

TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN 40'INCI MADDESİ KAPSAMINDA CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ VE HUKUKÎ SONUÇLARI

TRANSSEXUALISM AND ITS LEGAL RESULTS WITHIN THE SCOPE OF TURKISH CIVIL CODE ARTICLE 40

Gamze TURAN BAŞARA*

Özet: Türk hukukunda cinsiyet değişikliğine ilişkin düzenleme ilk defa, 1988 yılında, Türk Kanunu Medenî'si'nin 29'ncü maddesine eklenen bir fıkra ile yapılmıştır. Ancak söz konusu düzenleme, cinsiyet değişikliğinin şartları ve sonuçları bakımından oldukça yetersiz olduğundan, birçok tartışmayı beraberinde getirmişti. Kanun koyucu, konuya ilişkin tartışmaları göz önünde bulundurarak, 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 40'inci maddesinde cinsiyet değişikliğine ilişkin daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer vermiştir.

Türk Medenî Kanunu'nun 40/1'inci maddesine göre, cinsiyet değiştirmek isteyen kişi, ameliyat öncesinde mahkemeye başvurarak cinsiyet değişikliğine izin verilmesini talep etmelidir. Bu iznin verilebilmesi için, izin talebiyle mahkemeye başvuran kişinin, onsekiz yaşını tamamlamış olması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şartı öngörülmüştür. Mahkemeden alınan izne dayanılarak, amaç ve tıbbî yöntemlere uygun olarak bir cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirildiğinin, resmi sağlık kurulu raporu ile doğrulanması halinde mahkeme nüfus siciline gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verir. Bu kararla birlikte cinsiyet değişikliği nüfus siciline işlenir.

Cinsiyet değişikliğinin nüfus siciline yansıtılması halinde özellikle şahsın hukuku ve aile hukuku alanında bir takım hukukî sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bu çalışmanın kapsamında cinsiyet değişikliği için kanunda öngörülmüş olan şartlar tek tek ele alındıktan sonra, cinsiyet değişikliğinin meydana getireceği sonuçlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Cinsiyet değişikliği, nüfus sicili, transseksüalite

* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Abstract: Arrangement on gender reassignment in Turkish Law realized firstly in 1988 by a clause added to article 29 of Turkish Civil Code. However since the arrangement in question is quite insufficient for conditions and result of gender reassignment; it has accompanied many arguments. By considering the arguments on the matter lawmaker included a more detailed arrangement on gender reassignment in Article 40 of Turkish Civil Code No. 4721 entered into force in 2002.

According to Article 40/I of Turkish Civil Code; the person wishing gender reassignment should request permission for gender reassignment by applying to court before surgery. For giving this permission; it is stipulated for the person applying to the court for request of permission to finish the age of eighteen and not to be married; furthermore to certificate being in transsexual nature; necessity from the aspect of mental health and being deprived of reproductive abilities through an official medical board report to be taken from a training & education hospital. The court decides to make necessary amendment in civil registry in the case realization of the gender reassignment surgery in compliance with the purpose and medical methods based on the permission taken from the court is verified through an official medical board report. By this decision; gender reassignment is recorded to the civil registry.

In the case gender reassignment is reflected to civil registry; some legal results shall occur especially in personal law and family law of the person. In the scope of this study; the results originated from gender reassignment were reviewed after the stipulations prescribed in the law for gender reassignment are discussed one by one.

Keywords: Gender reassignment, civil registry, transsexuality,

I. CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ

A) Genel Olarak

Cinsiyet değişikliğini incelemeye geçmeden önce kısaca cinsiyet kavramı üzerinde durmak gerekir. Cinsiyet, biyolojik, fizyolojik, hormonal yönlerinin yanında, psikolojik ve sosyal yönleri de olan içgüdüdür. Bu itibarla, cinsiyeti belirleyen sadece fiziki yapı değil, aynı zamanda ruhî yapıdır.¹ Neuchatel Kanton Mahkemesi, 1945 yılında

¹ TEKİN, Nurullah, "Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameli-

vermiş olduğu bir kararında ruhun cinsiyet tayinindeki rolünü şu şekilde ifade etmiştir: *“Kişinin cinsiyetini belli eden sadece bedeni değil, aynı zamanda ruhudur. Beden ve ruh arasında çatışma çıktığında, bunlardan hangisinin üstün durumda bulunduğunu ve kişiyi erkek veya kadın olarak belirlediğini araştırmak gerekir.”*²

Cinsiyet değiştirme hukukî sonuçları olan bir kavram olmasının yanı sıra, tıbbî bir kavramdır. Cinsiyet değiştirme isteğinin bir hastalık olup olmadığı, hastalık ise psikiyatrik veya fizyonomik bir hastalık sayılıp sayılmayacağı ve tedavisinin mümkün olup olmadığı, cinsiyet değiştirme yolundaki tıbbî müdahalenin tek ve nihai tedavi yöntemi olup olmadığı, tıbbî açıdan cevaplandırılması gereken sorulardır.³

Cinsiyet değişikliği operasyonları, transseksüel yapıda olanlara uygulanan bir tür plastik cerrahi operasyondur. Bu anlamda, cinsiyet değişikliği operasyonları, kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkına ilişkin müdahalenin bir türünü oluşturur. Ancak bu türden müdahaleler, ahlâk ve adaba aykırı bulunmayan, müdahaleye maruz kalacak olanın rızasıyla gerçekleştirilen ve kişinin sağlığını kazanması, hastalığının veya sakatlığının giderilmesi amacı taşıyan tıbbî operasyonlardır.⁴

B) Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliğine İlişkin Yasal Düzenlemelerin Gelişimi

Türk Hukuku’nda cinsiyet değişikliğine ilişkin ilk düzenleme, 1988 yılında, Türk Kanunu Medenîsi’nin 29’ncu maddesine, 3444 sayılı Kanun’la eklenen bir fıkra ile gerçekleştirilmiştir. 3444 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce Türk hukukunda cinsiyet değişikliğine ilişkin herhangi bir açık düzenleme mevcut değildi. Cinsiyet değişikliği meselesi, ilk defa, yurt dışında cinsiyet değişikliği ameliyatı ge-

yatının Hukukî Açıdan Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sy. 39, 2009, s. 98; GÜLMÜŞ, Ömer, Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarındaki Hukukî Sorunlar (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002, s. 10.

² Naklen, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir mi? (Fransız, Alman, İsviçre, İsveç Hukukları İle Mukayeseli), İstanbul, 1986, s. 50.

³ GÜVEN, Kudret, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, GÜHFD, C. 1, Sy. 1, 1997, s. 44.

⁴ TEKİN, s. 100-101.

