

## CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ VE HUKUKÎ SONUÇLARI

**Prof. Dr. Kudret GÜVEN\***

### **I. Genel Olarak**

Teknolojik gelişmeler, insanoğlunun kendi iradesi ile şekillendirdiği yaşam tarzının, ihtiyaca uygun olarak daha kolay ve belli bir kalitede yaşanılır hale getirilmesini amaç edinir. Ferdin rahat ve huzurunun emrinde olan teknoloji, bir taraftan ekonomik, sosyal, hatta siyasi gelişimi ve katılımı sağlayacak şekilde, onun istek ve fantazilerine cevap verirken, diğer taraftan bizzat şahsı ile doğrudan ilgili, kişisel isteklerini gerçekleştirmeye gayret gösterir. Bu suretle teknoloji sayesinde insan hayatı kolaylaşmakta, zaman tasarrufu sağlanmakta, insanların sosyal ve fikri yeteneklerini geliştirebilmeleri için olanak yaratılmaktadır. İnsan cinsi tükenmedikçe ve insan akli durmadıkça, teknoloji daima ileride bir, noktayı hedefleyecek, gelişmelere nokta koymak söz konusu olmayacaktır.

Teknolojik gelişmelerin önemli bir bölümü doğrudan doğruya insanı, insan vücudunu ve sağlığını konu edinen tıp dalında yaşanmaktadır.

Tıp bilimi, çağdaş görünümü ile, neredeyse doğa ile yarışmakta, imkansız mümkün kılacak şekilde yeni tedavi, müdahale ve ameliyat yöntemleri ile insan sağlığı alanında harikalar yaratmaktadır.

Tıp bilimi bakımından insanın yaşatılması kuşkusuz ilk ve temel, fakat tek amaç değildir. Zira, biyolojik yaşamın ötesinde insanın kendi istediği fiziki ve ruhi koşullarda yaşamasına yardımcı olmak da tıbbın amaçları arasında yer almakta olup, bu nedenle bugün plastik cerrahi, insanın bedeni ve psikolojik sağlığı arasında geçiş sağlayacak şekilde, kendisini daha güzel, daha iyi, daha sağlıklı hissetmeleri için onun emrine sokulmuştur. İnsan bundan böyle doğduğu gibi değil, görmek ve görünmek istediği biçimde yaşama şansına kavuşturulmuştur. Asıl olan sadece biyolojik yaşamın uzatılması değil, yaşamda kalitenin yükseltilmesidir.

Tıbbın, ferdin değişiklik isteğini sadece dış görünüşüne ilişkin ve genellikle estetik endişelere de bağlamadığı görülür. Çocuk daha anne karnında iken genetik testlere tabi tutulmakta, cenindeki anomalilerin daha bu dönemde teşhis ve tedavisi yollarına başvurulabilmektedir. Çocuğun anne ve babasından aldığı olumsuz genetik faktörleri taşımasına, fatalist bir yaklaşımla izin verilmemekte, doğasında sağlıklı olacağı aşık olan çocuğa, sağlıklı olma şansı verilmektedir. Giderilmesi mümkün olmayan bozukluklar ise kürtaj için haklı sebep sayılmakta, böylece şöyle veya böyle anne babanın sağlıklı çocuk sahibi olma yolundaki iradesi değerlendirilmiş olmaktadır.

---

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Sıra cinsel kimlik arayışları ve cinsiyet değişikliğine geldiğinde benzer değerlendirmelerin yapılması; tıbben olmamakla beraber, hukuken bazı zorluklar göstermektedir. Gerek uygulamada ve gerekse teoride kabul gören görüşler çerçevesinde yasa koyucunun bu konudaki yasalastırma faaliyetini ağırdan almasından da anlaşılacağı üzere, cinsiyet değiştirmenin kavram olarak kabulü ve buna hüküm ve sonuç bağlaması kolay olmamıştır. 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile Medeni Kanun'un 29.md. ne ikinci fıkra eklenmek suretiyle yasal düzeyde ele alınan cinsiyet değiştirme, söz konusu fıkranın kaleme alınış tarzından da kaynaklanan sebeplerle tam anlamıyla açıklığa kavuşturulmamış olduğundan, bizce hala enteresan ve incelemeye muhtaç görülmektedir.

## **II. Cinsiyet Değiştirme Kavramı**

Cinsiyet değiştirme, hukukun ilgisini çeken bir kavram olmanın yanı sıra, tıbbi bir kavram olduğundan öncelikle bu bilim dalı itibarıyla anlamlandırılması gerekir. Zira cinsiyet değiştirmenin şart ve unsurlarının tıbbi açıdan belirlenmesi bu tür müdahalelere hüküm ve sonuç bağlamada bir ön koşul olarak önem taşımaktadır. Kanımızca cinsiyet değiştirmenin ahlaki ve hukuki boyutlarıyla ele alınması, cinsiyet değiştirmenin veya değiştirmeye yol açan psikolojik, anatomik ve fizyolojik sebeplerin ve bunlardan kaynaklanan bireysel tercih ve davranışların tıbbi açıdan değerlendirilmesi suretiyle sabit bir zemine oturtulmuş olacaktır. Cinsiyet değiştirme şeklinde ortaya çıkan fert iradesinin bir hastalık olup olmadığı, hastalık ise psikiyatrik veya fizyonomik bir hastalık sayılıp sayılmayacağı ve tedavisinin mümkün olup olmadığı, cinsiyet değiştirme yolundaki tıbbi müdahalenin tek ve nihai çözüm ve tedavi yöntemi olup olmadığı, tıbbi veriler ışığında cevaplandırılacak sorulardır. Durum böyle ise cinsiyet değiştirmeyi ahlaki endişelerle reddeden veya en azından istisnai bazı hallerde uygulanmasını önermek suretiyle daraltan görüşlerin savunulması zorluk taşıyacaktır.

### **1. Cinsiyet Değiştirme Duygusu (Transseksüellik) Bir Hastalık mıdır?**

Transseksüellik, psikiyatrik literatürde, cinsel kimlik bozuklukları (gender identity disorders) veya psikoseksüel bozukluklar (psycho-sexual disorders) adı altında incelenen psikiyatrik vakalar arasında sayılmıştır.<sup>49</sup> Transseksüel-

<sup>49</sup> Bkz. Kaplan, H. - Sedock, B.: Modern Synopsis of Psychiatry. III, 3<sup>rd</sup> Ed. London 1983, Chap. 22, s. 544. vd; Goldmann, H.H. : General Psychiatry, 2. Ed. California. 1988, Chap. 37, s.442. vd; Amerikan Psikiyatri Birliği - DSM - III, R.3<sup>rd</sup> . Ed. Ankara. 1991 ( Çev. Köroğlu, E.) s.73 vd; Kolb - Brodie. Modern Clinical Psychiatry. 10<sup>th</sup> Ed, s.524 vd; Canlı örneklerden biri olan Ezgi için bkz. Aktüel 1993, s.107, s.56-60

lik, ergenliğe ulaşmış bir kimsenin, belirlenen cinsiyeti ile ilgili olarak ısrarlı rahatsızlığı ve uygunsuzluğu konusundaki duygudur<sup>50</sup>.

#### **A. Transseksüellikte klinik tanı şu koşullarda koyulmaktadır**

a. Kişinin saptanan cinsiyeti (anatomik seks) hakkında sürekli bir rahatsızlık duyması ve bunun kendisine uygun olmadığı duygusunu aşması hali aranır. Hastada karşı cinsiyetin kendisini takip ve istila ettiği inancı hakimdir<sup>51</sup>.

b. En az 2 yıl süreli olarak kişinin birincil ve ikincil cinsiyeti karakterlerinden kurtulma ve diğer cinsin cinsiyet karakterlerini kazanma üzerine sürekli kafa yorması ve bu konuda girişimlerde bulunması gerekir.

c. Kişinin erginlik dönemine (puberto) girmiş bulunması şarttır.

d. Fiziksel interseks veya genetik anormalliklerin bulunmaması şartı aranılır.

e. Bu halin skizofreni gibi başka ruhsal bozukluklardan kaynaklanmaması asıldır.

#### **B. Transseksüellik diğer cinsel kimlik bozukluklarından farklıdır**

a. Erginlik dönemine girilmediği bir aşamada görülen cinsel kimlik bozuklukları transseksüellik kavramına dahil edilmez. Şöyle ki, çocukluk çağında;

aa. Kişinin saptanan cinsiyeti hakkında sürekli rahatsızlık duyması ve bunun uygun olmadığı duygusuna kapılma,

bb. Düşlemsel olarak yada gerçekten, ancak cinsel arayış içinde olmadan diğer cinsin rolünde sürekli yada tekrarlanan biçimde aykırı giyimi (cross dressing) seçme,

cc. En az iki yıl süreli olarak birincil ve ikincil cinsiyet karakterlerini kazanma üzerine sürekli kafa yoruyor olmaması halinde cinsel kimlik bozukluğu, transseksüel olmayan bozukluklar tiplerine girmektedir.

---

<sup>50</sup> Gelder, M.- Gath, D.- Mayou, R. : Oxford Textbook of Psychiatry.1989. s. 590; Kolb Brodie. age. s.524; Goldmann, H.H. age. s.443; Çifter, İ.: Psikiyatri. Ankara.1990, s.555.

<sup>51</sup> Öztürel, A.: Transseksüalizm ve Hermafrodizmde Yasal, Tıpsal ve Adli Problemler. AHFD.1981, C.37, S.1-4, s.263

b. Cinsel kimlik bozukluklarından olup da transseksüel sayılmayan bir başka hal transvestiktir. Transvestizm, tarih boyunca transseksüellik ile karıştırılmıştır.<sup>52</sup> Oysa travestlik tanısı koyabilmek için;

aa. En az 6 aylık süre boyunca, heteroseksüel bir erkekte aykırı giyim (cross dressing) ile ilgili tekrarlanan yoğun cinsel dürtülerin ve cinsel yönden uyarıcı fantazilerin olması,

bb. Kişinin bu dürtülerine göre davranışı ya da bunlardan dolayı belli bir sıkıntı duyması,

cc. Erginlik veya erginlik öncesi cinsel kimlik bozukluğu veya transseksüelliğin tam ölçülerini karşılamaması,

dd. Cinsel organlardan kurtulma eğiliminin bulunmaması, tersine genital organlara bir mutluluk aracı olarak bakması şartı aranmaktadır. Transseksüel ise bundan farklı olarak cinsiyet organına nefretle sırtını dönmektedir.<sup>53</sup>

Transvestlik, karşı cinse ait giysileri giymek yada karşı cinsin kimi özelliklerini benimseyerek doyuma ulaşma sapkınlığıdır<sup>54</sup>. Bunlarda karmaşık ve her iki cinse ait özdeşlikler vardır. Girdiği cinsel ilişkide kendini bazen kadın, bazen erkek rolünde düşleyebilir. Bunlardan çoğu, eşcinsel değildir. Roma İmparatoru Kaligula'nın transvest olduğu, ünlü şövalye D'Eon'un yaşamının 49 yılını erkek, 34 yılını kadın olarak geçirdiği bilinen olaylardır<sup>55</sup>.

### C. Transseksüel Yaşamın Belirgin Ortak Özellikleri

a. Bazı uzmanların transseksüelliği, genetik, hormonal ve merkezi sinir sistemine bağlı faktörlerle değerlendirme girişimleri olmuşsa da bunların kesin olarak kanıtlanamadığı görülmüştür.<sup>56</sup> Bugün bilinen tek ortak biyolojik göstergenin, transseksüel erkeklerin güzel ve nazik olmaları, erkek çocuklardan güzel olanlarda bu tür eğilimlere sıklıkla rastlandığı belirtilmekte, böylece transseksüelliğin fizyolojik veya nöro-tik değil, psikolojik bir hastalık olduğu vurgulanmaktadır.

#### aa. Cinsel Aktivite

Transseksüellikte tek tip cinsel aktivite yoktur, farklı şekillerde ortaya çıkan cinsel tercihlere sahip transseksüellere rastlanmaktadır. Şu halde cinsel aktivite de transseksüelliği belirleyici bir faktör değildir. Nitekim transseksüel, aseksüel olabilir; yani hiçbir partnerle deneyimi olmayabilir veya

<sup>52</sup> Öztürel, A.: Transseksüalizm ve Hermafrodizimde Yasal, Tıpsal ve Adli Problemler. AHFD.1980, C.37, S.1-4, s.462

<sup>53</sup> Gelder, M. - Gath, D.- Mayou, R. age, s.591

<sup>54</sup> Ankaç, A.: Ruh Sağlığı ve Davranış Bozuklukları. Ankara, 1992, s.45

<sup>55</sup> Morce, B.: Cinsel Sapıklıklar. İstanbul 1987. Kıtış Yayınlan, s.159

<sup>56</sup> Kaplan, H. - Sadock, B. age. s. 545

transseksüel homoseksüel ya da heteroseksüel ilişkiler içinde olabilir. Ancak homoseksüel ilişkide dahi kendisini kadın gibi hisseder<sup>57</sup>. Tipik homoseksüeli transseksüelden ayıran unsur, homoseksüelin başka homoseksüelleri çekmek için kadın gibi giyinmelerine karşın, transseksüellerin kendilerini kadın gibi hissettikleri için böyle giyinmeleridir<sup>58</sup>. Cinselliği konusunda hiçbir kayda rastlanmayan transseksüeller de bulunmaktadır.

