

FRANSIZ HUKUKU VE AVRUPA HUKUKUNDA MEDENİ HAL REJİMİNE İLİŞKİN BİRKAÇ PROBLEM

Yrd. Doç. Dr. Mahmut GÖÇER*

Medeni hal rejimi ile ilgili gerek teorik gerek pratik pek çok hukuki problemle karşılaşılabilceği bir gerçektir. Biz ise bu incelememizde bu problemlerden Avrupa Ülkelerinin hukuki aktüalitelерinde önemli bir yer işgal etmiş ve büyük doktrinel tartışmalara, jürispüdans değişikliklerine sebep olmuş “cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınması” problemi ile özellikle Fransız hukukunda yabancıların yaptıkları evlilikler dolayısıyla büyük bir önem arz etmeye başlayan ve Anayasal bir değer kazanan “Evlenme Hakkı veya Özgürlüğü” problemini analiz etmeyi yararlı gördük.

I. CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİNİN HUKUKEN TANINMASI

Özellikle hukuk planındaki çözümü çok zor olan transseksüalizm problemi ile karşı karşıya gelen gerek Fransız jürispüdansı gerekse Avrupa jürispüdansı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkının, diğer unsurlar yanında, transseksüellere kendi nüfus kayıtlarında yazılı olan cinsiyetten farklı ve onların derin bir ait olma hissi duydukları ve de görünümünü aldıkları cinsiyetin tanınmasını da içerdiğini kabul etmek için uzun süre tereddüt göstermişlerdir¹. Öyle ki, böylesine karmaşık ve duyarlı bir sorun karşısında Fransız yargı yerleri birbirlerinden çok farklı bir şekilde hareket etmiş ve bazı mahkemeler psikolojik cinsiyetin üstünlüğüne dayanarak transseksüellerin cinsiyet değişikliği taleplerini kabul ederken bazı mahkemeler ise bu değişiklik taleplerini reddetmiştir².

Özellikle, Fransız Yargıtay'ı başlangıçtan bu yana bu konu hakkında uzlaşmaz bir tutum benimsemiştir. Gerçekten de bir yandan kişi hallerinin indisponibilitesi prensibini ileri sürerek, diğer yandan ise ilgililerin geçirdikleri cinsel değişim operasyonunun kendi iradelerine dayandığını, dolayısıyla iradi bir karakter taşıdığını belirterek, transseksüellerin nüfus kayıtlarında cinsiyet değişikliği yapılması taleplerini reddetmiştir³.

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Transseksüalizm konusunda Bkz. N.GOBERT “Le transeksüalizme ou de la difficulté d'exister” J.C.P. 1990. I. 3475; J. PETIT, “L'abiguité du droit face au syndrome transsexuel”, R.T.D.C.1976. p. 263; M.GOBERT, “Transsexualisme, fin ou commencement”, J.C.P. 1988, I, 3361; J.P. BRANLARD, “Le sexe et l'état des personnes” doktora tezi, Paris Üniversitesi II, 1991.

² Bkz. Bu jürispüdans hakkında J. Fc. RENUCCI, D. 1992, J, s.325.

Yüksek Mahkeme, cinsiyetin fiziki tanımına dayanan yeni bir gerekçe benimseyerek 21 Mayıs 1990 tarihli 4 kararında bu tutumunu sürdürerek, transseksüalizmin tıbben kabul edilse dahi, gerçek bir cinsiyet değişikliği olarak görülemeyeceğini ve transseksüellerin “fiziki kimliklerini” muhafaza ettiklerini belirtmiştir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesinin transseksüellere hakikatte kendilerinin olmayan bir cinsiyeti onlara tanıma yükümlülüğü içermediğini hükme bağlamıştır⁴.

Fransız Yargıtayı’nın bu katı tutumu Fransa’nın Avrupa İnsan Hakları Divanı önünde mahkum edilmesine sebep olmuştur⁵.