çirmiş olan bir ses sanatçısının⁵, bu değişikliği nüfus siciline yansıtmak istemesi nedeniyle açtığı davaların Yargıtay'ın önüne gelmesi ve Yargıtay'ın bu hususta görüşünü açıklamasıyla öğretide tartışma konusu olmuştur. Yargıtay, 3444 sayılı Kanun'la eski Medenî Kanun'da yapılan değişiklikten önce, cinsiyet değişikliği ameliyatı geçiren kişilerin nüfus kayıtlarının yeni cinsiyetlerine uygun olacak şekilde değiştirilmesi taleplerini, mevcut yasal düzenlemelerin iradî şekilde cinsiyet değişikliğine izin vermediği gerekçesiyle, reddetmekteydi. Yargıtay hermafroditler (çift cinsiyetli olanlar) dışındaki kişilerin cinsiyet değiştirmelerini asla kabul edilemez buluyordu.⁶

Kanunkoyucu, uygulamada ve öğretide mevcut olan tartışmaları dikkate alarak, 1988 yılında transseksüellerin durumunu düzenlemeye yönelik bir adım atmıştır. 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin 29'uncu maddesine eklenen bir fıkra ile, cinsiyet değişikliği ameliyatlarının asgarî sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi halinde, mahkemenin, nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına hükmetmesi kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, bu konuda açılacak davalarda, cinsiyet değiştiren kişi evliyse, eşine de husumet yöneltilir ve aynı mahkeme varsa ortak çocukların velâyetinin kime verileceğini de tayin eder. Cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte evlilik kendiliğinden son bulur. Medenî Kanun'da yapılan bu değişiklik, transseksüellerin şahsî hal sicillerinin değiştirilebilmesine hukuken imkân tanınmış olmakla birlikte, cinsiyet değiştirme ameliyatının şartlarını ve esaslarını belirleme bakımından yetersiz ve bir takım sakıncaları bertaraf etmekten uzak olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁷

⁵ Bülent Ersoy Davası. Bu dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. WILL, Michael R./ÖZTAN, Bilge, "Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı -Transseksüellerin Hukukî Durumu-", AHFD., C. 43, Sy. 1-4, 1993, s. 229 vd.; KOCAYUSUFPASAOĞLU, s. 41 vd.

⁶ Y. 2. HD., 27.03.1986 T., 651 E., 3256 K. (WILL/ÖZTAN, s. 230); 21.01.1982 T., 8911 E., 259 K. (YKD. 1982, Sy. 3, s. 323 vd.).

⁷ 743 sayılı TKM'nin 29/II'nci maddesi hakkındaki değerlendirmeler ve eleştiriler için bkz. WILL/ÖZTAN, s. 238 vd.; GÜVEN, s. 57 vd.; ZEVLİLİLER, Aydın, "Medenî Kanun ve Cinsiyet Kargaşası", TBBD., Sy. 2, 1988, s. 259 vd.; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, 11. B., İstanbul, 2011, s. 114 vd.; SAĞLAM, İpek, "Türk Medenî Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme", AÜEHFD., C. VIII, Sy. 3-4, 2004, s. 456 vd.; TEKİN, s. 105-106; ZEVLİLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre, Medenî Hukuk, 6. B., Ankara, 2000, s. 868 vd.; AKINTÜRK, Turgut, Türk Medenî Hukuku, C. II Aile Hukuku, 11. B., İstanbul, 2008, s. 199-200; HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN,

Cinsiyet değişikliğine ilişkin eski Medenî Kanun'da yer alan hüküm, önemli surette değişikliğe uğrayarak, 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 40'inci maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; *"Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus siciline gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir."*

Hükümden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu öğretideki eleştirileri dikkate alarak, ilgili maddede cinsiyet değiştirme ameliyatının ön şartlarının ve ameliyat sonrasında nüfus siciline bu değişikliğin işlenmesinin şartlarını ayrı ayrı düzenlemiştir. Yeni Medenî Kanun'un 40'inci maddesinde yer alan düzenleme bu yönüyle Eski Medenî Kanun'un 29/II'nci maddesine göre çok daha ayrıntılı ve hukuksal açıdan çok daha yeterlidir.

Türk Medenî Kanunu'nun 40'inci maddesinde yapılan düzenlemeyle birlikte, cinsiyet değişikliği⁸ ameliyatının nüfus siciline işlenebilmesi için, iki aşamanın geçilmesi gerekir. Bunlardan ilki ameliyat öncesi, ikincisi ameliyat sonrasıdır. Cinsiyet değişikliği ameliyatlarını denetim altına almak, bu tür ameliyatların kişinin isteğine bağlı olarak gelişigüzel, denetimsiz bir şekilde yapılmasını önlemek amacıyla, ameliyat öncesinde mahkemeden izin alınması öngörülmüştür.

Kanun koyucunun, cinsiyet değişikliği ameliyatına izin için gerekli olan şartları düzenlerken büyük oranda Alman *"Transseksüeller Kanunu"*nu⁹ esas aldığı söylenebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, Al-

Rona, Aile Hukuku, İstanbul, 1993, s. 97 vd.

⁸ Hatemi, burada bir değiştirme değil, düzeltme söz konusu olduğu gerekçesiyle maddede yeralan "cinsiyet değiştirme" ifadesini eleştirmiştir (HATEMİ, Hüseyin, Gerçek Kişiler Hukuku Kısa Ders Kitabı, İstanbul, 2005, s. 79).

⁹ Das Transsexuellengesetz.

man Transseksüeller Kanunu'nda, Türk Medenî Kanunu'nda olduğu gibi iki aşamalı bir düzenleme söz konusu değildir. Yani cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirmek için mahkemeden önceden izin alınması gerektiğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Alman Transseksüeller Kanunu'nun 8'inci paragrafı uyarınca, kendisinde karşı cinse ait olduğu şeklinde bir inanç gelişen ve bu inancına uygun olarak en az üç yıldan beri kendini bu şekilde yaşamaya yönelten bir iç baskı altında bulunan, başka bir ifade ile en az üç yıldan beri transseksüel yapıda olan kişinin, 1- Alman vatandaşı veya federal sınırlar içinde oturan bir vatansız ya da bir göçmen olması; 2- Üreme yeteneğinden sürekli bir biçimde yoksun olması; 3- Dışa yönelik cinsiyet özelliklerini değiştiren bir operasyon geçirmesi ve bu şekilde karşı cinsin görünüşüne yaklaşmış olması halinde, mahkeme tarafından diğer cinse ait olduğu tespit edilir ve böylece cinsiyet değişikliği hukuken kabul edilmiş olur.¹⁰

C. Türk Medenî Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği

1) Cinsiyet Değişikliğinin Şartları

a) Mahkemeye İzin İçin Başvurma

Türk Medenî Kanunu'nun 40/I'inci maddesi uyarınca, cinsiyet değişikliği ameliyatı yaptırılabilmesi için, öncelikle mahkemenin cinsiyet değişikliğine izin vermiş olması gerekir. Cinsiyet değişikliği ameliyatı yaptırmak amacıyla mahkemeye başvuran kişinin, onsekiz yaşını doldurmuş olma ve evli olmamanın yanında, transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmenin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğuna ve üreme yeteneğinden sürekli yoksun olduğuna dair bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınmış resmî nitelikte sağlık raporunu ibraz etmiş olması gerekir.