### **bb. Sosyal Aktivite**

Transseksüellik sadece psikolojik ve cinsel problemlere değil, çeşitli sosyal problemlere de yol açan bir çarpıklıktır. Bu sorunlar özellikle transseksüelin diğer cinsiyetin bir elemanı olarak yaşamaya başlamasıyla birlikte ortaya çıkmaktadır<sup>59</sup>. Pek çok hastanın depresyona girdiği bilinmektedir, zira cinsel yönelmedeki karışıklıktan genellikle sosyal izolasyon doğar. Mimlenmiş olmaktan dolayı intihar girişimleri ise yaygın ve çok rastlanan olaylardır. Suç işleme eğiliminde artma ve alkolizm sıkça gözlemlenir. Ereksiyondan çok korkar ve cinsel organlarının göze çarpmasını istemezler<sup>60</sup>. Bu nedenle kıyafet ve model değişikliği yaparlar. Cinsiyetlerini değiştirmek için her türlü bilimsel çalışma ve cerrahi girişimlere izin verirler. Cinsiyet değiştirme isteği obsessif bir nitelik taşır. Dış genital organların değiştirilmesi, bilhassa kadın olmak isteyenlerce arzu edilmektedir<sup>61</sup>. Bu olaylarda en çok istenen şey, dış genital organlara müdahale yapılması, tam bir dişilik yapısına sahip olma isteği, kastrasyon yapılması, penisin kesilmesi, torbaların ameliyatla alınması, artifisiyel bir vajina meydana getirilmesidir. Dünyada ilk defa erkek cinsiyet organı çıkarılan ve yerine yapay bir vajina yapılan George adındaki bir hastaya "Christine" adının verilmesi bu ameliyatlara "Christine ameliyatı" denilmesine neden olmuştur. Tıbben bu yolu gerçekleştiremeyenlerin ise kendi kendilerini iğdiş etme, penis kesme gibi girişimlerde buldukları üzücü olaylara rastlanmaktadır.

## **2. Tedavi Aracı Olarak Tıbbi Müdahale**

Erişkinliğe geçişte ve yaş küçüklüğünde, örneğin erkek çocuklarda dişilik gelişmesi gibi 5-6 yaşlarında ortaya çıkan cinsel kimlik bozukluklarının basit psikoterapi, inspirasyon analitik, psikodrem metotlarla durdurulabileceği konusunda tıp, iyimser görünmektedir<sup>62</sup>.

Zira transseksüelliğin esasen psikolojik bir bozukluk ve bu tip hastaları rasyonel tedavi tarzının psikoterapi olduğu, bu nedenle sağlıklı olan

<sup>57</sup> Çifter, İ.: age. s.555

<sup>58</sup> Gelder, M.- Gath, D.- Mayou, R. age. s.591

<sup>59</sup> Goldman, H.H. age. s.443

<sup>60</sup> Çifter, İ. age.. s.443

<sup>61</sup> Öztürel, A. agm. I. agm. s.487

<sup>62</sup> Kaplan, H- Sadock, B. age. 545; Öztürel, A. agm. I. s. 488

bedenler üzerinde tıbbi girişimlerde bulunmaktansa transseksüelin aklının tedavi edilmesi gerektiği zaman zaman vurgulanmaktadır<sup>63</sup>.

Ancak erişkin bir transseksüelin psikoterapi yolu ile tedavi edildiğine dair olumlu bir kayda rastlanmadığı, bu tip hastalarda cinsiyet değişikliği arzularına uymaktan başka doktorun yapabileceği bir şeyin bulunmadığı, yani transseksüalist oyunun içine girmek ve kişinin istekleri ile meşgul olarak onu mutlu etmenin, tedavinin en geçerli yolu olduğu açıkça ifade edilmektedir<sup>64</sup>. Diğer taraftan cinsiyet değiştirmenin yapıldığı çoğu erkek transseksüelde sonucun oldukça başarılı olduğu, hastaların uyumlu, istihdam edilebilen, başkalarıyla sosyal ilişkiler kurabilen kişilikler geliştirdikleri de sevindirici biçimde gözlenmiştir. Şu halde ameliyat kesin bir tedavi tarzı olarak değerlendirilmelidir.

Bir transseksüelin üç amacı vardır; bir kadın (veya erkek) görünümünü kazanmak, bir kadın (veya erkek) gibi yaşamak ve cinsel organını değiştirmek. Hastanın ilk yaptığı şey yaşam biçimini değiştirmektir. Belli bir süre boyunca hasta ameliyat talebinde ısrarlı ise, kendisine bu ameliyatın özelliğinin anlatılması, cerrahın bir erkekten kadın veya bir kadından erkek yapamayacağını izah etmek suretiyle ameliyatı yapılması gerektiği şeklinde bu tür müdahalelere ihtiyatla yanaşılmasını öneren tıp adamları da vardır<sup>65</sup>.

Transseksüelin cinsiyet değiştirmesi konusunda hangi görüş benimsenirse benimsensin, tıbbi bakımdan doğru olan şudur ki; yapılan hormonal tedavilerin, şimik veya biyolojik tedavilerin hepsi etkisiz kalmaktadır. Bu nedenle tıp, bu tip olaylara çoğunlukla seyirci kalmamakta, kalıcı ve geçerli bir tedavi yöntemi olarak ameliyatı benimsemektedir.

Konunun tıbbi açıdan kısa takdimi bu şekilde yapıldıktan sonra, "bir kimsenin 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 tespitini istemeyeceği" yolundaki mahkeme kararlarının<sup>66</sup> tıbbi veri, teşhis ve tedavi yöntemleriyle olan çelişkisi daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Yine aynı gerekçelerle tıp literatüründe dahi rastlanan ve "ruhsal ve sosyal nedenlere dayalı çok etkenli sorunlardan kaynaklanan cinsel kimlik karmaşasından ötürü sıkıntı içinde olan bu kişilere ameliyat uygulamak, acaba gerçekten bir yardım olmuş, onların sorunlarına çözüm getirmiş, onları sıkıntıdan kurtarabilmiş midir? şeklindeki kaygılara ve sorunu kısa yoldan bıçak aracılığıyla çözmeye olarak nitelendirdikleri

<sup>63</sup> Gelder, M- Gath, D- Mayou, R. age. s.592

<sup>64</sup> Öztürel, A. agm. I. s. 486; Kaplan, H- Sadock, B. age. s. 545; Goldmann, H.H. age. s. 445

<sup>65</sup> Gelder, M- Gath, D- Mayou, R. age. s.592

<sup>66</sup> Bülent Ersoy için verilen bir dizi kararın sonucusu olan Y. 2. HD. 27.3.86 t; 86/651; K: 86/3256 s. kararı için Bkz. YKD.1986, s.1112 vd.

ameliyatlara karşı olan görüşlere<sup>67</sup> katılmanın kolay olmadığını belirtmek isteriz. Yine bu tür ameliyatların sadece doğuştan çift cinsiyet organı taşıyan (erkek ve kadın) hünsalara (hermafroditlere) uygulanması, transseksüel önyargının bilimden ve hukuk alanından çıkarılması gereğini, ahlaki kaygılarla öneren hukukçu bilim adamlarına da<sup>68</sup> aynı nedenlerle hak veremiyoruz.

### **III. Hukuki Durum**

#### **1. 3444 s. Kanun'dan önce**

##### **A. Evlenmenin Kurucu Unsuru Olarak Cins Ayrılığı**

Türk Medeni Kanunun'da evlenme akdinin tanımı yapılmamış ise de doktrinde üzerinde birleşilen anlatımı ile<sup>69</sup> evlenme akdi, karşıt cinsten iki kişinin, yetkili memur huzurunda ve kanunun öngördüğü diğer şekli ve maddi koşulları gerçekleştirmek üzere ve aile birliğini oluşturmak amacı ile yaptıkları bir akittir. Evlenme akdi, evlilik birliğinin doğal yapısı itibariyle, taraflarının farklı cinsten (erkek ve kadın) olmasının şart koşulduğu, nişanlanma dahil iki akitten birisidir. Onun için farklı cinsiyete sahip olmayan iki kişinin, iki erkek veya iki kadının birbiriyle evlenmek istemeleri, evlendirme memuru tarafından reddedilmek zorundadır. Her nasılsa evlenme akdinin yapılmış olması halinde ise, nüfus kaydına göre taraflar arasında cins ayrılığının bulunmadığını belge üzerinden anlayan nüfus memuru, evlenmeyi nüfus kütüğüne işlemek ve durumu Cumhuriyet Savcılığı'na bildirmek zorundadır. (Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş Görev ve Çalışma Yönetmeliği, MD.117)<sup>70</sup> Böyle bir evlilik yok, ölü doğmuş sayılır. Hukuk alemine intikal etmemiş, hüküm ve sonuç doğurmamış, hiç meydana gelmemiştir.

Geçersizlik müeyyidesinin en ağır halini oluşturan yokluk, bir hukuki muamelenin teşekkül edebilmesi için şart kılınan kurucu (muhteva) unsurlarının, görünüş itibariyle bile meydana gelmediği hallerde söz konusu olur. Butlan ile aralarındaki temel fark da esasen bu noktada ortaya çıkar. Butlanda muamelenin meydana gelmesi için aranılan kurucu unsurlar tamamlanmış, fakat hukuk düzeni, bu muhteva ile kurulan hukuki muameleye uygun sonuçların bağlanmasını kesinlikle reddetmektedir<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Koptagel, G.İ.: Eşcinsellik, Bıçaklı Çözüm ve AIDS. Cumhuriyet. 27.3.1993

<sup>68</sup> Hatemi, H- Serozan, R. : Aile Hukuku. İstanbul.1963, s.105

<sup>69</sup> Benzer tanımlar için Bkz. Öztan, B.: Aile Hukuku. Ankara. 1979, s.60; Feyzioğlu, F. Aile Hukuku. İstanbul. 1986, s. 83; Tekinay, S.S. İstanbul. 1990, s. 63; Zevkliler, A.: Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku. Ankara. 1992, s. 681; Hatemi, H., Serozan, R. age. S. 72 vd.

<sup>70</sup> Bkz. 3.4.1977 t. ve 15926 S.ı RG.

<sup>71</sup> Tekinay, S. S- Akırrıan, S- Burcuoğlu, H- Altop. Borçlar Hukuku, Genel. Hükümler. İstanbul.1993, s. 378.

Buna karşın yokluk, bir hukuki muamelenin kurucu unsurlarının bulunmaması haline bağlanan bir müeyyidedir.

Butlan, akdin kurucu unsurlarında değil, geçerlilik unsurlarındaki eksiklikten dolayı, yani hukuka aykırılık nedeni ile ortaya çıkar. Kurucu unsurlar akdi kurar, geçerlilik unsurları ise kurulmuş bir akdin geçerli hukuki sonuçlar doğurmasını sağlar<sup>72</sup>.

Cinsiyet ayrılığının evlenme akdinin kurucu unsurlarından olduğu ve akdin yapıldığı anda varolması gerektiği konusunda tereddüt yoktur<sup>73</sup>. Bu sebeple evlenme akdi yapılmadan önce vaki bir cinsiyet değişikliğinden sonra, tespit ve tescil edilmiş cinsiyetine göre erkek veya kadın olan bir kimsenin, karşıt cinsten birisi ile yapacağı evliliğin geçerliliğinden şüphe edilemez. Ancak transseksüelliğin diğer taraftan gizlenmiş olması halinde hile veya sonradan öğrenilmesi halinde vasıfta hata söz konusu olup evliliğin iptali mümkündür. (MK. MD. 116, 117)<sup>74</sup>

## **B. Evlenmeden Sonra Meydana Gelen Cinsiyet Değişikliği**

Evlenme akdi gerek kurucu, gerekse geçerlilik şartlarını taşımak suretiyle yapıldıktan sonra, taraflardan birinde meydana gelen cinsiyet değişikliği ve taraflar arasındaki cinsiyet farkının ortadan kalkması halleri, 3444 s. Kanun ile MK.29.md. ne eklenen II. fıkrasının pozitif hukuk alanına intikalinden önce de gerek yargıyı, gerekse doktrini uzun süre meşgul etmiştir.

Eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi suretiyle aralarındaki cinsiyet farkının kalmaması halinde, evliliğin hukuki geleceği ile ilgili çeşitli ihtimaller üzerinde durulmuş ve konu genel hükümler çerçevesinde tartışılarak, belli çözüm yolları aranmıştır. Şöyle ki;

a. Bu konuda ilk olarak, eşlerin sonradan aynı cinsten iki kişi haline gelmelerinin, evliliğin yokluğu sonucunu doğurup doğurmayacağı konusu üzerinde durulmuştur. Bu değişikliğin tam olarak doğmuş bir akdin yokluğunu, yani hiç doğmadığını iddiaya yeterli olamayacağını kabul eden hukukçular olduğu gibi<sup>75</sup> yokluk müeyyidesinin cinsiyet farkının kaybindan sonraki döneme (ex nunc) sari olacağı biçimde, bu tarihten itibaren başlatılması gerektiği görüşünü savunanlar da olmuştur. Bu görüş taraftarlarına göre<sup>76</sup> evlenme akdi yapıldıktan sonra, herhangi bir nedenle

<sup>72</sup> Eren, F.: Borçlar Hukuku. Genel Hükümler. C.1. s. 403

<sup>73</sup> Feyzioğlu, F. age. s. 96; Hatemi, H., Serozan, R. age. s. 84

<sup>74</sup> Feyzioğlu, F. age. s. 96

<sup>75</sup> BGH NJW 1972, 1131

<sup>76</sup> Öztan, B. age. S. 179, dn. 1. de ifade olunan görüşün, yokluk müeyyidesinin hukuki anlam ve özellikleriyle bağdaşmadığı söylenebilir. Zira yokluk, bir hukuki muamelenin kuruluşu safhasında, kurucu unsurlardaki eksikliklerden kaynaklanır. Muamele bir defa meydana gelmiş ise sonradan ortaya çıkan sebeplerle ex nunc

cinsiyet farkının ortadan kalkması halinde evlilik, bu durumun ortaya çıkışına kadar geçerli, fakat ileriye şamil olmak üzere yok evlilik haline gelecektir.

b. İkinci bir görüş olarak cinsiyet değiştirmenin vasıfta hata nedeniyle evlenmenin nispi butlanla iptali sebebi sayılıp sayılmayacağı ihtimali gündeme getirilmiş ise de, nispi butlan sebeplerinin evlenme akdinin yapıldığı sırada var olması şartıyla evliliğin iptaline imkan vereceği gerekçesiyle, iptalin düşünülemediği, haklı olarak ifade olunmuştur<sup>77</sup>.

Biz de bu görüşe katılmakla beraber cinsiyet değiştirmeye önemli ölçüde zemin hazırlayan (erkek ve kadın hünsa) hermafroditler bakımından farklı düşünmek gerektiğini belirtmek isteriz. Zira hermafroditizm evlilik öncesi, hatta doğuştan var olan bir hilkat garabetidir. Kişinin fiziki görüntüsünde belirgin ve dıştan gözlemlenebilir bir aksaklık olmamakla beraber, cinsel organ itibarıyla çift cinsiyete sahip olma anlamına gelen hermafroditizm, evlenme tarihine kadar gizlenebilir. Hermafroditlerde psikolojik arazlar bulunmadığından genellikle doğum-la belirlenen resmi cinsiyet karakterine bürünürler bu nedenle de kolay anlaşılabilirler. Evlenme ile birlikte öğrenilen bir hermafroditizm, şahsın vasfında hata veya şartları varsa hile sebebiyle nispi butlan iddiasını haklı göstermelidir<sup>78</sup>.

c. Evlenme akdinde geçersizlik sebepleri, örnekseme yoluyla (tadadi) değil sınırlı sayılı (tahdidi) olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle cinsiyet değiştirmenin evliliğin mutlak butlanı sebeplerinden sayılması yolundaki görüş de mümkün görülmemiştir<sup>79</sup>. Diğer taraftan mutlak butlan da nispi butlan gibi evlenme akdinin yapılması safhasında var olan sebeplere bağlı olarak ileri sürülebilir bir geçersizlik halini ifade eder. Halbuki sonradan meydana gelen cinsiyet değiştirme hali, mutlak butlan müeyyidesi ile açıklanamaz.

d. Cinsiyet değiştirmenin diğer tarafa boşanma hakkı verip vermediği sorunu da tartışılmıştır. 3444 s. ve 4.5.1988 t.li Kanun ile değiştirilmeden önceki hali ile cinsiyet değiştirmeyi, MK. 134. md. çerçevesinde bir

---

etkili feshinden bahsedilebilir, yoksa ex nunc etkili yokluk anlayışı yokluk kavramı ile çelişir. Yine bu dönemde cinsiyet değişikliği anında evliliğin sona erdiğini (yokluk tabirini kullanmamakla beraber) kabul etmek gerektiği yolundaki katılmadığımız görüşler için Bkz. Oğuzman, K., age. s. 103; Köprülü B- Kaneti, S. Aile Hukuku. İstanbul.1988, s. 65.

<sup>77</sup> Feyzioğlu, F. age. s. 96

<sup>78</sup> Hatemi, H- Serozan, R. age. s. 87; Nitekim Y. HGK. 18.1.1969 t. ve E: 67/2-835, K: 69/ 835/52 sayılı kararı ile kadınlık cinsiyet organının cinsel ilişkiyi imkansız kılacak nitelikte olması, eşin niteliğinde yanılma (hata) olarak nispi butlan sebebi teşkil ettiğini kabul etmiştir. (Bkz. Yazıcı, Atasoy. Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı. Ankara. 1970, s.173 )

<sup>79</sup> Feyzioğlu, F. age. s.97

geçimsizlik ya da haysiyetsizlik (MK. md. 131) nedenlerinden biri ile boşanma sebebi saymanın bir çözüm yolu sayılmayacağı ileri sürülmüştür<sup>80</sup>.

Cinsiyet değiştirmenin boşanma sebebi sayılıp sayılmayacağı sorunu, 3444 s. Kanun ile MK.29 md.ne eklenen ikinci fıkra ile evliliği sona erdiren özel bir sebep olarak düzenlendikten sonra, bugün dahi hâlâ incelemeye muhtaç görülmektedir. Zira, MK. 29/II, son cümlesi, "evliliğin, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte kendiliğinden son bulacağı" esasını öngörmekle, evliliğin sona erdirilmesi sebeplerine yeni bir sebep eklemiştir. Evliliği sona erdiren sui generis bir sebep olarak düzenlenen bu hal, aynı zamanda boşanma sebeplerinden birini (zina terk, cana kast ve fena muamele, haysiyetsiz hayat veya cürüm) oluşturur ise, kanımızca hakların yarışmasından bahsetmek mümkündür.

Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber cinsiyet değişikliği davasının eşlerden birisi tarafından açılabilmesi<sup>81</sup> görüşünden hareketle eşler, ihtiyari olarak iki davadan birisini açmak suretiyle evliliklerini sona erdirmeye hak sahibi görülmelidir. Her iki davanın da amacı evlilik birliğini ortadan kaldırmak olduğuna göre, kişiyi aynı amaca hizmet eden bir başka hukuki yola başvurmadan alıkoymanın kanımızca hukuki dayanağı yoktur. Eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi halinde, cinsiyet değişikliği davasını, evli ise eşine de husumet yöneltecek şekilde açma yetkisinin savcıya verilmesi anlayışının temelinde, tarafların bu davayı açmaması ihtimaline karşı tedbir alma ve her halükârda evliliği sona erdirmeye zarureti yatar. Zira tarafların dava açmaması halinde evliliğin aynı cinsten iki kişi arasında devamı, kamu düzeni ve genel ahlak gereği engellenmek istenmiştir. Yani fiili durumunu hukuki duruma uydurma iradesi bulunmayan bu kimselerin, cinsel kimliğini hukuken tespit ve değiştirme arzusu taşımaması, ancak sadece evliliklerini sona erdirmek istemeleri halinde, bu davanın dinlenmemesinde ne hukuki, ne de sosyal bir gerekçe bulunmadığı gibi, taraf yararı da söz konusu değildir. Kaldı ki cinsel değişime uğramış boşanan kimse, daha sonra da cinsiyet değişikliğini belgelemek suretiyle MK. md 29/II uyarınca dava açma hakkını yine kullanabilir. MK. md 29/II hükmü gereği açılacak dava, belli bir zamanaşımı süresine de bağlanmamış olduğundan "daha önce boşanma davası açmış eşin vakit kaybına uğrayacağı, dava hakkından bu sebeple yoksun kalacağı" şeklinde bir endişeye de gerek olmadığından, benimsediğimiz görüşün kabulü isabetli olur. Diğer taraftan cinsiyet değiştiren kimseye veya diğer eşe, sadece MK. md 29/II uyarınca dava açma olanağı tanımak, hak arama özgürlüğünün (Ana. Md. 36) hukuki dayanaktan yoksun biçimde sınırlandırılması anlamını taşır. Ayrıca MK. md 29/II uyarınca dava açma suretiyle evliliğin sona erdirilmesi halinde eşin yeni cinsiyete uygun olarak bazı maddi sonuçlardan kısmen veya tamamen kurtulması imkanı var iken<sup>82</sup> bu yolu seçmeyip

<sup>80</sup> Feyzioğlu, F. age. s.97

<sup>81</sup> Teinay, S. S. Age.s.114

<sup>82</sup> Yoksulluk nafakası bakımından Bkz.s.56 vd.

boşanma yoluyla eski cinsiyetine bağlı olarak maddi bakımdan daha ağır hukuki sonuçları göze alan kimsenin iyi niyetinin kabulü ile MK. md.2/II hükmü gereği hukuken korunması gerekir. Örneğin kadın olmuş bir transseksüel, yeni cinsiyeti dikkate alındığında sadece hali refahta ise, MK. md. 29/II ye göre sona eren evliliğindeki eski karısına nafaka vermek zorunda iken (MK. md 144)<sup>83</sup> boşanma halinde erkek kimliği ile mutlak surette yoksulluk nafakası ödeyecek olan kimsenin davasının dinlenmesi gerekir. Esasen bu sonuç, diğer eşin korunması anlayışının da bir gereği olarak savunulabilir. Kanımızca ahlak kuralları gereği ve evlilik müessesinin asli unsurları dikkate alınarak karşı çıkılması gereken husus, cinsiyet değiştirme nedeniyle aynı cinsiyete sahip olmuş karı ve kocanın, müşterek hayatlarını sürdürmelerine devam etmeleridir, yoksa tarafların evliliği sona erdirmeye iradelerinin MK. md 29/II normuna uydurulması zorunluluğu yükleyerek onlar tarafından açıklanan boşanma iradesi değil.

Diğer taraftan daha sonra da üzerinde duracağımız üzere, MK. md 29 a ilave edilen II. Fıkra ile "evliliğin cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte kendiliğinden sona ermesi" şeklinde öngörülen hükmün, evlilik birliğinin ancak mahkeme kararı ile sona erdirilmesi gerektiği yolundaki Aile Hukuk sistemine ters düştüğü iddiası<sup>84</sup> kabul edilecek olursa, taraflara boşanma yolunu açık tutmakla, sisteme ilişkin bu sakınca da ortadan kaldırılmış olacaktır. Nitekim 1981 tarihli Alman Transseksüeller Yasası (Transsexuellen-gesetz)<sup>85</sup> cinsiyet değiştirmeyi, diğer koşulların yanı sıra, "kişinin evli olmaması" şartına bağlamıştır. Bu hüküm ile kanımca, transseksüelin hiç evlenmemiş olması şartı aranmamaktadır. Talep tarihinde evli olmaması, yani önceden evlenmişse de evliliği ortadan kalkmış olması şartıyla cinsiyet değişikliğine izin verildiği şeklinde anlaşılması gerekir. Bu nedenle de cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınması talebinde bulunmadan önce, fiilen gerçekleşen cinsiyet değiştirme sebebine bağlı olarak boşanma ile evliliğin sona erdirilmesi yoluna başvurulması imkanı tanınmalıdır.

### **C. Cinsiyet Değişikliğinin Hukuka Uygun Olup Olmadığı Tartışması**

3444 s. Kanun ile MK.29.md.ne eklenen II. fıkrası hükmü, gerek sözü, gerekse özü ile eksik, yanlış yorumlara müsait ve Medeni Hukuk sistemine intibak ettirilmesi zor olmasına rağmen, cinsiyet değiştirme kavramını hukuk alemine intikal ettirmesi bakımından belli bir değere sahiptir. Zira cinsiyet değişiklikleri ile ilgili olarak, fıkranın ilavesi tarihine kadar sürdürülen, hukuka uygunluk -aykırılık tartışması, bir fıkra halinde kısır da olsa yasal düzeyde çözümlenmiş bulunmaktadır.

