

## Türkiye’de Cinsiyet Geçişi ile İlgili Hükümlerinin Özerklik Hakkı Açısından İncelenmesi

### Review of the Provisions on Gender Transition in Turkey in Terms of the Right to Autonomy

Öncel Onur AKBAŞ<sup>a</sup>

**Özet:** Türkiye’de 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu cinsiyet geçişine ilişkin hükümler ihtiva etmiş, bireylerin bazı koşullarda cinsiyet geçiş ameliyatı geçirmelerini ve isim ve cinsiyet kayıtlarının düzeltilmesini düzenlemiştir. İlgili düzenlemenin içerdiği yasaklayıcı ve zorlayıcı hükümlerin bireylerin beden bütünlükleri ve cinsel kimlikleri hakkında karar verme hakkını sınırladığı ileri sürülerek madde eleştirilmiştir. Özellikle bireylerin üreme yeteneğini sona erdiren girişimlere ve cinsiyet geçiş ameliyatlarına zorlanması hususları ile ilgili hükümler dava konusu edilmiştir. Makalemizde bu başlıklar ile ilgili hükümler ve bazı yargı kararları cinsiyet geçiş süreçlerinde beden bütünlükleri ve cinsel kimlikleri hakkında karar verme hakları açısından incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Cinsiyet değiştirme; LGBTİ; tıbbi müdahale; sağlık hukuku; tıp hukuku; tıp etiği; özerklik; cinsel sağlık ve üreme sağlığı

--

**Abstract:** Gender reassignment surgery is a difficult, heavy and irreversible risky plastic surgery operation that results in the deprivation of some organs of individuals. (1) In Turkey, the Civil Code No. 4721 contained provisions regarding gender reassignment, regulated that individuals undergo gender reassignment surgery under certain conditions and that their name and gender records be corrected. The article is criticized on the grounds that the prohibitive and coercive provisions contained in the relevant regulation limit the right of individuals to make decisions about their body integrity and sexual identity. In particular, the provisions on forcing individuals to undergo attempts to end their reproductive ability and to undergo gender reassignment surgeries have been the subject of lawsuits. In our article, the provisions related to these topics and some judicial decisions are examined in terms of the right to decide on body integrity and sexual identity in the gender transition processes.

**Keywords:** Gender reassignment; LGBTI; medical intervention; health law; medical law; medical ethics; autonomy; sexual and reproductive health

## GİRİŞ

Cinsiyet geçiş ameliyatı bireylerin bazı organlarından mahrum bırakılması ile sonuçlanan, zorlu, ağır ve geri dönüşü olmayan riskli bir plastik cerrahi operasyondur (1). Konu ile ilgili düzenleme 4721 Sayılı Medeni Kanun’un 40. Maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre “Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir.” Maddede iznin verilebilmesi için aranan şartlara yer verilmiştir. Öncelikle başvuran bireyin 18 yaşını doldurmuş olma ve evli olmama

<sup>a</sup>İstanbul Barosu, İstanbul ✉ oncelonur@gmail.com

Gönderim Tarihi: 24.05.2022 • Kabul Tarihi: 16.06.2022

şartları aranmaktadır. Buna ek olarak bireyin “ayrıca transseksüel yapıda 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” gerekmektedir. Kanun maddesi bu şartların yerine getirilmesinden sonra bireyin tıbbi yöntemlerle cinsiyet geçiş ameliyatına izin verilmesi halinde bu ameliyatın gerçekleştirilebileceğini öngörmektedir. Son olarak kanun maddesinde bu izni alan kişinin bu ameliyatı gerçekleştirdiğini resmi sağlık kurulu raporu ile doğrulaması halinde mahkemece nüfus sicilinde değişiklik ve düzeltme yapılmasına karar verileceği belirtilmiştir. Hükümden de anlaşıldığı üzere, cinsiyet değişimi için ön şartlar getirilmiş ve nüfus sicilinde değişiklik prosedürü düzenlenerek cinsiyet değişikliğinin maddi ve şekli şartlarına yer verilmiştir. (2) Dolayısıyla cinsiyet geçişi için mahkemeden karar almak bir ön koşul haline getirilmiştir. Yani söz konusu şartlar seçimlik olmayıp, cinsiyet değişikliğine ilişkin karar verilebilmesi için madde hükmünde yer alan şartların tamamının bir arada bulunması gereklidir. (3) Dolayısıyla öncelikle Kanun’da belirlenen şartlar yerine getirilmiş ise mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilecektir. Kararın kesinleşmesi ve verilen izin kararı doğrultusunda gerekli cinsiyet değişikliği ameliyatının yapılması üzerine bu sefer söz konusu ameliyatın gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporu ile doğrulanması ile cinsiyet yönünden nüfus kütüğündeki kaydın düzeltilmesi için dava açılarak kayıt düzeltilenecektir. (4) Yani nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılabilmesi önceden mahkemenin cinsiyet değişikliği ameliyatına izin vermesine bağlıdır. Bu kanun maddesinin bu hali pek çok konuda eleştirilmiştir. Cinsiyet geçişi talebinde bulunan kişilerin evli olmamaları, 18 yaşını doldurmuş olmaları, cinsiyet geçişlerinin ruh sağlıkları açısından zorunluluk olduğunu kanıtlamaları gibi şartlar çeşitli eleştirilere maruz kalmış çeşitli davalara konu olmuştur. Makalemizde TMK’nın cinsiyet geçişi ile ilgili maddesinin bireyleri üremeye yeteneğinden yoksun bırakmaya ve cinsiyet geçiş operasyonlarına zorlayan hükümler ile ilgili yargı kararlarına ve eleştirilere yer verilmiş ve konu tıp hukuku ve etiği açısından değerlendirilmiştir.