Cinsiyet değişikliğinin zorunlu tedavi amaçlı olduğunu belgeleyen bir eğitim ve araştırma hastanesince verilecek sağlık kurulu raporu cinsiyet değişikliğine onay verecek hâkim açısından oldukça önemlidir. Hâkim bu rapordan hareketle, izin verdiği takdirde gerçekleşecek olan cinsiyet değişikliği ameliyatının hasta için tamamen iyileştirici

¹⁰ Alman Transseksüeller Kanunu'nun ilk kabul edildiği halinde mahkemeye başvuran kişinin evli olmaması şartı öngörülmüşken, daha sonra bu şart kaldırılmıştır.

nitelikte sonuç doğuracağına, bu talebin geçici bir heves olmadığına, başvuran için tek ve nihaî tedavinin ameliyat olduğuna kanaat getirmelidir. Bu husus, sadece hukuk alanını değil, belki de daha yoğun olarak tıp alanını ilgilendirdiğinden, hâkimin yalnızca hukuk bilgisiyle bir sonuca varmasını beklemek imkânsızdır.¹¹

b) Mahkeme İznine Başvuran Kişinin Onsekiz Yaşını Tamamlamış Olması

Türk Medenî Kanunu'nun 40/I'inci maddesi uyarınca, cinsiyet değişikliği ameliyatı için mahkemeye başvuran kişinin onsekiz yaşını tamamlamış olması gerekir.¹² Eski düzenlemede bulunmayan bu şartın yeni düzenlemede yer alması isabetli olmuştur. Zira, ergenlik dönemi kişinin cinsel kimliğinin tam olarak oturduğu dönemdir.¹³ Diğer taraftan, geri dönülmez sonuçlar doğuran bir ameliyat olan cinsiyet değişikliği konusunda sağlıklı karar verebilmek için de, onsekiz yaşın tamamlanmış olması şartının öngörülmesi yerinde olmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, gecikmesi halinde telâfisi imkânsız sonuçlar doğacaksa, bu durumda uzman görüşü almak suretiyle ve mahkeme kararı ile istisnaî olarak, onsekiz yaşın tamamlanmasından önce de cinsiyet değişikliğine izin verilebilmelidir.¹⁴

¹¹ SAĞLAM, s. 463.

¹² *Akipek/Akıntürk*'ün belirttiği üzere, cinsiyet değişikliği ameliyatına izin için mahkemeye başvuran kişinin normal yoldan erginliğe erişmiş olması gerekir. Mahkeme kararıyla veya evlenme dolayısıyla erginlik kazananlar bu haktan yararlanamayacaklardır. Zira, 40'ıncı maddede açıkça onsekiz yaşın doldurulmuş olması gerektiği düzenlenmiştir (AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut, Türk Medenî Hukuku, C. I Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, 6. B., İstanbul, 2007, s. 493).

¹³ SAĞLAM, s. 459. Transseksüeller için aranan onsekiz yaşını doldurmuş olma şartının, biyolojik olarak erkek ve dişi cinsiyet özelliklerini birlikte bulunduran hermafroditler (çift cinsiyetliler) açısından aranması bir takım sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Çünkü hermafroditizm tanısı henüz ergenliğe ulaşmadan konulabilir. Bu itibarla, hermafroditlerin transseksüellerle birlikte 40'ıncı madde kapsamında değerlendirilmesi, bu kişilerin cinsiyet değiştirmek için onsekiz yaşına kadar beklemeleri ve onsekiz yaşını tamamladıktan sonra hâkimin izniyle cinsiyet değişikliği operasyonunun gerçekleştirilmesi sonucunu doğurur ki, bu durum hermafroditler açısından telâfisi güç sonuçlar doğurabilecektir (KAYA, Murat, "Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları", Mecmua, Ankara, 2008, s. 63).

¹⁴ TEKİN, s. 108; KAYA, s. 73; ATAMER, Yeşim, "Transseksüellerin Türk Hukukundaki Durumu", <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (E.T.: 14 . 09. 2012). Will/Öztan, eski kanunda cinsiyet değişikliği için asgari yaş şartının kabul edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir (WILL/ÖZTAN, s. 248).

Türk Medenî Kanunu'nun 40'inci maddesinde ayrıca belirtilmemiş olsa da, mahkemeye izin için başvuran kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerektiği açıktır. Zira, başvuru bir irade açıklaması olduğuna göre, her irade açıklaması için aranan ayırt etme gücüne sahip olma şartının burada da bulunması gerektiğine şüphe yoktur. Diğer taraftan mahkemenin vereceği karar, kişinin cinsiyet değişikliği için gerekli ameliyatın yapılmasına ve böylece biyolojik ve hukukî statüsünün değişmesine yol açmaktadır. Kararın bu yöndeki etkisi dikkate alındığında, başvuran kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasını gerekli kılmaktadır.¹⁵

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus, sınırlı ehliyetsizlerin, cinsiyet değişikliğine izin için mahkemeye başvuruda bulunup bulunamayacaklarıdır. Onsekiz yaşını tamamlamamış sınırlı ehliyetsizin mahkemeye başvuramayacağı açıktır. Ayırt etme gücüne sahip, ergin kısıtlılara gelince; Dural/Öğüz'ün isabetli olarak belirttiği üzere, burada Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/I'inci maddesinde¹⁶ öngörülen kuraldan ayrılarak, ameliyat için kısıtlının bizzat başvurusunun yeterli olduğunu ve yasal temsilcinin iznine ihtiyaç olmadığını kabul etmek gerekir. Çünkü burada, diğer tıbbi müdahalelerden farklı bir durum söz konusudur. Kişi fiil ehliyeti yönünden sınırlandırılmış olsa bile, kendi cinsiyetine ancak kendisi karar verebilir.¹⁷

c) Mahkeme İznine Başvuran Kişinin Evli Olmaması

Türk Medenî Kanunu'nun 40/I'inci maddesinde öngörülen diğer bir şart, cinsiyet değiştirme ameliyatı için mahkeme iznine başvuran kişinin evli olmamasıdır. Burada evli olmama, daha önceden hiç evlenmemiş olma anlamına gelmez. Cinsiyet değişikliği operasyonu ge-

Güven'e göre ise, transseksüalizm teşhisinin konulabilmesi için aranan şartlardan birisinin de kişinin ergenlik dönemine girmiş bulunması olduğundan, ergenlik dönemine girilmiş olması şartıyla bir yaş sınırı koymaya gerek yoktur (GÜVEN, s. 61).

¹⁵ SAĞLAM, s. 460; DURAL/ÖĞÜZ, s. 118; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 493; TEKİN, s. 108; GÜVEN, s. 62.

¹⁶ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/I'inci maddesinde yer alan düzenlemeye göre; "Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz."

¹⁷ DURAL/ÖĞÜZ, s. 118.

çirmek isteyen kişinin, başvuru tarihinden önce evli olması, hatta bu evliliğinden çocuk sahibi olması, izin için mahkemeye başvurmasına engel değildir.