<sup>83</sup> Bkz. Öztan, B. : Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu (Wills, R. ile birlikte), AHFO.1993, C. 42, S.3-4, s256

<sup>84</sup> Zevkliler, A. Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası. TBBD.1988, s.281-284

<sup>85</sup> Bundesgesetzblatt.1980 I 1654

Cinsiyet değişikliği ameliyatlarının, yukarıda izah olunan tıbbi gerekçelere rağmen hukuka uygun kabul edilip, edilmeyeceği meselesi, MK. 29. md.ne II. fıkranın ilave edildiği tarihe kadar tartışılmıştır.

#### **a. Aleyhte Görüşler**

Cinsiyet değiştirme ameliyatları bazı hukukçular tarafından<sup>86</sup> hukuka aykırı görülmüştür. Bu görüş taraftarlarına göre;

"Cinsiyet değiştirme ameliyatının, transseksüelin kimliğini değiştirmediği, tersine cinsel kimliğinin devam ettiği, her ne kadar bunların dış görüntüleri itibariyle karşı cinsin özelliklerine kavuşturulmasına rağmen, o cinsin üreme organlarını edinemedikleri ve üreme yeteneklerinin de bulunmadığı, dolayısıyla bunların cinsiyet değiştirmelerinin hukuka aykırı olduğu" ileri sürülmüştür.

Yargıtay'da<sup>87</sup> o tarihlerde cinsiyet değiştirmeyi hukuka uygun kabul etmemiştir. Gerekçe, öncelikle MK.md.23'e dayandırılmaya çalışılmıştır. Buna göre; "yürürlükte bulunan hukuk kuralları iradi şekilde cinsiyet değişikliğine cevaz vermemektedir. Her şeyden önce böyle bir eylem kişilik hakkı üzerinde tasarruf niteliği taşımaktadır ki 'MK.md.23 buna engeldir. Zira bir kimsenin kanunda açıkça yer verilmeyen hallerde beden tümlüğü (ki buna cinsi tamamiyet ve onun idamesi de dahildir) üzerinde tasarruf etmek hakkı yoktur. O halde serbest irade ile kişi, cinsiyetini keyfince değiştiremez."

Mahkeme'nin anılan kararının ikinci gerekçesi; "Cinsiyet değişikliğinin kanuna karşı hilelere kapı aralamış olacağı" endişesidir. Buna göre cinsiyet değiştirmeye imkan vermekle eşinden boşanamayan kimsenin evlilik bağını çözme şansı elde edeceği, bir kimsenin erkeklere özgü askerlikten kurtulmaya ya da kadınlar için tanınan erken emeklilik hakkı elde etme gibi, benzeri başka haksız yararlar sağlamaya fırsat bulacağı ileri sürülmüştür.

Üçüncü gerekçe ise; "her ne kadar yanlışlığın devamına ilgisiz kalamaz ise de hukuk düzeninin öngördüğü hususun çift organlı doğmuş (hünsa) ve zamanla inkişaf eden cinsiyetine göre ameliyatla durumu açıklığa kavuşturulanların, işbu gerçek cinsiyetleri ile nüfus kayıtlarındaki çelişkinin düzeltilmesini sağlamak olduğu" şeklinde ifade edilerek, cinsiyet değişikliğinin sadece hermafroditler açısından hukuki olduğu kabul edilmiştir.

Bu karar, bizim de ek gerekçelerle katıldığımız gerekçelerle eleştirilmiştir<sup>88</sup>.

#### **b. Lehde Görüşler**

<sup>86</sup> Bkz.Kocayusufpaşaoğlu, N.Türk Hukuku'nda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi için dava açabilir mi? İst.1986 ,dn 33'de anılan yazarlar.

<sup>87</sup> Y.2.I-ş.27.3.1986 t. ve E:86/651; K:86/5256 s. karar (YKD.1986, s.1112)

Cinsiyet değiştirme ameliyatlarının hukuka uygun olduğu görüşünü benimsenirler, daha çok tıbbi gerekçelere dayanırlar. Bir defa, bir transseks-elin kendisinin ait olduğu yolunda ısrarlı ve yerleşik duygu ve iradesine uygun olan cinsiyete, fiziksel yapısını da uydurması kaçınılmaz ve tüm psikolojisi onu bu dönüşü olmayan değişikliğe itmekte iken, böyle bir ameliyatın keyfi olarak nitelendirilmesi görüşü, haklı olarak reddedilmelidir.

Cinsiyet değiştirme olanağı verilmek suretiyle, kanuna karşı hile yollarının açılacağı yolundaki endişe yüklü gerekçeye katılmak da mümkün değildir. İnsan hayatının olağan seyri içinde herkes için zorluk taşıyan bazı hal ve mükellefiyetlerin dolanılması için bir kimsenin böylesine ciddi sonuçlar doğuracak bir operasyona razı olmasının dşnlemeyeceği açıktır. Cinsiyet değişikliğinin, transseksüelin yasadıka kafasından atamayacağı bir sabit fikirden ve engellenemeyecek bir psikolojik zaruretten kaynaklandığı tıp biliminde ispat edilmiştir. Beden ve ruhun bir savaş alanı olmaktan çıkarılması gereği karşısında Yargıtay'ca ileri sürülen zahiri saikler inandırıcı görülmemektedir. Cinsiyet değiştirme imkanının sadece hermafroditlere tanınması yolundaki görüş de, halen taraftarı bulunmakla beraber<sup>89</sup> bize göre de isabetli değildir<sup>90</sup>. Ne erkek ne kadın cinsiyet organına sahip sayılmayan, çift cinsiyet organlı olup da çoğu kez her ikisi de afonksiyonel olan kimselere yapılan tıbbi müdahalenin temelinde nasıl ki cinsel kimlik belirlemesi yatıyorsa, transekselin fiziken olmamakla beraber ruhen içinde bulunduğu kimliğin ortaya çıkarılmasında da benzer bir cinsel kimlik tanımlaması vardır<sup>91</sup>. Aradaki fark, ilkinde fiziki belirsizlik, ikincisinde ise ruhsal belirsizlik (karışıklık) bulunmasıdır. Diğer taraftan, cinsiyet değiştirme eyleminin kişilik hakkı üzerinde tasarruf niteliği taşımakta olduğu ve buna MK. 23. md.nin cevaz vermediği yolundaki gerekçeye katılmamız da mümkün değildir, İnsanın beden bütünlüğü ve sağlığı üzerinde sahip olduğu kişilik hakları MK. 23. md uyarınca kendisine. karşı, MK. 24 md uyarınca da başkalarına karşı koruduğu, kuşkusuzdur. Her iki maddenin birlikte yorumlanması suretiyle ortaya çıkan temel prensip, kişinin bizzat kendisinin veya nc şahıslardan gelen kişilik ihlallerinin, kişinin kendi rızası veya üstün bir yarara veya kanunun verdiği bir yetkiye dayandığı sürece hukuka uygun görülmesidir. (3444 S.K.ile değişik MK.24 I,II ile ilave

<sup>88</sup> Kocayusufpaşaoğlu, N. a.g.e.s.19-41; ztan, B-Will, R.agm.s.230 vd.: Zevkliler, A. agm. s.277-278; Burcuoğlu, H. Prof, Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'nun, Türk Hukukunda Transseksüellerin Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi için Dava Açabilir mi? adlı Eseri ve Buna Bağlı Olarak Y.2HD 27.3.1986 t.ve E. 651, K.3256 s. Kararı zerine, İBD.1986, C.60, S. 7-8-9, s.439.

<sup>89</sup> Hatemi, H-Serozan, R.age.105-106

<sup>90</sup> ztan,B-Will, R.agm.s.234

<sup>91</sup> Bu ameliyatların hermafroditler için cinsiyet değiştirme ameliyatı olarak nitelendirilemeyeceği görüşü için Bkz. Zevkliler, A. agm. 269; Hermafroditlere yapılan ameliyatların hukuka uygunluğu yolundaki hakim görüş için Bkz. Kocayusufpaşaoğlu.N.age.s.14; Zevkliler,A. age.s.148 Aşioğlu, . Doktorların Hukuki ve Cezaı Sorumlulukları Ank. 1982, s.168 vd.

MK.23-III). Buna göre hakim kanaat, kişinin geçerli bir izninin bulunması, bir zararın verilmemiş ve özellikle kişilik hakkının aşırı sınırlandırılmamış bulunması, üstün nitelikli bir özel (bireysel) veya kamu yararının bulunması şartıyla<sup>92</sup> vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerinde tasarrufta bulunulabileceği veya üçüncü şahıstan gelen müdahalelerin de hukuka uygun fiil sayılması yolundadır. Bu unsurları taşıdığı konusunda tereddüt bulunmayan hermafrodit ve transseksüellere ilişkin ameliyatların zarar değil, tersine bireysel ve topluma entegrasyonları nedeniyle kamusal yarar sağlayan müdahaleler olarak kabulü ve hukuka uygun sayılmaları sonucu kaçınılmazdır. Kaldı ki kişilik hakları üzerinde bir tasarruf söz konusu olduğunda bunu yapacak olan da yine bizzat bireyin kendisidir. Kişi kendi vücut bütünlüğü ve ona dahil fizyolojik ve psikolojik sağlığı konusunda sahip olduğu münhasıran şahsa bağlı haklarını, yasal sınırlar dahilinde serbestçe kullanabilir. Mutlak haklardan olan kişilik hakkı, bireye, hakkının tanınmasını ve ona saygı gösterilmesini herkesten isteme yetkisi verir<sup>93</sup>. Bu kapsama sadece özel şahıslar değil kamu kurum ve kuruluşları da dahil edilmelidir. Bu tespitler Anayasa ile de desteklenmektedir. Anayasa'nın 17. md. 1. fıkrası; "Herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğuna"; III. fıkrası da, "Kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağını" amirdir. İki fıkranın birlikte değerlendirilmesi suretiyle kişinin manevî varlığına dahil olduğu konusunda kuşku olmayan cinsel varlığı (cinselliği) üzerindeki kişilik haklarını korumak ve geliştirmek hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Cinsellik, fiziksel, entellektüel, psikolojik ve sosyal sağlığın önemli bir tamamlayıcısıdır<sup>94</sup>. Bu itibarla kişi, cinselliğini sabit bir zemine oturtmak (hermafroditizm de olduğu gibi) veya cinsel kimliğini kazanmak (transseksüellikte olduğu gibi) konusunda hak sahibi görülmelidir. Fiziki, entellektüel kişiliği ile ve sosyal sağlığını korumak ve geliştirmenin yolu cinsellikten geçiyor ise buna ilişkin tercihleri gerek psikolojik, gerekse fizyonomik bir zarurete dayandırılan cinsiyet değiştirme taleplerinin kabulü gerekir.

## **2. 3444 s. Kanun'dan Sonraki Durum**

### **A. Yasalaştırma Tekniği Bakımından MK.29/II'nin Değerlendirilmesi.**

#### **a. Özel Bir Kanun İle Düzenleme Gereği**

<sup>92</sup> Bkz. Aşçıoğlu, Ç.age.s.38 vd: Akünel, T. Organ ve Doku Alınması, saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu üzerine Düşünceler Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Semp. İst. 1983, s.20. vd. Reisoğlu S.s.4-5

<sup>93</sup> Ataay, A. Şahıslar Hukuku. Birinci Yarı. Giriş. Hakiki Şahıslar. İst.1978, s.124

<sup>94</sup> Goldman, HH.age.s.425:Ayrıca Bkz. The Central Role of Sexual Behavior in Education and Treatment in Human Sexuality (A report published by the WHO).1979

Cinsiyet değiştirme nedeniyle ortaya çıkan hukuki gelişmelerin özel hükümlerle düzenlenmesi şeklindeki kaçınılmaz yargıya itibar ettiği anlaşılan kanun koyucunun, bu konuda başvuracağı iki seçenekten biri olan, özel bir kanun ile düzenleme yolunu değil, Medeni Kanun gibi genel bir kanunda, tek bir fıkra ilavesi suretiyle değişiklik yapmak yolunu benimsediği görülür.