## 4721 SAYILI MEDENİ KANUN KAPSAMINDA CİNSİYET GEÇİŞİ İÇİN ZORUNLU GİRİŞİMLER

Medeni Kanun’un Cinsiyet değiştirme başlıklı 40. maddesinde cinsiyet geçişi talebinde bulunan bireyleri tıbbi girişimlere zorlama açısından iki tartışmalı hüküm içeriyordu. Bunlardan ilki kişinin cinsiyet geçiş ameliyatını gerçekleştirmesine izin verilebilmesi için aranan şartlar arasında yer alan üreme yeteneğinden sürekli yoksun olduğunu sağlık kurulu raporu ile belgelemesidir. İkincisi ise ilk aşamada talep edilen şartları taşıyan kişinin cinsiyet geçiş ameliyatını gerçekleştirmek zorunda bırakılmasıdır. Her iki hüküm kişi hak ve özgürlüklerini ihlal ettikleri, kişileri hukuka aykırı olarak tıbbi girişimlere zorladıkları gerekçeleri ile hem eleştirilmiş hem de dava konusu edilmiştir. Bireylerin cinsel kimliklerine uygun yaşayabilmeleri için tıbbi girişimlere zorlanması tıp etiği açısından da eleştirilmiştir. Konu ile ilgili eleştiri ve yargı süreçleri kanunun konu ile ilgili hükümlerinden birinin iptali ile sonuçlanmıştır.

### Bireyin Üreme Yeteneğinden Yoksun Olması ve Cinsiyet Geçiş ile İlgili Tıbbi İşlemlere Zorlanması

Cinsiyet değişikliği talebinin TMK kapsamında kabul edilebilmesi için aranan en tartışmalı şart bireyin üreme yeteneğinden yoksun olması şartıydı (5,6). Maddede kişinin cinsiyet geçiş ameliyatına izin verilebilmesi için aranan şartlar arasında kişinin üreme yeteneğinden sürekli yoksun olması koşulu da vardı. Bu şart kapsamında cinsiyet geçişi talep eden kişi hiçbir tıbbi gereklilik söz konusu olmasa da ve daha da önemlisi istemese de sürekli üreme yeteneğinden yoksun olmasına neden olacak operasyonlara maruz kalabiliyordu. Kişinin rızası hilafına, vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilecek tıbbi bir müdahalenin yasal anlamda kabul edilebilir bir gerekçesinin bulunmadığı, bireylerin istemleri dışında kendilerini kısırlaştırmalarını istemenin tıbbi gerekçesinin

olmadığı bu nedenle bireylerin tıbbi müdahaleye zorlanmalarının tıp etiği ve tıp hukuku ile bağdaşmadığı belirtilmiştir (7).

Bireyin cinsiyet geçişi ile ilgili durumunun nüfus kayıtlarına tescili ve düzeltilmesi kararı için aranan cinsiyet geçiş operasyonunu gerçekleştirmiş olma koşulu da benzer eleştirilere maruz kalmıştır. Her trans bireyin ait hissettikleri cinsiyetle uyumlu olacak tıbbi tedaviyi kabul etmeyebileceği, kaldı ki söz konusu ameliyatların bireylerin istek ve gereksinimleri ile uyumlu olmayabileceği, ekonomik açıdan da bireyler için külfet oluşturabileceği, bu nedenle bireylerin yararının üstün tutulması gerektiği ve özel durum ve ihtiyaçları doğrultusunda hareket edilmesi gerektiği (8), tıbbi gerekçelerin göz ardı edilerek bireylerin çözümsüzlüğe terk edilmesinin trajik sonuçları da beraberinde getireceği (9) bireylerin benimsemedikleri cinsel bedenle ile yaşamaya zorlanmalarının insan onuru ile bağdaşmadığı, bu şartın, bireyleri aşağılayan ve eziyet çekmelerine sebep olan uygulamaları beraberinde getirdiği (5) belirtilmiş, bu nedenle bireylerin cinsiyet değişikliği talebinin kabulü için tıbbi girişimlere maruz bırakılmalarının özel ve aile hayatına saygı hakkını ihlal edeceğinin altı çizilmiştir (10).

