

# TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN 40. MADDESİ SOMUT NORM DENETİMİNE TABİYKEN: TRANS GEÇİŞ SÜRECİNDE 'BEKLETMELER'İN TRANS ÖZNEELLİKLERE ETKİSİ

Av. Sinem HUN\*

## Giriş:

Uzun yıllardır transeksüel/transgender'ların temel insan haklarının savunuculuğunu yürüten aktivist ve avukatlar için, geçtiğimiz Haziran ayında güzel bir gelişme yaşandı ve devam eden bir "cinsiyet değiştirme" davasında Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 40. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuyla ilgili iddiayı kabul ederek, dosyayı Anayasa Mahkemesi'ne gönderdi. Somut norm denetimi yapacak olan Anayasa Mahkemesi ise, 10 Ekim 2015 tarihli ilk incelemesinin sonunda, Mahkeme'nin talebini esastan incelemeye karar verdi.

Bu olumlu gelişmeler vesilesiyle, bu yazıda öncelikle somut norm denetiminin yapılmasını sağlayan dava dosyasından kısaca bahsedilecek, akabinde TMK 40'ta yer alan ve "cinsiyet değiştirme" olarak adlandırılan trans geçiş sürecindeki normatif kurallara ve bu kuralların aslında süreci nasıl güçleştirdiğine değinilecektir. İkinci bölümde, madde 40 parçalara ayrılarak

---

\* Ankara Barosu.

maddeye daha tanımlayıcı (*descriptive*) bir yerden bakılacaktır. Üçüncü bölümde ise, bu şartlar/bekletmeler, eleştirel hukuk üzerinden değerlendirilecektir. Sonuç bölümünde ise, sadece trans geçiş süreci çalışan ve merkezi Ankara'da olan Trans Danışma Merkezi Derneği'nin verisinden yararlanılarak, uygulayıcı aktörlerden olan hakimlerin konuyla ilgili algısı ve trans geçiş adaletiyle ilgili öneriler paylaşacaktır.

## **I – Bir Davanın Anatomisi**

P.B. bir trans erkek olup, 2014 yılında hem isim, hem de “cinsiyet değiştirme” davasını Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde açmıştır. İlk üç duruşmada avukatsız bir şekilde dosyayı kendisi yürütmüş ve bu süreçte isim değiştirme talebi kabul edilmiş; ayrıca madde 40'ın emrettiği şartları, bir tanesi hariç, yerine getirmiştir. Hacettepe Üniversitesi Hastanesi'nden “transseksüel yapıda” olduğuna dair rapor almış, hormon kullanmaya başlamış, göğüslerini aldırması (mastektomi) ve son olarak “üreme yeteneğinden sürekli yoksun olmak için” rahim ameliyatı (histerektomi) geçirmiştir. Ancak maddede “amaca ve tıbbaya uygun ameliyatın” yapılmasından bahsedilmektedir, ki burada kastedilen (her ne kadar madde bu noktada açık olmasa da) genital organ ameliyatıdır. P.B. çeşitli nedenlerden ötürü bu ameliyatı olmak istememektedir: Her şeyden önce, bu ameliyat Türkiye'deki devlet hastanelerinde başarılı bir şekilde yapılamamaktadır. Bu ameliyatı yapabilecek uzmanlar devlet hastanelerinde ya yetiştirilmemekte ya da yetişmiş uzmanlar kendi muayenahanelerini açarak fahiş ücretlerle bu ameliyatı yapmaktadırlar. Öte yandan, ameliyatların neticesinde geri dönülemez hasarlar da kalmaktadır. P.B. beden bütünlüğünü kalıcı olarak bozacak böylesi bir riski almak istememiştir. Ancak bir yandan da, P.B.'nin kimlik değişimine acilen ihtiyacı vardır: Hem çalışma, hem de eğitim hayatı çok olumsuz bir biçimde etkilenmektedir. Öte yandan, özel hayatında evlilik gibi önemli kararları sürekli ertelemek zorunda kalmaktadır. Mahkemenin, genital organ ameliyatının gerçekleşmesi, aksi takdirde kimlik değişimine karar verilmeyeceği ısrarı üzerine, P.B. Mahkeme'de vekille temsil edilmeye başlanmıştır.

Dava avukatı, ilk olarak, sonuçları ve koşulları düşünülmeden ısrarcı olunan ameliyat şartı ile ilgili çeşitli görselleri Mahkeme'ye sunmuştur. Bu görseller Trans Danışma Merkezi Derneği'nin veri tabanı üzerinden elde edilmiş, ameliyat mağduru trans erkeklerin rızaen verdikleri fotoğraflardan oluşmuştur. Ayrıca Mahkeme'den, bu ameliyatların riskleri konusunda Hacettepe Üniversitesi Hastanesi'nden bilirkişi raporu alınması talep edilmiştir. Fotoğrafların yarattığı “şok” etkisi ile, Mahkeme bu talebi kabul etmiştir. Hacettepe Üniversitesi Hastanesi'nden gelen rapor her ne kadar riskler ve ameliyatın başarı oranıyla

ilgili iddiaları yüzde yüz destekleyici nitelikte olmasa da, akabinde yapılan Anayasa'ya aykırılık iddiası için bir temel oluşturmuştur.

Diğer önemli bir gelişme ise, duruşmadan hemen önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Y.Y.-Türkiye (başvuru no: 14793/08) kararının açıklanması olmuştur. İşbu karar, trans geçiş süreci konusunda sadece Türkiye değil, tüm Avrupa Konseyi üyesi ülkeler için bir kırılma noktası niteliğindedir. Karar, kısaca, trans bireylerin operasyona zorlanmalarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayata saygı hakkının ihlali anlamına geldiği, yönündedir. Duruşmada işte bu kararın İnsan Hakları Ortak Platformu ile KAOS GL Derneği'nin işbirliği ile Fransızca'dan Türkçe'ye çevrilmiş örneği sunulmuş ve davacının ameliyata zorlanmasının bir insan hakkı ihlali olduğu, bu haliyle Anayasa ve AİHS'e aykırı olduğu iddia edilmiştir. Mahkeme Haziran 2015'teki duruşmasında, bu iddiayı haklı bulmuş ve dosyayı somut norm denetimi için Anayasa Mahkemesi'ne göndermiştir. Bir sonraki duruşma, Kasım 2015'te görülecektir.

## **II – Medeni Kanun Madde 40: Nedir, Neyi Düzenler?**

Türk Medeni Kanunu'nun 40 maddesi, “cinsiyet değiştirme” olarak bilinen “işlemi” düzenler. Madde şu şekildedir:

*“Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz 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 hastanesinden 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.”*

Dolayısıyla, bu maddeye göre “cinsiyetini değiştirmek” isteyen kimsenin 18 yaşından büyük olması, bekar olması, transseksüel yapıda olması, üreme yeteneğinden sürekli bir biçimde yoksun olup amaç ve tıbbi gerekliliklere uygun bir genital organ ameliyatı geçirmiş olması gerekir. Bu şartlardan hiçbirini seçimlik değildir; yani başvurucu bu şartların hepsini dava sonuçlanıncaya kadar yerine getirmekle yükümlüdür ve ancak bu şekilde hakim başvurucunun nüfus kütüğündeki cinsiyet hanesinin değiştirilmesine karar verebilir.

Öte yandan, Kanunun “cinsiyet değişikliği” olarak ifade ettiği “hukuki işlem”, aslında basit bir işlemden ziyade, adeta bir “işlemler zinciri” yani bir süreçtir ve bu süreç “engeller, inan(dır)malar, kişisel kanaatlere dayalı bekletme veya geçiş izinleriyle” doludur. Sürecin soru işaretleriyle dolu tarafı ise, “cinsiyet değiştirme” olarak adlandırılan trans geçiş sürecinin, her başvuru için ayrı ayrı sonuç vermesidir. Bunun nedenini, yargılama eyleminin uygulayıcı aktörlerinin keyfilğine, ikili cinsiyet sistemini yorumladıkları kültürel havzalarına ve devletin trans bedeni “sonuna kadar” kontrol altına alıp heteronormatif düzene uydurma isteğine bağlayabiliriz. Bu öyle bir istektir ki, örneğin, başvurusunun trans bedenini zorla kısırlaştırır, cinsiyet kimliğine uygun gördüğü bir cinsel organı vücuduna adeta “monte eder” ya da trans bireyi ayrımcılığın çok yüksek olduğu psikiyatrik süreçlerden geçmeye zorlar.

### **III – Engeller ve Bekletmeler: Eleştirel Hukuk Yönünden Maddenin Eleştirisi:**

Trans beden için, ilk bekletme yaş ile başlar. Türkiye'deki medeni hukuk prosedüründe, 18 yaş zaten dava açma ehliyetine işaret eder: Kişi medeni haklarıyla ilgili birçok davayı 18 yaşından önce açamaz. O halde 40. maddede açıkça ve ayrıca 18 yaş yazmasının altında ne yatabilir? Bu noktada madde 40'in gerekçesine bakmak, kanun koyucunun niyetini “okumak” bakımından ilgi çekicidir. İlgi kısım şu şekildedir:

*“...Değişiklik için aranan diğer önemli koşul, kişinin on sekiz yaşını doldurmuş olması ve evli bulunmamasıdır. Henüz cinsiyeti yönünden bir değişiklik zorunluluğu bulunmayan ya da böyle bir zorunluluğun olup olmadığı **belli olmayan kişilerin bu yola başvurmalarının önlenmesi** bakımından en az on sekiz yaşını doldurmuş olması koşulu aranmış, bunun yanında bu kişinin evli olmaması koşulu da getirilmiştir.”*

Gerekçede de görüleceği üzere devletin 18 yaş ısrarı, dava açma ehliyeti kaygısından çok farklıdır: Burada açıkça trans bireyi 18 yaşına gelinceye kadar vazgeçirme çabası, yolun kendine özgü zorluklarının trans bireyin gözünü korkutacağına dair umut ve trans bireyin “aklının erip” vazgeçmesi durumunda da ona yeterli süreyi tanıma niyeti vardır.

İkinci bekletme, sürecin en önemli unsurlarından olan psikiyatrik tanı koymada yaşanır. Psikiyatrik tanı, teknik olarak, “cinsiyet değiştirme” davası olarak da adlandırılan davanın kabul edilmesi için gerekli olan şartlardan biridir. Psikiyatrik tanının konma süresi, dosyadan dosyaya değişkenlik göstermesine rağmen, en az altı aydır. Öte yandan, trans başvuru bu hizmete bütün eğitim ve araştırma hastanelerinde de erişemez. Merkezi Ankara'da bulunan Trans

Danışma Merkezi Derneği'nin de elde ettiği verilere göre şu an sadece iki üniversite hastanesinde cinsiyet geçiş kurulları bulunmaktadır: Bunlardan biri Çapa Tıp Fakültesi Hastanesi, diğeri ise Hacettepe Hastanesi'ndedir. Diğer eğitim ve araştırma hastanelerinde, ne yazık ki trans başvuru sahiplerinin yeterli hizmeti hızlı ve herhangi bir ayrımcılığa uğramadan almaları durumu, çok nadirdir. Kaldı ki bu konuda daha hassas, bilinçli ve hızlı hizmet verdiği bilinen adı geçen iki hastanede de, zaman zaman ayrımcılık vakaları raporlanmıştır.

Devlet, psikiyatrik tanı konmasından, esasen trans bireyin bedeninin “*transseksüel yapıdadır, ameliyat olması zorunludur*” şeklinde damgalanmasını anlamaktadır. Bireyin transseksüel yapıda olup olmadığı doktor tarafından “tespiti” yoluna gidilmesi demek, *transgender* olma halinin “hastalaştırılması” da demektir. Bu noktada tıbbın, tıp etiğini çiğneme pahasına, bu damgalama halini ve kullanılan yöntemleri sorgulamadan, hukuk ile “kirli” bir işbirliğine gittiğini de görmek gerekir.

Üçüncü bekle(t)me ise, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şeklinde tarif edilen, “zorunlu kısırlaştırma” şartı yerine getirilirken deneyimlenir. Kanun koyucu, ilgili maddede “sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olma” halinden bahsetmiş; ama bu şartın nasıl yerine getirileceğini söylememiştir. Aynı şekilde “sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olmak”tan ne anlaşılması gerektiği, ne gerekçede, ne özel bir kanunda, ne de bir tüzükte belirtilmiştir. Öyle ki, bu yönsüzlük ve belirsizlik hali, “acaba sadece kısır translar mı dava açabilirler?” de dedirtebilir.

Uygulamada ise, trans birey, herhangi bir soru sormaksızın veya itirazda bulunmaksızın, “kendiliğinden” üreme hakkından vazgeçer. Bir transın üremesinin eşyanın doğasına aykırı olduğunu, kendisi dahi içselleştirmiştir adeta. Bildiğimiz bir kişi hariç: 2006 yılında Mersin’de geçiş süreci davası sırf bu şartı yerine getirmediği için başarısızlıkla sonuçlanan Y.Y., yerel mahkemenin aleyhe kararını önce temyiz eder, daha sonra da AİHM’e başvurur. AİHM ise, geçtiğimiz Mart ayında geçiş süreci ile ilgili çok önemli bir karar vererek, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının bir insan hakkı ihlali olduğuna karar vermiştir (Daha fazla bilgi için: Y.Y v. Türkiye, başvuru no: 14793/08).

Ayrıca, bu sürece paralel olarak devlet, trans bedeni bir de *transeksüelleştirmek* ister: Kanun koyucunun trans geçiş sürecinin ancak genital organ ameliyatı ile tamamlanacağına, hatta “taçlanacağına” dair güçlü bir kanısı vardır. Halbuki kişinin kütüğündeki cinsiyet hanesini değiştirmek istemesi üzerine, böylesi bir talebin yerine getirilmesi için herhangi bir ameliyatın zorunlu kılınması, trans bireyin özel hayata saygı hakkının ihlali anlamına gelir: Hiçbir beden, ikili

cinsiyet sisteminde kadınlık ve erkeklik üzerinden kodlanan beden kılıflarına girmeye ve sırf bu kılıfları giymek için tıbbi operasyonlara tabi tutulmaya zorlanamaz.

### **Sonuç – Hakimler Ne Düşünüyor: Trans Adaleti Mümkün mü?**

Son olarak, başat uygulayıcı aktör olan hakimın kültürel havzası ve keyfililiğinin, geçiş sürecini trans başvuru aleyhine nasıl uzattığı -veya kimi durumlarda da kısalttığı- anlatılacak ve trans adaleti üzerine kimi düşünceler kısaca paylaşılacaktır.

Trans Danışma Merkezi Derneği, merkezi Ankara'da bulunan bir dernek olup, sadece geçiş süreci üzerine çalışmaktadır. Bu süreçle ilgili istatistik veri tutup, raporlama yapmaktadır. Derneğin Ocak 2015 itibariyle izlediği 56 "cinsiyet değiştirme" davası üzerinden elde ettiği, hakim tavrı ve algısı oldukça enteresandır: Hakimlerin %77'si, maddenin "olmazsa olmaz" olarak gördüğü koşulların kimilerini uygulamayarak başvuru lehine karar verirken, geriye kalan %23'lük kısım, kanunu olduğu gibi "sert ve dar" bir biçimde yorumlamayı tercih etmiştir (daha fazla bilgi için: [www.t-der.org](http://www.t-der.org) sitesi ziyaret edilebilir).

Yani bu verinin de gösterdiği üzere, uygulayıcı aktörler madde 40'ın öngördüğü şartların gerekliliği ve nasıl uygulanması gerektiği konusunda, kafa karışıklığı yaşamaktadırlar. Hatta denebilir ki, maddenin öngördüğü şartları "adil" ve "insani" bulmamaktadırlar.

O halde insan haklarına uygun bir trans geçiş adaleti nasıl olabilir?

Elbette bekletmeleri ya ortadan kaldırmak, ya da temel haklar çerçevesinde "aklılaştırmak" gerekir. Bu konuda en önemli üç öneri şu şekilde sunulabilir:

- Dünya'da geniş ölçekli kampanyası da yapıldığı üzere, *transeksüalite*'nin hastalık olarak değil bir varoluş biçimi olarak kabul edilerek, psikiyatrik süreçlerle birlikte trans bireyi, ailesi ve çevresini güçlendirici hizmetlerin devlet eliyle verilmesinin sağlanması;
- Geçiş sürecinin 18 yaş sınırından ve medeni halden bağımsız olduğunun algılanması ve devletin bu süreçteki çatışmaları minimuma indirmek için trans birey ile tam bir işbirliğine girmeye çalışması;
- Sürecin bir parçası olarak dayatılan, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk ve genital organ ameliyatı şartlarının derhal kaldırılması ve bunların yerine trans başvuru beyanı ve iradesiyle at başı giden yasal tanıma sistemine geçilmesi.