Avrupa İnsan Hakları Divanı, transseksüalizmin ortaya çıkardığı prensip sorununa, yani sözleşmeye taraf bir devletin transseksüellere kendilerininmiş gibi hissettikleri cinsiyeti tanıma konusunda gerekli tedbirleri almak zorunda olup olmadığı sorusuna doğrudan cevap vermekten kaçınarak, daha önce “Rees” davasında yaptığı gibi⁶, bu davada bir transseksüelin nüfus kaydının onun istediği yönde düzeltilmesi pozitif yükümlülüğünün varlığının ve genişliğinin genel yararlar bireyin yararları arasındaki hassas dengeye bağlı olduğunu dile getirmiştir. Divan her ne kadar transseksüalizm konusunda zihiyetlerin değiştiğini bilimin ilerlediğini kabul etmekte ise de transseksüalizmin niteliğine ve doğasına ilişkin bütün şüphelerin henüz kaybolmadığını ve Avrupa Konseyi Üyesi devletler arasında kendisini “Rees ve Cossey” davalarının neticelerinden farklı bir sonuca götürecek derecede yeterince geniş bir consensus, görüş birliği egemen olmadığını belirtmektedir.

Bununla birlikte Divan incelemekte olduğumuz “B.C./France” davasında söz konusu olan Fransız sistemi ile “Rees ve Cossey” davalarında tartışma konusu olan İngiliz sistemini özenle karşılaştırarak, bu iki ülke arasında hem hukuki yönden hem de uygulamalar yönünden medeni hal rejimi konusunda, ad ve soyadı değişikliği konusunda ve kimlik belgelerinin kullanımı konusunda önemli farklılıklar olduğunu altını çizmektedir.

Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Divanı, İngiltere’yi “Rees” davasında mahkum etme kararı almadı ise, bunu İngiliz sisteminde esnek ve yumuşak uygulamaların varlığını göz önüne alarak yapmıştır. Öyle ki İngiliz hukuk sisteminde ve pratiğinde ilgililer serbestçe isimlerini ve soyadlarını değiştirebilmekte, seçilen ad

³ Cass. Civ. (Fransız Yargıtayı), 16 Aralık 1975, J.C.P. 1976, II, 18503, note J.PENNEAU; 31 Mart 1987, J.C.P. 1988, II, 2100, note E. AGOSTİNİ.

⁴ Cass.Civ.(Fransız Yargıtayı), 21 Mayıs 1990, J.C.P. 1990, II, 21588, note F.FLIPO, rapor MASSIP.

⁵ A.İ.H.D. (AVRUPA İNSAN HAKLARI DİVANİ), 25 Mart 1992, “B.C./France”, seri A, no: 232-C; J.C.P. 1992, II 21955 note, Th. GARE; D. 1993, J., s.101, note J.P. MARGENAUD; J.C.P. 1993, I, 3654, NOTE F. SUDRE.

⁶ A.İ.H.D. 17 Ekim 1986, “Rees c/Royaume-Uni”, Seri A, no. 106.

ve soyada göre hazırlanmış resmi belgeler elde edebilmekte ve gerektiğinde bu resmi belgeler üzerinde kendi seçtiği cinsiyetin gösterilmesini sağlayabilmektedirler. İngiliz sistemindeki belirttiğimiz esnek uygulamaların varlığı Divanı “Rees” davasında genel yararlar bireyin yararları arasındaki hassas denge arayışının İngiltere’den belirli bir anda kişinin medeni durumunu gösteren yeni bir tip belgeyi sistemine entegre etmesinin istenmesini gerektirmediği sonucuna götürmüştür⁷.

Buna karşın Fransız sisteminde ilgililer ne nüfus kayıtlarının düzeltilmesini ne adının değiştirilmesini ne de kimlik belgeleri üzerinde ve idari belgeler üzerinde yazılı cinsiyet durumunun değiştirilmesini sağlayabilmektedirler.

Avrupa İnsan Hakları Divanı, “B. C/France” davasında bu durumu göz önüne alarak, davacının her gün özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile bağdaşmaz bir durumu yaşadığını belirterek, genel yararlar bireyin yararları arasında kurulmak gereken hassas dengenin sağlanamadığını ve dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesinin, Fransa tarafından ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Pek açık olmayan içeriğinden dolayı haklı olarak eleştirilen Divan’ın söz konusu 25 Mart 1992 tarihli kararı, medeni hal kayıtlarında istediği değişikliği elde etmesi durumunda, transseksüelin haklarının genişliği ve özellikle de ilgilinin evlenme ve aile kurma hakları hakkında açıklık getirmemektedir⁸. Divan, daha önce “Rees ve Coosey” davalarında, “evlenme hakkı”nı güvence altına alan sözleşmenin 12.maddesinin sadece farklı biyolojik cinsiyetteki kişiler arasında aktolunan geleneksel evlenmeyi hedef aldığını belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın Fransa’yı mahkum eden bu kararı, Fransız Yargıtay’ını bir Jürispüdans değişikliği yapmaya ve transseksüellere medeni hal kayıtlarında değişiklik yaptırabilme hakkı tanınmaya götürmüştür.