Eski Medenî Kanun'un 29/II'nci maddesi evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerine imkân vermektedir. Bu maddede mahkemenin cinsiyet değişikliğini kabul eden kararının kesinleşmesi üzerine evlilik birliğinin kendiliğinden sona ereceği yönünde bir hükme yer verilmiş olması sebebiyle yerinde bir düzenleme olmadığı ileri sürülmektedir.¹⁸ Kanunkoyucu öğretide ileri sürülen eleştirileri dikkate alarak, Yeni Medenî Kanun'un 40'ıncı maddesinde ancak evli olmayanların cinsiyet değiştirebileceklerini hüküm altına almıştır. Maddede evli olmama şartına yer verilmiş olmasının sebebi gerekçede şu şekilde açıklanmıştır: *"Toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacıyla öncelikle kişinin evli olmaması öngörülmüştür. Bu koşul, kişinin, bir yandan evliliğini sürdürmesi öte yandan da bu evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine gitmesi, bunu eşinin ya da çocuklarının ortak yaşantıları içinde yapmasının psikolojik ve ahlâki tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur."*

Gerekçeden anlaşıldığı üzere, evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerinin yasaklanması yoluyla, evlilik birliğinin korunması, aile içi huzurun sağlanması ve bu değişikliğin ortak yaşam devam ederken yapılmasının, çocuklar üzerinde meydana getireceği olumsuz etkilerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu açıdan 40/I'inci maddede izin için başvuran kişinin evli olmaması şartının öngörülmesi isabetli olmuştur.¹⁹

¹⁸ İlgili hüküm, evliliğin ancak hâkim kararıyla sona erebileceği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca evlilik birliğinin korunması ilkesini zedeleyecek şekilde, hem evli kişilerin cinsiyet değiştirmesine imkân tanınmış, hem bu değişikliğin nüfusa tesciline yönelik mahkeme kararının kesinleşmesiyle evlilik birliğinin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir. Bu hükmün değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. WILL/ÖZTAN, s. 253 vd.; ZEVLİLER, s. 261 vd., 281-282; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 868 vd.; DURAL/ÖGÜZ, s. 114 vd.; AKINTÜRK, s. 199-200; HATEMİ/SEROZAN, s. 98 vd.

Güven, yaygın kabulden farklı olarak, 29/II'nci maddesinin yerinde bir düzenleme olduğunu kabul etmektedir. Yazar'a göre ilgili madde, tıbbın ortaya koyduğu verilere uygun düşmektedir. Çünkü cinsel kimlik bozukluklarının hangi yaşta ortaya çıkacağı belli olmadığından, evlilikten sonra gelişmesi de muhtemeldir. Transseksüel genel olarak, fiziken normal olduğundan, çocuk sahibi olması da imkânsız değildir. Bu nedenle evlenmiş, hatta çocuk sahibi olmuş olmasına rağmen, diğer şartlar varsa, transseksüelin cinsiyet değiştirmesinin önüne geçilmemelidir (GÜVEN, s. 64).

¹⁹ SAĞLAM, s. 461; AKİPEK/ AKINTÜRK, s. 493; AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara, 2004, s. 150.

Öğretide, bir kısım yazar söz konusu maddede öngörülen evli olmama şartını yerinde bulmamaktadır. Çünkü bu hükümle kişiye önce evliliğini sona erdirmeye, daha sonra cinsiyetini değiştirme seçeneği sunulmaktadır. Böyle bir süreç tıbben hasta kabul edilen kişiyi daha çok sıkıntıya sokacaktır. Bu sebeple evli kişilere de dava açma hakkı tanınmasının ve şayet cinsiyet değişikliği fiilen gerçekleştirilirse, kişisel durum sicilinin düzeltilmesi sırasında evliliğin iptaline de karar verilmesinin daha yerinde bir çözüm olacağı ileri sürülmektedir.²⁰

d) Mahkeme İznine Başvuran Kişinin Transseksüel Yapıda Olması

Türk Medenî Kanunu'nun 40/I'inci maddesine göre, cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak isteyen kişinin transseksüel yapıda olması gerekir. Bunun anlamı, kişinin doğuştan sahip olduğu anatomik cinsiyeti ile ilgili olarak sürekli bir rahatsızlık duyması, çatışma halinde olması ve bunun kendisine uygun olmadığı duygusu içinde olmasıdır. Ruhsal yapı itibarıyla kendilerinde karşı cinsin özelliklerinin bulunduğu yolunda psikoseksüel bozukluklar içinde olan transseksüellere cinsiyet değiştirme imkânının sağlanması yerinde olmuştur.²¹

Söz konusu maddede ayrıca, cinsiyet değişikliği ameliyatının ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunun resmî sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi gerektiği öngörülmüştür. Bundan anlaşılması gereken, yapılan her türlü hormonal ve biyolojik tedavi sonuçsuz kaldığından, cinsiyet değişikliği ameliyatının nihai ve tek çözüm olması ve bu tedavinin uygulanmaması halinde hastanın hayatı boyunca ıstırap çekecek olması gerekir.²²

²⁰ TEKİN, s. 108; BAFRA, Jale, "Türkiye'de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbî ve Hukukî Sorunlar", Adli Tıp Dergisi, C. 1, 2004, s. 52.

²¹ TEKİN, s. 108; ÖZTÜREL, Adnan, "Transseksüalizm ile Hermafrodisizmde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler)", AÜHFD., C. 37, Sy. 1-4, 1980, s. 461; DURAL/ÖĞÜZ, s. 116-117; AKİPEK/ AKINTÜRK, s. 494; GÜVEN, s. 49, 60; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 16; SAĞLAM, s. 465; ZEVLİLER, s. 270.

*Hatemi'*ye göre, cinsiyet değişikliği ameliyatına izin için mahkemeye başvuran kişinin transseksüel yapıda olması değil, hermafrodit (çift cinsiyetli) yapıda olması aranmalıydı (HATEMİ, s. 79).

²² GÜVEN, s. 48; TEKİN, s. 109. Dural/Öğüz'ün belirttiği üzere, cinsiyet değişikliğinin tedavi amaçlı olması karşısında, transseksüel veya hermafrodit yapıda olanlar dışında, travesti ve eşcinseller yönünden böyle bir ameliyatın tedavi amaçlı olduğu söylenemez (DURAL/ÖĞÜZ, s. 116). Çünkü eşcinsellerin kendi kendileri ile psikolojik savaş içinde olmaları söz konusu değildir. Onlar içinde bulundukları

e) Mahkeme İznine Başvuran Kişinin Üreme Yeteneğinden Sürekli Biçimde Yoksun Olması

Türk Medenî Kanunu'nun 40/I'inci maddesine göre, cinsiyet değişikliği ameliyatı için mahkemeden izin almak isteyen kişinin sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olması gerekir. Aksi takdirde, nüfustaki kaydı erkek olarak değiştirilmiş bir kişinin iç genital organlarının bırakılması halinde çocuk doğurması gibi ters bir sonuçla karşılaşılabilir.²³

Ancak burada üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma şartının henüz cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmeden, mahkemeden izin alınması aşamasında aranması maddenin uygulama alanını oldukça sınırlamıştır. Maddenin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığında sadece biyolojik olarak üreme yeteneğine sahip olmayan veya hermafroditler (çift cinsiyetliler) tedavi amaçlı ameliyat geçirip cinsiyet değiştirebileceklerdir. Anatomik cinsiyeti belirgin olup, ruhsal bakımdan kendisini karşı cinse ait sayan transseksüeller, doğuştan üreme yeteneğine sahip olmayabilecekleri gibi, sahip de olabilirler. Başka bir ifadeyle, kişi doğuştan hiçbir fizyonomik üreme engeli olmasa da, transseksüel yapıda olabilir.²⁴ Şu halde, cinsiyet değişikliği ameliyatına izin için üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olma şartını aramak, üreme yeteneğine sahip olmasına rağmen transseksüel yapıda olanları bu tedaviden yoksun bırakmak sonucunu doğuracaktır. Mahkeme, üreme yeteneğinden yoksun olma halini doğuştan itibaren aramayıp, izin için başvurulduğu tarihte üreme yeteneğinden sürekli yoksun olmanın yeterli olduğunu kabul etse dahi, bu defa üreme yeteneğine sahip olan

