Paragraf, numara 4.

çoğu zaman kendi bedeninden nefret edip utanmasına karşı, yine de bir anda alışık olmadığı ve artık vazgeçemeyeceği, üstelik hiçbir şekilde orijinal olmayan bir karşı cins vücuduna sahip olmaktadır. Kişi kendini ne kadar hazır hissederse hissetsin, bu ameliyat neticesinde duygusal olarak büyük bir şok yaşamayı kaçınılmazdır. İşte bu sebeple ameliyat öncesi izin aşamasında çok dikkatli olmak; çok yönlü ve zamana yayılmış tetkikler gerçekleştirmek şarttır.

Cinsiyet değişikliğinin zorunlu yani tedavi amaçlı olduğunu belgeleyen bir eğitim ve araştırma hastahanesince verilecek sağlık kurulu raporu, cinsiyet değişikliğine onay verecek hakim açısından son derece önemlidir. Bu resmi raporu verecek hekimler, üroloji, jinekoloji, anatomi, cerrahi, endokrinoloji, psikiyatri ve psikoterapi uzmanları olmalıdır²¹. Bu uzmanların vereceği raporu okuyan hakim, izin verdiği takdirde geçirilecek olan operasyonun hasta için tamamen iyileştirici mahiyette olacağına, bu talebin geçici bir heves sonucu olmadığına ve hasta için başka hiç bir çıkar yol bulunmadığına daha kolay bir şekilde ikna olacaktır. Çünkü bu konu sadece hukuk alanını değil, belki de daha yoğun bir şekilde tıp alanını ilgilendirmektedir. Bu interdisipliner olguyu sadece hukuk bilgisi ile çözmeye çalışmak anlamsız ve beyhude bir inat olmaktan öteye gitmeyecektir.

TMK md. 40'da hakimin ameliyata izin vermesi için bir deneme süresi öngörülmemiştir. Oysa, Alman Transseksüeller Kanunda bu amaca hizmet eden bir deneme süresi düzenlenmiştir. Alman Transseksüeller Kanunu'nun 8. Maddesine göre, kişide karşı cinse ait olduğu şeklinde bir inanç gelişmeli ve kişi bu inancına uygun olarak en az üç yıldan beri kendini bu şekilde yaşamaya yönelten bir iç baskı altında bulunmalıdır.

TMK'da böyle bir önsürenin tespit edilmemiş olması kanımca isabetli olmuştur zira; izin için gerekli resmi sağlık kurulu raporu, uzman doktorların hastayı itina ile muayene etmeleri ve onu uzun uzadıya müşahede altında tutmaları sonucunda hazırlanmaktadır. Hazırlanan kurul raporu, artık hastaya ek süreler verilmesini ve o sürelerin tamamlanmasıyla ancak operasyonun geçirilebileceği çözümünü gereksiz kılmaktadır. Ayrıca kendisi hakkında bu operasyonun uygulanmasının tedavi edici bir sonucu olacağı kararı verilen hastayı, bu son derece yıkıcı ruhsal cendere içinde daha fazla tutmanın hiçbir mantıksal açıklaması olamaz. Bu sebeple, cinsiyet değişikliği operasyonunun geçirilmesi ve daha sonra bu operasyonun belgelenmesi suretiyle uygun nüfus kütüğü düzeltilmesinin yapılması biçimindeki iki aşama içerisinde,

²¹ ZEVKLİLER, (Cinsiyet Kargaşası), s. 265.

kanun koyucunun Alman Hukukunda olduğu gibi bir deneme süresini düzenlememiş olması çok yerinde bir tutum olmuştur.

Yine md. 40/I c.2'ye göre, operasyona izin almak için başvuran hastanın üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olması da aranmıştır²². Tüm bu şartların mevcut olduğundan emin olan hakim, ameliyata izin verecektir. İzni müteakip, geçirilen ameliyat belgelendirilince de hasta, bir kez daha mahkemeye başvurarak nüfus sicilinde gerekli olan düzeltmenin yapılmasını sağlayabilecektir²³.

IV. “ÜREME YETENEĞİNDEN SÜREKLİ BİÇİMDE YOKSUN OLMA” ŞARTI VE BU ŞARTA ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM

Bu başlık altında, cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmek için mahkemeden izin almak isteyen kişinin sahip olması gereken özelliklerden birisi olarak zikredilmiş olan “üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma” hali üzerinde durulacaktır. Bu koşulu ayrıca irdelemek gerektiği kanaatindeyim. Zira “daimi surette üreme yeteneğinden yoksun olma” koşulunun aranması, TMK md. 40'ın uygulanabilme alanını son derece daraltmıştır. Hatta bu daraltma, bu operasyonu geçirebilme olanağını neredeyse tamamen ortadan kaldırmış görünmektedir. Bunun sebebi de, daha ameliyatı geçirmeden evvel yani cinsiyet değişikliği ameliyatına hakimden izin alınması safhasında, kişinin zaten üreme kabiliyetinden sürekli yoksun olması halinin aranmasıdır. Bu durumda sadece biyolojik olarak üreme kabiliyeti olmayanlar veya çift cinsiyetli olanlar (hermafroditler) bu tedavi amaçlı operasyonu geçirip, cinsiyet değiştirebileceklerdir. Oysa transseksüel yapıda olanlar anatomik olarak cinsiyeti belirgin kişiler olup, ruhsal olarak kendilerini karşı cinse ait sayan kişilerdir. Bu tip bireylerde anatomik yapı ile ruhsal yapı birbiri ile çelişir²⁴. Kendilerini yanlış cinsiyete hapsedilmiş ve tabiatın olağandan sapması olarak nitelendirilebilecek birer varlık olarak kabul ederler. Bu kişiler için bu operasyonun geçirilmesinden başka bir çıkar yol yoktur. Cinsiyet değişikliği bu kişiler için bir kapris, bir fantezi değil, tedavi olabilmek için başvurulabilecek yegane çözümdür. Kendilerini sakatlamak bahasına karşı cinse yaklaşmayı deneyen ve bunu bir obsesyon haline dönüştüren transseksüeller, doğuştan üreme kabiliyetine sahip olmayabilecekleri gibi, üreme

²² Bu unsur bir alt başlıkta, eleştirel bir bakışla ayrıca ele alınacaktır.

²³ Nüfus sicilinin düzeltilmesinin bir düzen kuralı olduğuna ve cinsiyet değişikliğinin şartı olmadığına dair bkz. DURAL, ÖĞÜZ, s. 117.

²⁴ ZEVKLİLER, (Cinsiyet Kargaşası), s. 270.

kaabiliyetine sahip de olabilirler. Üreme kaabiliyetinin bulunup bulunmaması, bir kişinin transseksüel yapıda olduğunu belirlemede başvurulan tek kriter değildir²⁵.

Bu durumda kişi, biyolojik olarak ait olduğu cinsiyet uyarınca üreme kaabiliyeti olsa dahi, karşı cinsle cinsel ilişkiye girmeyi düşünmemektedir. Kendini ait hissettiği cinsiyet, zaten karşı cinstir. Burada şu noktayı tekrarlamak isterim ki, transseksüellik ruhsal bir açmazdır. Kişi, doğuştan hiçbir fizyonomik üreme engeli olmasa dahi transseksüel yapıda olabilir²⁶. Bu tıbbi gerçeğe rağmen ameliyata izin için sadece üreme kaabiliyetinden sürekli yoksun olanları aramak ve hasbelkader üreme kaabiliyeti mevcut olmasına rağmen transseksüel yapıda olanları bu tedaviden yoksun bırakmak, trajik sonuçları da önceden kabullenmek ve görmezden gelmek olacaktır.