Yüksek Mahkeme, gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8.maddesine dayanarak, “cerrahi bir operasyon sonucunda transseksüalizm sendromu arz eden kişi artık kendi asli cinsiyetinin bütün karakterlerine sahip olmayı bıraktığı ve kendini sosyal davranışının da uygun düştüğü diğer cinsiyete yaklaştıran fiziki bir görünüm kazandığı zaman, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı prensibi bu kişinin medeni hal kayıtlarının artık görünümü kazandığı cinsiyeti göstermesi gerektiğini ve kişi hallerinin indisponibilitesi prensibinin böyle bir değişikliğe engel teşkil etmediğini belirtmiştir⁹.

⁷ A.İ.H.D. 17 Ekim 1986, “Rees c/Rayoume-Uni” seri A no:106.

⁸ Bkz. J.P. MARGUENAUD, D. 1993, J. s.101.

⁹ Cass., Ass. Plén., (Fransız Yargıtayı Büyük Genel Kurulu), 11 Aralık 1992, J.C. 1993, II, 21991, concl. M.JEOL, note G. MEMETEAU; R.T.D.H. 1992S.483, NOTE.L.E. PETITTI.

Bununla birlikte Fransız Yargıtay'ı bu iki kararında Avrupa İnsan Hakları Divanı gibi, transseksüellerin evlenme ve aile kurma hakları hakkında herhangi bir görüş belirtmemiştir.

Ancak Yüksek Mahkeme gene de jürispüdansının gelecekte değişikliğe uğrayabilmesine engel teşkil etmeyecek bir formül kullanmış gibi görünmektedir. Zira, Yargıtay Başsavcısı'nın da haklı olarak altını çizdiği gibi cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınması ilgililerin buna bağlı haklarını kullanmalarına olanak vermek zorundadır. Bunun aksini düşünmek, hiçbir hukuksal dayanak olmaksızın belirsiz cinsiyetli ve medeni hakları kısıtlanmış bir üçüncü kategori şahıslar kümesi kurmaya götürür ki, bu da vatandaşların kanun önünde eşitliği anayasal prensibi ile bağdaştırılamaz¹⁰.

II. EVLENME HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12.maddesince açıkça tanınan evlenme hakkı anayasal bir prensip olarak Fransız hukukunda karşımıza çıkmaktadır¹¹.

Fransız Anayasa Konseyi, ilk olarak 13 Ağustos 1993 tarihli kararında "evlenme özgürlüğü"nü açıkça "kişi hürriyeti"ne bağlayarak bu hakka anayasal bir değer tanımıştır¹².

Gerçekten de Yüksek Mahkeme evlendirme memurunu, evliliğin aslında bir evlilik birliğinden başka bir amaçla öngörüldüğü kanısını uyandıran ciddi şüphe sebeplerinin varlığı halinde, Cumhuriyet Savcısını haberdar etmeye mecbur tutan ve savcının da üç aya kadar varabilen bir süre için evlenme işleminin ertelenmesine karar verebileceğini öngören dava konusu kanun hükümlerini "evlenme özgürlüğü prensibi"ne aykırı bulmuştur. Öyle ki Anayasa Konseyi, dava konusu yasa hükümlerinin evlenme işlemini böyle ön koşullara bağlayarak, kişi hürriyetinin unsurlarından biri olan evlenme özgürlüğü prensibine ihlal ettiğini açıkça ifade etmektedir.

Anayasa Konseyi'nin bu kararından sonra Fransız Medeni Kanunu'nun 175.maddesi, Anayasal Hakim'in eleştirileri göz önüne alınarak ve onun kararında kanuna karşı hile yapmalarından şüphelenilen eşlere getirilmesini istediği güvenceleri öngören 30 Aralık 1993 tarihli kanunla değişikliğe uğratılmıştır. Medeni Kanun'un ilgili maddesinin yeni şekli öngörülen evlenme işleminin Medeni Kanun'un

¹⁰ M.JEOL. J.C.P. 1993, II, 21991.