Medeni Kanun'un tartışmalı 40. Maddesi'nin her iki fıkrası da AYM'nin önüne gelmiş, AYM, somut norm denetimi yoluyla vermiş olduğu kararında "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksunluk" şartını aşağıda değindiğimiz AİHM içtihatları doğrultusunda iptal etmiş, nüfus sicilinde cinsiyet değişikliği yapılması için "cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması" şartını ise AY'a aykırı olmadığı gerekçesi ile reddetmiştir. Bu nedenle AYM'nin iptal kararından önce AİHM'in Y.Y. / Türkiye kararı ile diğer emsal kararlara kısaca değinilecektir.

### **Y.Y/ Türkiye Kararı**

Başvurucu (11), genç yaştan beri kendini kadından ziyade erkek olarak hissettiğini bu nedenle cinsiyet değişikliği ameliyatı için MK.m.40 uyarınca mahkemeden izin istediğini fakat mahkemenin üreme yeteneğinden yoksunluk şartını yerine getirmemesi nedeniyle bu talebini reddettiğini, bu hususun ise sözleşmenin 8. Maddesini ihlal ettiğini belirterek AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme konuyu cinsiyet kimliğinin tanınması olarak değil, cinsiyet geçiş sürecine erişim bağlamında ele almıştır. Zira üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksunluk şartı cinsiyet değişikliği sürecine erişimi engellemektedir.

Mahkeme yapmış olduğu hukuksal değerlendirmede, cinsiyet değişikliği süreci başlamadan bireyin üreme yeteneğinden yoksunluk şartının bir ön koşul olarak ileri sürülmesinin anlamsız olduğunu, bireyin fiziksel bütünlüğüne saygı ilkesinin bir gereği olarak, kalıcı olarak üreme yeteneğinden mahrum bırakılması koşulundan bireylerin muaf tutulması gerektiğini ifade etmiştir. AİHM, şartın gerekçesi olarak ileri sürülen kamu yararı ve bireyin kendi çıkarlarının korunması hususunun söz konusu ameliyatı gerçekleştirmek için yeterli bir gerekçe teşkil etmediğini de vurgulamıştır. Bu kapsamda bireylerin özel hayatına saygı hakkına müdahale edilmesinin demokratik bir toplumda gereklilik olarak nitelendirilemeyeceğini, başvurunun yıllarca cinsiyet değişikliği ameliyatından mahrum bırakılmasının özel hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini değerlendirmiştir (12).

Benzer bir kararda (13) AİHM, cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması ve nüfus kaydının düzeltilmesi için, bireylerin üreme yeteneğinden yoksun olmasının bir ön koşul olarak ileri sürülmesinin sözleşmenin 8. maddesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. AİHM'e göre bireylerin üreme yeteneğinden kalıcı bir şekilde yoksun kalacakları bir müdahaleye rızaya zorlanmaları kabul edilemez.

AİHM'e göre (14) bireylerin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bırakılmalarına neden olacak tedavi ve müdahaleler, bireylerin güvence altına alınan fiziksel bütünlük hakkı ile de doğrudan ilgilidir ve söz konusu tıbbi müdahaleler için bireylerin özgür onamlarının olması gerekmektedir. Ancak burada tam bir onam serbestisinden bahsedilemeyeceği açıktır. Zira bireyler cinsiyet kimliğine dayanan hakları kullanabilmeleri için vücut bütünlüklerine yönelik bir müdahaleyi kabule zorlanmaktadır. Dolayısıyla tıbbi müdahaleye vermiş oldukları rızanın özgür bir irade ile gerçekleştiği söylenemez. Bireylerin bu şekilde tıbbi müdahaleye zorlanması, özerklik hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır.

AİHM'in Y.Y./Türkiye kararından sonra yargının AİHM kararı doğrultusunda karar verip vermeyeceği merak konusu olmuş Yargıtay cinsiyet geçişine ilişkin önüne gelen iki başvuruda AİHM kararını göz ardı ederek karar vermiştir. Bu kararlara muhalefet şerhi koyan Yargıçlar ise AİHM'in Y.Y. kararına atıf yapmış, Anayasa m. 90 uyarınca ulusal mevzuatın uluslararası sözleşme hükmü ile çeliştiğini, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir durum söz konusu olduğu için uluslararası sözleşmeye öncelik verilmesi gerektiğini, AİHM'in ihlal kararının iç hukuktaki kanun hükmünü zımni olarak ilga ettiğini, dolayısıyla AİHM kararı doğrultusunda yerel mahkeme kararının bozulması gerektiğini belirtmişlerdir (15). Bunun yanında bütün koşulları taşımasına rağmen cinsiyet geçişi talebinde bulunan bireylerin taleplerinin (16) ve yine tanıma tenfiz için açılan davaların da yerel mahkemelerce reddedildiği görülmüştür (17).