bedene karşı bir nefret duymazlar. Başka bir ifadeyle, cinsiyetleri ile bir çatışma halinde değildirlir. Onlar sadece karşı cinsten olan bir kimse ile değil, kendi cinsiyetinden olanlarla cinsi münasebeti tercih ederler (DURAL/ÖĞÜZ, s. 116; KOCAYUSFPAŞAOĞLU, s. 18; TEKİN, s. 99). Aynı şekilde travestilerin de cinsiyetleri doğuştan belirgindir. Onlar biyolojik cinsiyetini değiştirmek istemeyen, ancak karşı cinsin kıyafetlerini ve/veya eşyalarını kullanmaya yönelik cinsel dürtü ve fantezilere sahip olan kişilerdir. Hatta psikiyatri, travestileri, karşı cinsten olan kişilerin elbiselerini giyme eğiliminde olan kimseler olarak tanımlamaktadır. Ancak bir travestinin aynı zamanda transseksüel eğiliminde olması da mümkündür. Bu durumda tıp bilimi, bu kimseler açısından da cinsiyet değişikliği ameliyatının tedavi amaçlı olduğunu kabul etmektedir (DURAL/ÖĞÜZ, s. 116; TEKİN, s. 99).

²³ WILL/ÖZTAN, s. 247; GÜVEN, s. 65.

²⁴ SAĞLAM, s. 464-465; TEKİN, s. 109; ÖZTÜREL, s. 464; ATAMER, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (E.T.: 14. 09. 2012).

bir transseksüelin cinsiyet değişikliği için mahkemeye başvurmadan önce, üreme yeteneğinden sürekli yoksun olmayı sağlayacak bir tıbbî müdahale geçirmesini gerektirecektir ki, bu durum da kişiyi gereksiz malî ve ruhsal bir külfet altına sokacaktır.²⁵

Kanunkoyucunun Türk Medenî Kanunu'nun 40'ıncı maddesinde cinsiyet değişikliği ameliyatlarını ayrıntılı bir şekilde düzenlemek isterken, bazı tıbbî gerçekleri göz ardı etmesi sonucunda, ruh sağlığı açısından tek ve nihai tedavinin ameliyat olduğu pek çok hasta kanun kapsamı dışında kalmıştır. Bu itibarla, sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olma halini, izin aşamasında değil, cinsiyet değişikliğinin hukuken kabulü aşamasında aramak daha yerinde olurdu.²⁶

2) Cinsiyet Değişikliğinin Nüfus Siciline İşlenmesi

Türk Medenî Kanunu'nun 40'ıncı maddesinde yer alan düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, cinsiyet değişikliği ameliyatının nüfus siciline işlenebilmesi için iki aşamanın tamamlanmış olması gerekir. Bunlardan ilki, yukarıda şartlarını incelediğimiz ameliyat öncesi izin aşaması, ikinci ise, ameliyattan sonraki aşamadır. Mahkeme tarafından ameliyata izin verildikten sonra, ameliyat gerçekleştirilebilir. Nüfus kaydının düzeltilmesi için, cinsiyet değişikliği ameliyatı geçiren kişinin mahkemeden yeni bir karar alması gerekir. Mahkemenin bu kararı verebilmesi için, amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyeti değiştirme ameliyatının yapıldığının resmî bir sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi gerekir.²⁷ Mahkeme nüfus kaydının düzeltilmesine karar verdikten sonra, cinsiyet değişikliği nüfus siciline işletilebilir.

²⁵ SAĞLAM, s. 464, 466; TEKİN, s. 109-110; GÜVEN, s. 65; ATAMER, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (E.T.: 14. 09. 2012).

²⁶ GÜVEN, s. 65; KAYA, s. 79; TEKİN, s. 109-110.

²⁷ Yargıtay, bir kararında, davacının kadın cinsiyetinden erkek cinsiyetine geçebilmesi için gerekli olan ameliyatlardan birincisini olduğu ancak, kadından erkeğe cinsiyet dönüşümünün ikinci aşama ameliyatı olan hastaya erkek cinsel organın takılması ameliyatının henüz yapılmadığı, bu durumda ancak cinsiyet değişikliğinin ikinci aşamasının yapıp, gerekli olan sağlık kurulu raporunun sunulması halinde cinsiyet değişikliğinin nüfus siciline işlenmesine karar verilebileceğini belirtmiştir (Y. 2. HD., 13.02.2006 T., 17485 E., 1343 K., Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

Burada mahkemeden izin almaksızın cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirmiş olan kişilerin durumunun nasıl değerlendirileceği, yani cinsiyet değişikliğinin nüfus siciline işlenip işlenemeyeceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 40/II'nci maddesi uyarınca nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verecek olan mahkeme ameliyata izin veren önceki mahkemenin kararını arayacağından, izin alınmaksızın gerçekleştirilen cinsiyet değişikliği hukuken tanınmayacak ve nüfus sicilinde düzeltme yapılması talebi reddedilecektir.²⁸ Dural/Öğüz'e göre, maddede öngörülen şartlara uyulmadan gerçekleştirilen cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmaması kamu düzeni bozabileceğinden, bu durumu kabul etmek gerekir.²⁹

II. CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİNİN HUKUKÎ SONUÇLARI

A) Şahsın Hukuku Bakımından Sonuçları

Cinsiyet değişikliği ileriye etkili hüküm ve sonuç doğurur. Bu itibarla, cinsiyet değişikliği nüfusa işlenmiş olan kişi, beklenen haklar bakımından yeni cinsiyetine göre değerlendirilecektir. Türk Hukuku'nda özellikle sosyal güvenlik alanında cinsiyete göre farklı hükümler mevcuttur. Örneğin, emeklilik yaşı kadınlar için, erkeklere oranla daha kısadır. Bu durumda cinsiyet değiştirerek erkek cinsiyetine geçen bir kadın, yeni cinsiyetine göre daha ileri yaşta emekliliğe hak kazanabilecektir.³⁰

Cinsiyet değişikliğinin nüfus siciline işlenmesinden sonra, cinsiyet değiştiren kişi ad değişikliği talebinde bulunabilir. Kanun'da cinsiyet değişikliği sonucunda ad değişikliğini düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla mesele, genel hükümlere göre çözüme ka-

²⁸ AYAN, s. 153; ATAMER, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (E.T.: 14. 09. 2012).

²⁹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 119.

³⁰ ATAMER, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (E.T.: 14. 09. 2012); GÜVEN, s. 67; TEKİN, s. 111. Danıştay da, erkekten kadına cinsiyet değiştirmiş olan bir kişinin, 25 yaşını aşmış olmasına rağmen, yeniden yetim aylığına hak kazanıp kazanamayacağı meselesini incelediği bir kararında, cinsiyet değiştirerek kadın olan kişinin, cinsiyet değişikliğinin nüfusa işlenmesinden sonra, Türkiye'deki diğer kadınlarla aynı haklara sahip olacağını belirtmiştir (Danıştay 10. Dairesi, 27.12.1993 T., 4706 E., 5536 K.. (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

vuşturulmalıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 27/I'inci maddesine göre, bir kimse haklı sebeplere dayanarak hâkimden adının değiştirilmesini isteyebilir. İleri sürülen sebebin haklı olup olmadığını hâkim takdir eder; ancak burada cinsiyet değişikliğinin Türk Medenî Kanunu'nun 27/I'inci maddesi anlamında haklı sebep sayıldığı şüphesizdir. Çünkü bu halde kişinin dış görünüşü ile isminin örtüşmemesi gibi önemli bir sebep söz konusudur.³¹

B) Aile Hukuku Bakımından Sonuçları

1) Evli Kişilerin Cinsiyet Değiştirmesinin Evliliğe Etkisi

Eski Medenî Kanun'un 29/II'nci maddesinde evliliğin, cinsiyet değişikliğine ilişkin kararın kesinleştiği tarihte kendiliğinden sona ereceği açıkça düzenlenmişti. Yeni Medenî Kanun'un 40'ıncı maddesinde ise, evli kişilerin cinsiyet değiştirmesine izin verilmemiştir. Ancak Kanun hükmüne rağmen, evli bir kişi cinsiyet değiştirmişse, bu durumda mevcut evliliğin devam ettiği mi, yoksa sona erdiği mi kabul edilmelidir?