Almanya, İsviçre ve İtalya'da olduğu gibi konuyu etraflı hükümler içeren, özel bir kanunla düzenlemekten kaçınılmış olması başlı başına eleştiriye açıktır<sup>95</sup>. Konunun özelliği dikkate alınarak çıkarılacak özel bir kanun ile, tereddüte yer vermeyecek şekilde cinsiyet değişikliğine bağlanan hüküm ve sonuçların tek, tek ele alınması gerekirken, bunun yapılmamış olması, bizce muhtemel problemlere yeterince önem verilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu noktada olayların kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç göstermediği veya çok yeni olan hukuki malzemenin ele alınmasına henüz gerek olmadığı şeklindeki yargılara katılmak bizce mümkün değildir. Eskiye oranla bilgilendirilmenin geniş lde hüküm sürdüğü günümüz enformasyon çağında, hemen her gün televizyon ve renkli basında kaynak belirtmek suretiyle verilen örneklerden, cinsiyet değiştirme hallerinin sayı olarak hiç de küçümsenemeyecek bir düzeye ulaştığını (ne kadar kaygılınsak da) tespit ediyoruz. Konunun dava konusu yapılmamasının, çoğu zaman sosyal baskı, masraftan kaçma gibi sebeplere dayandığını tahmin etmek zor değildir. Özel bir yasal düzenleme yapmamak suretiyle cinsiyet değiştirmenin önleneceği veya en azından zendirilmeyeceğinin iddia edilmesi de aynı şekilde gerçekçi değildir. Zira hukuk organ naklini özel bir kanun ile düzenlerken bunu özendirmeyi değil, organ naklinden doğacak hukuki problemleri zmlenmeyi ve nakli yasal çizgilere çekmeyi amaçlamıştır. Aynı şekilde cinsiyet değiştirmenin gerek tıbbi koşullarının, gerekse hukuki sonuçlarının özel bir kanunla düzenlenmesi bu anlamda uygun düşerdi. MK.md.29/II hükmü bu hali ile cinsiyet değiştirmenin ne hukuki dayanağı olan tıbbi müdahalenin şartlarını, ne de buna bağlı sonuçları düzenlememektedir. Hukukun amacı insanları hukukun dışında bırakmak değil, tersine onları hukukun düzenleyici ve koruyucu şemsiyesi altına alacak tedbirleri almak olmalıdır.

## **b. Medeni Kanun Sistematiği İçindeki Yeri**

3444 s. Kanun ile Medeni Kanun 29. md.'ye eklenen II. fıkra, sistematik bakımdan da isabetli düzenlenmemiştir. Söz konusu fıkra ile düzenlenen cinsiyet değişikliği ve buna bağlı olarak yapılacak nüfus sicili düzeltmelerinin, "ahvali şahsiye beyyineleri" adı altındaki 29. md.'den ziyade, "ahvali şahsiye sicillerinin hiç bir kaydının hakim'in hükmü olmadıkça tashih edilemeyeceğine dair olan MK. md. 38 hükmü içinde yer

<sup>95</sup> Aksi görüş için Bkz. ztan B-Will, R.agm.s.239

alması gerektiği” yolunda haklı olarak eleştirilmiştir<sup>96</sup>. Biz de MK. 38 md.’nin şu şekilde kaleme alınmasını isabetli görmekteyiz.

MK, 38. md. "Hakimin hükmü olmadıkça ahvali şahsiye sicilinin hiçbir kaydı tashihi edilemez.

Doğumdan sonra<sup>97</sup> cinsiyetini değiştiren kişi, nüfus sicilindeki cinsiyetine ilişkin kaydın değiştirilmesini dava edebilir. Cinsiyet değiştiren kişi evli ise, açılan kayıt düzeltme davası, diğer eşe karşı da açılabilir. Davacının cinsiyet değiştirdiğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belirlenmesi halinde<sup>98</sup> nüfus kaydının bu yönde düzeltilmesine karar verilir".

Esasen MK.md.29/II de yer alan son cümlelerin MK.md.29 da yer almaması gerektiği gibi, MK.38.md.de de bulunmaması gerekir. Cinsiyeti, değiştirilen kişinin evli olması halinde, evliliği ve varsa çocukları ile ilgili hüküm ve sonuçların, sicil tashihi ile ilişkisinin olmadığı görüşündeyim. Bu nedenle MK.29/II, son cümlesinin bir kısmının, hem de düzeltilerek, çocukların velayetinin tevdiini düzenleyen MK.148 md/I. fıkrasına ilave edilmesi doğru olur idi. Kanımızca MK.148/I. fıkrası şu şekilde kaleme alınması gerekir.

MK.148/I. md. "Boşanma veya ayrılık halinde veya cinsiyetin değiştirilmesi kararında hakim, eşleri dinledikten sonra velayet hakkının kullanılmasına ve ana baba ile çocukları arasındaki şahsi münasebetlere dair gereken tedbirleri alır<sup>99</sup>.

MK.29/II. fıkrasındaki son cümledeki, "cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte evlilik kendiliğinden sona erer" şeklindeki son ibarenin, evliliğin diğer sona ermesi hallerinin yanı sıra özel bir sona erme sebebini oluşturduğu aşikar olduğundan, kanun koyucunun iradesine uygun olarak muhafazası görüşü kabul edilse dahi, hiç değilse yasa içindeki yerinin iyi tayin edilmesi suretiyle Medeni Kanun'da yer alması uygun düşerdi. Bizce, MK.29/II. fıkrası son cümlesinin, tadile uğrayan kayıtlara ilişkin MK.40 md, içinde yer alması isabetli olurdu. Tadadi olarak sayılan ve nüfus sicilinde tadilata sebebiyet veren haller arasında "cinsiyet değişikliği

<sup>96</sup> Zevkliler, A. agm.s.260

<sup>97</sup> "Doğumdan sonra" ibaresinin, MK. 29/II fıkrasına ne amaçla koyulduğu ve ne anlam ifade ettiği anlaşılammaktadır. (Bkz. Hatemi, H-Serozan, R.age.s.98) Cinsiyet değiştirme sanki doğumdan önce olabilirmiş gibi maddenin bu şekilde kaleme alınması çeşitli tereddütler doğurmaktadır. İlerde açıklayacağımız gibi (Bkz.s.33) kanun koyucunun bu ifadeyi fizyolojik olarak doğum ile kazandığı cinsiyetinde sonradan değişiklik meydana gelen transseksüelin hukuki durumu konu edildiği şeklinde yorumlamak gerekir. Doğuştan çift cinsiyet organı olup da, sonradan tıbbi müdahale ile cinsiyeti belirlenen hermafroditler bakımından cinsiyet değiştirmeye bağlı şahsi hal değişiklikleri eskiden yaygın ve ihtilalı olmadığından, bu ibarenin transseksüelleri tanımlayacak şekilde kaleme alındığı kabul olunmalıdır.

<sup>98</sup> Bu konudaki görüşlerimiz için Bkz.s.25 vd

<sup>99</sup> İkinci fıkra aynen muhafaza edilebilir

kararının kesinleştiği tarihte kendiliğinden sona eren evlilik" de sayılmak suretiyle sorunun halli yoluna gidilebilirdi. Şu halde;

MK.40.md. "Ahvali şahsiyede meydana gelen değişmeler ezcümle, evlilik haricinde doğan bir çocuğun babası tarafından tanınması, hekimin babalığa hükmetmesi, .nesebin tashihi, evlat edinme veya bulunmuş bir çocuğun nesebi belirlenmek üzere doğan değişiklikler ile evli bir kimsenin cinsiyet değiştirdiğine dair kararın kesinleştiği tarihte kendiliğinden sona eren evliliği, ilgililerin talebi veya resmi bir işlem ile sicilde ait olduğu künye kenarına yazılır" şeklinde kaleme alınması yerinde olurdu.

## **B. Kapsamı Bakımından MK.29/II.nin Değerlendirilmesi**

3444 s. Kanun ile MK.29.md.ne ilave fıkra halinde eklenen ve cinsiyet değişikliğini hukuka uygun hale getiren II. fıkrası, genel olarak değerlendirildiğinde, sistematik açıdan olduğu kadar, kapsamı bakımından da eleştiriye açık ve yanlış anlamaya müsait görülmektedir. Kişinin gerek ahvali şahsiyesi, gerekse Aile Hukuku ilişkilerini önemli ölçüde etkileyen bir müessesenin bir tek madde, hatta bir fıkra ile düzenlenmeye çalışılması, beyhude bir gayret olmuştur. Acele bir tutumla ve kısır bir ifade ile hazırlandığı anlaşılan bu fıkranın, bir çok soruyu ve çıkabilecek sorunu çözmekten uzak olduğunu belirtmek gerekir.

MK,29/II, fıkrası hükmü, cinsiyet değiştirmeyi düzenleyen, çağdaş pozitif düzenlemelerle benimsenmiş yasalastırma tekniklerini dikkate almayarak, cinsiyet değiştirmeyi sadece bir vakıa olarak konu edinmiş, cinsiyet değiştirmenin koşullarını düzenlememiştir. Cinsiyet değiştirmenin hangi şartlarda ve hangi amaçla yapılması gerektiği; buna ilişkin ameliyatların kimlere uygulanacağı hususu açıkça düzenlenmiş olması gerekirken bu yola gidilmemiştir. Konunun hala incelemeye muhtaç olmasından da anlaşılacağı üzere çözüm, doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Halbuki Almanya'da 1981 yılında yürürlüğe, giren Transseksüeller Yasası veya İsveç Hukukundaki 1972 tarihli özel yasada, cinsiyet değiştirmenin yapılabilmesi için aranan koşullar tek, tek sayılmak suretiyle bu konudaki subjektif spekülasyonlar önlenmiş, tıbbın bu tür ameliyatlardaki yetki sınırı ve uygulaması gereken etik kurallar da çizilmiştir. Böylece hukukun tıp bilimine tabi olması önlenmiş, hukukun oldubittilere alet olması ihtimali asgariye indirilmiştir. Tıp adamı bundan böyle keyfilikten uzak kalmak, her istediğini deney babında yapmaktan kaçınmak ve yasal sınırlar çerçevesinde hareket etmek zorunda kalacaktır. Yine Danimarka, Belçika gibi Avrupa ülkelerinde de ancak belli koşullar altında cinsiyet değiştirmenin mümkün görüldüğü bilinmektedir<sup>100</sup>. Bu duruma göre Türk kanun koyucusu, cinsiyet değiştirmede aranan koşulların belirlenmesini doktrin ve uygulamaya söz düşecek şekilde düzenlediğine göre, bu konudaki görüşlerimizi sırasıyla açıklamakta fayda görmekteyiz.

<sup>100</sup> Öztürel A. agm.C.38.s.276-277

I. Cinsiyet değiştirme hakkı belli türdeki cinsel kimlik bozukluklarına tanınmalıdır. Bu cümleden olarak ruhsal yapı itibariyle kendilerinde karşı cinsin özelliklerinin bulunduğu yolunda psikoseksüel bozukluklar içinde olan transseksüellerin bu haktan yararlanabileceği öncelikle kabul edilmek gerekir. Kendisine klinik olarak “transseksüalite” tanısı koyulmuş bir kimsenin ameliyatına cevaz verilmesi ve yeni kazanılmış cinsiyete uygun hüküm ve sonuçların gerçekleşmesi sağlanmalıdır.

Yine psikolojik olmamakla beraber, fizyonomik bozukluk taşıyan çift cinsiyet organlı hermafroditlerin cinsiyetlerinin, en yoğun biçimde hissedilen ve baskın olan cinsiyete dönüştürme şeklinde belirlenmesi de bu kapsama alınmalıdır.

Homoseksüellik tek başına cinsiyet değiştirme ameliyatlarına ve hukuki sonuçlarına yol açmamalıdır. Zira homoseksüelin doğuştan cinsiyeti belli ve stabil olmasına rağmen, aynı cinsten kimselerle cinsel ilişkiye girmektedir<sup>101</sup>. Bunların cinsiyetlerinden şikayetleri yoktur. Hatta kendilerine karşı cinsten isimle hitap olunduğunda kızarlar. Aktif homoseksüellikte böyle bir cinsiyet değiştirme iddiasından söz etmek zaten mümkün değilse de, kadın rolünü üstlenen pasif homoseksüelin bu isteği transseksüellik düzeyinde bir sapma teşkil etmedikçe ameliyat için haklı sebep oluşturmamalıdır<sup>102</sup>. Esasen her vakada olmamakla beraber, genellikle transseksüellerde homoseksüelliğın pasif şekliyle geliştiği de bilinen bir tıbbi gerçektir<sup>103</sup>.