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

Anayasa Mahkemesi önüne gelen somut norm denetimi başvurusunda, (18) nüfusta kadın olarak kayıtlı fakat cinsiyetini erkek olarak değiştirmek isteyen başvurucu, cinsiyet geçiş koşullarından olan "...üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma" şartı nedeni ile üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunmayan transseksüel kişilerin cinsiyetlerini değiştiremediğini, bu durumun transseksüel bireyler arasında eşitsizliğe neden olduğunu ve cinsiyet değişikliği ameliyatına izin verilmemesi nedeni ile bireylerin hayatlarına devam etmek zorunda kaldığını ve böyle bir hayata zorlanmalarının maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına aykırı olduğunu, bireylerin vücut bütünlüklerini ihlal ettiğini ve yine özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğini savunarak ilgili kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğunu dile getirmiştir (18).

Anayasa Mahkemesine göre, söz konusu şart, bireylerin zorla tıbbi müdahaleye maruz kalmalarına sebep olmaktadır. Oysa kanunun ikinci fıkrası, cinsiyet değişikliği ameliyatının resmi sağlık kurulu raporu ile doğrulanmasını gerekli kılmıştır. Hal böyle iken birey tıbbi yöntemlere uygun olarak cinsiyet değişikliği ameliyatı gerçekleştirdiğinde zaten üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun kalacaktır. Yani cinsiyet değişikliği ameliyatının bir sonucu olan üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma durumunun, izin şartı olarak ileri sürülmesi ve bu suretle bireylerin ayrı bir tıbbi müdahaleye maruz bırakılmaları, bedensel ve ruhsal olarak katlanılması gerekli olmayan bir müdahaledir. Dolayısıyla bireyin maddi ve manevi varlığı ile özel hayatına getirilen bu sınırlama ölçülü değildir (18). Ayrıca bu şart nedeni ile üreme yeteneğini kaybeden fakat herhangi bir nedenle cinsiyet değişikliği ameliyatı olamayan bireyler çok ağır ve telafisi imkansız sonuçlarla karşı karşıya kalabileceklerdir (18). İşbu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi, başvuruyu haklı bularak iptal kararı vermiştir.

Yine Anayasa Mahkemesine taşınan bir başka somut norm denetiminde (19), başvurucu nüfus kaydında kadın olan cinsiyetini erkek olarak değiştirmek istemektedir. Ancak Medeni Kanun, 40.maddeye göre nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılabilmesi, verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet geçiş ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanmasına bağlıdır. Dolayısıyla transseksüel yapıda olan kadınların, erkekliğe ilişkin cinsel organ ameliyatı olmamaları sebebi ile kadın kimliği taşımaya zorlanmalarının, yani bireylerin nüfustaki cinsiyet hanesinde değişiklik yapılabilmesi için cinsiyet geçişi ameliyatının zorunlu tutulmasının bireylerin Anayasa'nın 17. Maddesi ile güvence altına alınan maddi ve manevi varlığını korumasını hakkı ile bağdaşmadığı gerekçesi ile başvuru yapılmıştır (19).

AYM'ye göre bireylerin nüfus kaydı, doğduğu andaki biyolojik cinsiyetine göre erkek ya kadın olarak düzenlenmektedir ve çok istisnai hallerde cinsiyet değişikliğine izin verilmektedir. AYM'ye göre cinsiyet değişikliği için gerekli olan ameliyatlarda bireylerin sağlığı açısından riskler taşıdığı gibi geri dönüşü olmayan tıbbi bir süreçtir ve bundan dolayı devlet denetiminde belirli prosedürler ile gerçekleştirilmektedir. Aksi takdirde söz konusu ameliyatlarda sıradanlaşabileceği gibi cinsiyet değişikliği hususunda mahkemeler onay makamı haline geleceklerdir. Bunun yanında nüfus kayıtları kamu düzenindedir ve bu kanuni düzenleme ile kayıtların isteğe bağlı olarak değiştirilmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Nüfus kayıtlarının kalıcı ve tereddütsüz olması kamu düzeninin korunması açısından zorunludur ve bahsi geçen sınırlama ile bireylerin cinsiyet değişikliği