Öğretide kabul edilen bir görüş, evli bir kişinin cinsiyet değiştirmesi halinde, evliliğin kendiliğinden sona erdiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, başlangıçta aynı cinsiyette olan kişilerin evlilikleri nasıl yokluk yaptırımına bağlı ise, bu halin sonradan ortaya çıkması durumunda da evliliğin kendiliğinden sona erdiğini kabul etmek gerekir. Geçerli bir evlilik için aranan şartlar, evlilik sürecinde de aranmalıdır. Kanunun öngördüğü şartlardan birinin sonradan ortadan kalkması, evliliğin sona ermesi anlamına gelir. Diğer taraftan, eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesinden sonra, evliliğin aynı cinsten iki kişi arasında devam etmesi kamu düzenine aykırıdır. Bu nedenle, evliliğin cinsiyet değiştirildiği anda kendiliğinden sona ereceği kabul edilmektedir.³²

³¹ WILL/ÖZTAN, s. 251; TEKİN, s. 110; GÜVEN, s. 67; ATAMER, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (E.T.: 14. 09. 2012).

³² FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi, Aile Hukuku, 3. B., İstanbul, 1986, s. 97 vd.; AKINTÜRK, s. 201; Dural/Öğüz/Gümüş'e göre, nasıl ki iki aynı cinsten kişinin evlenmesi halinde evlilik yoklukla sakatsa, içlerinden birinin sonradan cinsiyetini değiştirmesi halinde de, evlilik hâkim kararına gerek kalmaksızın yok haline gelir (DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, 5. B., İstanbul, 2012, s. 74).

Bu hususta ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, Medenî Kanun sisteminde evlilik, eşlerden birinin ölmesi dışında, ancak mahkeme kararıyla sona erdirilebilir. Bu itibarla, cinsiyet değişikliği halinde evliliğin kendiliğinden sona erdiğini kabul etmek, kanun sistemine uygun düşmez. Ayrıca mahkeme kararıyla evliliğin sona ereceği haller, boşanma ve butlan sebepleri ile evliliğin gaiplik nedeniyle feshi gibi, kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. Kanun'da sayılanlar dışında bir durum, butlan veya evliliğin kendiliğinden sona erme sebebi olarak kabul edilemez.³³ Bu sebeple, Hatemi/Serozan tarafından, eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesinin bir butlan sebebi olarak kanuna eklenmesi yönünde bir çözüm önerilmektedir.³⁴

Yukarıda belirtilen görüşler birlikte değerlendirildiğinde şöyle bir sonuca varmak mümkündür: Medenî Kanun sistemine göre, geçerli olarak kurulmuş bir evlilik, ölüm dışında ancak mahkeme kararıyla (iptal, boşanma veya gaiplik nedeniyle fesih) sona erer. Bu itibarla, eşlerden birinin cinsiyet değiştirmiş olması, evliliği kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Bu halde mahkemeden izin alınmadan gerçekleştirilen cinsiyet değişikliği hukuken tanınmayacağından, kişi fiilen cinsiyetini değiştirmesine rağmen, hukuken hâlâ eski cinsiyetine sahip olmaya devam edecektir. Dolayısıyla evlilik fiilen aynı cinsten, fakat hukuken farklı cinsten iki kişi arasında devam eder.³⁵ Kanunda evliliğin geçer-

³³ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 835; ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 5. B., Ankara, 2004, s. 224; AKINTÜRK, s. 200; ZEVKLİLER, s. 281. *Güven'e* göre, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte evliliğin kendiliğinden sona ermesi halinde evliliğin bir mahkeme kararına dayandırılmaksızın sona erdirildiği anlamına gelmez. Çünkü burada da evlilik kesinleşmiş cinsiyet değişikliği kararına, yani bir mahkeme kararına dayanarak sona ermektedir. Başka bir ifadeyle cinsiyet değişikliği kararı evliliğin sona ermesinin hukukî sebebini teşkil etmektedir. Yazar'a göre, maddede geçen "kendiliğinden" ifadesi, usul ekonomisine uygun düşen bir yaklaşımla, ayrıca bir dava açılmasına ihtiyaç olmadığını belirtmek üzere konulmuştur (GÜVEN, s. 68).

³⁴ HATEMİ/SEROZAN, s. 103, 105; *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*'ya göre ise, cinsiyet değiştirmeyi fesih sebebi olarak kanuna eklemek, soruna uygun bir çözüm olabilir. Çünkü burada evlilik baştan itibaren geçerlidir (ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 835; aynı yönde bkz. AYAN, s. 154).

³⁵ AYAN, s. 153. *Dural/Öğüz*, 40'ncı maddede aranan şartlara uyulmadan gerçekleştirilen cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmamasının kamu düzenini bozabileceğini, bu sebeple bu durumu kabullenmek, fakat gerek ameliyatı gerçekleştirene gerek ameliyat olana ceza vermekten başka bir çare bulunmadığını kabul etmektedirler (DURAL/ÖĞÜZ, s. 119). İsviçre öğretisinde de evli bir kişinin cinsiyet değiştirmesi halinde, kişi fiilen cinsiyet değiştirmesine rağmen, boşanma olmadıkça, bu değişikliğin hukuken ta-

sizliği halleri sınırlı olarak sayılmış olup, bunlar arasında evlenmeden sonraki cinsiyet değişikliğine yer verilmemiştir. Dolayısıyla böyle bir durumda diğer eşin başvurabileceği tek yol, genel boşanma sebebine dayanarak boşanma davası açmaktır.³⁶

2) Cinsiyet Değişikliğinin Evliliğin Sona Ermesinin Hüküm ve Sonuçları Bakımından Etkisi

Daha önce de ifade edildiği üzere, cinsiyet değiştirme ameliyatı için mahkeme iznine başvuran kişi evli olmamalıdır. Bu itibarla cinsiyet değiştirmek isteyen kişi evli ise, izin için mahkemeye başvurmadan önce evliliğini sona erdirmiş olmalıdır. Evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde, taraflar için bir takım sonuçlar meydana gelir. Cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin çocuk sahibi olması ihtimali de söz konusu olabilir. Bu durumda boşanma kararının çocuk bakımından da bir takım sonuçları mevcuttur.

a) Eşler Yönünden Etkisi

Türk Medenî Kanunu'nda evliliğin sona ermesine bağlanan en önemli sonuçlardan bir tanesi, nafaka ve tazminat talebidir.