Nitekim Alman ve İsveç Hukuklarında, cinsiyet değiştirmeye izin, bir kimsenin kendisinde karşı cinsle ait ruhsal yapının bulunduğu belirlenmiş olması şartıyla izin verilmektedir. Türk sosyal hayatında bu tür ameliyatların kolay kabullenilmediği gerçeği karşısında kanun koyucunun kamu vicdanını da rahatlatacak şekilde bu ayrımı yapmasının doğru olacağını belirtmek isteriz. Uç noktalardaki tercihler arasında bocalayan toplumumuz, bir müessesenin tamamen yasaklanması ile kayıtsız şartsız serbest bırakılması şeklindeki ikilemden, hiç olmazsa bu konuda kanun koyucunun dirayetiyle en kısa zamanda kurtarılmalıdır.

2.Cinsiyet değiştirmeye sebebiyet veren cinsel kimlik bozukluklarının devam süresi de önem taşınmalıdır. Zira bir kimsenin kendisini karşı cinsten kabul etme ve buna uygun yaşama ve özellikle de genital organlarından kurtulma şeklindeki sabit fikre kapılması hali, seyrek de olsa psikoteraplık ve endokrinal yollarla tedavi edilebilmektedir. Bu süreç devam ederken ve anomalinin henüz kesinlik kazanmadığı, hastalığın yerleşmediği ve hastanın henüz iyileşip, iyileşemeyeceğinin anlaşılmadığı bir safhada bu ameliyata izin verilmemelidir. Buna ilişkin her hangi bir koşula yer vermeyen İtalyan

<sup>101</sup> Kolb,L-Brodie.K.age.s.527:Kaplan,H-Sadock,B.age.s.550:Adasal,RMedikal Psikoloji. Ank.1977.s.433

<sup>102</sup> Zevkliler,A.agm.s280:Kocayusufpaşaoğlu,N.age.s.2224 Öztürel:A.agm.C.38.s.284

<sup>103</sup> Özkürel, A. age.C.37.s.471

ve Hollanda gibi sistemler var ise de<sup>104</sup> Alman ve İsveç Kanunlarında transseksüel-liğin belli bir süre devam etmiş olması şartı aranmıştır. Alman Kanunu 1, I md. de; "en az üç seneden beri, kendi düşüncesine uygun yaşama baskısı altında olan kimsedeki bu halin belirlenmiş olması" şartı öngörülmüştür. İsveç Kanunu 1;I de de; "uzun süreden beri" buna uygun davranan kimsenin cinsiyet' değiştirebileceği kabul olunmuştur.

Türk tıp literatüründe klinik tanı, iki sene gibi makul bir süre boyunca, kişinin belirlenen cinsiyeti hakkında sürekli rahatsızlık duyması ve bunun uygun olmadığı duygusunu taşıması halinde koyulmaktadır<sup>105</sup>. Bu nedenle biz tıbbi önkoşul olan iki senenin tamamlanması şartıyla, psikolojik olarak kalıcı hale gelen karşıt cinsiyete intikalın mümkün görülmesine taraftarız. Bu nedenle yapılacak yeni bir düzenlemede, asgari iki yıllık bir rahatsızlığı takiben koyulacak transseksüellik teşhisinin hukuken değerlendirilebilmesini mümkün kılacak esaslara yer verilmesini lege ferenda açısından önermekteyiz.<sup>106</sup>

3.Cinsiyet değiştirmenin, belli bir yaş sınırına bağlanmasının gerekli olup olmadığı konusu, MK.29/II ile düzenlenmediğinden, doktrince üzerinde durmak gerekmiştir. Alman Kanunu ile öngörülen (8, I; s I, III) 25 yaş sınırı Alman Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olduğundan<sup>107</sup> bu gün Alman Hukukunda yaşla ilgili herhangi bir koşul aranmaksızın cinsiyet değiştirmek mümkündür. İsveç Kanununda ise 18 yaş şartı aranmıştır(I,II).

Türk Hukuku bakımından Öztan-Will, 2238 s,Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun 5.md.ne ve Nüfus Planlaması Hakkında 2827 s. Kanunun 4.md.ne kıyasla 18 yaş sınırının benimsenmesinden yana görüş bildirmişlerdir<sup>108</sup>.

Kanımızca transseksüellik tanısının koyulabilmesi için aranılan fizik şartlardan birisi de kişinin ergenlik dönemine (puberto) girmiş bulunması olduğuna göre, bu bağlamda ergenlik çağına girilmiş olması şartıyla herhangi bir yaş sınırı koyulmasında fayda görmemekteyiz. Ergenlik cinsel kimliğin kazanıldığı çağ olup, kişiden kişiye değişen yaşlarda meydana gelir. Ergenliğe erişmiş, cinsel organları fizyolojik gelişimini tamamlamış, herhangi bir cinsel yetersizlik (impotansiye) de olmamasına rağmen kişi, kendi cinsiyetinden rahatsız ve karşıt cinsin cinsiyet karakterlerini kazanması gerektiği konusunda ısrarlı ve buna ilişkin girişimlerde bulunuyor, buna uygun hayat tarzını benimsiyorsa doktorun kesin tanı koymasına için geçecek sürenin (asgari 2 sene) bitiminde cinsiyet değişikliğine imkan tanınmalıdır. Nitekim Öztürel tarafından özetlenen 12 olaydan da

<sup>104</sup> Bkz. Öztan-B-Will,R.agm.s.248 den naklen

<sup>105</sup> Çifter,İ.age.s.557:Amerikan Psikiyatri Birliği DSM III-R (Çev.Koroğlu.E.s.73-74)

<sup>106</sup> İngiltere'de transseksüel eylemler bir veya daha fazla sene sürmedikçe cerrahi müdahaleler yapılmamaktadır. (bkz. Kobl.L.Brodie, K. age. s. 526)

<sup>107</sup> B-VerfGE 60,123

<sup>108</sup> Öztan-B-Will.M.R.R.agm.s.248

anlaşılacağı üzere, en aşağı 9 yaşından beri kendini kadın hissetmeye başlamış olan erkeklerin ameliyatla kadın cinsiyeti kazanmaları mümkün olmuştur. Bunların MK.29.md.ye 3444 s. Kanun ile eklenen II.fikradan önce hukuka uygunluğu tartışılabilir, 15-25 yaş arasında cinsiyetlerini mahkeme kararı ile nüfus sicilleri itibarıyla değiştirmişlerdir<sup>109</sup>.

Cinsiyet değişikliği ameliyatlarının ergenlik çağı sonuna alınmasının bir diğer faydası da, cinsiyeti değişen kimsenin yeni cinsel kimliği ile evlenmesinin sağlanması suretiyle, evli kimselerin cinsiyetinin değiştirilmesinde eş ve çocuklar bakımından karşılaşılan zorlukların yaşanmasına yol açılmamış olacaktır.

Cinsiyet değiştirmenin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak nitelendirilmesinden dolayı velayet ve vesayete tabi küçük ve büyüklerin bu hakkı tek başlarına kullanabilecekleri kabul olunmalıdır. Ancak veli veya vasinin, evli ise eşinin dinlenmesi suretiyle görüş ve iradesinin alınmasında da fayda vardır. Esasen tıp, transseksüellik tanı ve tedavisinde aileye en azından soru yöneltmekte, geçmişe ilişkin bilgiler almakta, onlarla birlikte sonuca ulaşmaktadır. Hatta ailelere psikoterapi uygulanmaktadır. Bu nedenle veli veya vasinin de baştan sona kadar devrede tutulmak suretiyle son seçenek olan ameliyata karar vermek doğru olacaktır. Nitekim Nüfus planlaması Hakkında Kanununun 6.Md.de veli veya vasiye ve eşe tanınan yetkiler vasıtasıyla tıbbi müdahale, bir aile kararı olarak uygulanmaktadır.

Cinsiyet değiştirme, özelliği gereği mümeyiz kimseler için söz konusu edilebilir. Transseksüel eğilimler skizofreni gibi başkaca ruhsal bozukluklardan kaynaklanıyorsa<sup>110</sup> cinsiyet değiştirme iradesine itibar olunmamalıdır.

4.MK.md.29/II, fıkrası hükmü ile düzenlenen cinsiyet değişikliği davasının hukuki niteliği ile davaya bağlanan hüküm ve sonuçlar da tartışmaya açıktır. Zira maddenin sözü bu hali ile çözüm getirmekten uzaktır.

Bu konuda doktrinde üç farklı görüşün ileri sürüldüğü görülür. Bizim de ek gerekçelerle katıldığımız ilk ve hakim görüşe göre MK,md.29/II ile öngörülen dava, cinsiyet değişikliği ameliyatından sonra başvuru ve cinsiyetin nüfus kayıtları itibarıyla de değiştirilmesinin talep olduğu bir davadır. Kısacası, hukuki niteliği itibarıyla kurucu (inşai) değil belirleyici nitelikte bir tespit davası olduğu görüşü savunulmuştur.<sup>111</sup> İkinci görüş ise mahkemenin, cinsiyet değiştirme ameliyatından önce konuya dahil edilmesini, hiç değilse lege ferenda öneren görüştür.<sup>112</sup> Buna göre MK.md.29/II ile düzenlenen davanın, cinsiyet değiştirmek isteyen kimsenin ameliyattan önce başvuracağı bir yol olduğu, cerrahların ancak mahkemeden

<sup>109</sup> Öztürel, A. agm. C.38,s.269-282

<sup>110</sup> Çifter, İ.age.s.557

<sup>111</sup> Köprülü, B-Kaneti, S.age.s.65;Tekinay, SS.(zımnen). age. s.l 13-1 14; Feyzioğlu,F. (3444 s.Kanun'dan önce lege ferenda öneri olarak).age.s.98

<sup>112</sup> Hatemi, H-Serozan,R.age.s.105,98-99

alacakları izin ile bu ameliyatı yapabilecekleri, halbuki maddenin bugünkü şekli ile mahkemeye bir oldu-bittiyi tescil ödevi yükler görüldüğü, ifade edilmiştir.<sup>113</sup> Bir başka görüş ise davanın cinsiyet değişiminden sonra açılacağını kabul eden ancak, niteliği itibarıyla nüfus kayıtlarının değiştirilmesi ve düzeltilmesini amaçlayan "nüfus tashih davası" olduğu yolundadır<sup>114</sup>. Bu görüş kabul edildiğinde cinsiyet değiştirme davasının kurucu (inşai) dava niteliğinde anlamlandırılması gerekmektedir.

Kanımızca ilk iki görüşü doğrulayan yasal ve fiili faktörler dikkate alındığında, maddenin geniş bir yoruma tabi tutulması gerekir. Şöyle ki; cinsiyet değiştirme ameliyatı yapıldıktan sonra açılacak dava nasıl ki nüfus kayıt değişikliğine esas teşkil eden ameliyata bağlı olarak düzeltme ve değişikliğin yapılıp yapılmayacağını tespitine ilişkinse, ameliyattan önce açılacak bir dava ile talep olunacak husus da, cinsiyet değiştirecek olan kimsenin nüfusunda değişiklik yapılması için gerekli tıbbi zaruret bulunup, bulunmadığının tespitine ilişkindir. Ameliyattan önce dava açılacağı kabul edilecek olsa dahi, transseksüel olduğunu ve cinsiyet değişikliğini haklı kılan tıbbi verileri MK.md.29/II. e göre asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendiren davacıya mahkeme, "önce ameliyat olması telkininde bulunarak" davayı reddedecek midir? Olsa, olsa ameliyatın yapılıp yapılmadığını ön mesele olarak değerlendirip kararını müdahale sonrasına bırakacaktır<sup>115</sup>. Bizce ister ameliyattan önce, isterse sonra açılsın hakim, tıbbi müdahaleyi haklı kılan transseksüellik tanısının koyulmuş olması ve ameliyatın planlanması ile geriye dönülmez transseksüelliğin (irreversible Transsexualismus)<sup>116</sup> belgelenmesi koşuluyla, örneğin, ameliyat tarihinin belirlenmiş olmasıyla, cinsiyet tashihine karar verebilecektir.

Esasen maddenin lafzı da bu görüşü doğrular görünmektedir. Madde, "meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde gerekli düzeltme yapılır" hükmünü amirdir. Maddenin olumsuz muhtevasından anlaşılacağı üzere davanın ne zaman açılması gerektiği, yolunda bir açıklık getirilmemiştir. Eğer önceden cinsiyetin fiilen değiştirilmiş olması şartı aransa idi, Alman Kanunu'nda olduğu gibi (1, 2) bir cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmiş olmak şartına yer verilirdi. Nitekim İsveç Kanunu'nda da, önceden izin alarak karşı cinsin üreme organlarının görünümünü kazanabilmek için bir ameliyat geçirmek şartı ile cinsiyetin değiştirebileceği esas aranılmakla (1, 2) çifte yargı kararı öngörülmüştür. Özetlemek gerekirse bizce, her iki durumda da tespit hükmü niteliği taşıyan mahkeme kararının, ameliyattan önce veya sonra alınmış olması arasında, hukuki niteliği bakımından fark gözetmemek gerekir.

<sup>113</sup> Sağlık Kurulu raporları ile ilgili görüşümüz için bkz.s.45 vd.

<sup>114</sup> Zevklikler, A.age.s.262-263

<sup>115</sup> Önmesele kavramı için bkz. Kuru, B/Arslan, R/Yılmaz, E. Medeni Usul Hukuku. Ank.1986, s.3 50-3 51

<sup>116</sup> BGHZ 74, 20

Transseksüelliğin evli olması halinde husumetin eşe karşı yöneltilmesi söz konusu ise verilecek mahkeme kararının cinsiyet değiştirilmesine ilişkin tespit hükmünün yanı sıra, evliliğin sona ermesi açısından (bozucu) yenilik doğuran inşai bir etki doğurduğu kabul olunmalıdır. Bu suretle evliliğin mahkeme kararına dayanmaksızın sona erdirilemeyeceği yolundaki Medeni Hukuk prensibinden de vazgeçilmemiş olacaktır.

Cinsiyet değişikliği davası, kural olarak nizasız yargı yolu davası tarzında görülür. Ancak MK.md.29/II de; cinsiyeti değiştirilecek kişi evli ise, eşe de husumet yönelteceği öngörülmeyle davanın, nizalı yargı yolu ile açılacağı ifade olunmuştur. Burada seçmelik bir dava hakkından değil, şartlara göre değişen iki dava yolundan birini seçme mecburiyetinden bahsetmek mümkündür. Bu nedenle evli olan kimsenin açacağı davada husumetin muhakkak surette diğer eşe yöneltilmesi zorunlu iken, evli olmayan kimselerin cinsiyet değişikliği davası ancak nizasız yargı yolu ile dinlenir.

5, Transseksüelin evli olmasının, cinsiyet değiştirmesine engel teşkil edip, etmeyeceği meselesi de tartışmaya açıktır. Alman, İsveç, Danimarka ve Belçika Kanunlarında<sup>117</sup> transseksüelin cinsiyet değiştirmesine evli olmaması şartıyla cevaz verilmiştir. Kanımızca bu şartın aranmadığı, tersine evlilik ihtimaline göre evlilik ve velayete ilişkin muhtemel problemlerin konu edinildiği MK.md.29/II hükmü, daha gerçekçi bir düzenleme olarak nitelendirilebilir. Aksi görüşü benimseyen hukukçular bulunmakla beraber<sup>118</sup> MK.md.29/II fıkrasının tıbbın ortaya koyduğu verilere uygun düştüğü açıktır. Zira cinsel kimlik bozukluklarının hangi yaşta ortaya çıkacağı belli olmadığından, evlilikten sonra gelişmesi de pek muhtemel görülebilir. Hatta kendisini kadın rolünde, görmesine rağmen eşi ile temas kuran erkeğin, doğanın sihirli gücü ile çocuk sahibi olması dahi imkansız değildir. Zira transseksüel genel olarak fiziken normal bir insandır, cinsel bakımdan iktidarsız değildir, sadece başka bir cinsiyete inanış, kabul etme hali vardır. Yani pek çok transseksüelde anatomik bakımdan seks muhafaza edilmiş bulunabilir, ancak ruhsal bakımdan identifikasyon olayı oluşmamıştır<sup>119</sup>. Bu halde transseksüelin psikolojik olarak kendisini kadın veya erkek görmesi fiziki ve anatomik kimliğine uygun olarak erkekse baba, kadınsa anne olmasını engellemez. Hele kadın transseksüelde cinsel teması reddetme yaygın ise de, çocuk sahibi olma ihtimali çok fazladır. Bu nedenle evlenmiş ve çocuk sahibi olmuş olmasına rağmen, cinsiyet değiştirme şartları mevcut ise transseksüelin cinsel kimlik değişikliğinin önüne geçilmemelidir, zaten buna imkan da yoktur. Zira bu kimselerde otomutilasyona (kendi kendini iğdiş etme) sıkça rastlanır.

Diğer taraftan cinsiyet değiştirmenin evli olmayanlara hasredilmesi, hermafroditler bakımından da sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Zira çift

<sup>117</sup> Kocayusufpaşaoğlu, N.age.s.22 vd; Öztürel, A.agm. C.38, s.282.

<sup>118</sup> Zevkliler, A.agm.s.278-279 ve 285; age.s.428.

<sup>119</sup> Öztürel, A. agm., C.3B, s. 263

cinsiyet organlı kimselerin evlenmelerine de sıkça rastlanmaktadır. Bu garabetin çoğu zaman evlendikten sonra su yüzüne çıkarıldığı da bilinen olaylardır. Bu nedenlerle evli olan transseksüellerin bulunabileceğini de hesaba katan MK.md.29/II hükmünün, belki de bir tek bu konuda tutarlı olduğunu belirtmek gerekir.

6.Alman ve İsveç Kanunları başta olmak üzere çoğu kıta Avrupa'sı Hukuk sistemlerinde cinsiyet değişikliği kararının verilmesinden önce aranılan şartlardan biri de "cinsiyet değiştiren kimselerin sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olmasıdır."

Bu şartı doğuştan itibaren üreme yeteneğinden, yoksun olma şeklinde anlamamak ve daha önce çocuk sahibi olanların cinsiyet değiştirmelerine engel teşkil edecek biçimde yorumlamamak gerekir<sup>120</sup>. Aksi takdirde cinsiyet değiştirmenin kapsamı aşırı biçimde daralacak, hatta imkansızlaşacaktır.

Kanımızca üreme yeteneğinden yoksun olma şartı, bu konuda tıbbi müdahale görmüş olma ile eşanlı kabul edilmek gerekir. Esasen üreme yeteneğinin kaybı, cinsiyet değişikliği ameliyatının doğal bir sonucu olarak gelişir. Cinsiyet değişikliği tam bir kastrasyondur. Bu tür müdahaleler genellikle dış genital organların kesilmesi ve olabildiğince karşıt cinse ait organ görüntüsüne kavuşturulmasından ibarettir. Bir çeşit ters-yüz ameliyesinden bahsedilmesi bu sebeptendir. İç genital organların alınması veya kazanılan yeni cinsiyete ait organların transplantasyonu veya suni vasıtalar ve protezlerle sağlanması henüz tıp teknolojisine yabancı olduğundan, hastanın her iki cinsiyeti bakımından da üreme yeteneğinin kaybetmesi söz konusudur. Bu durum tabiatı gereği doğal karşılanmalıdır. Aksi halde, nüfustaki kaydı erkek olarak düzeltilmiş bir kimsenin iç genital organlarının bırakılması halinde çocuk doğurması veya nüfusta kadın olarak cinsiyeti düzeltilen bir kimsenin baba olarak çocuğunun olması gibi ters bir durumla karşılaşılacağı, haklı olarak endişe verici görülmüştür<sup>121</sup>.

7.MK.md.29III.fıkrası ile düzenlenen cinsiyet değiştirme, sadece Türk vatandaşlarına tanınmamış olmakla, liberal ve çağdaş bir yaklaşım sergilemiştir. Alman Kanunu (I, 1; 3,I) ve İsveç Kanununda (I, s.3) cinsiyet değiştirmenin vatandaşlık bağı ile ilgisinin kurulması bizce izahtan uzak olduğu gibi, cinsiyet değişikliğini belli bir ikamet süresine bağlayarak yabancı uyruklular veya vatandaş olanlara tanımanın mantığı da tartışmaya açıktır. Örneğin, Hollanda'da en az 1 seneden beri geçerli bir oturma iznine sahip yabancılar bu haktan yararlandırılmaktadır<sup>122</sup>.

Kanımızca tamamen çağdışı bir nasyonalist anlayışı anımsatan benzer hükümlerin, MK.md.29/II. fıkrasında yer almaması isabetli olmuştur. Bundan sonraki düzenlemelerde de bu olumsuz şartın yer verilmemesi dileğimizdir.

<sup>120</sup> Hatemi, H-Serozan, R. age. s.100

<sup>121</sup> Öztan, B-Will, M.R.agm.s.247

<sup>122</sup> Öztan, B-Will, M. R.. s.249

8.Cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi Şartına bağlanması da üzerinde tartişılan bir konu olmuştur. "Asgari sağlık kurulu raporu " ibaresinin ne anlama geldiği anlaşılmadığı için konu, teorisyenlerce tanımlanmaya çalışılmıştır.

Asgari sağlık kurulu raporunu yeterli bulmayan ve bu gibi ameliyatlar için Adli Tıp bünyesinde teşkil edilecek özel bir uzmanlar kurulu raporunun Şart olduğunu ileri süren hukukçular olduğu gibi<sup>123</sup> kanun koyucunun "asgari" sözcüğüne yer vermek suretiyle raporun sadece sağlık komisyonundan değil, onun üstündeki yerlerden de alınabileceğini belirtmek istediği şeklinde görüşler de mevcuttur<sup>124</sup>. Ayrıca sağlık kurullarının değişik sayılarda hekimden oluşacağı, iki hekimin imzası ile verilen raporun da bir kurul raporu olduğu, hassas ve önemli bir konu olan cinsiyet değiştirmede özellikle üroloji, jinekoloji, anatomi, cerrahi, endokrinoloji, psikiyatri ve psikoterapi uzmanlarından en az birer kişinin bulunacağı bir sağlık kurulundan alınacak raporla cinsiyet değişikliğinin meydana geldiğini belgelemenin zorunlu olması yolunda önerilere de rastlanmaktadır<sup>125</sup>.

Kanımızca kanun koyucu, "asgari sağlık kurulu raporu" demek suretiyle hakime, bu konuda geniş bir takdir yetkisi vermiştir. "Asgarilik" ölçüsü, hem sayı ,hem de yetki itibariyle en azı ifade etmek üzere öngörölmüştür. Takdiri bir delil olan bilirkişi raporu olarak değerlendirilen tıbbi raporun, mahkemece yetersiz görölmesi halinde bir başka kurulun oluşturulması da mümkün görölmelidir. Bu noktada ilgili dallarda çalışan uzman hekimlerin dahil edilmesi suretiyle sağlık kurulları oluşturulabileceği gibi, resmi bir organın örneğin Adli Tıp Kurumunun, yetkili kılınması da hakimin yetkisi dahilinde sayılmalıdır.

9.Cinsiyet değiştirmeye, görev itibariyle hangi mahkemenin karar vereceği konusu da açıklığa kavuşturulması gereken bir husustur. Ahvali şahsiyeye ilişkin davalar HMUK.md. 8 uyarınca kural olarak Sulh Hukuk Mahkemelerinin görev alanına girmekte ise de, cinsiyet değiştiren kişinin evli olması halinde değişiklik kararının verilmesiyle evliliğin kendiliğinden sona ermesi sonucu doğurduğundan, evliliği sona erdiren diğer boşanma ve butlan davaları gibi Asliye Hukuk Mahkemelerince görölmesinde yarar vardır. Esasen nüfus kaydının düzeltilmesi konusunda da Asliye Mahkemeleri görevlidir (Nüfus Kanunu md.46). Diğer taraftan cinsiyet değişikliği davası, velayetin tevdi, yoksulluk nafakası gibi çeşitli taleplerle bir arada bulunacağından, Asliye Mahkemesinin görevine dahil olması bizce de isabetli görölmektedir.

#### **IV. Cinsiyet Değiştirmenin Hüküm ve Sonuçları**

<sup>123</sup> Hatemi. H/Seroian, R.age. s.598

<sup>124</sup> Öztan, B-Will, M.Ragm.s.242

<sup>125</sup> Zevkliler. A. agm. s.265

## I. Şahsın Hukuku Bakımından Sonuçlar

Cinsiyet değiştirme kişinin ahvali şahsiyesi ile ilgili, bir bütün halinde hüküm ve sonuç doğurur. Etkisi ileriye dönük, yani ex nunc olduğundan, daha önceki statüsüne uygun olarak kazandığı haklar itibariyle yeni cinsiyetine uyarlama yapıp, yapılmayacağı konusu hukukçuları meşgul etmektedir. Sözgelimi daha kısa tutulmuş emeklilik yaşını dolduran bir kadının, erkek cinsiyetini kazanması halinde yeni cinsiyetine göre daha ileri yaşlarda emekliliğe hak kazandığına hükmolunacağı kabul olunmalıdır. Aynı şekilde kadın olan bir erkek de bu cinsiyete uygun düşen erken yaşta emeklilik hakkını kullanabilecektir.