yapabilme ve sonrasında nüfus kaydını değiştirme hakları engellenmemektedir. Ayrıca transseksüel bir bireyin cinsiyet değiştirmeksizin nüfus sicilindeki cinsiyet hanesini değiştirmesine olanak verilmesi durumunda bireyin biyolojik cinsiyeti ile nüfus kaydında görünen cinsiyeti arasında fark olacaktır ki bu durum kamu düzeni ile çatışacaktır. Bu durumda bireyler belli haklardan yararlanmak veya yükümlülüklerden kurtulmak amacı ile nüfustaki kaydını değiştirebilecektir. Bu durum ise kamu düzenini bozabileceği gibi bireylerin hak ve özgürlüklerini gereği gibi kullanmalarını engelleyecektir. Dolayısıyla transseksüel yapıdaki bireylerin cinsiyet geçiş ameliyatı olmaksızın cinsiyet hanesinin değiştirilmesine olanak verilmesi hukuk düzeni açısından sorunlar doğuracak ve toplum düzeni ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle bireylerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakları ile özel hayatlarına saygı gösterilmesi haklarına getirilen sınırlamanın ölçülü olduğunu belirterek söz konusu kanun hükmünün AY'ya aykırı olmadığına karar vermiştir (19).

Yargıç Engin Yıldırım ise karşı oy gerekçesinde ağırlıklı olarak uluslararası ve karşılaştırmalı hukuka değinmiştir. Bireylerin cinsel kimliklerinin tanınması için cinsiyet geçiş ameliyatına zorlanmalarının insan haklarına saygı ilkesi ile bağdaşmadığını, kendi kaderini tayin hakkı veya kendini belirleme hakkının AİHM kararlarında kabul edildiğini, söz konusu tıbbi müdahalelerin bireylerin onurlarını ve özgürlüklerini ihlal ettiğini ve insan hakları kurumlarının cinsiyet kimliğinin tanınması için tıbbi müdahalenin ön şart olarak sunulmasını kabul etmediklerini ve devletlere bu yönde çağrı ve tavsiyelerde bulunulduğunu, bazı ülkelerin yüksek mahkemelerinin de bu yönde kararlar vererek hukuklarını düzenlediklerini, her transseksüel bireyin cinsiyetine uygun tıbbi müdahaleye razı olmayabileceğini, her ne kadar bireylerin cinsiyet geçiş ameliyatı olup olmama noktasında seçim hakkına sahip olduğu söylene de aksine bireylerin istemedikleri tıbbi müdahaleye zorlanmasının söz konusu olduğunu ve bireylerin kendi sağlığına zarar verme ihtimalleri olan tıbbi bir müdahaleye maruz bırakılmaması gerektiğini, kamu düzeni karşısında bireylerin kendi cinsiyetini belirleme ve fiziksel bütünlüğünü koruma hakkının feda edilmemesi gerektiğini, söz konusu kuralla kamu düzeni ile bireysel menfaat arasında birey aleyhine ciddi bir yük getirildiğini ve tıbbi müdahaleye rıza göstermeyen bireylerin ait olmadıklarını hissettikleri cinsiyetle yaşamaya zorlanmalarının ciddi sonuçları olabileceğini, toplumun genel yargılarına göre hareket ederek bireylerin cinsiyet kimliklerinin göz ardı edilmemesi gerektiğini, sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin kurulmadığını dolayısıyla sınırlamanın AY.17'ye aykırı olduğunu, "transseksüel bireylerin toplum veya devlet tarafından düzeltilmesi gereken "bozuk" bedenlere ve ruhlara sahip bir tür "acaib el-mahlukat ve garaib el-mevcudat" insanlar olmadığını" belirterek söz konusu kuralın AY.m.13, 17 ve 20'ye aykırı olduğunu belirtmiştir.

Bir diğer karşı oy da uluslararası belgelere ve insan hakları kurumlarının görüş, tavsiye, rapor ve kararları ile AİHM'in Y.Y./Türkiye kararına değinmiş, günümüz tıp bilimince bireylerin transseksüel yapıda olup olmamasının herhangi bir tıbbi müdahale söz konusu olmadan da saptanabileceğini dolayısıyla bireylerin tıbbi müdahaleye zorlanmalarının AY.m.17 ile uyumlu olmayacağını, bu nedenle de söz konusu kuralın AY. m.17 ve 20.'ye aykırı olduğu belirtilmiştir.

Diğer karşı oya göre ise, kamu düzeni amacı ile nüfus kayıtlarının isteğe bağlı olarak değiştirilmesinin önüne geçildiğine ilişkin gerekçenin yerinde olmadığı, sınırlamanın ölçüsüz olduğu, kuralın ameliyat zorunluluğu getirdiği bu nedenle kuralın AY. m.13, 17 ve 20'ye aykırı olduğu belirtilmiştir.