nınmayacağı ve dolayısıyla evliliğin aynı cinsten kişiler arasında devam edeceği kabul edilmektedir. Cinsiyet değişikliği, ancak evliliğe son verildikten sonra kişisel durum siciline tescil edilebilir (HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern, 2000, s. 54). St. Gallen mahkemesi ise, evlenmeden sonra gerçekleşen cinsiyet değişikliğinin, kişisel durum siciline tescili için, daha önce evliliğin boşanma ile sona ermesine gerek olmadığına karar vermiştir. Mahkeme bu kararında, tarafların isteği üzerine evliliğin devam etmesine bir engel bulunmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, cinsiyet değişikliğinin tescil edilmesini ve tarafların evliliğin devam etmesini istemelerindeki çıkarları ile var olan hayat ortaklığının korunmasını, evlilik kurumunun korunmasındaki kamu çıkarından daha üstün olduğunu kabul etmiştir (Bkz. LÜCHINGER, Adolf, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 2. Aufl., Basel/Genf/München, 2003 (Hrsg. HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas), Art. 104, N. 6). İsviçre öğretisinde St. Gallen Mahkemesi'nin görüşü, özellikle, kanundaki evliliğin hükümsüzlüğü hallerinin sınırlı sayıda olup, genişletilemeyeceği, bunlar arasında evlenmeden sonra cinsiyet değişikliğine yer verilmediği gerekçesiyle isabetli bulunmuştur. Evlenmenin geçerli olarak kurulmasından sonra ortaya çıkan durumlar, en fazla boşanma sebebi oluşturmaz. Dolayısıyla boşanma davası açılmadığı sürece, cinsiyet değişikliği sonucu evlilik aynı cinsten kişiler arasında devam etmesine rağmen geçerli kalır. (LÜCHINGER, BaslerKomm., Art. 104, N. 6).

³⁶ AYAN, s. 154.

Türk Medenî Kanunu'nun 174'üncü maddesi maddi ve manevi tazminat talebini hükme bağlamıştır. İlgili maddenin birinci fıkrasına göre, boşanma dolayısıyla mevcut veya beklenen menfaatleri zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan maddi tazminat isteyebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında manevi tazminat talebi düzenlenmiştir. Buna göre, boşanma dolayısıyla kişilik hakları saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan, manevi tazminat talebinde bulunabilir. Her iki fıkradan da anlaşıldığı üzere, kendisinden maddi veya manevi tazminat talep edilecek eşin boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu olması gerekir.

Cinsiyet değişikliğinde, cinsiyet değiştiren eş bunu gerçek kişiliğini bulabilmek ihtiyacı ve baskısı altında yaptığından, bir başka ifadeyle cinsiyet değişikliğinin tıbbî bir zorunluluk arz etmesinden dolayı, cinsiyet değiştireceği için evlilik birliğini sona erdiren eşin kusurlu olduğu söylenemez. Dolayısıyla diğer eş, cinsiyet değiştirmek için evlilik birliğini sona erdiren eşten, bu gerekçeye dayanarak maddi ve manevi tazminat talep edemez.³⁷

Türk Medenî Kanunu'nun 175'inci maddesine göre, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan taraf, kusuru daha ağır olmamak şartıyla, geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında nafaka isteyebilir. Burada nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz. Şu halde, cinsiyet değiştireceği için evlilik birliğini sona erdiren kişi, 175/I'inci maddede öngörülen şartlar gerçekleşmişse, kusur şartı aranmadığından kusursuz olmasına rağmen yoksulluk nafakası ödemekle yükümlü olur.

b) Çocuklar Yönünden Etkisi

aa) Velâyet Hakkı Bakımından

Türk Medenî Kanunu'nun cinsiyet değişikliğine ilişkin maddesinde velayet hakkının kime verileceği hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu itibarla mesele, boşanmanın genel sonuçlarını düzenleyen hükümlerinden hareketle çözüme kavuşturulmalıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 182/I'inci maddesinde hâkimin boşanma veya ayrılığa karar verirken, velâyet hakkını kime bırakacağını da hükme bağlayacağı öngörülmüştür. Velâyetin kime verileceği hususunda

³⁷ WILL/ÖZTAN, s. 256; GÜVEN, s. 72; TEKİN, s. 111.

hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim, velâyet hakkı hususunda karar verirken, öncelikli olarak ana babanın değil, çocuğun yararını göz önünde tutar.³⁸

Velâyet hakkının kime verileceği hususunda ana veya babanın öncelik hakkı olmayıp, her ikisi de eşit durumda olduğu gibi³⁹, cinsiyet değiştirmek isteyen eş ile diğer eş de eşit durumdadır. Eğer cinsiyet değiştiren eş, istikrarlı bir hayat sürdürüyor, çocuğa gereken özeni ve dikkati gösteriyor, oturduğu çevre çocuğun gelişimine uygun ve çocuk da cinsiyet değiştiren tarafın yanında kalmak istiyorsa, hâkim, çocuğun velâyet hakkını bu kişiye bırakmalıdır. Böylece çocuğun yararı şartı da sağlanmış olur.⁴⁰

Güven'e göre, velâyetin temeli tabii soybağı ilişkisine dayanır. Bu itibarla biyolojik babası veya anası olduğu konusunda şüphe bulunmayan kimselerin cinsiyet değiştirmesi halinde dahi soybağı ilişkisi ortadan kalkmayacağından, cinsiyet değiştiren tarafa velâyet hakkının bırakılmasına bir engel bulunmamaktadır.⁴¹

Zevkliler'e göre ise, hâkim velâyet hakkını transseksüel tarafa vermemelidir. Çünkü bir çocuğun ana veya baba diye hitap ettiği bir kişinin daha sonra karşısına farklı bir cinsiyetle çıkması, onu bunalıma götürebilir.⁴²

Belirtmek gerekir ki velâyet hakkının tayininde temel kriter çocuğun yararı olmakla birlikte, hâkim, somut olaydaki diğer unsurları da, örneğin ana ve babanın ekonomik, sosyal, psikolojik durumunu göz önünde tutarak karar vermelidir. Çocuğa maddi, manevi yakınlık gösteren, sevecen, sakin, çocuk psikolojisinden anlayan, mesleğinde

³⁸ ÖZTAN, s. 466; WILL/ÖZTAN, s. 257; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 137; GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara, 2008, s. 1156; GÜVEN, s. 73.

³⁹ ÖZTAN, s. 465.

⁴⁰ KAYA, s. 85. Yargıtay, 21.06.1982 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, eşcinsellik gibi hastalık derecesine varan bir hastalığı bulunan kadına kız çocuğunun velayetinin verilmesi onun geleceğini tehlikeye düşüren bir durum doğurabileceğine ve b itibarla çocuğun babanın velayetine bırakılmasına hükmetmiştir. Yargıtay'a göre, velayet düzenlenirken çocuğun sadece o andaki değil, gelecekteki yararlarının korunması da gözönünde tutulmalıdır (Y.2. HD., 21.06.1982 T., 5077 E., 5531 K., Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

⁴¹ GÜVEN, s. 73.