¹¹ A.İ.H.S. 12.maddesi ergenlik yaşından itibaren erkek ve kadının evlenme ve bir aile kurma hakları olduğunu ve bu hakkın kullanımının ulusal kanunlarca yönetildiğini belirtmektedir.

¹² Cons. Const. (Fransız Anayasa Konseyi) 13 Ağustos 1993; R.F.D.C. 1993, s.583, note L. FAVOREU; R.F.D.A. 1993, S.871 note.

146.maddesi uyarınca¹³ iptal edilmeye elverişli olduğu kanısını uyandıran ciddi şüphe sebeplerinin varlığı halinde evlendirme memurunun Cumhuriyet Savcısı'nı "haberdar edebileceğini" ve bu durumdan ilgilileri bilgilendireceğini belirtmektedir. Cumhuriyet Savcısı ise evlenme işlemine itiraz etmek veya evlenme işleminin "bir aylık süreyi aşmayacak" şekilde ertelenmesine karar vermek için 15 günlük bir süreye sahip olup, aldığı gerekçeli kararı evlendirme memuru ve ilgililere bildirir.

Özellikle yeni kanunun getirdiği en büyük güvence ilgililerin savcının evlenme işlemini erteleme kararının iptal edilmesini hakimden (Asliye Mahkemesi Başkanı'ndan) isteyebilmeleridir. Hakim, başvurunun yapıldığı günden itibaren 10 gün içine kararı vermek zorunda olup, hakim bu kararı da gene aynı süre içinde karar vermek zorunda olan İstinaf Mahkemesi'nde dava edilebilir¹⁴.

Bununla beraber bazı yazarlar, hakim yabancılar polisi alanındaki yetki ve görevlerinin listesi göz önüne alındığında evlenme işleminin tehiri tedbirleri üzerinde istenilen denetimi sağlamasından şüphe edilebileceğini belirtmektedir¹⁵. Kaldı ki zaten evlenecek eşlerin evlenme işlemini yapmaktaki motivasyonlarını ve dolayısıyla bu alanda gerekli kanıt unsurlarını tespit etmek zordur.

Ancak Fransa Anayasa Konseyi her ne kadar yasa koyucunun evlenme işlemini ön koşullara bağlayamayacağını ifade etmekte ise de, onun çok eşlileri (poligom) aile gruplaşması hakkından yoksun bırakmaya ve Fransa'da poligami halinde yaşayan bir yabancıya oturma kartı verilmesini yasaklama yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir¹⁶. Zira, Yüksek Mahkemeye göre normal bir aile hayatı koşulları poligamiyi dışlayan Fransa'daki koşullardır.

Bu bağlamda, Fransız Danıştay'ı da verdiği birçok kararda idarenin, bir Fransız vatandaşı ile sadece kendine bir oturma kartı sağlayabilmek amacıyla evlenen bir yabancıya oturma kartı verilmesi talebini hukuki olarak reddedebileceğini; ancak idarenin bu red kararının normal bir idari işlem gibi idari hakim denetimine tabi olduğunu hükme bağlamıştır¹⁷.

Nihayet, Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın da evlenme hakkını yaptırımlandırdığını belirtmeliyiz. Divan, 18 Aralık 1986 tarihli "Johnston" kararında Sözleşme'nin 12.maddesinin evlenme hakkını güvence altına alarak sadece evlilik

¹³ Fransız Medeni Kanunu'nun 146.maddesi "rıza yok ise evlenme de yok" hükmündedir.

¹⁴ 30 Aralık 1993 tarihli kanun J.O. 1 Ocak 1994, s.11.

¹⁵ F. JULIEN-LAFERRIERE, A.J.D.A. 1994 s.89.

¹⁶ Cons. Const. (Fransız Anayasa Konseyi), 13 Ağustos 1993; R.F.D.C. 1993, s.583, note L. FAVOREU.

¹⁷ C.E. (Fransız Danıştay) 9 Ekim 1992; R.F.D.A. 1993, s.166. note. J. RUBELLIN-DEV:ICHI; C.E., 29 Nisan 1994, Rec. S.206; C.E., 29 Aralık 1995, J.C.P. 1996, IV. 639.

ilişkilerinin oluşmasını hedef aldığını; fakat, ne bu maddeden ne de sözleşmenin 8.maddesinden “bir boşanma hakkı” doğmadığını ifade etmiştir¹⁸

¹⁸

A.İ.H.D. 18 Aralık 1986, “Johnstan et autres” c/İrlanda seri A, no:112.