TMK md. 40, cinsiyet değişikliği operasyonlarında başıboşluğu engellemek isterken, kanaatimce tıbbi gerçeklerin bazılarını gözardı etmiş ve tek kurtuluş çaresi bu olanağa başvurmak olan pek çok hastayı koyu bir çözümsüzlüğe terk etmiştir. Oysa, Alman Transseksüeller Kanunu'na baktığımızda; adı geçen Kanun'un 8. paragrafında, kişinin üreme fonksiyonuna sahip olmamasının, cinsiyet değişikliğinin hukuken kabulü aşamasında arandığını görürüz. Alman Transseksüeller Kanunu 8. Paragrafı uyarınca, cinsiyet değişikliğinin hukuken kabulü için²⁷ şu şartlar bir arada olmalıdır:

- 1- kişinin Alman vatandaşı, ya da Federal sınırlar içinde oturan bir vatansız kişi veya bir göçmen olması;
- 2- evli olmaması;
- 3- üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olması;
- 4- dışa yönelik cinsiyet özelliklerini değiştiren bir operasyon geçirmesi ve bu yolla karşı cinsin görünüşüne yaklaşması

Bu maddenin yorumundan açıkça anlaşılan ilk husus, bu maddenin kapsamının, cinsiyet değişikliği ameliyatını geçirmiş olup eski cinsiyetine ait kimliği değiştiren ve yeni cinsiyetine uygun durumun tespitini mahkemeden isteyenlere yönelik olduğudur. 8. Paragrafda, cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmek için mahkemeden önce izin alınması gerektiğine dair bir düzenleme yer almaz. Burada sadece operasyonu daha önceden geçirmiş olup, yine bu operasyon neticesinde üreme yeteneği sürekli biçimde ortadan kalkmış

²⁵ ÖZTÜREL, Kısım I, s. 463.

²⁶ ÖZTÜREL, Kısım I, s. 464.

²⁷ Yani mahkemeye cinsiyet değişikliği kararının verilmesi için veya mahkemeye başvuran kişinin diğer cinse aidiyetinin tespiti için, ".....ist vom Gericht festzustellen, daß sie als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist," şu koşullar mevcut olmalıdır.

olan²⁸ ve evli bulunmayan kişilerin cinsiyet değişikliklerinin hukuk nezdinde tespiti hedeflenir. Alman Transseksüeller Kanunu, Paragraf 8'de, TMK md. 40'da olduğu gibi iki aşamalı bir düzenleme yoktur. TMK md. 40'da ameliyat için izin almak isteyen kişi, hakime başvurduğunda, 18 yaşını doldurmalı, evli olmamalı ve transseksüel yapıda olduğunu, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı için zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli mahrumiyetini bir eğitim ve araştırma hastahanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemelidir. Bu ön aşamadır. Ameliyat sonrası sicil tashihi, ikinci aşamadır. Ameliyatı geçirmemiş kişide, üreme kabiliyetinden sürekli yoksun olmayı aramak ve bir tek bu kişilere ameliyat yolunu açmak, cinsiyet değiştirmenin kapsamını aşırı daraltmak, hatta imkansızlaştırmak anlamına gelecektir²⁹.

Alman Transseksüeller Kanunu'ndaki düzenlemeden etkilenmiş olan kanun koyucumuz, 8. Paragraf düzenlemesini yanlış yorumlamış ve üremeden daimi yoksunluğun, ameliyatın doğal neticesi olduğunu ve fakat ameliyat geçirilmesinin bir ön şartı olmadığını gözden kaçırmıştır. Bu görüşü savunan yazarlar da aynı noktada birleşerek üreme kabiliyeti olanların cinsiyet değişikliği operasyonu için hakimden izin alamayacaklarını savunmuşlardır³⁰.

Kısacası EMK md. 29/II uyarınca neredeyse her isteyen bu riskli ameliyatı olabilirken, yürürlükteki TMK md. 40'a göre ise, bu operasyonu geçirmek neredeyse imkansız kılınmıştır ve maalesef doğuştan üreme kabiliyeti olan ancak tıbben tamamen transseksüel yapıda sayılan çaresiz kişiler, yürürlükteki kanunun kapsamı dışına bilinçsizce itilmişlerdir.

V. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLEN ÇÖZÜM

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda şunu belirtmeliyim ki; TMK md. 40 hükmü açıktır. Cinsiyet değişikliği operasyonunun geçirilebil-

²⁸ Aynı düşünce için bkz. GÜVEN, s. 65. GÜVEN'e göre bu şart; cinsiyet değişikliği alanında müdahale görmüş olmak şeklinde yorumlanmalıdır. Yani üreme yeteneğinin kaybı, cinsiyet değişikliği ameliyatının doğal bir sonucudur. Bu ameliyattan sonra hasta her iki cinsiyet bakımından da üreme olanağından yoksun kalır. Yine WILL ve ÖZTAN'a göre de; cinsiyet değişikliğinin hukuken kabulü için, kişinin "bundan böyle" üreme fonksiyonuna sahip olmaması gerekir. Burada kastedilen, üreme fonksiyonunun, ameliyat neticesinde ortadan kalkmış olacağıdır. WILL – ÖZTAN, s. 246.

²⁹ GÜVEN, s. 65.

³⁰ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. DURAL – ÖĞÜZ, s. 117; ZEVKLİLER – ACABEY – GÖKYAYLA, s. 447; ZEVKLİLER, (Cinsiyet Kargaşası), s. 274; HATEMİ, Hüseyin, Kişiler Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2001, s. 108- 109.

mesi için gerekli koşullara sahip olan ve durumunu resmi sağlık kurulu raporu ile belgeleyebilen kişi, hakimden izin alabilecektir. Ameliyat sonrasında ise geçirilen operasyonun resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması üzerine mahkeme, nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılması yönünde karar verecektir.

Tüm bu açık düzenlemeler karşısında yukarıda bahsolunan yani üreme kaabiliyeti olan ancak transseksüel yapıda olan kişileri TMK md. 40 kapsamından yararlandırmak için ne yapılabilir? Kanun hükmü açık, yapılabilecek bir şey yok mu demelidir? Yoksa kanun maddesinin yorumlanması yoluyla madde kapsamı genişletilerek, üreme kaabiliyeti olan transseksüeller de bir şekilde bu hükümden yararlandırılabilirler mi?

TMK md. 40 sözüne göre yorumlandığında yapılabilecek bir şey yoktur. Sadece üreme yeteneğinden daimi şekilde yoksun olanlar ameliyata izin alabileceklerdir. Bu noktada söze dayalı yorumun bir tarafa bırakılması gerektiği ve maddenin söyleminin düzenlemeyi amaçladığı “somut hayat gerçeğine” göre fazla “dar” kaldığı tespit edilmelidir. Yasal metinlerin yorumlanmasında düzenlemeyi amaç edindikleri somut yaşam gerçeğinden yola çıkmak, bu somut yaşam gerçeğindeki çıkarları işlevsel bir biçimde değerlendirmek ve bu değerlendirme sonucunda sahip çıkılması, hukukî koruma altına alınması gereken çıkarın ne olduğunu belirlemek esas olmalıdır. Yasal metinlerin yorumlanması, metinlerin hazırlandığı sırada gözetilen değerlendirmelerin ve bu değerlendirmeleri içeren “gerekçelerin” eşliğinde yapılamaz. Yorumun yapılacağı zamanı esas alan ve bu zamanın gereksinimlerini çözmeyi amaçlayan bir yöntem zorunludur. Sübjektif tarihî yorum metodunun reddedilmesinde yasa gerekçelerinin eskiliği veya yeniliği bir fark yaratmaz. “Menfaat değerlendirme” hukukçuluğunun gerekleri böyle bir yaklaşım biçimini zorunlu kılar. Transseksüel yapıda olduğu resmi sağlık kurulu raporu ile belgelenen, 18 yaşını doldurmuş ve bekar olan kişiler, hakim kararı ile cinsiyet değiştirebilmelidirler. İşte hekimler, hastanın fizyolojik olarak üreme kaabiliyeti bulunmasına rağmen transseksüel yapıda olduğu noktasında fikir birliği ederlerse bu somut yaşam gerçeğine sırt çevirmek olanaksızdır. Bu kişilerin hukukî koruma altına alınması gereken tedavi çıkarı, yapılması gereken yorumun çıkış noktası olacaktır.

Hakim, hekimlerin verdiği rapora rağmen Kanunu sözüne göre yorumlayacak ve uzmanlık alanının tamamen dışında olmasına rağmen, hastanın ameliyatına olanak tanımayacak mıdır? Kanaatimce bu gibi durumlarda TMK md. 40 hükmünün güncel gereksinimlerin ışığında belirlenmesi gereken amacına aykırı hareket edilmiş olacaktır. Bu sebeple, üreme yeteneğinden daimi yoksunluk şartını, sadece biyolojik imkansızlık olarak değil de; psişik imkansızlık hallerini de bu madde kapsamında değerlendirmek sure-

tiyle, doğuştan üreme yeteneği olan transseksüelleri de ameliyat geçirmek için alınacak hakim izninden yararlandırmak mümkün olabilecektir.

Gerçekten de transseksüel yapıda olan kişi, doğuştan ait olduğu cinse ait vücudu reddeder. O, kendini ruhen bütünüyle karşı cinsten kabul eder. Tamamen karşı cins gibi hisseden ve davranan bu kişi, duygusal ve cinsel açıdan da sadece biyolojik olarak ait olduğu cinsten kişilere karşı bir yönelim hisseder. Kendini ruhsal olarak ait hissettiği karşı cinse yönelik dürtüleri bulunmaz³¹. Örneğin kendini tam bir kadın gibi hisseden bir erkek transseksüel, kadınları birer hemcinsi olarak görür. Duygusal ve cinsel çekim, onu erkeklere yönlendirir. Bu durumda psikolojik yapısı gereği sadece erkeklerle ilişki kurabilir. Kendini tamamen bir kadın olarak hissettiğinden, bir erkekle beraber olurken, eşcinsel bir birliktelik yaşadığını kabul etmez³². Eşcinseller, kendi cinsiyetlerinden memnundurlar ancak duygusal ve cinsel olarak hemcinslerinden hoşlanırlar. Bir eşcinsel doğum yolu ile kendisine verilmiş olan cinsiyetinden memnundur ve onu değiştirmek istemez. Oysa bir transseksüel, kendini tamamen karşı cinse mensup kabul ettiğinden, doğum yolu ile kazandığı cinsiyetten bir an önce kurtulmak ve ruhsal olarak ait olduğu karşı cinsin her türlü fizyonomik özelliğini de kazanmak istemektedir. Bu sebeple transseksüel yapıda bir erkek, bir başka erkekle birliktelik yaşamaya başladığında, eşcinsel bir eylem gerçekleştirdiğini düşünmez. Tam tersine kendisinin heteroseksüel yapıda olduğuna inanır.

İşte bu tip transseksüellerle karşı cins arasında psişik bir üreme engeli mevcuttur. Bu durumda TMK md. 40'ı yorumlarken "daimi üreme yeteneğinden yoksunluğu" iki türlü anlamlandırabiliriz. Verilebilecek ilk anlama göre, TMK md.40 hükmünde biyolojik üreme engeli bulunan kişilerden bahsedildiği kabul edilecektir. Böyle bir kabul belki yasa koyucunun yaklaşım biçimiyle örtüşür, ancak "menfaat değerlendirme hukukçuluğu"nun gereklerine, "amaca göre yorum" veya "yorumda mehzaz oluşturan kaynakların da gözönünde tutulması" ilkelerine bütünüyle ters düşer. Söz konusu hükme verilen diğer anlama göre ise, biyolojik olarak üreyebilecekken karşı cinsle birleşmesi sözkonusu dahi edilemeyecek olan, bu nedenle üremesi imkansız bulunan, psişik üreme engelli kişiler de hükümün kapsamı içinde kabul edilecektir. Bu iki tip transseksüel yapıdan herhangi birine dahil olan kişilerin durumları resmi sağlık kurulu raporu ile belgelendiğinde, mahkemelerin cinsiyet değişikliği operasyonuna izin vererek, çelişkiler içinde yaşamak zorunda kalan bu bireylere nihai tedavi yolunu açmaları gerektiğini düşün-

31 ÖZTÜREL, Kısım I, s. 466.

32 ÖZTÜREL, Kısım II, s. 263.

mekteyim. Böylelikle hem bir sosyal yaşam gerçeği karşılanmış, hem de yasal metinlerin yorumlanmasında “çağdaş”, “ilerici” ve “işlevsel” olduğu kabul edilebilecek olan ilkelerin gereklerine uyulmuş olur.