⁴² ZEVLİLER, s. 279.

başarılı, toplumla barışık bir yapıda olan cinsiyet değiştirmiş tarafa velâyetin bırakılması, bu özellikleri taşımayan tarafa velâyetin bırakılmasından daha çok çocuğun yararına olacaktır.⁴³

Netice itibariyle, cinsiyet değiştirmiş olan ana, babaya farklı işlem yapılmamalıdır. Bu durumdan bağımsız olarak, çocuğun lehine ve aleyhine mevcut bütün durumlar büyük bir dikkatle ve tarafsız olarak değerlendirilmeli ve çocuğun isteği de dikkate alınarak velâyetin kime verileceği hususunda karar verilmelidir.⁴⁴

bb) Çocukla Velâyet Hakkı Kendisine Bırakılmayan Taraf Arasındaki Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi Bakımından

Türk Medenî Kanunu'nun 182/II'nci maddesine göre, velâyet hakkı kendisine bırakılmayan eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde de yine çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas alınır. Çocukla kişisel ilişki kurulması, çocuk bakımından sakıncalı sonuçlar doğuracaksa, böyle bir ilişkinin kurulması reddedilmelidir.⁴⁵

Velâyet hakkında olduğu gibi, çocuk ile velâyet hakkı kendisine bırakılmayan eş arasındaki kişisel ilişki düzenlenirken de, cinsiyet değiştiren eş ile diğer eş farklı muameleye tabi tutulmamalıdır. Cinsiyet değiştiren kimseyi, sırf cinsiyet değiştirdiği için çocuğunu görmekten mahrum etmenin hakkaniyetle bağdaşmayacağı belirtilmiştir.⁴⁶ Bu durumdan bağımsız olarak, çocuğun yararı göz önünde bulundurulmak suretiyle çocukla kişisel ilişki düzenlenmelidir.

SONUÇ

Türk Medenî Kanunu'nun 40'ıncı maddesine göre, cinsiyet değişikliği ameliyatı olabilmek için gerekli şartlara sahip olan ve durumunu resmî sağlık kurulu raporuyla belgeleyebilen kişi, hâkimden izin alabilecektir. Ameliyat sonrasında gerçekleştirilen operasyonun sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkeme nüfus siciline gerekli düzeltmenin yapılması yönünde karar verir.

⁴³ GÜVEN, s. 74.

⁴⁴ WILL/OZTAN, s. 263.

⁴⁵ ÖZTAN, s. 470; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 139; GENÇCAN, s. 1224.

⁴⁶ GÜVEN, s. 74; TEKİN, s. 112.

Kanunkoyucunun, cinsiyet değişikliğine izin için mahkemeye başvuracak kişinin sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olması şartını öngörmüş olması, 40'ıncı maddenin uygulama alanını oldukça sınırlamıştır. Üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olma halinin, ameliyattan önce izin aşamasında aranması, üreme yeteneğine sahip olma ihtimali bulunan transseksüelleri hükmün uygulama alanı dışında bırakmıştır. Esasında transseksüel yapıda olan kişiler, biyolojik bakımdan üreme yeteneğine sahip olsalar da, kendilerini ruhen bütünüyle karşı cinsten kabul ettiklerinden, bu kişilerle karşı cins arasında psişik bir üreme engeli mevcuttur. Bu durumda cinsiyet değişikliği ameliyatı tek ve nihai tedavi yolu olan transseksüelleri göz ardı ederek, onları ruhsal bakımdan çelişki içinde yaşamak zorunda bırakmak yerine, maddede geçen *"sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olma"* halini geniş bir şekilde anlamlandırarak, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartını sadece biyolojik olarak üreme yeteneğinden yoksun olanları değil, biyolojik olarak üreme yeteneğine sahipken, karşı cinsle cinsi münasebet kurması söz konusu olmayan, bu nedenle üremesi imkânsız olan, psişik üreme engeli olan kişileri de kapsamı içine aldığını kabul etmek daha yerinde bir çözüm olur.⁴⁷

Türk Medenî Kanunu'nun 40'ıncı maddesinde, önceki Medenî Kanun'un 29/II'nci maddesinin aksine evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerine izin verilmemiştir. Kanun'un bu hükmüne rağmen, evli bir kişinin cinsiyetini değiştirmesi durumunda, evliliğin kendiliğinden sona erdiğini kabul etmek, Medenî Kanun'un sistemine uygun değildir. Bu sebeple, böyle bir durumda, evliliğin sürdüğü, ancak diğer eşin boşanma davası açabileceği sonucuna varılmalıdır.

Transseksüel yapıda olan biri için cinsiyet değişikliği tıbbî bir zorunluluk arz ettiğinden, cinsiyet değiştireceği için evlilik birliğini sona erdiren eşin kusurlu olduğu söylenemez. Dolayısıyla diğer eş, cinsiyet değiştirmek için evlilik birliğini sona erdiren eşten, bu gerekçeye dayanarak maddî ve manevî tazminat talebinde bulunamaz. Diğer taraftan çocuğun velâyet hakkının tayininde ve çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesinde cinsiyet değiştiren eş ile diğer eş arasında bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmayıp, her ikisi de eşit durumda bulunurlar.

⁴⁷ SAĞLAM, s. 467-468

KAYNAKLAR

- AKINTÜRK, Turgut; Türk Medenî Hukuku, C. II Aile Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2008.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut; Türk Medenî Hukuku, C. I Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 2007.
- ATAMER, Yeşim; “Transseksüellerin Türk Hukukundaki Durumu”, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/> (E. T.: 14.09.2012).
- AYAN, Serkan; Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara, 2004.
- BAFRA, Jale; “Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbî ve Hukukî Sorunlar”, Adli Tıp Dergisi, C. 1, 2004, s. 47-54.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper; Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan; Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2011.
- FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi; Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1986.
- GENÇCAN, Ömer Uğur; Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara, 2008.
- GÜLMÜŞ, Ömer; Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarındaki Hukukî Sorunlar (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002.
- GÜVEN, Kudret; “Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, GÜHFD, C. 1, Sy. 1, 1997, s. 57-95.
- HATEMİ, Hüseyin; Gerçek Kişiler Hukuku Kısa Ders Kitabı, İstanbul, 2005.
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona; Aile Hukuku, İstanbul, 1993.
- HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter; Grundriss des Eherechts, 4. Auflage, Bern, 2000.
- KAYA, Murat; “Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, Mecmua, Ankara, 2008, s. 53-89.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava

Açabilir mi? (Fransız, Alman, İsviçre, İsveç Hukukları İle Mukayeseli), İstanbul, 1986.

LÜCHINGER, Adolf; Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 2. Auflage, Basel/Genf/München, 2003 (Hrsg. HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas).

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004.

ÖZTÜREL, Adnan; *"Transseksüalizm ile Hermafrodizimde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkeklenen Kadınlar, İki Cinsliler)"*, AÜHFD., C. 37, Sy. 1-4, 1980, s. 253-292.

SAĞLAM, İpek; *"Türk Medenî Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme"*, AÜEHFD., C. VIII, Sy. 3-4, 2004, s. 455-489.

TEKİN, Nurullah; *"Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukukî Açısından Değerlendirilmesi"*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sy. 39, 2009, s. 97-114.

WILL, Michael R./ÖZTAN, Bilge; *"Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı -Transseksüellerin Hukukî Durumu-"*, AHFD., C. 43, Sy. 1-4, s. 227-268.

ZEVLİLİLER, Aydın; *"Medenî Kanun ve Cinsiyet Kargaşası"*, TBBD, Sy. 2, 1988, s. 258-285.

ZEVLİLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre; *Medenî Hukuk*, 6. Bası, Ankara, 2000.

İçtihat Programı:

Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası