

HUKUKUN SEBEBİYET VERDİĞİ BİR ACI

-Transseksüellerin Hukuki Durumu-

Prof. Dr. Michael R. WILL*

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN**

4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı "743 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 49'uncu Maddesinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun" (1)un 2'nci maddesi, cinsiyet değişikliğini düzenleyen hükmü, Medeni Kanun'un 29'uncu maddesine ikinci fıkra olarak ilâve etmiştir. Fıkra iki cümleden oluşmaktadır. Böylece Türk kanunkoyucusu, 1972 tarihli İsveç (2), 1980 tarihli Alman (3), 1982 tarihli İtalyan (4) kanunkoyucularının aksi-

- (*) **Michael R. Will**, Cenevre Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.
- (**) **Bilge Öztan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.
- (1) 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun, 12.5.1988 günlü ve 19812 sayılı Resmî Gazete'nin 1'inci sayfasında yayınlanmış ve yayımlandığı gün yürürlüğe girmiştir.
- (2) 21.4.1972 tarihli "Belli Durumlarda Cinsiyetin Tespitine İlişkin Kanun" SFZ 1972, Kanun **Carsten** tarafından Almanca'ya çevrilmiştir. bkz. StAZ 1970, 107 ve 1972, 119, 332.
- (3) Cinsiyet Değişikliği Hakkında Kanun (Özel Hallerde Adın Değiştirilmesine ve Belli bir Cinsiyetin Tespitine İlişkin Kanun, (Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen) (Transsexuellengesetz-TSG) vom 2.10.1980, BGBl 1980 I S. 1654, StAZ 1981, 36; Almanya'daki cinsiyet değişikliğine ilişkin kanun ile ilgili olarak bkz. **Augstein**, StAZ 1981, 10; 1982, 240; 1983 339; Festschrift für Claus Arndt (1987), 1-11; **Pfäflin**, StAZ 1986, 199 (Fünfjahres-Bilanz); **Will, Michael R.**: Geburt eines Menschenrechts, Gedächtnisschrift Constantinesco (1983), 911-941; **Will, Michael R.**: "Die Sängerin im Zivilgesetzbuch-Zum neuen türkischen Transsexuellengesetz" in : Festschrift für Werner Lorenz, Tübingen 1981, S. 825-846; **Will, Michael R.**: "Ein Leiden mit dem Recht". Zur Namens-und Geschlechtsänderung bei transsexuellen Menschen in Europa, in: Geschlechtsumwandlung, Stuttgart-New York 1992, S. 113-147.
- (4) Gesetz betreffend die Berichtigung der Geschlechtszuordnung vom 14.4.1982, n. 164, Cass. Uff. N. 106, p 2879; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Patti/Will**, Riv. dir. civ. 1982, II 729-762 ve Nueve leggi civili commentate VI (1983) 35-46 ve **Patti/Will**, Mutamento di sesso e tutela della persona, Padova, Cedam 1986.

ne, özel kanun çıkarma yolunu tercih etmemiş, 1985 tarihli Hollanda kanunkoyucusu (5) gibi, cinsiyet değişikliğine ilişkin hükümlere Medeni Kanun içinde yer vermiştir. Türk kanunkoyucusu 3444 sayılı Kanun'la cinsiyet değişikliğini öngörerek, Avrupa'da cinsiyet değişikliğini düzenleyen beşinci ülke olmuştur. Ancak, Türk kanunkoyucusu, bu düzenlemeyi iki cümle içinde gerçekleştirmiştir. Böylece, düzenlenmesi gereken pek çok mesele açısından Kanun'da boşluk mevcuttur; bu boşlukların doldurulması görevi Medeni Kanun'un 1'inci maddesine göre hâkime kalmıştır. Türk hâkimi, boşlukların doldurulmasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarından bilgi kaynağı olarak yararlanacaktır. (6) Medeni Kanun'un 1'inci maddesinin ikinci fıkrası, "Hâkim, kararlarında ilmi içtihatlardan ve kazai kararlardan istifade eder" hükmü ile, hâkimden mevcut kararları gözönünde tutmasını, onlardan yararlanmasını açıkça istemiştir.

Ş 1- 3444 SAYILI KANUN'DAN ÖNCEKİ HUKUKİ DURUM

Cinsiyet değişikliği konusu, Türk hukuk uygulamasına ilk olarak bir ses sanatkârı dolayısıyla-Bülent Ersoy ile- gündeme gelmiştir. Fransa'da da olay bir sahne sanatkârı ile ilgili olarak ortaya çıkmıştı (7). Bülent Ersoy, 1981 Mayıs'ının sonlarında Londra'da cinsiyet değişikliğine ilişkin ameliyattan sonra, Türkiye'de ilk olarak nüfus kütüğündeki cinsiyet hanesinde yazılı olan "erkek" kaydının değiştirilmesini talep etmiştir. Asliye mahkemesi talebi kabul etmiş, fakat Yargıtay'ın bozması karşısında bozma kararına uymuştur. Bülent Ersoy'un Nüfus Kütüğündeki cinsiyet kaydının değiştirilmesine ilişkin dâvalar, dâvaların farklı yerlerde açılmaları nedeniyle, dört defa Yargıtay'a gelmiş ve her defasında reddedilmiştir. Kanunkoyucunun

(5) Cinsiyeti Değiştirilen Kişilerin Cinsiyet Değişikliklerinin Doğum Sicillerine Kaydının Düzeltilmesi Hakkında Kanun vom 24.4.1985, Stb. 1985, 243, 1.8.1985'den itibaren yürürlüktedir. Stb. 1985, 401. Hollanda Medeni Kanunu'nun Art. 29a-29d maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu kanuna ilişkin olarak bkz. StAZ 1986, 204 vd; **Jessurun d'Oliveria**, IPRax 1987, 189.

(6) Makaledeki insicamı bozmamak için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin cinsiyet değişikliğine ilişkin kararlarının başlıcalarının kısa bir özeti EKte verilmiştir.

(7) Fransa'da olay 1960'lı yıllarda yine bir sahne sanatkârı olan Coccinelle ile gündeme gelmişti. Geniş açıklama için bkz. **Troisler**, in: *Revue Médecine Légale* (Paris) 1980, 727(728); **Troques**, in: *La Presse Médicale* (Paris) 1962, 357-358 (duva lex sed lex ve tota mulier in utero) Coccinelle par Coccinelle, Paris: Filipaccini 1987, pp. 154-156.

yedi yıl sonra, cinsiyet değişikliğini öngören düzenlemeyi yapmasıyla, adigeçen ses sanatçısı, hukuken cinsiyet değişikliğini tartışmasız bir şekilde, basında da önemli bir yer tutarak, kabul ettirmeyi başarmıştır.

A- Bülent Ersoy olayı

I- Yargıtay'ın Konuya İlişkin Görüşü

Yargıtay, Bülent Ersoy dâvasında "sosyal görünüş şekli mi, biyolojik gerçek mi" sorusunu cevaplandırırken, önce son sözün doktora ait olacağını belirtmiştir. 1982 tarihli Yargıtay kararı, ikiye karşı üç oyla, meseleyi tıbbın çözmesi gerektiği yönünde verilmiştir. Yargıtay, bu kararında, bir erkeğin erkeklik organlarını ameliyatla aldırması halinde, kendisinin gerçekten kadın cinsiyetine sahip olup olmayacağına "özel bilgi ile", "genel görünüşe göre" karar verilemeyeceğine, kararı tıbbın vermesi gerektiğine işaret etmiş; genel bilginin veya konudaki özel bilgilerin yetersiz olduğunu belirtmiştir. (8)

Dâva, Yargıtay'a Fatih 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararı (9) üzerine Savcı'nın itirazı ile gelmiştir. Fatih Asliye Hukuk Mahkemesi, ilk kararında, nüfusta cinsiyet değişikliğine uygun olarak bir düzeltme yapılmasını öngörmüştür. Yargıtay'ın kararı bczması üzerine (10), dosya Fatih Asliye Hukuk Mahkemesi'ne iade edilmiş; Mahkeme, bu defa da, doktorların müştereken ilgilinin transseksüel değil de, homoseksüel olduğu yolunda rapor vermesi üzerine, yani kişinin kadın olmadığı yolundaki beyanlarına dayanarak, Yargıtay'ın bozma kararına uymuş ve dâvayı reddetmiştir (11). Red kararı Yargıtay'ın 2. HD. tarafından derhal kabul edilmiştir (12).

Daha sonra açılan bir dâvada, dâvacının kadın genital organlarına sahip olduğu, normal cinsi ilişkiden zevk aldığı, birkaç sene önce homoseksüel ilişkiyi bıraktığı ve bugünkü haliyle ruhen ve bedenen bir kadının varlığına sahip olduğu" yolunda rapor verince, Yargıtay, 1986'da değerlendirmenin kendi görevi olduğunu hatırlayıp, ilk kararından dönmüş ve 4 oya karşı 1 oyla tıbbın karşısında yer almıştır.

(8) 2 HD. 21.1.1992, E. 8911, K. 259, YKD 1982, 323; Bu kararda iki yargıtay hakimi aksi yönde görüş açıklamışlardır. Geniş açıklama için bkz. YKD. C. VIII, S. 3, Mart 1982, S. 325, 326.

(9) Fatih 3. Asliye Hukuk Mahkemesi 5.6.1981, E. 1981/232, K. 1981/62.

(10) Yarg. 2. HD. 21.1.1982, E. 1981/8911, K. 1982/259, YKD. 1982, S. 323.

(11) Fatih 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, 6.9.1982, E. 1982/254, K. 1982 420.

(12) Yarg. 2.HD. 30.12.1982, E. 1982/9468, K. 1982/10021 (yayınlanmamış).

Yargıtay, 27.3.1986 tarihli (13) ve doktrinde (14) haklı olarak eleştirilen kararında, adli tıp tarafından verilen raporun hukuki sonucu etkilemeyeceğini ileri sürerek, cinsiyet değişikliği sendromunu (Syndrom) tanımayarak “yanlış” sonuca varmıştır. Yargıtay bu kararında cinsiyet değişikliğini aşağıdaki gerekçelerle reddetmiştir (15):

Yargıtay kararında cinsiyet değişikliğine ilişkin olarak aşağıdaki gerekçeyi ileri sürmüştür.

“Raporlarda belirlenen hususlar doğuştan erkek olduğu halde, özgür iradesi ile ve operasyonla erkeklik organlarını yok ettiren, psikolojik yönden kendini kadınlığa intibak ettiren ve sun’i yolla da olsa vücuduna kadınlara özgü bir görünüm getiren kişiyi tanımlamaktan ibarettir. Oysa yürürlükte bulunan Hukuk Kuralları iradi şekilde cinsiyet değişikliğine cevaz vermemektedir. Herşeyden önce böyle bir eylem kişilik hakkı (şahsiyet hakkı) üzerinde tasarruf niteliği taşımaktadır ki, Medeni Kanununun 23. maddesi buna engeldir. Zira bir kimsenin kanunda açıkça yer verilmeyen hallerde beden tümlüğü (ki buna cinsî tamamiyet ve onun idamesi de dahildir) üzerinde tasarruf etmek hakkı yoktur. O halde serbest irade ile kişi cinsiyetini *keyfince* değiştiremez. Aksi kabul edilirse iş, kişilik hakkı üzerinde tasarrufla kalmaz, kanuna karşı hitlere kapı aralanmış olur. Söz gelişi eşinden boşanamayan kimse cinsiyetini değiştirerek ve aynı cinsten kişilerin evli olamayacakları kuralına dayanarak evlilik bağına çözüme imkanı elde edecektir. Yine bir kimse erkeklere özgü olan askerlik, milli görevden (askerlik yükümlülüğünden) kurtulmaya ya da kadınlar için tanınan daha erken emeklilik hakkı elde etmeye, benzeri başka haksız yararlar sağlamaya imkan bulur. Bu örneklerle kimsenin olumlu cevap vereceğini sanmıyoruz. Her ne kadar yanlışlığın devamına hukuk ilgisiz kalamaz ise de hukukun öngördüğü husus, çiftorganlı olarak doğmuş olan (yani hünsa durumunda bulunan) ve zamanla inkişaf eden cinsiyetine göre ameliyatla durumu açıklığa kavuşanla-

- (13) Yarg., 2. HD. 27.3.1986, E. 1986/651, K. 1986/3256, YKD. 1986, S. 1112. Bu kararın temelinde Fatih 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 31.12.1984, tarih E. 1984/1070, K. 1984/1159 yatmaktadır. Mahkeme davayı reddetmişti. Eski Alman Mahkeme kararları da aynı yödedir. Mesela, Bkz. OLG Frankfurt 8.12.1965, JNW 1966, 407.
- (14) **Kocayusufpaşaoğlu, N.**, Türk Hukukunda transseksüeller nüfus kütüğündeki cinsiyet kaydının düzeltilmesi için dava açılabilir mi?, S. 9-66, özellikle 19-41. **Kocayusufpaşaoğlu, N.**, La situation juridique des transsexuels en droit privé turc, Festschrift Deliyannis, Thessaloniki, 1991, s. 255-265.
- (15) YKD. 1986, s. 1112 vd.

rın, işbu gerçek cinsiyetleri ile nüfus kayıtlarındaki çelişkinin düzeltilmesini sağlamaktır. Dosyadaki raporlar olayın gelişimi ve yürürlükteki hukuk karşısında dâvacı, hangi cinsel duygular içinde bulunursa bulunsun, ne yolda cinsel tatmine ulaşırsa ulaşsın, psikolojik yapısında ne gibi değişiklik meydana gelirse gelsin, özgür iradesi ile yok ettiği cinsiyetine dayanarak karşı cinsten olduğunun tesbitini, yâni cinsiyetinin değiştirilmesini isteyemez.

Dâvacının, serbest iradesi ile vaki ameliyat yüzünden, cinsiyetinin (erkekliğinin) gerektirdiği imkânları yeniden elde edemeyecek duruma gelmiş olması da varmak istediği amaca ulaşmasını haklı kılmaz. Yâni kanun kişilik hakkına bizzat saldıran kimsenin, meydana getirdiği sonuca hukukta yeri olmayan bir çare bulmaya mecbur değildir. Herkes yanlış eylemlerinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. İşe, *duygusal zeminde çözüm aramak doğru olamaz*. Çünkü hukuk, hak karşısında ne kadar şefkatli ise, hata söz konusu olduğu hallerde de o derece müsamahasızdır. Erkekliğini yitirmiş ve fakat kadın da olamamış bir kimsenin çaresizliğine birlikte acınır. Ama kanun bir yana itilerek imkân hazırlanamaz.

İbraz edilen hukukî mütalâaya gelince bir rapor sonucu itibari ile olması gereken hukuk kuralına ayrılık vermektedir. Oysa mahkemeler mevzu ve mer'î hukuka göre karar vermekle yükümlüdür. Meğer ki Medenî Kanununun 1. maddesinde vurgulanan *kanun boşluğu* mevcut olsun. Oysa olayımızda açık ve kapalı bir kanun boşluğu yoktur. Yâni yürürlükteki hukuk, bu konuda hüküm vermeye yeterlidir. Omun için olması gereken hukuku yürürlükteki hukukun yerine koymak sureti ile karar verilemez. Eğer olması gereken hukuk iddiası kamu yararına ise, bunu kanun koyucu ele alıp bir düzenleme yapabilir".

Bu karar, aslında, boşanmayı sağlama, askerden kaçma, erken emeklilik gibi ekzotik ekstremelerin dışında, Avrupa'da da yaygın şekilde daima tasvip gören yüksek mahkeme hâkimlerinin düşüncelerinden farklı bir düşünce tarzına yer vermemektedir. Alman (16), İtalyan (17), Hollanda (18) mahkemeleri önceki kararlarında bu

(16) BGH 21.9.1971, BGHZ 57, 63 = NJW 1972, 30 (Eberle) = FamRZ 1972, 82 Bosch 85).

(17) Toplam beş karar ilk olarak Cass. civ. 13.6.1972 n. 1847, Foroit 1972, I, 2, 2399; daha sonra 3.12.1974 n. 3948 ve 7.4.1975 n. 1236; 3.4.1980 n. 2161, Foroit 1980, I, 2, 918 aynı şekilde 9.3.1981, n. 1315, Dir. fam. 1981, 703.

(18) İki karar Hoge Raad, 13.12.1973, NJ 1975 No. 130 (Luyten) ve 3.1.1975, NJW 1975, No. 187 (Luyten).

görüşteydiler. Fransız mahkemeleri halen (19) de aynı görüşü devam ettirmektedirler. İsviçre kanton mahkemeleri ise, meseleye gayet basit şekilde bir çözüm yolu bulmuşlardır. İsviçre mahkemeleri bu konuda kanunda bir boşluk bulunduğunu kabul etmişler ve İsviçre Medenî Kanunu'nun 1'inci maddesinde hâkime tanınan boşluk doldurma yetkisine dayanarak kayıt düzeltme imkânını öngörmüşlerdir (20)

Hernekadar Türk Medenî Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun hükümleri yorumlanırken, hâkimler İsviçre Medenî Kanunu'nun yorum tarzını gözönünde tutuyorlarsa da, bu konuda Yargıtay, İsviçre hukuk uygulamasından farklı bir yol izlemiş ve herşeyden evvel kanunda bir boşluğun varlığını kabul etmemiştir. Bu itibarla, meselemin halli kayıt düzeltme yoluyla yapılamamıştır.

II- Aksi Görüş :

Yargıtay'ın sözkonusu kararı, diğer Avrupa ülkelerindeki kararların aksine oybirliği ile alınmamıştır. Kararda, çok geniş şekilde kaleme alınan bir karşı görüş de mevcuttur (21). Karşı görüşte, Fatih Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararına dayanak teşkil eden iki husus, yani "yumurtalık ve rahim olmaksızın bir kimsenin kadın sayılamayacağı ve daha sonra ortaya çıkan değişikliklerin nüfus sicilindeki kaydın değiştirilmesine imkân vermediği" görüşleri kısaca reddedilmiş ve cinsiyet değişikliğinin nüfus sicilindeki kaydın düzeltilmesini reddeden Daire'nin çoğunluktaki görüşü ayrımlı bir şekilde tenkit edilmiştir. Karşı görüşte de kanunda bir boşluk olmadığı görüşünden hareket edilmiş, yani İsviçre'deki uygulamaya paralel bir yol izlenmemiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 23'üncü maddesi, kişileri kendilerine karşı korumuş ve hiç kimsenin hak ve fiil ehliyetinden kısmen veya tamamen vazgeçemeyeceğini, hürriyetini devrede-

(19) Toplam 11 karar. İlk beş karar Cass. civ. 1, 16.12.1975 D.S. 1976, 397 (Lindon) J.C.P. 1976, II, 18503 (Penneau) aynı mahkeme tarafından verilen diğer beş karar 30.11.1993, 3.3.1987, 31.3.1987, 7.6.1988 ve 10.5.1985, 21.8.1990 J.C.P. 1990 V. 21.588.

(20) **Aubert/Reich**, Zeitschrift für Zivilstandswesen in: Revue de l'état civil 1986, 369 (almanca metin olarak 1987, 2). Aynı şekilde **Henssler** ZZW/REC 1990, 166. İsviçre'de ciddi bir şekilde tartışılan konu ameliyat masraflarını kimin üstleneceğidir.

(21) Kararın gerekçesi iki sayfa ile açıklanırken, karşı görüş ondört sayfadır. Yani 7 kat daha uzundur. Özellikle **Yalçınkaya**'nın karşı görüşü çok ayrıntılıdır. YKD 1986, 1115-1126; Karşı görüşe dayanak teşkil eden özel olarak verilen birlikliği raporu için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, a.g.e., (1986), s. 9-66.

miyeceğini, kanuna ve ahiâka aykırı olarak sınırlayamayacağını öngörmüştür (22). Sadece bu maddeden hareket edildiğinde, cinsiyet değişikliğinin hukuken kabulü mümkün gözükmemektedir. Mesele- nin çözümünde etkili olabilecek iki husus sözkonusudur: Somut ola- rak mevcut olan kanun maddeleri ve hukukun çok az dikkat edilen genel esasları.

a) Nüfus sicilindeki bir kaydın nasıl düzeltileceğine ilişkin hü- kümler Türk Medeni Kanunu'nun 38'inci maddesinde ve Nüfus Kanunu'nun 46'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında yer almıştır. Medeni Kanun'un 38'inci maddesine göre:

“Hâkim hükmü olmadıkça ahvali şahsiye sicilinin hiçbir kaydı tashih edilemez”.

Nüfus Kanunu'nun (23) 46'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına göre, “Yaş, ad, soyadı ve *diğer* kayıt düzeltme dâvaları ilgilinin oturduğu yer asliye hukuk mahkemesinde cumhuriyet savcısı ve nüfus baş memuru veya nüfus memuru huzuruyla görülür ve karara bağla- nır”. Nüfus Kanunu'nun 46'ncı maddesinde yer alan “*ve diğer*” iba- resi, müstakar mahkeme kararlarına göre, cinsiyetin tescilinin düzel- tilmesini de kapsamaktadır. Burada ortaya çıkan soru ana problemi teşkil etmektedir. Acaba fıkra istisnaya yer vermeksizin bütün cinsiyet tescillerinin düzeltilmesi hususunu kapsamakla mıdır? Maddenin yorumunun yorum metodlarına uygun olarak yapılması gerekir. Bir maddenin dar yorumu, ancak kanun maddesinden bu husus anlaşıldığı, yani kanunkoyucunun iradesini bu yolda açıkladığı du- rumlarda sözkonusudur. Bir maddede özellikle “benzeri haller”, “buna benzer durumlar” gibi ibarelere yer verildiği takdirde, kanun- koyucunun maddenin geniş yorumlanmasını istediği açıkça anlaşılır ve maddenin muhtevasının bu takdirde daraltıcı değil, genişletici yorum yolundan yararlanılarak tespiti gerekir. Nüfus Kanunu'nun 46'ncı maddesinin 1'inci fıkrası da genişletici yorum metodu ile yo- rumlanmalıdır. Bu nedenle, Yargıtay kararında yer alan, maddenin

(22) Maddenin tercümesi hatalıdır. Medeni Kanun'un 23'üncü maddesi: “Kimse, me- deni haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun feragat edemez. Kimse hürri- yetini ferağ edemediği gibi kanuna veya âdâbı umumiyyeye mugayir surette takyid dahi edemez.” hükmünü öngörmektedir. Halbuki Kaynak Kanun'un 27'nci maddesi “Hiçkimse hak ve fiil ehliyetinden tamamen veya kısmen vazgeçemez” şeklindedir.

(23) 5.5.1972 tarih ve 1587 sayılı Nüfus Kanunu 1.9.1974 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Nüfus Kanunu, madde 66), Nüfus Kanunu 16.5.1972 tarih ve 14189 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

daraltıcı yorum yolu ile yorumlanması görüşüne katılmak mümkün görünmemektedir. Nüfus Kanunu'nun 46'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan "diğer hallerin" sadece hermafroditler için sözkonusu olacağına, fakat serbest iradesi ile cinsiyetini değiştirenlere uygulanmayacağına ilişkin dar yorum isabetli değildir. Böyle bir yorum aynı zamanda 1982 tarihli Anayasa'nın 36'ncı maddesine de ters düşecektir. "Hukuk Yollarının Serbestçe Kullanılması" matlabını taşıyan Anayasa'nın 36'ncı maddesine göre, "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde dâvacı ve dâvalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir". Bu itibarla, Nüfus Kanunu'nun 36'ncı maddesinin, sadece başlangıçta mevcut olan duruma uygulanıp, sonradan ortaya çıkan hallere uygulanmaması, kişinin hakkını aramasının sınırlandırılması anlamına gelir; bu ise, Anayasa'nın yukarıda zikredilen hükmüne ters düşecektir.

b) Yukarıdaki hususa ilâveten, Anayasa'nın 17'nci maddesinin de, nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin meselede gözönünde tutulması gerekir. Anayasa'nın 17'nci maddesi vazgeçilemeyen bir hukuk kuralını içerir. Anayasa'nın 17'nci maddesine göre,

"(1) Herkes, yaşama, maddî ve mânevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

.....

(3)kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz".

Aynı temel prensip devletler hukuku açısından bağlayıcı olan 1948 tarihli "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi"nde (24) ve 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de yer almaktadır (25). Transseksüel olan kişilere, bu alanda ihtisas sahibi olan doktorların sağlık nedeniyle ameliyatı öngörmeleri ve başarılı bir ameliyatı müteakip ,bu kişilerin iradelerini kötüye kullandıkları gerekçesiyle, huku-

(24) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Türk hükümetince kabul edilmiş, Resmî Gazetede yayımlanmıştır (RG 27 Mayıs 1949, No. 7217, D. III, C. 30. S. 1020)

(25) İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme, Türk hükümeti tarafından kabul edilmiş Resmî Gazete'de yayımlanmıştır (RG. 19 Mart 1954, No 8662, D. III, C. 35, S. 1568). Bu sözleşmenin 14. maddesi ayrımcılığı yasaklamakta, 8 maddesi özel hayata saygı gösterilmesini istemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üç olayda 8. maddenin (Van Oosterwijck, Mark Rees, Botella), daha sonra iki defa (Evlenme hakkı)nı düzenleyen 12. maddenin (Van Oosterwijck, Cossey) ve işkence ve haysiyet kırıcı muameleyi düzenleyen 3. maddenin de (Botella olayında 3:15 oyla) iblâhını kabul etmiştir.

ken gerekli değişikliğin yapılmaması, eşyanın tabiatına, insanın ve insan yaşamının amacına aykırıdır.

İsviçre hukuk uygulamasının aksine, Türk hukuk uygulamasında bir hukuk boşluğu olduğu görüşü reddedilmiş (26), sadece karşılığında, pek çok yerde bilirkişi raporuna yollama yapılarak, Almanya'daki ve İsviçre'deki hukuk gelişmelerine yer verilerek, olumlu bir çözüme ulaşılmaya çalışılmıştır. Yargıtay kararındaki karşı oy yazısında, Anayasa'nın 17'nci maddesine değinilmiş; fakat bu maddede düzenlenen kişiliğin serbestçe gelişmesi prensibi netleştirilmemiştir. Dâva sırasında verilen bilirkişi raporunda da hernekadar 1978 yılında Alman Anayasa Mahkemesi'nce verilen karara (27) değinilmişse de, bu raporda, bu karardakinin aksine, cinsiyet değişikliğinin tıbben kabulü ve buna uygun şekilde ameliyatın gerçekleştirilmesi konularıyla ilgili olarak Alman Anayasası'nın 1'inci ve 2'nci maddelerinin uygulanabilirliğinin ayrıntılı surette incelenmesine benzer bir inceleme yapılmamış; aynı şekilde, önce İtalya'da varsayım olarak belirlenen ve Strasburg'ta İnsan Hakları Komisyonu'nda kabul edilen "cinsiyetin belirlenmesi hakkına" da değinilmemiştir.

Yargıtay kararındaki karşı oy yazısında, kararın Anayasa'ya aykırılığı tartışması da yapılmamıştır.

B. Diğer Olaylar

Bülent Ersoy olayı, Türk hukuk uygulamasını seksenli yıllarda meşgul etmiştir. Ancak, o tarihten önce de cinsiyet değişikliğinin nüfus kütüğünde tespiti için muhtelif dâvalar açılmıştı. Olaylar daima İstanbul'da ve fuhuşun yoğunlaştığı muhitte ortaya çıkmış; birçok erkek, cinsiyet değiştirmek için ameliyat olmuştu. Bu olaylardan beşinde, nüfus kayıtları herhangi bir tartışma olmaksızın ve olay Yargıtay'a intikal etmeksizin olumlu şekilde karara bağlanmış ve nüfus kayıtlarında gerekli düzeltmeler yapılmıştır. Savcı bu dâvalarda mahkeme kararını temyiz etmediği için, dâva Yargıtay'a gelmeden karar kesinleşmiştir (28).

(26) Kanun boşluğu olduğunun reddine ilişkin görüşler için bkz.: Yarg. 2. HD. 27.3.1986 E. 1986/651; K. 1986/3256, YKD. 1986, 1112 (1114); 25.2.1986, E. 1986/5371 ve 30.12.1987, E. 1987/9691-K. 1987/11.000 (her iki karar yayınlanmamıştır).

(27) BVerfG 11.10.1978, in: BVerfGE 49, 286.

(28) Öztürel, A., Transseksüalizm ile hermafroditizmde yasal, tıpsal ve adli tıp problemleri, AÜHF Dergisi 1980, sh. 461-488; 1981, 253-292 ve bu metinde zikredilen Yüksek Sağlık Şurası Vakaları, sh. 268-273 yazar, altı olaydan sadece beşinde mahkemede açılan dava ile nüfus kaydında cinsiyet değişikliği yapıldığından söz edilmektedir.

Buna karşılık 1986 ve 1987 yıllarında İzmir'de açılan davalar farklı sonuçlanmıştır. Bu dâvalarda şahsi hal sicil memurları mahkemelerin lehte verdikleri kararları temyiz ederek kararların Yargıtay'da bir kere daha görüşülmesini sağlamışlardır. Yargıtay'ın mahkemelerin kararlarını bozması üzerine, ilgili mahkemeler kendi kararları üzerinde direnmeden Yargıtay'ın bozma kararına uymuşlardır. Böylece kararlar kesinleşmiştir. Her iki Yargıtay kararı incelendiğinde, çoğunluğun ve azınlığın görüşlerinin ilk verilen karardan farklı bir şekilde kaleme alınmamış olduğu görülür. Ancak son kararda önceki kararların aksine ismin de değiştirilmesi istenmiş ve mahkemece bu istek kabul edilmiştir.

Az sayıdaki bidayet mahkemesinin kararları incelendiğinde, taleplerin mahkemece kabul edildiği, savcının veya şahsi hal sicil memurunun temyiz etmeleri üzerine, Yargıtay'ın bu kararları bozduğu görülmektedir. 1982 yılında Ayvalık Asliye Hukuk Mahkemesi'nde kadından erkek olmak için dâva açılmış dört sene devam eden dava, adli tıbbın olumlu görüşüne rağmen mahkemece ve Yargıtay'ın görüşü doğrultusundaki gerekçelere dayanarak reddedilmiştir (29). Yargıtay bir olumsuz oya karşılık ekseriyetle mahkemenin kararını onamıştır (30).

1988 ilkbaharında mahkeme kararlarında yeni bir sayfa açılmıştır. 3444 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi üzerine, Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesi, Bülent Ersoy'un üçüncü defa açtığı davayı kabul etmiş (31) ve nüfus kütüğündeki kaydın düzeltilmesi yolunda karar vermiştir. Mahkeme'nin kararı üzerine Bülent Ersoy'un nüfus kütüğündeki cinsiyet hanesindeki "erkek" ibaresi "kadın" olarak değiştirilmiş ve kendisine yeni bir nüfus kâğıdı verilmiştir (32). Birkaç hafta sonra, o yılın Temmuz ayı başında, Ayvalık Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Yargıtay'ca onaylanan kararı karar tashihi için Yargıtay'a yeniden getirilmiş ve Yargıtay, kararı bu defa bozmuştur. Bu bozmaya gerekçe olarak 3444 sayılı Kanun'un yürürlüğe

(29) Ayvalık Asliye Hukuk 24.9.1986, E. 1982/375, K19876/347.

(30) 2.HD. 11.2.1988, E. 1986/11066, K. 1988/1450 (yayınlanmamış)

(31) Ankara 6. Asliye Hukuk 6.6.1988, E. 1988/41-K. 1988/307; 14.1.1988 tarihli dava adli tıbbın oybrliği ile verilen raporu üzerine, karara bağlanmıştı (Hormon tedavisinden tamamen bağımsız tam bir kadın...). Karara davayı bütün iştirak edenler, davacı, nüfus memuru, savcı itiraz etmediği için, karar verildiği gün kesinleşmiştir.

(32) Hürriyet Gazetesi'nde 10.6.1988 tarihinde, verilen nüfus kağıdını "pespembe" başlığı ile basmıştır.

girmesi ile Medenî Kanun'un 29'uncu maddesine ilave edilen fıkra gösterilmiştir (33).

§ 2- YÜRÜRLÜKTEKİ YENİ HUKUKİ DURUM

Kanunkoyucu bir kalemde, bir gün içinde, düşünülemedi, düşünülmedi; mümkün olmayana, mümkün hale getirmiştir. 12 Mayıs 1988'de yürürlüğe giren 3444 sayılı Kanun, cinsiyet değişikliğini olumlu yönde hükme bağlamıştı. Medenî Kanun'un 29'uncu maddesine eklenen iki cümle üzerinde derinlemesine bir ön çalışma yapılmamıştır. Maddeye ilişkin ön çalışmalarda, mukayeseli bir araştırmaya yer verilmemiş, Avrupa Konseyi'nin ve Milletlerarası Şahsî Hal Komisyonu'nun konuya ilişkin görüşlerinden bahsedilmemiştir. Madde, Meclis'ten geçerken, muhalefet milletvekillerinden biri, maddenin "aslında Bülent Ersoy için getirilmiş bir hüküm" olduğundan (34), bir diğeri ise, "Harem'den kaynaklanan bir ilhamla" (35) maddenin yürürlüğe konmak istendiğinden bahsetmiştir.

Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan Kanun Tasarısı 2 Şubat 1988 tarihli'dir. Bir hafta sonra, 11 Şubat 1988'de Başbakan bu Tasarı'yı Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne göndermiştir. Tasarı, Adalet Komisyonu'nca dört haftalık bir süre içinde incelenmiş ve Komisyon, 10 Mart 1988'de raporunu tamamlamıştır (36). 5 Mayıs 1988 tarihli Meclis oturumunda hükmün tartışması yapılmış (37), oylanmış, kabul edilmiş, 11 Mayıs 1988'de Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmış, 12 Mayıs 1988'de ise Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe girmiştir (38). Tasarı da, sözkonusu fıkraların 29'uncu maddeye neden eklendiğini aşağıdaki gerekçelerle açıklamıştır: "Yargıtay hâkimlerinin kişinin serbest iradesi ile yaptırdığı cinsiyet değişikliğine Medenî Kanun'un 38, Nüfus Kanunu'nun 11 ve 46'ncı maddelerinin

(33) 2.HD. 5.7.1988, E. 1988/7404 (yayımlanmamış). Burada HUMK'nun 440 ve 442'nci maddelerine dayanılmıştır.

(34) "Aslında Bülent Ersoy için getirilmiş bir hükümdür. **M. Abdullah Ulutürk** Milletvekili (Afyon-DYP). TBMM Tutanak Müdürlüğü, 64. Oturum, 4.5.1988 Giriş 3, Sayfa 1.

(35) Harem'den kaynaklanan bir ilhamla Milletvekili **Turan Beyazıt** (İzmir-SHP), Tutanak Müdürlüğü, 64. Oturum. 4.5.1988 Giriş, 4, Sayfa 1.

(36) TBMM (S. Sayısı: 25) Dönem: 18, Yasama Yılı: 1, 21 p.

(37) TBMM Tutanak Müdürlüğü, Birleşim: 64, 4.5.1988, S. 83-85, 117, 130-131 ve 5.5.1988, S. 167.

(38) RG 12.5.1988, Nr. 19812, S.1-3.

uygulamaya hazır olmamaları sebebiyle, kanun koyucu bir hukuk boşluğunu *expressis verbis* doldurmak zorunda kalmıştır” (39).

Madde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülürken, Hükümet kanadından bir milletvekili, bu hükmün yürürlüğe girmesi ile uygulamadaki aksaklıkların kalkacağından ve olayın aydınlığa kavuşacağından bahsederek (46), muhtemelen, alt kademe mahkemeleri ile Yargıtay arasındaki görüş ayrılığına işaret etmek istemiştir. Muhalefet milletvekillerinin madde hakkındaki görüşleri hukuki olmaktan çok, alaycı mahiyettedir. Muhalefet, “Muhafazakâr hükümeti, enflasyon, hürriyet, demokrasi gibi büyük meseleleri tamamladıktan sonra, çok gelişmiş Batı'nın en önemli problemlerinden birini Türk toplumuna getirmiş olmasından dolayı tebrik ederiz” (49) sözleriyle bu ironiyi dile getirmiştir. Bir diğer muhalefet milletvekili de ülkede ne kadar bu tip olayın var olduğunu sorması üzerine, Adalet Bakanı cevabı kendisine yazılı olarak vereceğini belirtmiştir (42).

Cinsiyet değişikliğini düzenleyen hükme ilişkin Adalet Komisyonunda ve Mecliste çok az tartışma yapılmış ve hükme ilişkin çok az değişiklik öngörülmüştür. Hükümetin teklif ettiği metin hemen hemen aynen kanunlaşmıştır. *Hükümetin teklif ettiği tasarı* şu şekildedir: “Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise, cinsiyet tashihi davasında eşe de husumet yöneltilir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur” (43).

Kanunlaşan metin ise aşağıdaki gibidir:

“Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgarî sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Bu konuda açılacak davalarda cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise, eşe de husumet yöneltilir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur”.

(39) TBMM (S. Sayısı: 25) -Dönem: 18, Yasama Yılı 1,21, S. 4.

(40) Milletvekili **Onur** (ANAP) TBMM Tutanak Müdürlüğü, 4.5.1988, S. 83.

(41) Milletvekili **Bayazıt** (SHP) TBMM Tutanak Müdürlüğü, 4.5.1988, S. 120-121.

(42) **Bayazıt** (SHP) milletvekili, Tutanak 5.5.1988 tarihli S. 167.

(43) 5.5.1988 tarihli Tutanak S. 16.

Görüldüğü gibi Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde hükme ilişkin iki değişiklik yapılmış ve bu değişikliklerle metin kanunlaşmıştır. Bu değişikliklerden biri "asgari" kavramının ilâvesi, diğeri ise "bu konuda açılacak davalar" ibaresidir.

"Asgari" kelimesi, bize göre, maddeye ilâve edilmeyebilirdi. Meclis'te yapılan ikinci değişiklik, Tasarı'da yer alan "cinsiyet tashihi dâvası" ibaresi yerine "bu konuda açılacak dâvalar" ibaresine yer verilmesidir. "Bu konuda açılacak dâvalar" ibaresi "cinsiyet tashihi dâvası" ibaresinden daha geniş bir içeriğe sahiptir. Maddede böyle bir değişikliğin öngörülmesi isabetli olmuştur. Çünkü cinsiyet değişikliği, cinsiyet tashihi dâvası ile birlikte pek çok dâvayı da beraberinde getirebilir. Meselâ yoksulluk nafakası, tazminat talebi vs... gibi.

Meclis zabıtları incelendiğinde, cinsiyet değişikliğine ilişkin bu tartışmalarda neden Almanya, İsveç ve İtalya'daki gibi özel bir kanuna yer verilemediğine, neder. Hollanda da öngörüldüğü gibi düzenlemenin Medenî Kanun içinde yapıldığına hiç değinilmediği görülür. Problemin yalnızca iki kısa cümle içinde düzenlenmesi, Türkiye'de meselenin politik yönden Almanya ve İtalya'dakinden farklı olduğu, olayların henüz kanunî bir düzenlemeyi zorunlu kılmadığı veya çok yeni olan hukukî malzemenin ele alınmasına henüz gerek olmadığı intibahı vermektedir. Düzenleme, Yargıtay'ın Kanun'da bir boşluğun varlığını kabul etmemesi ve yaptığı yorumun dar yorum olduğu görüşünden kaynaklanmaktadır ve Yargıtay'ın müstakar görüşünü bertaraf etmek için çıkarılmıştır. Cinsiyet değişikliğinin özel bir kanunda öngörülmemiş olması isabetli olmuştur. Böylece Medenî Kanun'un bütünlüğü muhafaza edilmiştir. Ancak, burada esas tartışılacak konu, kanunkoyucu tarafından bu iki fıkranın, Medenî Kanun'un 29'uncu maddesine ilâvesinin isabetli olup olmadığıdır. Medenî Kanun'un 29'uncu maddesinin matlabı, "Ahvali Şahsiye Beyyinelere" şeklindedir (44) ve 29'uncu maddede "Doğum ve ölüm nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat olunur. Nüfus sicilinde kayıt bulunmaz veya mevcut kaydın doğru olmadığı tahakkuk ederse keyfiyet herhangi bir delille ispat olunur" denmekle, maddenin sadece doğum ve ölüm olaylarında ispat vasıtalarını öngördüğünü belirtmektedir. Bir diğer ifade ile, madde, cinsiyet değişikliğine veya şahsî hal kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin değildir. Bu durumda, cinsiyet değişikliğini öngören hükmün Medenî Kanun'un 29'uncu maddesine ilâvesi maddenin muhtevassın-

(44) İsviçre Medenî Kanunu'nun 33'üncü maddesi.

daki insicamı bozmuştur. Fıkra alâkası olmayan bir maddenin içine yerleştirilmiştir. Bu düzenlemenin Medenî Kanun'un 23'üncü maddesi içine konup konamayacağı hususu da burada düşünülebilir (45). Ancak, hükmün Medenî Kanun'un 23'üncü maddesine ilâvesinin de isabetli olacağı söylenemez. Zira Medenî Kanun'un 23'üncü maddesi kişinin kendi iradesiyle bile vazgeçemeyeceği kişilik haklarını öngörmektedir. Bu maddede "Şahsiyetin Himâyesi" matlabı altında, "Hiçkimse hak ve fiil ehliyetinden vazgeçemeyeceği gibi, onları ahlâka ve kanuna aykırı olarak sınırlayamaz. - Hürriyetinden kısmen ve tamamen vazgeçemeyeceği gibi onları ferağ da edemez" denmektedir. Bu ifade, açıkça, cinsiyet değişikliğini öngören hükmün bu maddenin muhtevasına dahil olamayacağını göstermektedir.

Bu durumda, hükmün Nüfus Kanunu'nun 46'ncı maddesinde düzenlenmesinin daha isabetli olup olmadığı sorusu ortaya çıkar. Nüfus Kanunu'nun 46'ncı maddesi "Kayıt Düzeltmeleri" matlabı altında, "Yaş, ad, soyadı ve diğer kayıt düzeltme dâvaları ilgilinin oturduğu yer asliye hukuk mahkemesinde Cumhuriyet Savcısı ve nüfus başmemuru veya nüfus memuru huzuruyla görülür ve karara bağlanır" demektedir.

Yargıtay adigeçen maddeyi dar yorumladığı için, kanunkoyucu böyle bir düzenlemenin kanunlaşmasını istemiştir. Bugün Medenî Kanun'un 29'uncu maddesine ikinci fıkra olarak ilâve edilen hükmün Nüfus Kanunu'nun 46'ncı maddesine ikinci fıkra olarak eklenmesi isabetli olurdu. Bu suretle, Nüfus Kanunu'nun 46'ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*ve diğerleri*" ibaresi de bir açıklığa kavuşur ve maddenin, nüfus kayıtlarının sadece doğumdan önce mevcut durumlara bakılarak değil, kişinin serbest iradesi ile yapılan ameliyatlardan sonraki cinsiyet değişikliği hallerinin de düzeltilebilmesi imkânını verebilecek şekilde uygulanabilmesi sağlanmış olurdu. Bu bakımdan, düzenlemenin Medenî Kanun içinde yapılması bir şanssızlık olmuştur; hernekadar 29'uncu madde çok fazla itibar görmeyen bu hüküm için iyi bir saklanma yeri teşkil etmekteyse de, düzenlemenin Nüfus Kanunu'nun 46'ncı maddesinde yer alması kanun tekniği açısından yine de daha isabetli olurdu. Gerçi bir özel kanuna yer verilmeyerek kodifikasyonun zedelenmesi önlenmiştir; ancak, bu durumda, Medenî Kanun'un 29'uncu maddesinin ikinci fıkrası, Nüfus Kanunu'ndaki nüfus kayıtlarını düzeltmeyi öngören 46'ncı madde karşısında özel kural olarak kalmaktadır.

(45) İsviçre Medenî Kanunu'nun eski 27'nci maddesi.

Değişikliğin yürürlüğe girmesiyle Yargıtay derhal görüşünü değiştirmiştir (46). Kanunkoyucu, cinsiyet değişikliğini öngören hükmü düzenledikten sonra, acaba maddenin beraberinde getireceği maddi ve usulî sonuçları da ele alacak mıdır? Bugüne kadar kanunkoyucu böyle bir düzenlemeye gitmemiştir.

Medenî Kanun'un 29'uncu maddesinin ikinci fıkrasından sonra, yadı cinsiyet değişikliğinin nüfus kayıtlarının düzeltilmesi hukukî sonucundan sonra ortaya çıkacak problemler daha ziyade kişi hukukunu ve aile hukukunu ilgilendirmektedir. Düzenlemenin ilk cümlesi herkese uygulanacak bir hükümdür. İkinci cümle ise, sadece evli kişilere yöneliktir.

A. Şahsın hukuku

Şahsın hukuku açısından bütün transseksüellerin öncelikle arzuladıkları iki husus mevcuttur: Cinsiyetin nüfus sicilinde düzeltilmesi ve buna bağlı olarak ismin değiştirilmesi. Yeni düzenleme, isim değişikliği ile ilgili bir hüküm ihtiva etmemektedir. Medenî Kanun'un 29'uncu maddesi, yapılan değişiklikten sonra sadece cinsiyetin nüfus sicilinde düzeltilmesine ilişkin bir hüküm içermektedir. Cinsiyete has ismin düzeltilmesine ilişkin bir kurala ise, yer verilmemiştir. Halbuki ismin düzeltilmesi ile cinsiyet değişikliği birbirine sıkı surette bağlı kavramlardır.

I- Cinsiyet değişikliğine uygun olarak nüfus kaydının düzeltilmesi:

Medenî Kanun'daki yeni düzenleme son derece kısa olup, "Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin, sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır" şeklindedir. Hernekadar maddenin Meclis'te tartışılması sırasında cinsiyet değişikliğinin doğumdan önce olmayacağı hakkı olarak ileri sürülerek, "doğumdan sonra" ibaresinin çıkarılması istenmişse de (47), madde bu haliyle yürürlüğe girmiştir. Maddede cinsiyet değişikliğinin sağlık kurulundan alınacak bir rapor üzerine talep edilebileceği belirtilmiştir. Bu cümlelerin ihtiva ettiği tek husus, tıbbî bir raporun getirilmesidir. Daha fazla bir husus aranmamıştır. Bu durumda şu sorular ortaya çıkmaktadır. Cinsiyet değişikliğinin nüfus kütüğünde cinsiyet hanesinde düzeltilmesi için sadece bir rapor yeterli midir? Bu noktada, Kanun'un ifadesi açık değildir. "Asgari sağlık kurulu

(46) Yarg. 2. HD. 5.7.1988. E. 1988/6260, K. 1988 (yayınlanmamış).

(47) Milletvekili Bayazıt (SHP), TBMM. Tutanak Müdürlüğü, 4.5.1988, S. 130-131.

raporu" ifadesi ile, bir kimsenin iki, üç rapor da alabileceğine mi işaret edilmek istenmiştir, yoksa asgari-en azından- raporun bir sağlık kurulundan alınması mı kastedilmektedir? Herhalde kanunkoyucu talepte bulunacak bir kimsenin birçok yerden alabileceği, birden fazla raporu mahkemeye sunabileceğini hükme bağlamak istememiştir. Zira bu zaten son derece tabii bir husustur. Kanunkoyucunun ifade etmek istediği raporun asgari-en azından- bir sağlık kurulundan alınabileceğidir. Yani raporun bir aile doktorundan, bir klinik baştabibinden veya başka bir doktorlar topluluğundan alınamayacağıdır. Sağlık kurulunun resmî bir kuruluş olduğunu ve geniş ölçüde değişik ihtisas alanlarına sahip kişilerin bu kurulda yer aldığını, kurulun objektif karar verme özelliğine sahip olduğunu gözönünde tutan kanunkoyucu, kurulun vereceği karara devletin karar verme organının güvenebileceğini düşünmüş; yani, bir anlamda rapor alma işlemini güçleştirmiştir.

Madde, bu güçlendirmenin yanında, iki noktadan da raporun alınmasını kolaylaştırmıştır. Bunlardan birincisi, raporun alınmasında, kişinin ikametgâhı veya oturduğu yerin ameliyatı yapılmasında rol oynamaması, ikincisi ise, raporun herhangi bir yerdeki sağlık kurulundan alınması imkânının olması ve en üst merci olan İstanbul'daki adli tıp merkezinden istenmemesidir.

Yürürlükteki hükmün kaleme alınışı iki noktadan tenkit edilebilir:

a) "Asgari" kelimesine yer verilerek, maddenin geniş yorumlanmasının engellenmek istendiği düşünülebilir. Yani, "sağlık kurulu"na tahdidi değil de, sadece tadedi olarak işaret edildiği, sadece bir örnek olarak zikredildiği yorumunun önlenmek istendiği söylenebilir. Ancak, bu görüş bize hiç de isabetli görünmemektedir. Zira, sağlık kurulunun nasıl teşekkül edeceği Kanunla düzenlenmiştir. Bir başka kavramın bu kavramın yerini alması düşünülemez. Bu sebeple, kanunkoyucunun "asgari" sözcüğüne yer vererek, raporun sadece sağlık komisyonundan değil, onun üstündeki yerlerden de alınabileceğini belirtmek istediğinin ileri sürülmesi de bize isabetli görünmemektedir. Zira "az için geçerli olan, evliyetle çok için de geçerlidir" hukuk kuralı burada da geçerlidir. Kısacası, bize göre "asgari" kelimesinin maddeye eklenmesi maddenin muhtevasında bir değişiklik meydana getirmemiştir. Sözkonusu kelime olmasaydı da maddenin anlamında bir değişiklik olmazdı. Maddede yer alan "doğumdan sonra" ibaresi de tamamen anlamsızdır. Cinsiyet değişikliğinden, bir

kimsenin ancak belli bir cinse mensup olmasından sonra sözedilebilmesi işin mahiyeti icabıdır. Bu iki lüzumsuz kelimenin yanında, maddenin bir de eksik düzenlendiği görülmektedir. Düzenlemede raporda hangi kriterlerin öngörülmesi gerektiği meselesine yer verilmemiştir. Sağlık kurulunun meseleyi bugünden yarına başka başka şekilde çözümlenmesi halinde, hâkim bu çözümlerle bağlı kalacak mıdır? Düzenlenmeden bırakılan bütün bu haller, meselâ evli olup olmama, yaş, tecrübe süresi, kişinin tabiiyeti, çocuk sahibi olma imkânının varlığı vs. . . . aslında hep hukukun öngörmesi gereken hususlardır. Bir diğer ifade ile, bir raporda bulunması gereken hususları hâkimler veya kanunkoyucu tespit etmelidir.

Kısacası, bu haliyle Medenî Kanun'daki düzenleme yetersizdir ve bu yetersizlik aşikârdır: Şahsın hukuku açısından halli gereken dört problem sözkonusudur. Bu problemler hakkında Kanun'da boşluk mevcuttur; dolayısıyla, meselelerin çözümü hâkime kalmaktadır. Bu meseleler şu şekilde sıralanabilir: Cinsiyete uygun bir ameliyatın zorunluluğu hangi halde sözkonusudur? Hangi yaş ameliyat için esas alınmalıdır? Bir tecrübe süresi öngörülmeli midir? Tabiiyet cinsiyet değişikliğinde rol oynayacak mıdır?

1- Cinsiyete uyan ameliyat:

Bir cinsiyet değişikliğinin kabulü için dışa yansıyan görünüşün kişinin dünyasındaki baskıya uyması yeterli midir? En azından, hormon tedavisinin yapılmış olması aranacak mıdır? Cinsiyet organlarının uzaklaştırılmış olmasına ihtiyaç var mıdır? Eğer varsa, bunun kapsamı ne olmalıdır? Meselâ, yumurtalıklar ve rahim de alınmalı mıdır? Çocuk sahibi olma imkânı kişilere bırakılmalı mıdır? Yoksa bu hususta sert mi davranılmalıdır? Kişinin kavuşmak istediği cinsiyetin organları sun'î olarak bünyesinde gerçekleştirilmeli midir? Bu konularda kanunkoyucu hiçbirşey söylememekte ve alanı doktorlara ve hukukçulara bırakmaktadır. Düzenlemenin yapılmadığı böyle bir alanda iki yoldan hareket edilebilir.

Bir taraftan, kanunkoyucunun susmasının akıllıca ve ikna edici olduğu söylenebilir. Kanunkoyucunun ameliyattan bahsetmemesinin, ameliyatın objektif ve sübjektif sebeplerle imkânsız olması ve yapılamaması hallerinde de nüfus kaydında cinsiyet değişikliğinin yapılması yolunu açık tutmak için olduğu ileri sürülebilir. Ancak, bu takdirde de bunun sınırlarının kesin olarak ne olacağı, özellikle üreme yeteneğinin kişide kalıp kalmayacağı soruları cevapsız kalmaktadır.

Diğer taraftan, kanunkoyucunun kasıtı olarak meselelere çözüm getirmede, bu çok nazik ve çok az inceleme yapılmış alanda zaman kazanmak istediği görüşünün ileri sürülmesi de mümkündür: Tıbbın ilerideki gelişmelerini beklemek ve gerektiği takdirde normatif sonuçlar çıkarmak ve bu arada sadece gerekli durumlarda adım adım karar vererek zaman kazanmak. Hangi yol kabul edilirse edilsin, Medenî Kanun'un 29'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının uygulanacağı bir durumla karşılaşan hâkim, raporda yazılanları bir tarafa bırakarak hukuk yaratmak zorunda kalacağını hesaplamalıdır. Sağlık komisyonunun raporunda bir cinsiyet değişikliğine gerek olmadığını belirttiği hallerde, hâkim bu raporda belirtilen hususlara uyararak mı; yoksa başka bir rapor alarak mı hükme varacağına kendisi karar verecektir? Hâkim, bunun tam aksine bir durumda da, yani raporda cinsiyet değişikliğinin varlığının kabulü halinde de, buna gözü kapalı itibar etmeyip, o anda mevcut (oluşmuş) hukuka göre meseleyi ele alıp incelemek ve kararını buna uygun olarak vermek zorundadır.

Hâkim, Medenî Kanun'un 1'inci maddesine göre, önüne gelen meseleye çözüm bulurken, önce mevcut yazılı kuralları uygular; böyle bir kural yoksa, örf ve âdet kurallarından yararlanır; örf ve âdet kuralı da yoksa, gerekli hukuk kuralını kendisi yaratır. Hâkim mesele ile ilgili kriterleri tespit ederken, şahsî görüş ve inanışlarından mücerret hareket etmelidir; vereceği karar sadece önündeki meseleyi çözüme bağlasa da, bu kararın benzer olaylarda uygulanabileceğini gözönünde bulundurmalıdır (48). Aynı çözüm yolu İsviçre hukukunda da uygulanmaktadır. Çünkü İsviçre Medenî Kanunu'nda da cinsiyet değişikliği ve buna bağlı problemler düzenlenmemiştir. İsviçre'deki son kararlardan birinde, kanunkoyucunun bu Yüzyıl'ın başında cinsiyetin değişmeyeceği esasından hareket ettiğine işaretle, "o zamanın tıp bilgisine dayanılarak cinsiyet değişikliğinin mümkün olmadığı ve mümkün görülmediği" belirtilmiştir. Kanunkoyucunun susmasının, cinsiyet değişikliğine ilişkin bir ihtiyacı görmemesinden kaynaklandığı, bu itibarla Kanun'da gerçek bir boşluğun olduğu ve bu boşluğun İsviçre Medenî Kanunu'nun 1'inci maddesiyle doldurulması gerektiği ifade edilmiştir (49).

İsviçre'de hâkimler Medenî Kanun'un birinci maddesinin verdiği yetkiye dayanarak her olay için, olayın özelliğini gözönünde tu-

(48) **Edis, S.**, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3 Bastı, Ankara 1987, sh. 138 vd.

(49) **Basel/Stadt**, 17.7.1981, ZZW/REC, 374-376, s. 376.

tarak hukuk yaratmışlar ve böylece hukukun gelişmesine yardımcı olmuşlardır. Bilindiği gibi, Medeni Kanun'un 1'inci maddesinde, hâkimden, önüne gelen meseleye mutlaka çözüm bulması istenerek, hukukun değişen ihtiyaçlarına cevap vermesi amaçlanmıştır. Mahkeme kararlarında cinsiyet değişikliği için, başlangıçtaki cinsiyete ilişkin vücut özelliklerinden sarfinazar edilmesi aramıştır; yani bir çocuğun babası artık o çocuğun babası olarak veya anası artık o çocuğun anası olarak kabul edilememelidir. Ancak, mahkeme kararının geriye yürümeyeceği de gözönünde tutularak, bu husus için kararın kesinleştiği tarih esas alınmıştır (50).

Türk hukukunda, İsviçre hukuk uygulamasının aksine, bir boşluğun varlığı kabul edilmediği için, kanunkoyucu cinsiyet değişikliğine ilişkin bir düzenlemeye gitmiştir ve nüfus kütüğünde cinsiyet değişikliğinin yapılması imkânını sağlamıştır. Böylece cinsiyet değişikliği, "doğum", "ölüm", "reşit olma" gibi hukukî bir kavram olarak Türk Medeni Kanunu'na girmiştir.

Hâkim, Medeni Kanun'un 1'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, meselelere çözüm ararken-buna kavramların yorumlanması hususu da dahildir- doktrinden ve mahkeme içtihatlarından yararlanır (51). Bu fıkraya göre, hâkim önce Türk hukukundaki, sonra İsviçre hukukundaki malzemeden yararlanacaktır; fakat söz konusu fıkra, hâkimi bu iki kaynakla sınırlamamıştır. İlmî içtihatlar için fıkroda daraltıcı bir ifade kullanılmamıştır. Hakim bütün ilmî içtihatlardan -yeterki bunlar konuyla ilişkili olsun ve aynı hukuk ailesine dahil bulunsun- yararlanabilir. Yargıtay'ın bir içtihadı birleştirme kararına göre, hâkim, maddelerin yorumunda İsviçre doktrinini dahi gözönünde tutmak *zorundadır* (52). Ayrıca, doktrinde, hâkimin aydınlanma ve esinlenme amacı ile diğer belli başlı hukuk sistemlerine başvurabileceği kabul editmektedir (53). Cinsiyet değişikliğine ilişkin hükmün gerekçesinde böyle düzenlemelerin-çok gelişmiş batı toplumlarında da- öngörülmüş olduğuna işaret edilmiştir. Ancak, Türk ka-

(50) Heussler, ZZW/REC 1990, 166; Aubert/Reich, ZZW/REC 1986, 369 (Almanca olarak 1987, 2). Will, M., Geburt eines Menschenrechtes, Gedächtnisschrift Constantinesco (1983) 911-941.

(51) Medeni Kanun'un 1. maddesinin 2'nci fıkrası şu şekildedir: "Hâkim, hükümlerinde, ilmî içtihatlardan ve kazaî kararlardan istifade eder". İsviçre Medeni Kanunu'nda ise "doğrulanmış ve benimsenmiş" içtihatlardan" (bewährter Lehre und Überlieferungen) denmektedir.

(52) İBK 26.3.1962, 23/3 RG. nr. 11122.

(53) Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, N.: age., s. 19.

nunkoyucusu bu toplumlardaki düzenlemeyi Türk hukukuna aynen yansıtmanın ve cinsiyet değişikliği kavramının daha iyi tanımlanması görevini mahkemelere bırakarak tanıtımda dinamizmi sağlamıştır. Böyle bir düzenlemede kavramların yorumunda, bilgi kaynaklarına başvurulması, bu arada, Türkiye'nin Avrupa Konseyinin (Europarat) üyesi olduğu ve Konsey'in, kavramları tanımlamaya yönelik çalışmalarına Türkiye'nin de katıldığı gözönünde tutularak, bu çalışmaların da değerlendirilmesi gerekir (54).

Türk hukukunda cinsiyet değişikliğine ilişkin olarak düzenlenmemiş diğer önemli bir konu, nüfus kaydında bir düzeltme yapılmasının, istenen cinsiyete sahip olmak için uygun bir ameliyatın yapılmasına bağlı olup olmadığıdır. Mevcut boşluğun doldurulmasında, Avrupa'daki diğer hukukî düzenlemelerin mukayeseli bir incelemesinin yapılması, hâkime iyi bir dayanak verecektir.

İsviçre'deki mahkeme kararları incelendiğinde, daima önceden bir ameliyatın yapılmış ve üreme fonksiyonunun tamamen imkânsız hale gelmiş olmasının arandığı görülür. Almanya'da da Anayasa Mahkemesi'nin 1978 tarihli (55) kararında, cinsiyet değişikliğinin hukuken kabulü için, cinsiyete uygun ameliyatın yapılması şartı aranmıştır. Alman hukukundaki 1980 tarihli Cinsiyet Değişikliği Kanunu, bu iki şartın varlığını bir arada aramıştır. Adıgeçen Kanun'un 8'inci paragrafına göre, cinsiyet değişikliğinin hukuken kabulü için, kişinin üreme fonksiyonuna bundan böyle sahip olmamasıdır (Nr. 3) ve dışa yönelik cinsiyet özelliklerini değiştiren bir ameliyatın yapılması ve böylece açık bir şekilde diğer cinsin görünüş şekline yaklaşmış olması (Nr. 4) aranır. Avrupa'da cinsiyet değişikliğini özel bir kanunla 1972 yılında düzenleyen ilk ülke olan İsveç'te de, Kanun'un 1'inci paragrafının 2'inci fıkrasında, cinsiyet değişikliğinin tespiti için, talepte bulunanın 18 yaşını tamamlaması, kısırlaştırılması veya başka bir sebepten dolayı üreme yeteneğine sahip olmaması aranmıştır. Görüldüğü gibi, İsveç kanunkoyucusu ameliyatı gerekli görmemiştir. Aynı şekilde 1985 tarihli Kanun'la Hollanda Medenî Kanunu'na ilâve edilen 29a maddesinin birinci fıkrasıyla, talepte bulunan kişinin istenen cins bünyc olarak (vücutça) uyum sağlaması aranmıştır. Bu maddeye göre, bu hususun tıp açısından ve psikolojik yönden mümkün olması ve

(54) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye, **Gölcüklü** ile cinsiyet değişikliğine ilişkin kararlara katılmıştır. **Van Oosterwijk** 6.11.1980, **Mark Rees**, 17.10.1986 ve **Cossey**, 27.9.1990.

(55) BVerfG, 11.10.1978, BVerfGE 49, 286.

tasvip edilmesi ve cinsiyetinin değiştirilmesini isteyen kişinin, maddenin (b) bendi uyarınca doğum kaydına göre, erkek ise çocuk sahibi olmayacağını veya doğum kaydına göre kadın ise çocuk doğuramayacağını ispat etmesi istenmiştir.

Medeni Kanun'un 29/2 maddesinden anlaşılacağı üzere, kişinin arzuladığı cinsiyetin organlarına sahip olması hususu açıkça belirtilmemiştir. Türk hâkimi, kanundaki boşluğu doldururken, İsveç ve Hollanda kanunlarındaki ölçülerden yararlanmak isterse, kişinin cinsiyet organlarının ameliyatla değiştirilmiş olmasını aramayacaktır. Özellikle, yaşı veya sağlığı nedeniyle böyle bir ameliyata katlanamayacak kişiler için cinsiyet değiştirme imkânı bu şekilde Türk hukukunda sağlanmış olmaktadır. Hollanda düzenlemesi son derece esnek; Anayasa ve İnsan Hakları'na ilişkin olarak yapılabilecek itirazları gözönünde tutmuştur.

Demek oluyor ki, herhalükârda kişinin devamlı kısırlaştırılması zorunludur ve bunun için de ameliyat şarttır. Avrupa'da konuyu hükme bağlayan hiç bir hukuk düzeni bu şarttan vazgeçmeyi istememektedir. Türkiye'de hâkimler maddeyi ne kadar geniş yorumlarsa yorumlasınlar herhalde kısırlaştırmadan vazgeçmemeleri gerekir. Aksi halde erkek olarak nüfustaki kaydı düzeltilmiş bir kişinin çocuk doğurması veya nüfusta kadın olarak cinsiyeti düzeltilen bir kimsenin de çocuğunun olması gibi ters bir durumla karşılaşılabilir.

2. Asgari Yaş

Almanya'da, cinsiyet değişikliğine ilişkin düzenlemenin yapılış sırasında, özellikle politikacılar arasında en çok tartışılan konulardan biri, cinsiyet değişikliğinin hangi yaştan itibaren talep edilebileceği hususu olmuştur (Almanya'daki cinsiyet değişikliğine ilişkin Kanun'un sekizinci paragrafının 1 numarası dolayısıyla birinci paragrafının 3. no.lu bendinde düzenlenen en az 25 yaşında olma kaydı Alman Anayasa'sının 3'üncü maddesine aykırı bularak iptal edilmiştir (56). Bugün Alman hukuku açısından cinsiyet değişikliği için belli bir yaş sınırı yoktur. İsveç hukuku cinsiyet değişikliği için 18 yaşın ikmâlini

(56) Kanun hazırlanırken taslakta kısırlaştırma için öngörülen 25 yaş sınırı cinsiyet değişikliğinde kabul edilmek istenmemiş ve burada 21 yaş teklif edilmişti. Daha sonra Kanunda 25 yaş sınırı öngörülmüştür. Yaş sınırının öngörülmüş olması Anayasa'ya aykırılıktan dolayı Anayasa mahkemesine götürülmüş ve Anayasa mahkemesi, Almanya'daki cinsiyet değişikliğiyle ilgili gerek "küçük", gerek "büyük" çözümler için tespit edilmiş olan yaş sınırını iptal etmiştir. Bkz. 16.3.1982 tarihli ve 26.1.1993 tarihli Anayasa mahkemesi kararları 16.3.1982 (BVerfGE 60, 123) 26.1.1993 (NJW 1993).

aramıştır (§. I II İsveç Cinsiyet Değişikliği Kanunu). Hollanda'da da cinsiyet değişikliğine ilişkin olarak önce 18 yaş sınırı düşünülmüşse de, 18 yaşın altındaki durumların fevkalâde istisnai olacağı görüldüğünden hareketle bir yaş sınırlamasının risklerinden kaçınılmak istenmiştir. Bugün Hollanda hukuk düzenlemesinde bir yaş sınırı yoktur (57).

İtalyan hukukunda da cinsiyet değişikliği için belli bir yaş kabul edilmemiştir. Batı'daki bu uygulamadan Türk hukukunda da yararlanılabilir. Türk hukukunda, 29, 5.1979 tarih ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un beşinci maddesi, organ ve doku nakli için 18 yaşın tamamlanması şartını aramıştır. Aynı şekilde kısırlaştırma sadece kişinin reşit olmasıyla mümkündür; yani 18 yaşın tamamlanmasıyla (58). Bu yaş, cinsiyet değişikliği için de kabul edilebilir.

3. Deneme Süresi

Deneme süresi hakkı nedenlerle Amerikan hukukundan Alman hukukuna alınmıştır. Almanya'daki Cinsiyet Değişikliğine İlişkin Kanun'un 1'inci paragrafının birinci fıkrasında süre fevkalâde açık ve net bir şekilde hükme bağlanmıştır. Fıkraya göre, "en az üç sene-den beri, kendi düşüncesine uygun yaşama baskısı altında olan..." bir kimse cinsiyetinin değiştirilmesi için talepte bulunabilir. İsveç Kanunu, 1'inci paragrafın 1'inci fıkrasıyla deneme süresini çok daha esnek bir şekilde hükme bağlamıştır. Fıkraya göre "uzun süreden beri buna uygun davranan" kimse cinsiyet değişikliği talebinde bulunabilir. İtalyan ve Hollanda kanunlarında ise deneme süresine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır.

Türk hukukunda bir deneme süresinin öngörülmemiş olması isabetli olmuştur. Bir kimsenin karşı cinsin özelliklerini taşımak için bir takım riskli muamelelere katlandıktan sonra, bir de bu işlemlerin hukuken yapılabilmesi için senelerce beklemesi isabetli olmayabilir. Bu noktada Türk hâkimine bir takdir yetkisi vermek bize daha isabetli görünmektedir.

(57) Tweede Kamer der Staten-Generaal, Zitting 1981-1982, 17297, nr. 3 S. 20.

(58) Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun (29.5.1979, Nr. 2238, Madde 5) ve Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (27.5.1983 Nr. 2827, madde 4).

4. Tabiiyet

Avrupa'da cinsiyet değişikliği konusuyla ilgili ve yukarıda işaret edilen dört kanun incelendiğinde, bunların daha eski tarihli olan ikisinde cinsiyet değişikliği imkânının sadece ülkenin tabiiyetinde olanlara tanındığı tespit edilir; İsveç kanunu sadece İsveç tabiiyetinde olanlara, Alman kanunu ise sadece Alman tabiiyetlilere bu imkânı tanımıştır. Daha sonra yürürlüğe giren kanunlarda ise düzenleme farklıdır. İtalyan kanununda, kanunun sadece İtalyan vatandaşları için olduğu belirtilmemiş; Hollanda kanununda ise, kanunun en az bir seneden beri geçerli bir oturma iznine sahip yabancı tabiiyetliler için de geçerli olduğu açıkça hükme bağlanmıştır (59). İsviçre hukukunda doğumundan beri İsviçre'de oturan bir Fransızca, cinsiyetini değiştirme imkânı tanınmıştır (60). Yine bir İsviçre mahkeme kararında benzer bir çözüme gidilmiştir. Bu karara esas olan olayda, St. Gallen'da ikamet eden bir Brezilyalı, Danimarka'da bir İsviçreli ile evlenmiştir. Brezilya'da cinsiyet değişikliği kabul edilmediği için, kişilerin evlilikleri nüfus kütüğüne kaydedilmemektedir. Cinsiyetini değiştiren Brezilyalı ise, hâlâ nüfus kayıtlarında erkek olarak görülmektedir. Ancak, İsviçre mahkemesi, cinsiyet değişikliği prosedürünün önce İsviçre mahkemelerinden talep edilmesini ve böylece evliliğin İsviçre'de geçerli bir evlilik olarak tanınması imkânının yaratılmasını önermiştir (61).

Türk Medenî Kanunu'nun 29'uncu maddesinin II'nci fıkrasında, tâbiyete ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak, Medenî Kanunu'nun 29'uncu maddesinin II'nci fıkrası, doğrudan doğruya şahsi hal sicil kaydının düzeltilmesini hükme bağladığı için, madde dar yorum-

(59) İsveç'te "sadece evlenmemiş İsveç tabiiyetindeki bir kimse cinsiyet değişikliğini talep edebilir" (21.4.1972 tarihli Kanun §. 1 ile bağlantılı §. 3) Almanya'da cinsiyet değişikliği sadece Alman vatandaşı olan için mümkündür. "Bu kanun anlamında Alman olan veya vatansız, tabiiyetsiz yabancılar bu kanunun yürürlük alanı içinde mutad bir ikametgâha sahipler veya sığınma hakkına sahip veya yabancı kaçak olup, fiilen oturmakta iseler." (§. 1 Nr. 1 ile bağlantılı olarak §. 3 Nr. 1). TSG 1980.

İtalyan Kanunu'nda bu hususa ilişkin bir hüküm mevcut değildir.

Hollanda "Talepte bulunduğu tarih itibariyle en az bir seneden beri Hollanda'da ikametgâhı varsa veya orada oturuyorsa" (Art. 20a Abs. 3. B.W. Nouvelle 1985).

(60) **Basel/Stadt**, 17.7.1981. Erkek cinsiyetine sahip talepte bulununun (Michèle Marie Hélène) yerine isminin Michel olarak değiştirilmesi kabul edilmiştir. Karar "ex-nunc" olarak hüküm ifade ettiğinden İsviçre'deki doğum kütüğünde değişiklik yapılamamıştır".

(61) BG, 3.3.1993 (henüz yayınlanmamış). Bkz NZZ, Fernausgabe Nr. 181, 8/9.8.1993, S. 20 ve Journal de Genève, 10.8.1993, p. 111.

lanmalıdır: çünkü, aile sicilleri, Türk tabiiyetinde olanlar için, tutulmaktadır. Yabancı tabiiyettekilerin doğumları özel olarak bir tutanakla düzenlenmekte ve sadece doğum bildirilirse hazırlanan tutanaklar özel bir dosyada muhafaza edilmektedir (62). Kişinin nüfus sicili, yabancılar için tutulan özel dosyalar içinde yer aldığına göre, bu yabancıların cinsiyet değişikliği nüfus siciline işlenmelidir. Doğumu Türkiye'de tescil edilmemiş bir yabancı, cinsiyetini değiştirmesi halinde, bu durum hâkim kararı ile tespit edilebilmelidir. Kararın kendi ülkesinde veya üçüncü ülkelerde geçerli olup olmadığı ayrı bir konudur.

II- İsim Değişikliğinin Şahsi Hal Kayıtlarına İşlenmesi

Medeni Kanun'un cinsiyet değişikliğini düzenleyen 29'uncu maddesinin II'nci fıkrası sadece cinsiyet değişikliğine ilişkin bir hüküm olup, isim değişikliğinden bahsetmemektedir. Halbuki Alman kanununda isim değişikliği meselesi I'inci paragrafın birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Türk kanunkoyucusunun isim değişikliğini düşünmemiş olması, Kanun'un çıkmasına sebep olan ses sanatçısının isimle ilgili bir arzusunun olmamasından, dolayısıyla da, bu konuda böyle bir talebin yapılmamasından kaynaklanmaktadır. Aslında ses sanatçısının ismi genellikle erkek ismi olarak kullanılmakla beraber, nâdiren de olsa, kadınlarca da taşındığı görülmektedir. Bu sebeple, sözkonusu şahsın cinsiyeti değiştirildiği halde, yeni kimliği eskiden beri taşıdığı ismi altında verilmiştir (63). Türkiye'de isimler, Alman ve İsviçre hukuklarından farklı olarak, çoğu zaman nötrdürler ve iki cins için de kullanılmaktadırlar. Bu durumda, ismin mutlaka değişmesi lüzumunu kendisini bâriz bir şekilde hissettirmemektedir. Meselâ, Güneş, Işık, Güneş, Deniz, Ümit, Kudret, Cihan, Hikmet, İlhan, Merih, Zafer, Eylem, Bilgin, Seyhan vs. . . hem kadın hem erkek ismi olarak kullanılmaktadır. Ancak, cinsiyet değişikliği halinde sadece erkek ismi veya kadın ismi olarak kullanılan isimlerin de kavuşulan cinsine göre değiş-

(62) Nüfus Kanunu Md. 4, 5 ve 12.

(63) **Bülent** kuvvetli anlamına gelmektedir. Yeni nüfus cüzdanı bu isim altında ve rilmiştir. Bkz. **Hürriyet**, 10.6.1988; Cinsiyet değişikliği için açılan davalarda verilen bilirkişi raporunda isim konusuna hiç değinilmemiştir. Tarafın talebi üzerine verilen özel bilirkişi raporu için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, (1985). Cinsiyet değişikliğine rağmen ismin aynen muhafaza edildiği diğer bir dava: İzmir Asliye Hukuk Mahkemesi 29.1.1986 tarih, E 1986/840, K. 1986/27; Burada cinsiyeti değiştirilen kişinin ismi **Hüseyin**, kadın ismi olarak bırakılmıştır.

tirilmesi, üçüncü şahısları yanıltmama açısından zorunlu olmalıdır (64).

Özel bir düzenlemenin yokluğu nedeniyle, bu meselenin genel hükümlere göre halledilmesi gerekir.

Medenî Kanun'un 26'ncı maddesi "Muhik sebeplere binaen bir kimse isminin değişmesini isteyebilir. İsmi değişmesi nüfus siciline kayıt ve ilân olunur. Şahsın ismi değişmekle ahvali değişmez" hükmünü ihtiva etmektedir. Yine Medenî Kanun'un 38'inci maddesine göre, "Hâkimin hükmü olmadıkça ahvali şahsiye sicilinin hiçbir kaydı tashih edilemez.". Usule ilişkin hüküm Nüfus Kanunu'nun 46'ncı maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, "Yaş, ad, soyadı ve diğer kayıt düzeltme davaları ilgilinin oturduğu yer asliye hukuk mahkemesinde cumhuriyet savcısı ve nüfus başmemuru veya nüfus memuru huzuruyla görülür ve karara bağlanır".

İsim değişikliği için maddî kriter "muhik sebep"tir. Kanunkoyucunun toplumdaki cinsiyet değişikliği ile ilgili ön yargıları kaldırmak için bir kanun çıkarması, kişinin isim değişikliği sorununu da beraberinde getirmiştir. Bir kimsenin, toplumda farklı cinsiyete mensup bir kimsenin ismi ile dolaşması istenemez. Cinsiyetini değiştiren kimsenin ismini de değiştirmesi, cinsiyetini değiştiren kimse açısından da gereklidir.

Cinsiyet değişikliğinin ismin değişmesi için, Medeni Kanun'un 26'ncı maddesinin 1'inci fıkrası anlamında bir muhik sebep olduğu şüphesizdir. Burada şu husus tartışmaya açılabilir: Acaba cinsiyet değişikliği henüz yapılmadan, ameliyat öncesinde de isim değişikliğini mümkün kılacak bir "muhik sebep"in varlığından söz edilebilir mi? Medenî Kanun'un 29'uncu maddesinin 2'nci fıkrası, bu hususa ilişkin bir açıklama getirmemiştir. Cinsiyet değişikliğine ilişkin hüküm ismin değiştirilmesinden bahsetmemektedir. Fıkra, sadece, doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin sağlık kurulu raporu ile, belgelendirilmesini müteakip hukukî düzenlemenin yapılacağını hükme bağlamıştır. Bu itibarla, daha önceki bir safhada isim

(64) Diğer bazı mahkeme kararlarında dilekçelerdeki talebe uygun olarak cinsiyet değişikliği ile birlikte isim de değiştirilmiştir. Bkz. İstanbul, 11. Asliye Hukuk, **İlker** ismi **Zümrüt** olarak değiştirilmiştir (**Hürriyet**, 7.6.1988); Asliye Hukuk Ayvalık, 24.9.1986, E. 1982/375, K. 1986/347. Kadın ismi olan **Hamide**, erkek ismi olan **Hamit** olarak değiştirilmiştir.

değişikliğini mümkün kılacak muhik bir sebebin varlığının kabulü zordur. Türk Kanunkoyucusu, cinsiyet değişikliğinde Alman hukukunda olduğu gibi, kişinin cinsiyet değişikliğine hazırlanması için bir ön hazırlık safhasını aramamıştır. Bu itibarla ileride yapılacak bir cinsiyet değişikliği isim değişikliğinin istenmesi için muhik sebep olarak değerlendirilmemelidir.

Türk hukukunda transseksüellerle ilgili olarak, kişiler hukuku açısından yapılan bu incelemeden de anlaşılacağı üzere, genel kural çok fazla boşluk ihtiva etmektedir. Maddî hukuk yönünden, Medenî Kanun'un 29/II'nci maddesi cinsiyet değişikliği için hiçbir kriter getirmemiştir. Bu noktada, isim değişikliği için, Medenî Kanun'un 26/I'nci maddesinden yararlanılabilir ve "önemli sebep" in varlığı kabul edilebilir.

Kanunkoyucunun bıraktığı boşlukları doldurmak hâkimlere ve hekimlere kalmaktadır. Ancak boşlukların doldurulması sadece hâkim ve hekimlere problem yaratmakla kalmayacak, onların kararlarını değerlendirenler için de problemler mevcut olacaktır. Meselâ cinsiyetini değiştiren bir kimsenin ismini de değiştirmesinin zorunlu olup olmadığı hususunda şöyle bir çözüm yolu önerilebilir: Uygulamada cinsiyet değişikliğine nisbî olarak müsamaha ile bakılıyorsa, isim değişikliği ve cinsiyet değişikliği birbirine paralel yürütülebilir. Cinsiyet değişikliğinde daha sert davranılan hallerde ise, kişiye nötr bir isim verilmesinin, kişinin toplum içinde insan şeref ve haysiyetine yakışan şekilde yaşaması için isabetli olacağı tabiidir.

B. Aile Hukuku

Cinsiyetini değiştirmek isteyen kişi bekâr ise, yukarıda ele alınan problemlerin yanında aile hukukuna ilişkin olarak tartışılacak herhangi bir mesele yoktur. Cinsiyetini değiştiren kişinin asıl ailesi ile olan ilişkileri aynen kalır. Cinsiyet değişikliği ana baba, büyük ana, büyük baba, kardeşler, kardeş çocukları ile olan ilişkileri etkilemez. Cinsiyetini değiştiren kişi evli ise ve aynı zamanda çocukları varsa, mesele tamamen farklı bir boyut kazanır. Kanunkoyucu çok yetersiz de olsa, bu meselelere ilişkin olarak kısa bir hüküm öngörmüştür. Aşağıda, Kanundaki belki de tam şanslı olmayan sıralamadan farklı bir şekilde, ondan ayrılarak, cinsiyet değişikliğinin önce eşler için sonuçları ele alınacak, daha sonra mesele, çocuklar yönünden incelenecektir.

I. Eşler yönünden sonuçları

Medeni Kanun'un 20'nci maddesinin 2'nci fıkrasının 2'nci cümlesi cinsiyet değişikliğini kabul eden kararın kesinleşmesiyle "evlilik birliğinin kendiliğinden sona ereceği"ni düzenlemiştir. Böylece, Türk kanunkoyucusu, üç hususu ifade etmiştir. İlk olarak, diğer pek çok hukuk düzenlerindeki yerleşik çözümden ayrılmıştır. İsveç, Alman, Hollanda kanunları, Avusturya idari uygulaması, İsviçre mahkeme kararları, hepsi cinsiyetinin değiştirilmesini isteyen adayın "bekâr" olması şartını aramış, bir diğer ifade ile mevcut evlilik ilişkisinin sona ermesini istemiştir. Türk hukuku ise, bu şartı aramamıştır. İkinci olarak, İtalyanların şüpheli çözüm tarzından ayrılmıştır. İtalyan hukuku 1982 tarihli cinsiyet değişikliğine ilişkin özel kanunda evliliğin otomatik sona ereceğini düzenlemişken, beş yıl sonra cinsiyet değişikliğini diğer boşanma sebeplerine ilâve yeni bir boşanma sebebi olarak düzenlemiş ve böylece bir karışıklığa yol açmıştır. Bu husus doktrinde hâlâ aydınlığa kavuşmamış bir konudur: Evli bir kimse, önce cinsiyetini değiştirip sonra da boşanma sebebine dayanarak evliliğini sona erdirmeye yoluna gidebilecek midir veya boşanma sebebinden yararlanmadan evliliğini devam ettirebilecek midir? Yani aynı cinse mensup kişiler arasında bir evlilik sözkonusu olabilecek midir (65)? Bu tip değişik bir anlamaya Türk kanunkoyucusu hiç yer bırakmamıştır. İfadesi açıktır. Şimdiye kadarki evliliği görmemezlikten gelmemekte, yani evliliği ex tunc değil, ileriye yönelik, ex nunc, profuturo sona erdirmek istemektedir.

Türk hukukunda evliliği sona erdiren sebeplere (ölüm, boşanma, mutlak ve nisbî butlan gibi) yeni bir sebep daha eklenmiştir: Cinsiyet değişikliği. Evlilik birliğinin sona ermesi, cinsiyet değişikliğine ilişkin kararın kesinleşmesi ile kendiliğinden doğar; yani, sona erme otomatik olarak kanundan dolayı, kendiliğinden ortaya çıkar. Nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılması evlilik birliğinin sona ermesi yönünden önemli değildir. Bu kayıtlar sadece beyan edici (deklaratorisch)dir.

Evliliğin sona ermesi taraf uadelerine ihtiyaç göstermediğinden, karşılıklı irade beyanları ile yapılacak bir anlaşma evliliği ne devam

(65) 6.3. 1987 tarih ve 74. no.lu kanunla, 1.12.1970 tarih ve 898 no.lu Boşanma Kanunu'na g) bendi eklenmiştir. Bendin kritiği için bkz. **Patti**, Riv.dir.ci 1988, I, 231 (245-246) ve Riv. crit. dir. priv. 1990, 327 (338-339); ayrıca **Paolo Maria Vecchi**, Der Transsexualismus nach deutschem und italienischem Zivilrecht, in: Jahrbuch für Italienisches Recht 5 (1992) 181 (190-191).

ettirebilir, ne de onun sona ermesini geciktirebilir. Böyle anlaşmalar, kanunun emredici kurallarına aykırı olacağı için, geçersizdir (BK. md. 19, 20).

Evlilik birliğinin sona ereceği ne kadar açık bir şekilde hükme bağlanmışsa, bunun sonuçları da tam tersine o kadar müphemdir. Medenî Kanun'un 29'uncu maddesinin II'nci fıkrası bu hususta susmaktadır. Böylece, herzamanki ananevî uygulama yolu takip edilecek, Medenî Kanun'un I'inci maddesine göre mevcut boşlukların hâkim tarafından doldurulması gerekmektedir.

1982 tarihli İtalyan Cinsiyet Değişikliği Kanunu'nda, evlilik birliğinin otomatik olarak sona ermesi (eski şekil) üzerine, bu sona ermenin hukukî sonuçlarına ilişkin boşluğun evlilik birliğinin sona ermesine ilişkin sona erme hükümlerinin kıyasen uygulanarak doldurulacağı kabul edilmişti (66). Aynı husus Türk hukuku için de düşünülebilir. Tabii ki, burada biraz ihtiyatlı davranmak gerekir; çünkü, boşanmada kusur prensibini tamamen kaldıran bazı ülkelerden farklı olarak, -meselâ Alman hukukunda 1977 yılından beri boşanmada kusur prensibi kaldırılmıştır- Türk hukukunda boşanmanın sonuçları eşlerin kusurları gözönünde tutularak düzenlenmiştir. Cinsiyet değişikliği olayında kusur prensibi işin mahiyeti icabı uygulanamaz; çünkü, bir taraftan bugünkü tıbbî bilgiler, psikolojik davranışların ilgili kişinin iradesinden tamamen bağımsız olduğunu ve bu nedenle kişinin iradesi ile bu davranışları yönlendiremeyeceğini göstermektedir; diğer yünden de, hukuk kuralı evlilik birliğinin sona ermesini cinsiyet değişikliği kararının kesinleşmesi ile kişinin iradesinden bağımsız olarak kanundan dolayı ortaya çıkacağını düzenlemiş bulunmaktadır. Burada da durum bir evliliğin geçersizliğine benzemektedir; çünkü, evliliğin geçersizliğinde de eşlerin iradeleri aranmaksızın, hatta onların iradelerinin aksine, evlilik sona ermektedir ve bu duruma Medenî Kanun'un 126'ncı maddesinin II'nci fıkrasının açık hükmüne göre, evliliğin boşanma ile sona ermesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır. Durum cinsiyet değişikliğinde de farklı olmamalıdır. Burada da, evlilik birliği taraf iradeleri olmaksızın sona ermektedir; o halde, boşanmanın hukukî sonuçları buraya da boşluk doldurma yolu ile kıyasen uygulanmalıdır.

(66) **Patti/Will**, *Mutamenti di sesso e tutela della persona*, 34-35 ve 63-64; **Massimo Dogliotti**, *Transsessualismo*, *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice Vol. VII (Torino 1987) 786, 789-789; **Vecchi**, *Sh.* 190-191.

Transseksüel kişinin evliliğinin sona ermesi ile eşler yönünden kişisel ve mâmelekî sonuçlar ortaya çıkar.

1- Kişisel sonuçlar

Eşlerin kişisel durumları kural olarak değişmez; Medenî Kanun'un 141'inci maddesinin 1'inci fıkrası geniş yorumlanmalıdır. Burada hernekadar boşanan kadının kişisel durumundan bahsediliyorsa da, madde her iki eş yönünden de hüküm ifade eder. Medenî Kanun'un 18'inci maddesinin II'nci fıkrasındaki *civar hüsnüğü*, Medenî Kanun'un 11'inci maddesinin 2'inci cümlesi evlenme ile *reşit olma*, cinsiyeti değişen eş yönünden geçertidir. Aynı şekilde, evli kadının *tâbiyetinde* değişiklik olmaz (Türk Vatandaşlık Kanunu Md. 29). *Kadının Soyadı* meselesi ise, özel bir düzenlemeye tâbi tutulmuştur (MK. 141) (67). Esas itibarıyla, boşanan kadın bekârlık soyadını yeniden alır. Ancak, Medenî Kanun'un 141'inci maddesine göre, "Şayet boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği sâbit olursa, talebi üzerine hâkim, kocasının soyadını taşımasına izin verir". Medenî Kanun'da 1990 yılında yürürlüğe giren bu maddeden önce, kadın kocasının soyadını boşandıktan sonra taşımak istediği takdirde, Medenî Kanun'un 26 ncı maddesinden yararlanmak suretiyle "muhik bir sebebe" dayanarak, isminin değiştirilmesini istemekteydi. Medenî Kanun'un şimdiki 141'inci maddesinin 1990 da yürürlüğe girmesinden sonra, kadının bu soyadı taşımasında bir menfaatinin olması, talebinin kabulü için yeterli görülmüştür. Yeter ki, ismin kullanılması kocaya bir zarar vermesin (MK. 141/İc.2). Medenî Kanun'un eskimiş 95'inci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenmiş olan *hekleme süresi* ise, önceki kadın cinsiyetinin erkek cinsiyetine dönmesi halinde -sadece teorik olarak düşünülebi-

2- Mamelekî sonuçlar

Evli bir kimsenin cinsiyetinin değişikliğinin mamelekî sonuçları incelenirken, herşeyden önce kusurun yokluğu üzerinde durmak gerekir. Akdî mal rejimi, Medenî Kanun'un 146'ncı maddesinin III'üncü fıkrasına göre, boşanma ile kendiliğinden sona erer. Eğer eşler arasında kanunî mal rejimi olan mal ayrılığı varsa, boşanma ile bir takım problemler zaten ortaya çıkmaz.

(67) Medenî Kanun'un değişik 144'üncü maddesi 23.11.1990 tarih ve 3678 no.lu Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Madde değişikliği 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun'da öngörülmüştür.

Nafaka meselesi ise biraz karmaşıktır. Alman hukukunda, nafaka cinsiyet değişikliği ile bağlantılı değilken (68), Türk hukukunda, İsviçre hukukunda olduğu gibi, maddî tazminat, manevî tazminat ve yoksulluk nafakası arasında bir ayırım yapmak gerekir. Maddî tazminat talepleri, Medenî Kanun'un 144'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Maddî ve mânevî tazminat talebinde bulunabilmek için, karşı tarafın "kusurlu" olması aranmıştır. Cinsiyet değişikliğinde, cinsiyetini değiştiren eş bunu gerçek kişiliğini bulabilmek ihtiyacı ve baskısı altında yapmaktadır ve evlilik birliği de iradesi dışında kaçun-koyucu tarafından sona erdirilmektedir; dolayısıyla, cinsiyetini değiştiren kişinin "kusuru" sözkonusu değildir. Böylece, diğer eşin maddî ve mânevî tazminat istemesi mümkün değildir. Başvurulabilecek madde, Medenî Kanun'un 144'üncü, yani yoksulluk nafakası ile ilgili maddesi olabilir. (Madde, Medenî Kanun'un 29'uncu maddesine yapılan ilâve ile aynı tarihte aynı kanunla değiştirilmiştir). Madde, kusur unsurunu aramadığı için, uygulanması daha kolaydır. Madde de yer alan nafaka talebi için "kusurun ağır olmaması" hususu, cinsiyet değişikliğine başvuran ve nafaka talebinde bulunan eş açısından hiçbir zaman sözkonusu olmaz. Medenî Kanun'un 144'üncü maddesine göre kadının kocasından nafaka talep edebilmesi, kusuru diğer eşin kusurundan ağır olmamak şartıyla, kocaya kıyasla muhtaç durumda olmasına dayanır. Halbuki kadının kocasına yoksulluk nafakası ödemesi için "hâli refahta" bulunması gerekir. Maddenin kadın erkek eşitliğini öngören Anayasa açısından Anayasa'ya aykırılığı açıktır. Bu itibarla, cinsiyet değişikliği halinde, mesele üzerinde düşünmek, spekülasyon yapmak gereksizdir. Acaba, erkekten kadın olan bir transseksüel nafaka ödeyecek ise, kendisinin artık kadın olduğu gözönünde tutularak "hâli refahta" olma esası uygulanacak mıdır? Geriye bakılarak mı, ileriye yönelik olarak mı nafaka ödenmesine karar verilecektir. Her an kopabilecek bir ip üzerinde dans!...

(68) OLG München 5.12.1985, NJW 1986, 937-938= FamRZ 1986, 171-172. Olay şu açıdan enteresandır. Olayda, transseksüel bir eş (kadından erkek, "küçük" çözüm)) kocasından "sertlik" şartı" (§1579 I Nr. 4, Şimdiki Nr. 7) yardımıyla nakafa talebinde bulunmuştu. Mahkeme "evlilikten sonra" da "kader" birliğinin, dayanışmanın devam ettiğinden hareketle, (bir başka eşle dayanışma içine girilmediğinden) nafaka ölenmesine karar vermişti. Birbirinden farkı olmayan ve bu itibarla haksız olan karşı görüş için bkz. **Palandt Diederischen** (51. Aufl., München 1992) S. 1579, Rz. 37; **Erman/Dieckmann** (8. Aufl. Münster 1989) S.1579, Rz. 26; **Johannsen/Henrich (-Voelskow)**, Ehe-recht (München 1987) S. 1579, Rz. 45.

II. Çocuklar Yönünden Sonuçlar

Medenî Kanun'un 29'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının 2'nci cümlesine göre, "ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velâyetinin kime verileceğini de tayin eder". Daha ziyade usulî bir norm niteliği taşıyan hüküm, çocuk hukuku ile ilgili maddî bir muhtevaya sahip değildir. Velâyet hakkının verilmesinde hangi kıstaslar geçerli olacaktır? Türk Medenî Kanunu'nda, diğer bütün cinsiyet değişikliğini öngören kanunlarda olduğu gibi, bu hususla ilgili hükümlere yer verilmemiştir. Bu itibarla diğer düzenlemelerde olduğu gibi, burada da boşanmanın genel sonuçlarına ilişkin hükümlere başvurmak gerekir. Somut olarak, bu şu demektir: Medenî Kanun'un 148'inci maddesinden yararlanarak kıyas yolu ile boşluk doldurma. Bu normun muhtevasında velâyetin tevdiine ilişkin kıstaslara yer verilmemesi nedeniyle, bidayet mahkemesi hâkimi, Anayasa'nın 41'inci maddesi ışığında Yargıtay kararlarına yönelecektir. Burada, Avrupa'daki bütün mahkemelerin de kabul ettikleri kıstas esas alınmalıdır: Çocuğun menfaati. Cinsiyet değişikliğine bağlı olarak, bu kural hiç kimse tarafından soğukkanlı ve tarafsız bir şekilde formüle edilmemiştir. Cinsiyetini değiştirmek isteyen veya değiştiren bir ana, bir baba, pek çok kafayı, -hukukçular da dahil- sürekli olarak boğanın karşısında duran kırmızı bir havlu gibi etkilemekte, bilimsel olmayan heyecanları başıboş bırakmaktadır.

Türk hukukunda Kocayusufpaşaoğlu, "Türk doktrininde çok canlı kritik görüşlerden ve bu esas prensibe haklı kritiklerin ağırlığı"ndan (69) bahsetmektedir. Ancak, doktrin araştırıldığında bu iddianın sadece bir tek yazar tarafından, bir tek yerde ileri sürüldüğü görülmektedir. Zevkliler'e ait bu eserde, "Hâkim, velâyet hakkını transseksüel tarafa vermemelidir. Çünkü bir çocuk ana olan bir kimseye bundan böyle baba diyemez" (70) denmektedir. Bu kadar kesin olmayan bir görüş de Kocayusufpaşaoğlu tarafından ileri sürülmektedir. Yazar, "çocuğun yararı" kıstasından hareket etmektedir. "Bir çocuğun transseksüel olan tarafa verilmesi çok istisnai ve tamamen mutad olmayan durumlarda öngörülmelidir" demekte ve gerekçe göstermeden üçüncü şahsın vasi olarak tâyini yolunu önermektedir (71).

(69) **Kocayusufpaşaoğlu**, Festschrift für Deliyannis, Selanik, 1991 s. 265.

(70) **Zevkliler**, Medenî Kanun ve Cinsiyet Kargaşası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 1988, 265 (279).

(71) **Kocayusufpaşaoğlu**, Festschrift für Deliyannis, s. 265

Bu tip hukukî görüşlerin, belki de fazla düşünülmeden acele ile kâğıt üzerine dökülmesinden önce, çoğu kez ihmâl edilen fakat doktrinde ve uygulamada benimsenmiş araçların yardımına başvurulması gerekirdi: Yani, mukayeseli hukukun yardımına. Kara Avrupası ve Anglo-Sakson hukukları ve hâkimleri velâyet hakkı ve ziyaret hakkı problemlerine nasıl bir çözüm bulmuşlardır? Bu hususa aşağıda kısaca değinilecektir.

1- Velâyet hakkı

Alman mahkemelerinde “Alman hukuku, velâyet hakkını transseksüel bir babaya vermemeli” dendiği duyulmaktadır. Temeli olmayan tamamen, havada bir iddia; bazı hâkimler tarafından ileri sürülmüş de olsa, beyan edilir edilmez bu görüşe karşı çıkmıştır (72). Nitekim, bu yönde verilen bir kararın hemen ardından “...velâyet hakkının transseksüel tarafa verilmemesi esas itibarıyla kabul edilemez (73)” görüşü açıklanmıştır. Yazar açısından ilişkileri akla dayandıran bir çözüm tarzı. Çünkü velâyetin tevdiinde, cinsiyet değişikliği halinde “şüphe”, diye bir kural mevcut değildir. Karara etkili olacak tek kıstas çocuğun menfaattir. Her iki görüş de, sadece bir önyargıya karşı ikaz örneği oluşturmalıdır. Sadece Alman hukukunda değil, her yerde; bizim hukukumuzda da bu hususta çok dikkatli olunması zorunludur.

a) Bugüne kadar yayınlanan ve velâyete ilişkin tek Alman mahkeme kararı 1989 yılında verilmiştir (74). Bu kararda, 7 taşındaki kızın velâyeti evden ayrılan anaya bırakılmıştı; üç yıl sonra, kız bu arada “kadın olduğu kabul edilen” (§. 8 Transseksüelgesetz) babaya döndü. Pekçok baskı uygulamaları ve velâyet hakkının ana, baba arasında gidip gelmesi sonucunda velâyet hakkı nihai surette, cinsiyet değiştirerek kadın olan babaya tanındı. Zira, diğer bir şehirde tam gün çalışan, üç odalı bir evde bir erkek arkadaşı ile yaşayan ananın çocukla yoğun bir şekilde ilgilenmesine imkân yoktu. Buna karşılık, artık kadın olan (eski) baba ev işlerini yapıyordu ve çocukla ilgilenecek yeterli zamana sahipti. Çocuk kendini onun yanında daha iyi hissediyordu: Çocuk korosunda şarkı söyleyen, masa tenisi oynayan,

(72) OLG Schleswig, 25.8.1989, FamRZ 1990, 443-435. H. Luthin’in açıklaması ile birlikte. S. 435.

(73) Massfeller/Böhmer/Coester/Schwenzer, Das gesamte Familienrecht, Band I Frankfurt (A. Metzner), 18. Lieferung 1991, Nr. 3.2, TSG S. 11 Anm. 1, P. 52. OLG Schleswig, 25.8.1989 tarihli karara yollama yapılmıştır.

(74) OLG Schleswig, 25.8.1989, FamRZ 1990, 443-435.

bir dernekte yüzme derslerine katılan arkadaşları ile ilişki kuran ve son derece çalışkan, öğrenme meraklısı bir çocuğu –sınıfının en iyi öğrencilerinden biri– kendi iradesine, aykırı şekilde, içinde güven duyduğu, alışık olduğu, eşlerin boşanuncaya kadar ve çocuğun da şimdi bir yıldan beri yaşadığı ortamdan almak ve anaya vermek, ancak kendisi yönünden çok önemli risklerin varlığı halinde düşünülebilir; bunun sorumluluğu üstlenilebilir. Böyle çok önemli sebeplerin varlığını, cinsiyet değişikliği de dahil, hâkim tespit edememiştir. Burada meseleye üç türlü bakılabilir: Birincisi, Transseksüeller Hakkında Kanun’da bunun aksini düzenleyen bir hüküm yoktur. Tam tersine, bu Kanun’un 11’inci paragrafının 1’inci fıkrası ana baba ve çocuk arasındaki ilişkileri düzenlemiştir. Maddede, “talepte bulunanın diğer cinse ait olduğuna ilişkin karar . . . talepte bulunan ile çocukları arasındaki hukukî ilişkiyi etkilemez . . .” denmekte; böylece, bir defa, cinsiyet değişikliğinin hiçbir hukukî ilişkiyi değiştirmeyeceği açıkça hükme bağlanmaktadır. Madde, müteakiben, boşanmadan sonra velâyet hakkının tevcihinde, kadın cinsiyetini alan babanın eşit hakka sahip olduğu esasını içermektedir (75). Hernekadar hüküm ilk bakışta kişiyi tatmin etmiyor gibi gözükiyorsa da ve şekli açıdan (formel Aspekt) bir muahaze sözkonusu ise de (ki bu husus görmemezlikten gelinemez), bu, Alman hukuk uygulamasına, bir dayanak teşkil etmez (76).

Kararda benimsenen ikinci prensip üzerinde tartışılabilir: Bu prensibe göre, “Ana, babanın cinsiyet değişikliğinden sonra, o zamana kadarki ana, veya babanın taşıdığı erkek ve kadın olma özelliklerini çocuğa karşı gösterememeleri, çocuk için mutlaka mahzurlu bir sonuç yaratır; ancak, bu durum cinsiyetini değiştiren tarafa velâyet hakkının verilmemesini haklı kılmaz (77)”. Cümle, katı kural şeklinde düzenlenmiş ve biraz da yanlış anlaşılmaya müsait bir şekilde kaleme alınmıştır. Ancak maddede söylenmek istenen, bu mahzurlu sonucun tek başına velâyet hakkının verilmemesini haklı kılmayacağıdır. Bununla beraber, kararda, başka bazı sebeplerin varlığı halinde böyle bir sonucun doğması ihtimali tamamen ortadan kaldırılmak istenmemiştir.

Somut olaya ilişkin olarak karara şöyle son verilmektedir: “Eğer gelecekte de çocuğun iç dünyasında parçalanma olmayacaksa, (tabii babası olan kişi şimdiki hayatında mutluluğu ve huzuru yansıtıyorsa)

(75) Luthin, H., Karar tahliline ilişkin. FamRZ 1990, s. 434.

(76) Luthin, H., FamRZ, 1990, s. 435.

(77) Luthin, H., FamRZ, 1990, s. 434.

cinsiyet değişikliği herhangi bir endişeye yol açmamalıdır. Kişinin huzuru ve mutluluğu, değişen cinsiyetine rağmen, çocuğa, hayata uyum sağlaması için gerekli katkıda bulunabilir” (78). Hepsinin yanında, 11 yaşındaki kız çocuğunun açık ve devamlı arzusu-hâkim de bunu kabul etmiştir- kararın verilmesine doğrudan doğruya ve kesin olarak etki yapmıştır. Eğer çocuk ananın yanında kalmak hususunda arzusunu açıklamış olsaydı, velâyet babaya değil, anaya verilecekti.

b) Bidayet mahkemesinin kararına Yüksek Mahkeme’de itiraz edilmesi üzerine, bidayet mahkemesinin kararını cinsiyetini değiştiren eş lehine düzeltmesi, (1989 tarihli) ilk Alman mahkeme kararını oluşturmaktadır; ancak benzeri bir karar çok daha önce 1973 tarihinde, bir Amerikan mahkemesi tarafından verilmiştir (79). Bu karara esas olan olay en az dört kız sahibi bir transseksüelle ilgilidir. Bu olayda, transseksüel eş baba değil, 38 yaşındaki anadır. Boşanmadan sonra ana cinsiyetini değiştirmiş, erkek çocuk sahibi bir kadınla evlenmiş ve bütün kızlarını da yanına almıştır. Colorado bidayet mahkemesi hâkimi, çocukların menfaati açısından cinsiyet değişikliğinin velâyet hakkının babaya verilmesine yol açacağına derhal, karar vermiştir: Karar üzerine kız çocuklarından daha büyük olan ikisi psikolojik bozukluklar göstermeye başlamışlardır. Üst mahkeme farklı karar vermiştir. Mahkeme, cinsiyetini değiştiren bir ebeveyn yanında yetişmenin ne gibi etkileri olacağını kimsenin bilemeyeceğini belirttikten sonra, mecburî bir ayrılıktan sonraki kesin bozuklukların daha büyük bir rizikoyu beraberinde getireceğine işaret etmiştir. Çocukların ruhi ve bedeni tehlikeye mâruz olduklarına ilişkin hiçbir emare mevcut değildir; dört çocuk da tam tersine sağlıklıdır, huzurludur; okulda, sporda ve san’at dalında başarılıdır. Dördünün de aşıkâ olan arzusu, (eski) analarının evinde kalmaktır. Burada da çocuklarda asıl babanın yanında kalmak hususunda büyük bir temayül mevcut olsa idi, hâkimin kararı, “çocuğun menfaati” prensibi dolayısıyla, muhtemelen asıl baba lehine olacaktı.

2. Ziyaret hakkı

Velâyet hakkı, kendisine verilmeyen eşin çocuklarla ilişki kurmasında da aynı prensip (çocuğun menfaati) geçerlidir. Yabancı hu-

(78) Luthin, H., FamRZ, 1990, s. 435.

(79) *Christain v. Randall*, 33 Colo. App 129, 516 Pzd 132 (1973); diğerlerinin yanında bkz. *Mary Beth Walz*, *Transsexuals and Law*, *Journal of Contemporary Law* 5(1979) 190, 203 ve *Michele Rivet*, *La vérité et le statut juridique de la personne en droit québécois*, *Revue générale de droit* 18 (1987), 813 860-862.

kuk düzenlemelerine bakıldığında, üç mahkeme kararında-İtalyan, Amerika Birleşik Devletleri ve en son olarak İngiltere’de- ziyaret hakkının transseksüel babanın aleyhine olarak, hiçbir istisna yapılmaksızın, tanınmamış olduğu görülmektedir.

a) İlk olay 1982 tarihli ve Torino mahkemesince verilmiştir (80). Olayda, cinsiyetini değiştirerek kadın olan baba, sanat alanında striptiz dansçısı olarak çalışmakta ve “Lady Chantel” namıyla tanınmaktayken, beş sene sonra, oğlu ile kişisel ilişki kurmak istemiştir. Kadın kıyafetleri giyen, saçları uzun ve sahneye daima bir erkek eşliğinde çıkan babanın görünüşü, çocuğu rahatsız etmiştir. Çocuğun, babasını görmek arzusu yoktur. Ortada çok açık bir durum vardır. Çocuk mahkemesi hâkimi verdiği kararda, 1978 yılında yapılan cinsiyet değişikliği üzerinde bir değerlendirme yapmamıştır-dâva açıldığı sırada, Cinsiyet Değişikliği Kanunu yürürlüğe girmişti-. Hâkim, sadece, çığır açacak isabetli bir görüşle (doğumuna sebep olan herhangi bir baba ve 8 yaşındaki çocuk arasındaki ilişki gibi), baba ile arasındaki ilişkinin çocuğa zarar verip vermeyeceğini incelemiştir. Kararda, kesin bir kurala yer verilmemiştir (“regola stabile”). Böylece, cinsiyet değişikliğinin küçük çocuklar için objektif açıdan mahzurlu bir davranış veya durum yaratacağı ifade edilmemiş olmaktadır. Bu hususta İtalyan doktrini de hemfikirdir (81).

b) İkinci olay 1986 tarihli ve Nevada’da cereyan etmiştir (82). Dâva, iki mahkeme kademesinde de görülmüştür. Bu olayda ana, velâyet hakkına sahiptir ve tabii bilimler alanında çalışan transseksüel baba ile çocuk arasındaki ziyaret ilişkisinin kaldırılmasını istemektedir. Ana, bu ilişkileri ile babanın çocuğun güvenini kazanmaya başladığını, onu ruhi ve fikri gelişimi yönünden âşikâr surette ve gerçeginin çok üstünde etkilediğini ileri sürmektedir. Bıdayet mahkemesinde karar verilirken 10 yaşındaki ve itiraz mahkemesinde karar verilirken 12 yaşındaki çocuk, cinsiyetini değiştiren babayı artık görmek istemediğini beyan etmiştir. Olay, mahkemenin de 2’ye karşı 2 oyla karar vermesinden de anlaşılacağı üzere, basit değildir. Azınlık, ana, baba bağının radikal bir şekilde sona erdirilmesini (“termination of

(80) Trib. min. Torino, 20. 7. 1982, Giur.it.1982, I, 2, 625-627-Diritto di famiglia 1982, 9:9, Vecchi, tarafından karar hakkındaki açıklamalar için age., s. 190-191.

(81) Açıklama için bkz. in Giur. it 1982, I, 2, 625-626.

(82) **Daly v. Daly**, 102 Nev 66, 715 P. 2d 56, 59 ALR4th, 1155, Cert. denied 479 U. s. 876, 107 S. Ct. 250, 93 L. Ed. 2d 176 (1986). Buna ilişkin olarak bakınız. **Michael P. Sullivan**, Parent’s Transsexuality as Factor in Award of Custody of Children, Visitation Rights, or Termination of Parental Rights, 59 ALR4th 1170-1176 (1992).

parental rights”) kabul etmek istememektedir: Bu görüş taraftarlarına göre-baba belli bir süre çocuğun kendisi ile olan ziyaret hakkının asıya alınmasını kabul etmiştir- gereksiz bir şekilde aşırı davranılmış, ana baba hakları tamamen kaldırılmıştır. Halbuki çocukla ana baba ilişkisinin hukuken muhafazası, babanın gelecekte hayatında doğabilecek zorluklarda çocuğa faydalı olabilmesi imkân ve ihtimalini saklı tutmak yönünden yararlı olabilirdi.

c) En son olay, 1993 yılında, İngiltere (Worschester)’dendir (83). Olay, henüz ameliyat olmamış bir transseksüel ilişkindir; karar çok çarpıcıdır. Bir tarafta “gerçek hayat testi”nin (“real life test”) başlangıcında bulunan, isim değişikliği ve hormon tedavisi başlangıcındaki bir baba, diğer tarafta 12 ve 9 yaşlarında ergenlik çağındaki iki erkek çocuğu. Her iki taraf açısından da en zor bir hayat dönemi. Baba, çocukları hiç olmazsa arada bir görmeyi istemektedir. Çocuklar ise, her türlü ilişkiyi reddetmektedirler. Ana ziyaretlerin zorla yaptırılmasını istememektedir. Çocukları Koruma Kurumu (“Court Welfare Office”), çocukların ve babanın psikiyatristleri ile bütün birliktirler ise, ilişkilerin bu şekilde tamamen kesilmesinin çocuklar açısından uzun vâdede zararlı olacağı noktasında hemfikirdirler. Bidayet mahkemesi hâkimi, açıkça, çözümün tam doğru bir çözüm olamayacağını işin başında kabul etmiştir. Hâkim, büyük bir üzüntü ile (with considerable regret) kararı verdiğini de belirterek, babanın ziyaret hakkını reddetmiştir. Ancak, babanın, çocuğun okul belgelerini görebileceği, çocuklarına mektup yazabileceği veya telefon edebileceği, ancak çocukların cevap vermek mecburiyetinde olmadıkları kabul edilmiştir. Babanın hukukî vasitalardan yararlanması söz konusu değildir. Hâkim, kararına “beklenmedik ve gerçekten üzücü bir durum” ifadesini kullanarak başlamış (an unusual and indeed a tragic case) ve sekiz daktilo sayfalık son derece itinalı bir gerekçelendirme sonunda, bu alışılmamış ve trajik olayda, çocukların zikre şayan görüşüne haklı olarak ağırlık vermiş ve sonunda gelecekteki gelişmeler için bir perspektif olarak Herakles’in sözleri ile kararını bitirmiş ve “hiç bir şey son değildir” (“...nothing is final”) demiştir.

Velâyet hakkında pozitif gelişmenin aksine, ziyaret hakkı olumsuz bir gelişme sergilemektedir: Çocuğun menfaati ve çocuğun isteği birbirine çok yakındır. Çocuğun menfaatinde çocuğun iradesinin varlığı esas olmalıdır ve çocukların iradelerine karşı velâyet hakkının ve

(83) F(Minors) (Contact), Re (1993), Family Court Reporter, 945-953 (Court of Appeal 19.1.1993).

ziyaret hakkının kabulü için çok önemli sebepler mevcut bulunmadır.

Türk hukuku alanında diğer hukuk kültürlerinin hatalarından veya olumlu taraflarından yararlanmanın isabetli olacağı şüphesizdir. Herhalükârdâ transseksüel ana, babaya özel işlem yapılmamalı ve bu durumdan bağımsız olarak çocuğun lehine ve aleyhine mevcut bütün durumlar değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme büyük bir ihtimamla ve tarafsız olarak (sine ira et studio) yapılmalıdır.

1982 tarihli Yargıtay kararının iyi bir örnek olup olmadığı tartışılabilir. Bu kararda küçük bir çocuğun velâyeti, ananın lesbien olması nedeniyle ona verilmemiş ve aksine bir davranışın çocuğun menfaatlerini zedeleyeceği görüşü karara esas teşkil etmiştir (84). 1990 Haziran'ında İstanbul Asliye Mahkemesi'nin verdiği bir karar daha az tatmin edicidir. İlgili olayda, dört yaşında bir çocuğu olan 25 yaşındaki bir erkeğin cinsiyetinin kadın olarak düzeltilmesine ve isminin değiştirilmesine karar verilmiştir. Evlilik birliğinden doğan 4 yaşındaki çocuğun velâyeti herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin anaya bırakılmıştır (85).

Türk hukuk uygulamasında ve doktrininde de, bundan böyle velâyetin eşlerden birine veya belki de ileride her ikisine de tevdiinde ve ziyaret hakkının düzenlenmesinde, kararların ve fikirlerin daha ihtimamla seçilen gerekçelere dayandırılacağını, daha ciddi davranılacağını ümit ediyoruz.

Çocuğun menfaati kavramı içeriğinden fazla genişletilmemeli, diğer bir deyişle, "iş tadında bırakılmalıdır". Transseksüel kişilerin dramını duyulan merhamet hissi ile hukuk düzeninde keyfi tasarruflara gidilmemelidir. Bu anlamda 1988 yılında Québec mahkemesinde takibi arzu edilmeyecek bir karar verilmiştir. Dâva, velâyet hakkına veya ziyaret hakkına ilişkin değildir. Dâvacı, transseksüel olanın kendisinin kimliğinde ve isminde bir değişikliği değil, kendi çocuğunun kimliğindeki ana olarak belirtilmiş olan cinsiyetin ve ismin değiştirilmesine ilişkindir. Olayda, boşanmış bir kadın, velâyeti kendisine bırakılan oğlu ile birlikte yaşamaktadır. Çocuğun kendi babası ile bir bağlantısı yoktur. Ana, cinsiyet değişikliğinin bütün saf-

(84) 2 HD. 21.6.1982, No. 5077/553 (Yayınlanmamış) bkz. Şener, E., Türk Medeni Kanunu (Ankara 1991), S. 1949, Nr. 1327.

(85) İstanbul 11. Asliye Hukuk, 13.5.1990, E. 1990/193, K. 1990/378 (Yayınlanmamış).

halarından geçmiştir. Ananın isim ve cinsiyet değişikliği nüfus siciline işlenmiştir. Çocuğun nüfus sicilinde ise, şimdi erkek cinsiyetini kazanmış ananın önceki ismi ve cinsiyeti yer almaktadır. Bu durumdan ise, hem 14 yaşındaki çocuk, hem de erkek cinsiyetini kazanmış ana rahatsız olmaktadır. Bunun üzerine, çocuğun nüfus sicilindeki anasının isminin ve cinsiyetinin ikinci planda kalması için evlât edinme müessesesinden eski ana yararlanmak istemektedir. Bir diğer ifade ile, ana, çocuğunu evlât edinmek için mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme çocuğun menfaati bulunduğu gerekçesiyle evlât edinmeye müsaade ederek "eski ana'nın "yeni baba" olmasını kabul etmiştir (86).

Evlât edinme müessesesinden yararlanılarak belki arzu edilen bir sonuca ulaşmak mümkün olmuştur; fakat bu olayda evlât edinme müessesesi ile gerçekleştirilmek istenen amacın kötüye kullanıldığı da aşikârdır. Bu itibarla, böyle bir yolun açılmasının uygun olmadığı görüşündeyiz.

Maddî hukuk açısından -kişi hukuku ve aile hukukuna ilişkin- yapılan bu incelemenin, çok kısa da olsa Usul Hukuku açısından da yapılması yararlı olacaktır. Çünkü bazı ülkeler-mescelâ İtalya, Hollanda, İsviçre- Usul Hukukuna ilişkin olarak sadece doktriner tartışmalarla sınırlı kalmamış, ilgilinin yaşamını da zorlaştırmışlardır. Dâvacının hangi mahkemelere başvuracağı, açılacak davanın hukukî mahiyetinin ne olduğu, dâvanın taraflarının kimler olacağı gibi meseleler üzerinde açıklık yoktur. Tartışmalar sürmektedir.

İsim değişikliği konusunda Türk hukukunda Usul Hukukuna ilişkin herhangi bir tartışma yoktur. Mahkemeler Nüfus Kanunu'nun 46'ncı maddesini uygulamaktadırlar (87). Halbuki Nüfus Kanunu'nun 46'ncı maddesi nüfus kütüğüne yanlış yapılmış işlemler için başvurulacak bir hükümdür. Nüfus Kanunu'nun 46'ncı maddesine dayandırılarak yapılan bir düzeltme, ayrıca ileriye değil, geriye yönelik sonuç yaratacaktır (ex tunc). Halbuki transseksüel kişi isminin değiştirilmesini isterken, önceden nüfus kütüğüne yazılmış yanlış bir kayıt yoktur. Kişi biyolojik yapısına uyum sağlayacak bir ismin kendisine verilmesini talep etmektedir. Bu itibarla, burada uygulanacak madde

(86) Tribunal de la Jeunesse, Droit de la famille-480 (1930) R.J. 1138. Kararın kritiği için bkz. **Joyal, Renée**, Transsexualisme et Identité Parentale, Revue de Droit (Sherbrooke) 20 (1989) 155-159.

(87) İstanbul 11. Asliye Hukuk 13.6.1990, Nr. 193/378 ((**Nuri Susam**) ve 18.7.1990, Nr. 604/454 (**Kenan Davulcu**))

Medeni Kanun'un 26'ncı maddesidir. Bu maddeye dayanılarak açılacak dâvada kişinin ikametgâhı asliye mahkemesine başvurulacaktır.

Son olarak, evli kişilerdeki cinsiyet değişikliğinde, gelişmelerden diğer eşin de haberdar olması için, Medeni Kanun'un 29/II'nci maddesiyle bu eşin de dâvaya katılması istenmiştir. Böylece eş ya dâva devam ederken veya dâva sona erdikten sonra cinsiyetini değiştiren eşten yoksulluk nafakası isteyebilecektir (88).

EK

Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi nezdinde kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne az sayıda olsa da, cinsiyet değişikliği problemine ilişkin bazı başvurular yapılmıştır. Verilen kararlar incelendiğinde, Mahkeme'nin, bu konuda oldukça çekingen davranıldığı görülmektedir. Yine de, Mahkemenin kararlarında takip ettiği ana prensiplere değinmekte yarar vardır. Hernekadar Mahkeme'nin Kararları, dâvanın getirildiği ülke mahkemeleri için bile bağlayıcı değilse de, devletler böyle bir rizikoya girmek istememektedirler. Ayrıca kararlarda Türkiye'nin de bir oyu vardır. Türk mevzuatının konuya ilişkin düzenlemesinde mevcut boşlukların doldurulmasında, hâkim, bu kararlardan yardımcı kaynak olarak yararlanacaktır. Bu itibarla, Mahkeme'nin aldığı kararlarda benimsenen prensiplerin bilinmesinde yarar bulunduğu şüphesizdir (89).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bugüne kadar belli başlı beş başvuru yapılmıştır. İlk başvuru, Almanya'dan gelmiştir.

Birinci olay'da hastabakıcı Alfred Herbert X, 1974 yılı ortalarında Almanya'ya karşı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Başvuru sebebi, Alman Anayasa Mahkemesi'nin dâvaya gereğinden çok uzun bir süreden beri bakmamasıdır. Başvuru, Anayasa Mahkemesi'ne 1971 yılında götürülen dâvaya 1977 yılına kadar bakılmaması üzerine, dâvanın sürüncemede kaldığı, bu davranışın

(82) İçt. Bir. Kar. 22.1.1988, Nr. 5/1, İnal, S. 132 ve Yarg. 2HD. 3.11.1992, E. 1992/51, K. 1992/510 (Yayınlanmamış).

(89) Nitekim, Türk pozitif hukukunda bu kararlara uygun gerekli değişiklikler yapılmaktadır ve bu nedenle de pek çok hukukî meselede Türkiye İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikâyet edilmiştir. Yapılan değişikliklerden biri de, cinsiyet değişikliğine ilişkindir. Diğer ülkeler, meselâ, Almanya, Fransa, Belçika, İngiltere, İtalya bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikâyet edilmişken, Türkiye aleyhine bir dâva açılmamıştır.

İnsan Hakları Konvansiyonu'na ters düştüğü ileri sürülerek yapılmıştır (90). Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, davanın sürünce mede kaldığını kabul etmiştir. Davanın Mahkemede karara bağlanmasından önce Alman Anayasa Mahkemesi, davayı 1978 yılında sonuçlandırmıştır (91). Anayasa Mahkemesi, bu kararında, cinsiyet değişikliğine uygun olarak kişinin nüfus kaydının düzeltilmesi gerektiğini, kişi şeref ve haysiyetini koruyan (Art. 1 GG) ve kişiliğin serbestçe gelişmesi konusunu düzenleyen (Art.2 I GG) ilkelerini gözönünde tutarak kabul etmiştir.

Bu olay ve komisyonun kararı Almanya'da cinsiyet değişikliğine ilişkin özel bir kanunun çıkarılmasını hızlandırmıştır. Haziran 1979 tarihinde, hükümet tarafından parlamentoya getirilen kanun tasarısı, 10 Eylül 1980'de meclisten geçmiş ve kanunlaşarak 1 Ocak 1981'de yürürlüğe girmiştir.

Belçika'da, da davacı kendi ülkesindeki bütün dava yollarını tükettikten sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. 1.3.1979 tarihinde Komisyon'un Belçika mahkemesinin kararının İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 8'inci maddesine aykırı olduğunu oy birliği ile (10:0) ve 12'nci maddesine aykırı olduğunu da ekseriyetle (7: 3) kabul etmesine rağmen, mahkeme davayı usulî nedenlerle reddetmiştir.

Üçüncü olay, Rees dâvasıdır. Davacı kendi ülkesi olan İngiltere'de 1973 yılında beri açtığı dâvaların reddedilmesi ve kendi ülkesindeki bütün dava yollarının tükenmesi üzerine, İngiltere'yi 1979 Nisan'ında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikâyet etmiştir. Komis-

(90) BGH 21. 9.1971-BGHZ 57, 63= NJW 1972, 930 (Anm. **Eberle**) FamRZ 1972, 82 Anm. Bosch). 1971 tarihli bu kararda, Mahkeme kararın gerekçesinde, insanların kadın ve erkek olarak alternatif bir kategoriye, açıkça değişiklik yapılmaz bir şekilde, konması prensibinin, sadece bütün toplum hayatının değil, aynı zamanda bütün hukuk düzeninin de ön şartı olduğunu ileri sürmüş ve kendisine getirilen davayı reddetmiştir. Kararda, transseksüellerin kabule değer ihtiyaçları karşısında "kişilikte değişiklik yapılamaz" prensibinden vazgeçilemeyeceğine işaret edilmiştir.

(91) BVerfG 11. 10. 1978, BVerfGE 49, 286= NJW 1979, 64. BVerfG, bu kararında, ancak tabii değerlendirmesine göre mutlak bir transseksüellik olayı mevcutsa ve kişiye cinsiyet değişikliği için gerekli ameliyat da yapılmışsa, doğum sicilindeki kayıt düzeltilbileceğini belirtmiştir. Bu yolun açılması ile de, bir transseksüelin daha önce kendi cinsiyetini taşıyan bir kimse ile evlenmesinin ahlak ve âdâba ters düşmeyeceğine karar verilmiştir. Kararda, ayrıca rasyonel olarak gerekçelendirilmeyen görüşlerin bir evlenme aktının yapılmasını engelleyemeyeceğine de işaret edilmiştir. Cinsiyet değişikliğinden sonra eski cinsiyetindeki bir kimse ile ilk evlenme 1980 yılında yapılmıştır. bkz. OIG Hamburg 8.4.1980, StAZ 1980, 244 .

yon, 12.12.1984 tarihinde, oybirliği ile, mahkemenin kararının Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun 8'inci maddesine aykırı olduğuna (10:0) karar vermiştir. Kararın, Konvansiyon'un 12'nci maddesine ters düşmediği de, farklı gerekçelerle yine oybirliği ile kararlaştırılmıştır. Olayın mahkemeye gelmesi üzerine, 17.10.1986 tarihinde, mahkeme, kararın, Konvansiyon'un 8'inci maddesine de, 12'nci maddesine de aykırı olmadığını kabul etmiştir. Ancak 8'inci maddeye aykırı olmama hususunda oybirliği yoktur (3:12). Kararda, 8'inci maddenin ihlâlini öne sürenler İngiliz Hükümeti'nden, transseksüellerin yaşadıkları kimliklerinin aksini gösteren bir belge almalarının ve bunu üçüncü kişilere göstermek zorunda kalmalarının önlenmesini istemişlerdir. Kararın Konvansiyon'un 12'nci maddesine aykırı düşmediğinde ise, gerekçe olarak, bu maddenin biyolojik yönden kadın erkek arasındaki ananevi evliliği öngördüğünü ileri sürmüşlerdir. Konvansiyon'un 12'inci maddesine aykırılık olmadığı oybirliği ile (0:15) kararlaştırılmıştır.

Mahkeme, kararında, transseksüellerin çektikleri ızdırabın farkında olduğunu, ancak ferdin menfaati ile toplumun menfaati karşılaştırıldığında, henüz ferdin menfaatinin ön plâna alınmasının zamanının gelmediği esastan hareket ettiğini belirtmektedir. Kararda, İnsan Hakları Konvansiyonu'nun halihazırdaki hayat şartları ışığında yorumlanacağı ve uygulanacağı belirtildikten sonra, bilimsel alandaki ve toplumdaki gelişmelerin kanunkoyucu tarafından kontrol edilmesi ve bu gelişmelerin gözönünde tutulması istenmiştir. Böylece, karar, bir taraftan devletlere gerekli tedbirlerin alınması yolunda bir ikazda bulunmuş; diğer taraftan da, dâvacıya hukuk politikasının gelişmesi için gayret etmesi ve şikâyetini tekrar mahkeme önüne getirmesi imkânını vermiştir (92).

Dördüncü olay, Cossey olayıdır. İngiltere'ye karşı yapılan bu ikinci şikâyet, 1984 yılının Şubat ayında vukubulmuştur. Şikâyetin yapılmasının üzerinden 5 yıl geçtikten sonra, Komisyon, 9.5.1989 tarihinde, Konvansiyon'un 8'inci maddesinin ihlâl edilmediğini oyçokluğu ile (6:10), tam aksine 12'nci maddesinin ise ihlâl edildiğini (10:6) yine oyçokluğu ile kabul etmiştir. 27.9.1990 tarihli kararında ise, İngiliz mahkemelerinin verdiği kararın Konvansiyon'un 8'inci maddesine de, 12'nci maddesine de ters düşmediğine karar vermiştir. An-

(92) Komisyon raporu Nr. 9532/81 12.12.1984, 7 E.H.R.R. (1985) 429-456; Mahkemenin kararı No. 2/1985/88/135 17.10.1986, Series A. vol. 106= 9 E.H. R.R. (1987) 56-70.

cak, karar oybirliği ile alınmamıştır. Bu olayda, muhalefette kalanlarda bir artış görülmektedir (7'inci madde için 8:10; 12'nci madde için 4:14). Bu kararda (93) 1986 yılından bu yana tıpta ilerleme kaydedilmediğine, fakat hukukta "belirli" ilerlemeler olduğuna değinilmiş; Avrupa parlamentolarının üye devletleri inisiyatiflerinde serbest bıraktığı söylenmiştir. Komisyon'da ve Mahkeme'de, azınlık, tarafından kişinin evlenme hakkının engellenmesinin insanı aşağılayıcı bir tutum olduğu ileri sürülmüş ve ayrıca İngiliz hukuk sisteminde uyum sağlayacak çalışmaların 1986'dan beri çok zayıf olduğu ve alınması gereken tedbirlerin belirsiz bir geleceğe bırakıldığı dile getirilmiştir. 12'nci maddeye gelince bu dâvada, evlenme niyetinin varlığına işaretlerle, evlilikten mutlaka çocukların doğması zorunluluğunun bulunmadığı vurgulanmıştır.

Besinci olay, Botella olayıdır. Fransa aleyhine yapılan şikâyetle, Fransız mahkemelerinin özel hayata gereken saygıyı göstermedikleri kişiyi küçültücü ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir davranış içinde oldukları ve Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun, 8'inci ve 3'üncü maddelerini ihlâl ettikleri ileri sürülmüştür. Komisyon, 6.9.1990 tarihinde 17 lehte oya karşı 1 aleyhte oyla şikâyetin haklı olduğunu ve kararın Konvansiyon'un 8'inci maddesini ihlâl ettiğini kabul etmiş; 3'üncü maddeye aykırılığı ise, 3 olumlu oya karşı 15 olumsuz oyla reddetmiştir. Mahkeme 25 Mart 1992 tarihinde Fransız mahkeme kararının Konvansiyon'a aykırı olduğunu 6'ya karşı 15 olumlu oyla kabul etmiş; bu Devlet'i manevî tazminat olarak 100.000 ve dâva masrafları olarak da 35.000 frank ödemeye mahkum etmiştir. Dâvacı, bu kararda isminin açıklanmasını istemediği için karar dâvacının ismi ile zikredilmeyecektir (94). Mahkeme, Botella olayında Rees ve Cossey dâvalarından farklı bir görüşe sahip olduğundan söz etmemiştir. Zıt kararın dayanağı, Fransa'daki hukuki durumun İngiltere'deki hukuki sistemden farklı olduğu noktasında toplanmıştır.

(93) Cossey, Komisyon kararı No. 10834/84 9.5.1989, Mahkeme'nin kararı No. 16 / 1989/176/232 27.9.1990 Série A vol. 184.

(94) Dâva Affaire B.c. France/Case of B.v. France, Série A vol. 232-c olarak dosyalara geçecektir..