Gerçekten de BM Ekonomik Kültürel ve Sosyal Haklar Komitesi, cinsiyetin hukuken tanınması hususunun cinsiyet geçiş ameliyatına bağlanmaması gerektiğine işaret etmiştir (19). Komitenin ESKHS'nin 12. Maddesinin yorumlandığı 22 no'lu yorum dikkate alındığında bireylerin cinsiyet kimliğinin tanınması için ameliyata zorlanmalarının insan haklarına saygı ilkesi ile bağdaşmadığı söylenebilir. 22 no'lu yorum cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkı ile özgürlükleri de içermektedir ki özgürlükler, bireylerin kendi bedenleri hakkında zorlama ve ayrımcılığa uğramadan özgür kararlar verme ve seçim yapma hakkıdır. Dolayısıyla bu hakların kullanımına engel olan yasaların düzenlenmesi devletlerin sorumluluğudur. Bireylerin özerkliğine saygı gösterilerek ve tıp etiği açısından zarar görmeme ilkesinin hayata geçirilmesi ile trans bireylerin ayrımcılığa maruz bırakılmamaları,

gereksiz ve zorla tıbbi müdahalelere, sterilizasyon uygulamalarına tabi tutulmamaları, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği bakımından bireylerin baskı ve şiddete uğramamaları belirtilmiştir (20).

Yine yoruma göre devletler bireyleri cinsel sağlık ve üreme sağlığı haklarını kullanabilmeleri için müdahale teşkil edebilecek uygulamaları önlemeli, cinsel sağlık ve üreme sağlığına erişimi sınırlandırmamalı ve engellememelidir. Devletler, cinsel sağlık ve üreme sağlığının uygulanmasını engelleyen yasaları geliştirmelidir. Yerine getirme yükümlülüğü, Devletlerin cinsel ve üreme sağlığı haklarının tam anlamıyla gerçekleşmesini sağlamak için uygun yasal, idari, bütçe, yargı, tanıtım ve diğer önlemleri almalarını gerektirir (20).

Birleşmiş Milletler sözleşme organları gerek içtihatları gerekse genel yorum ve sonuç gözlemleri ile uluslararası insan hakları hukukunda cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılığın yasaklandığına işaret etmiş, İnsan Hakları Konseyi ve Komitesi de cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine ilişkin ayrımcılığı tanıdığını ifade etmiştir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesine göre de ayrımcılık yasağı cinsiyet kimliğini de içermektedir ve trans bireylerin akıl hastası olarak değerlendirilmesinin bireyin cinsel ve üreme sağlığı haklarını ihlal ettiğini belirtmiştir. Yine İşkenceye Karşı Komite, işkenceyi önleme yükümlülüğünün kapsamını geniş yorumlamış ve yasaların cinsel yönelimi ve trans kimlikleri dahil hiçbir ayırım gözetilmeksizin herkes için aynı şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir (21).

AYM'nin karşı oy yazısında atıf yapıldığı üzere; BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği de transseksüel bireylerin cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmasının kolaylaştırılması gerektiğine işaret etmiş ve ait hissettikleri cinsiyete ilişkin bilgilerin yeni kimlik belgelerine kaydedilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını tavsiye etmiştir (19).

Yine kararda atıf yapılan diğer tavsiye kararlarına göre, cinsiyet kimliğiyle ilgili tıbbi müdahalelerin işkence ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebileceği, LGBTİ bireylerin insan haklarından tam olarak yararlanabilmesi için üye devletlerin ayrımcılığın önlenmesi amacıyla yasal ve diğer önlemleri almaları gerektiği, transseksüel bireylerin tercih ettikleri cinsiyetle tanınmaları ve isim değiştirebilmeleri için tıbbi süreçlere zorlanmamaları gerektiği konusunda da çağrı yapmıştır (19).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temellerinde Ayrımcılıkla Mücadeleye Dair Önlemler ile ilgili CM/Rec(2010)5 sayılı ve 31 Mart 2010 tarihli Tavsiye Kararı'nda da benzer noktalara değinmiş, trans bireylerin makul olmayan yükümlülüklerle tabi tutulmadan cinsel sağlık hizmetlerine etkin bir şekilde ulaşabilmesi gerektiğini ve devletlerin bireyleri rızası dışında cinsiyet geçiş işlemlerine maruz bırakmamaları gerektiği belirtilmiştir (22).

Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine ilişkin "Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri" de herhangi bir bağlayıcılığı olmasa da evrensel insan haklarının gelişimi açısından önemli bir belgedir. Bu belgede bireylerin hiçbir ayırma tabi tutulmadan insan haklarından tam anlamı ile yararlanmaları gerektiğine işaret edilmiştir. (23) Sonuç olarak bireylerin cinsiyet nedeniyle farklı değerlendirmeye tabi tutulmaları insan onuru ile bağdaşmaz ve ayrımcılık yasağı ile de çelişir. (24)

### **M.K. Başvurusu**

AYM'nin önüne gelen bir başka başvuruda, başvuru cinsiyet değişikliğine karar verilebilmesi için üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma şartının trans bireyleri kısırlaştırma işlemine zorladığını oysa tıbbi müdahale için bireyin rızasının olması gerektiğini, izin şartı nedeni ile cinsiyet değiştirememesinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruma ve geliştirme hakkını ihlal ettiğini, evlilik aşamasında olmasına rağmen kimliğini değiştirememesi nedeniyle zor durumda kaldığını belirtmiştir (25).

AYM söz konusu müdahalenin cinsiyet kimliği ve kişisel gelişim hakkına müdahale teşkil ettiği tespitinden sonra müdahalenin ihlal teşkil edip etmediği konusunda incelemeye geçmiş ve transseksüel bireylerin cinsiyet

geçiş sürecini başlatmadan önce tıbbi müdahaleye maruz kalmalarını sağlayan düzenleme ve uygulamanın gerekliliği çerçevesiyle sınırlı olarak incelemiştir.

AYM, trans bireylerin üreme yeteneğinden yoksun kalmasını sağlayan tıbbi bir müdahaleye tabi tutulmalarının gerekliliğinin yerel mahkemece gerekçelendirilmediğini, dayanak olan düzenlemenin de bunu açıkça ortaya koymadığını ayrıca AYM'nin söz konusu şartı AY'ya aykırı bularak iptal ettiğini bu nedenle başvurucaunun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. (25)

## SONUÇ

Türkiye'de cinsiyet geçiş konusu hukuken oldukça tartışılmış, cinsiyet geçişi ve yasal prosedürler tarihsel süreç içerisinde birçok değişikliğe uğramış ve yargı kararları da bu süreci şekillendirmiştir.

En çok tartışılan ve bireyin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olması şartını arayan düzenleme AYM tarafından iptal edilmiştir. Bu hükmün iptali yerinde olup taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile ve AİHM içtihatları ile de uyumludur. Ancak ikinci fıkra hükmünün iptali isteminin reddi ise evrensel insan hakları açısından hala tartışmalıdır. Karara muhalefet eden görüşlerin gerekçeleri oldukça özgürlükçü nitelikte olup uluslararası insan hakları kurumları ve mekanizmaları da cinsiyet kimliğinin bireylerin kendi kaderini tayin hakkının en temel unsurlarından olduğunu, karar, tavsiye ve raporları ile gündeme getirmiştir.

İnsan haklarının gelişimi açısından bahsi geçen belgelerin dikkate alınması önemlidir. Oysa AYM gerekçesinde uluslararası belgelere dayanmamış ve biyolojik cinsiyeti temel alan bir yaklaşım sergileyerek cinsiyet geçiş ameliyatı olmayan bireylerin nüfus kaydının düzeltilmesini kamu düzeni açısından sakıncalı görmüştür. Bu ret kararı ile birlikte ameliyat olmak istemeyen fakat nüfus kaydını düzeltmek isteyen bireylerin bu talepleri kabul görmeyecektir. Yani nüfus kaydını düzeltmek isteyen trans bireyler tıbbi müdahaleye rıza göstermek zorunda kalacaklardır ki bu husus bireylerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile bağdaşmamaktadır. Bireylerin cinsel kimliklerinin ameliyat olmadıkça hukuken tanınmaması, trans bireylerin hayatlarını olumsuz etkileyebilecek, medeni ve insan haklarından yararlanmalarını engelleyecek, bireyleri istemedikleri bir tıbbi müdahaleye zorlayacaktır. Oysa trans bireyler devletin veya toplumun tahakkümü ile kendilerine biçilen cinsiyet rolünü kabul etmedikleri yani biyolojik cinsiyete dayalı olarak "erkek" ya da "kadın" bedenine sahip olmaya zorlanmaları nedeniyle ciddi risk ve hak ihlalleri ile karşı karşıya kalmaktadır. Buna yönelik taleplerin engellenmesi bireylerin damgalanmasına ve ayrımcılığa maruz kalmalarına sebep olacak ve bireyler sosyal yaşama katılamadığı gibi aynı zamanda iş, sosyal güvenlik, eğitim gibi haklardan da yararlanamayacaktır.

Bireylerin cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelinde hiçbir ayırım gözetmeksizin tüm ulusal ve uluslararası mevzuat kapsamında kendi kaderini belirleme ve bu doğrultuda yaşama hakkı bulunmaktadır. Bu anlamda bireylerin cinsiyetlerini tayin etme hakkı da bu bağlamda ele alınmalıdır. Trans bireylerin istedikleri zaman uygun ve elverişli tıbbi tedaviye erişimlerinin sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle bireylerin cinsiyet geçişlerini engelleyen, zorlaştıran veya bireylerin vücut bütünlükleri açısından külfet niteliği oluşturan uygulamaların ve yasal düzenlemelerin gözden geçirilmesi hem hukuken hem de tıp etiği açısından elzemdir. Zira taraf olunan uluslararası sözleşmeler gereği ayrımcılığın önlenmesine yönelik iç hukukta yenilikçi adımlar atılması devletin pozitif yükümlülüğü arasındadır.

## KAYNAKLAR

1. Bafra, Jale, "Türkiye'de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar", Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi, 2004, Cilt 1, Sayı 1
2. Turan Başara, Gamze Türk Medeni Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği Ve Hukuki Sonuçları, TBB Dergisi, 2012 (103)

3. Hun, Sinem, Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Somut Norm Denetimine Tabiyken: Trans Geçiş Sürecinde 'Bekletmeler'in Trans Öznelliklere Etkisi, Ankara Barosu Dergisi 2015/4
4. Yargıtay 8. HD., E. 2017/7553 K. 2017/14419 T. 2.11.2017
5. Karadağ, Nergiz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku Kapsamında Cinsel Azınlık Hakları, İstanbul, 2007, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi
6. Kaya Murat, Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları, Ankara,
7. Sert, Gürkan, Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı
8. İnsan Hakları Ve Cinsiyet Kimliği, Strasbourg, 29 Temmuz 2009, s.8, Commdh/Issuepaper(2009)2, Commissioner For Human Rights
9. Sağlam, İpek, Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme, AÜEHFD C.VIII. Sayı 3-4,2004
10. Cumalıoğlu, Emre, Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Anayasa'ya Aykırı mıdır?, İÜKÜHFD, 15 (2), 2016
11. AİHM YY/Türkiye Kararı, Başvuru No: 14793/08, T. 10/3/2015
12. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mahkeme İçtihadına İlişkin Bilgi Notu Sayı 183 Mart 2015
13. AİHM A.P., Garçon v. Nicot/Fransa Başvuru no: 52596/13 kararı,
14. Ergün Reyda, Cinsiyet Kimliğinin Hukuken Tanınması Konusunda Aihm İçtihadının Gelişimi, s.13, Spod Hukuk Yazıları 2019
15. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 30.4.2015 T ve E. 2014/18452 K. 2015/7159 sayılı kararı, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 14.4.2015 T ve E. 2014/22331 K. 2015/6003 sayılı kararı
16. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 13.12.2010 T. Ve E. 2009/19039 K. 2010/20942 kararı, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 13.2.2006 T. Ve E. 2005/17485 K. 2006/1343 sayılı kararı
17. İstanbul BAM, 2. Hukuk Dairesi, 12.4.2017 T. Ve E. 2017/391 K. 2017/396 sayılı kararı, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 21.12.2009 T. Ve E. 2009/9678 K. 2009/22090 sayılı kararı
18. Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2017/130, Karar Sayısı: 2017/165, Karar Tarihi: 29.11.2017, R.G. Tarih – Sayı: 20.3.2018 – 30366
19. Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2015/79, Karar Sayısı: 2017/164, Karar Tarihi: 29.11.2017, R.G. Tarih – Sayı: 20.3.2018 – 30366
20. Sert, Gürkan; Narman, İrem; Erkan, Oktay; Emre, Özge; Özden, Ebru; Tursun, Naz; Başar, Yunus, Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığında Haklar Ekonomik Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 22 No'lu Yorumu 2016, Türkiye Biyoetik Dergisi, 2019 Vol. 6, No. 2, 65-81
21. Herkes Özgür Ve Eşit Doğar, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, 2013
22. Yogyakarta İlkeleri Işığında Türkiye'de Mevzuat ve Ayrımcılık, KAOS GL VE Pembe Hayat Dernekleri İnsan Hakları Hukuk Stratejisi Toplantısı Çalışma Raporu Sığacık 28 -31 Ağustos 2014, Avrupa'da cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılık, Avrupa Konseyi, Eylül, 2011
23. Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri
24. Bakım, Sevi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı, Cevdet Yavuz'a Armağan s.3212,3213 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Arşiv Yıl 2016, Cilt 22 , Sayı 3
25. Anayasa Mahkemesi Kararı, M.K. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2015/13077, Karar Tarihi: 12.06.2018, R.G. Tarih – Sayı: 26.7.2018 – 30490