Buna mukabil, beklenen haklar bakımından ulaşılan bu yargı, kazanılan haklar bakımından savunulamaz. Örneğin, erkek çocuk sıfatıyla mirasın taksiminde kendisine zirai işletme tahsis olunan kimsenin {MK.md.597,598III} sonradan cinsiyet değiştirmesi halinde, kazandığı malların iadesi düşünülemez. Ancak cinsiyet değişimi mirasın açılmasından sonra, fakat taksimden evvel gerçekleşmişse, yeni cinsiyete göre taksim ve tahsis uygulanacaktır.

Kamusal nitelikli hak ve mükellefiyetler de yine yeni duruma göre tayin olunur. Askerlik mükellefiyeti kazanılan cinsiyete göre belirlenir. Vergi mükellefiyeti bakımından keza, kazanılan cinsiyete göre beyanname verme mükellefiyetinden söz edilebilir. Örneğin kadın olmuş erkeğin aile reisliği ortadan kalkacağından, eşi ve çocukları adına beyanda bulunma mükellefiyetinden bahsedilemez.

Cinsiyet değişikliği isim değiştirme bakımından haklı sebep oluşturur. MK.26.md.si, "muhik sebeplere binaen bir kimsenin isminin değişmesini isteyebileceğini" öngörür. Cinsiyet değişikliğine ilişkin nüfus sicilinde düzeltme yapıldıktan sonra mı, yoksa önce mi isim değişikliğinin yapılabileceği sorusu akla gelebilirse de, usul ekonomisi bakımından biz, cinsiyet değişikliğine karar veren mahkemenin, talep olduğunda isim değişikliğine de karar vermesinin isabet olacağı kanaatindeyiz. Hatta bu konuda yapılacak yeni bir düzenlemede hakime tanınacak takdir yetkisi ile, kazanılan cinsiyete de uygun düşen nötr isimler müstesna tutulmak kaydıyla, yeni isimlerin verilmesi zorunlu hale getirilmelidir.

Cinsiyet değiştirme bizatihi MK.356.md. 1 fıkrasında düzenlenen kısıtlanma sebeplerinden olan kötü hal (kötü tutum) oluşturmaz. Kötü hal kişinin sürekli tutum ve davranışlarıyla toplumsal değer yargılarına, ahlaka aykırı hallerini ifade eder<sup>126</sup>. Ancak bu hallerin tayininde hakime tanınan takdir yetkisinin kavramın kapsamını fevkalade genişletecek şekilde kullanılmaması gerektiği doktrinde öne sürülen bazı kriterlerden zımnen

<sup>126</sup> Tour-Schneider. age.s.291; Riemer, H.M.Grundriss des Vormundschaftsrecht.Bern. 1981; s.50

çıkarılabilir<sup>127</sup>. Nitekim fahişelik bu anlamda bir kısıtlama nedeni sayılmamıştır<sup>128</sup>. Bu itibarla cinsiyet değiştirmenin kendisini ve ailesini yoksulluğa, kötü hale düşürme, güvenliklerini tehlikeye sokma, sürekli bakım ve gözetime muhtaç hale getirme, rehabilite edilme gibi bir duruma getirme söz konusu olmadıkça kısıtlanma sebebi sayılmasının isabetli olmadığına hükümlenmelidir.

## **2.Aile Hukuku Bakımından Sonuçları**

### **A.Cinsiyet Değiştirmenin Evlilik Üzerindeki Etkisi**

MK.md.29/II. fıkrası; "cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulacağını" amirdir. Böylece anılan fıkra ile ölüm, boşanma ve butlanının yanı sıra, evlilikle ilgili özgün bir sona erme hali düzenlenmiş bulunmaktadır.

Maddenin sözü itibariyle yorumundan çıkarılan bir sonuçla, evliliğin sona ermesini mahkeme kararına dayandırmayan § MK md. 29/II. fıkrası hükmünün, Aile Hukukumuzda egemen olan sistem ile bağdaşmadığı ileri sürülerek, eleştirilmiştir<sup>129</sup>.

Kanımızca "cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte evliliğin kendiliğinden sona ereceği" yolundaki ibarenin, evliliğin bir mahkeme kararına dayandırılmaksızın sona erdirileceği şeklinde anlaşılması doğru değildir. Şöyle ki, evlilik burada da bir mahkeme kararına, kesinleşmiş cinsiyet değişikliği kararına dayanarak sona ermektedir. Başka bir deyişle, cinsiyet değişikliği kararı, evliliğin sona ermesinin hukuki sebebinin oluşturmaktadır. Söz konusu fıkra da yer alan "kendiliğinden" ifadesi, kanımızca usul ekonomisine uygun düşen bir yaklaşımla ve ayrıca bir dava açılmasına gerek olmadığını belirtmek üzere koyulmuş bulunmaktadır.

Diğer taraftan cinsiyet değiştirme kararının evliliğin sona erdirilmesindeki yenilik doğurucu etkisi amaçlanmamış olsa idi, cinsiyeti değiştirilen kişinin evli ise husumetin eşine de yöneltileceği ve aynı mahkemenin varsa çocuklarının velayetinin kime verileceğini de tayin edeceği hususu düzenlenmez idi. Evli transseksüelin eşinin de (bu defa nizalı yargı yoluyla) davaya dahil edilerek evliliğin sona ermesi sonuçlarına hükmederken çocukların velayeti ve eşler arasındaki nakdi talep haklarına dair karar verirken, mahkemenin öncelikle evliliğin sona erdiğine dair karar vermiş olması gerekmez mi? Evlilik cinsiyet değişikliği kararının kesinleşmesi tarihinde ortadan kalkacağına göre dava boyunca evliliğin var kabul edilerek mahkemenin sonuçta, evliliğin sona ermesine bağlı yan

<sup>127</sup> Zevkliler.A.age.s.957;Egger-Çernis.İsviçre Medeni Kanunu Şerhi. Aile Hukuku. Vesayet 3.Kısım.Md. 382-438 Ank.1955, s.158

<sup>128</sup> BGE.83II 272

<sup>129</sup> Zevkliler.A.agm.s.281-282

sonuçlara hükmettiği açıktır. Burada boşanma veya butlan gibi bozucu yenilik doğuran bir inşai karardan bahsetmenin mümkün olmadığı ileri sürülmüş ise de<sup>130</sup> evliliğe bağlanan hüküm ve sonuçlar bakımından bildirici nitelikte bir karardan bahsetmek de imkansızdır. Boşanma ve butlan gibi, hakimin takdirine bırakılmış bir sona erme hali değil, burada normatif bir sona erme hali söz konusudur. Eğer mahkemenin kararı bildirici nitelikte olsa idi, evliliğin bu yoldaki kararın kesinleştiği tarihte sona ereceği ayrıca öngörülmez idi.

Kanun koyucu, diğer sona erme hallerinden açıkça farklı olan bu hali cinsiyet değiştirme kararına bağlamak suretiyle, yine yargı yolundan geçerek evliliğin sona erdirilebileceği temel hükmünden ayrılmamış görünmektedir. Nasıl ki cinsiyet değişikliği talebi, yasal koşulların gerçekleşmemesi sebebiyle reddedildiği takdirde, fiilen gerçekleşen ameliyatın evliliğin kendiliğinden ortadan kaldırdığı iddia edilemez ise, bu yoldaki mahkeme kararının evliliği sona erdirmeye bozucu yenilik doğurucu bir etkiye sahip olduğu görüşünün kabulü isabetli görülmelidir<sup>131</sup> Nitekim Oğuzman/Dural da<sup>132</sup> MK.29/II fıkrası ile evliliğin sona ermesinin, cinsiyet değişikliğine ilişkin kararın kesinleştiği tarihte kendiliğinden sona ereceğinin kabul edildiği ifade olunmakla, cinsiyet değişikliği kararı ile evliliğin sona ermesi arasındaki fiziki ve hukuki bağın kurulmağa çalışıldığını ifade etmekle, kararın inşai etkisini zımnen kabul etmiş görülmektedir.

Bu yol ile evliliğin sona ermesi halinde, taraf iradesine ihtiyaç olmadığı da iddia edilemez. Cinsiyet değiştiren eş, zaten cinsiyet değiştirmek suretiyle, evliliğini eski cinsel kimliği ile devam ettiremeyeceği yolundaki iradesini açıklamış bulunmaktadır. Kaldı ki, MK.md.,29/II uyarınca dava açmak ve varsa eşi aleyhinde husumet yöneltmek suretiyle de bu iradesi perçinlenmiş olmaktadır. Diğer taraftan bu ilişkiye bir an için devam iradesine sahip olabileceği var sayılsa dahi onun iradesi diğer sona erme hallerinde olduğu gibi, kamu düzenini ilgilendirdiğinden mahkeme kararını etkilemez. Örneğin mutlak butlan hallerinde savcının butlan talebi karşısında, hatta her iki tarafın evliliği sürdürme iradesi nasıl dikkate alınmaz ise, cinsiyet değiştirme halinde de savcının iradesi taraf iradelerinin yerine geçer. Şu halde bu özelliği itibarıyla de cinsiyet değiştirme kararının evliliği sona erdirmeye bakımından yenilik doğuran etkiye sahip olduğunun kabulü gerekir.

## **B .Cinsiyet Değiştirmenin, Evliliğin Sona Ermesine İlişkin Hüküm ve Sonuçları Bakımından Etkisi**

### **a. Cinsiyeti Değişen Kişinin Soyadı**

<sup>130</sup> Öztan, B-Will, M.R.agm.s253

<sup>131</sup> Aksi görüş için Bkz.Köprülü, B-Kaneti, SS.age.s.65

<sup>132</sup> Oğuzman.K-Duran, M .Aile Hukuku.İst.1994,s.112

Cinsiyet değişikliğine bağlı olarak evliliği sona eren kişinin soyadı boşanma hüküm ve sonuçlarının kıyas yoluyla uygulanması suretiyle, kural olarak 3678 s. ve 23.11.1990 s. Kanun ile değişik MK.md.141 hükmüne tabi tutulabilir.

MK.md.141; "Boşanan kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumu korur, ancak bekarlık soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği sabit olursa, talebi üzerine hakim, kocasının soyadını taşımasına izin verir "hükümünü içerir. Bu hükmün kadın cinsiyetini değiştirerek erkek olmuş kişi bakımından bir zorluk yoktur. Evlilik nedeniyle bıraktığı aile soyadını, evliliği sona erdiğine göre tekrar alabilecektir. Yine aynı madde uyarınca sona eren evlilikteki kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun eski kocasına bir zarar vermediğini ispat etmesi şartıyla, talepte bulunması halinde hakim tarafından eski soyadını taşımasına da izin verilmelidir. Zira bizatihi cinsiyet değiştirme eski eşe zarar veren ve bu talep hakkını ortadan kaldıran bir hal olarak düşünülmemelidir. Eski kocanın bu iznin kaldırılmasını talep yetkisi ise tartışmasız kabul olunur (M K.141 /II).

Konu kadın olan erkeğin soyadı bakımından da yalın görülmektedir. Koca, boşanmadan sonra da aynı soyadına sahiptir. Aile soyadı, kocanın aile ismine göre teşekkül ettiğinden (MK.153) kocanın erkek cinsiyetini değiştirmesi ve kadın cinsiyetine kavuşması halinde, soyadı değişikliğine uğraması gerekmez. Erkeğin doğum itibariyle aileden kazandığı soyadı, evlilik hangi sebeple sona ererse ersin değişmez.

## **b.İddet Müddeti**

MK.md.95, kocasının vefatı veya boşanma sebebiyle dul kalan yahut evliliğinin butlanına hükmedilen kadının, vefattan, boşanmadan veya butlan hükmünden itibaren 300 gün geçmedikçe tekrar evlenemeyeceğini öngörür. Cinsiyet değiştirme halinde söz konusu iddet (dulluk) müddetinin uygulanıp, uygulanmayacağı meselesi de tartışmaya açıktır.

Maddenin amacı, önceki evlilikte meydana gelen çocuğun nesebini tayindeki zorluğun, ortaya çıkabilecek karışıklığın önlenmesidir<sup>133</sup>. Bu süre zarfında, yapılan bir evlilik geçersiz sayılmayacağı gibi (MK md.122), doğurmakla yasağın kalkacağı (MK. 95/I, son cümle), yine gebe kalmanın mümkün olmadığı veya boşanma ile ayrılmış karı ve kocanın tekrar evlenmeleri halinde de bu müddetin kısaltılabileceği de malumdur (MK md.95/II).

Bu genel açıklama çerçevesinde iddet müddetinin eski cinsiyete göre kadın olup da sonradan erkek cinsiyetini kazanan transseksüeller için

<sup>133</sup> Öztan, B.age.s.82;Fevzioğlu.F.age.s.148-149 Hatemi H.-Serozan.R.age.s.174 Alman Hukuku bakımından bkz. Scholl.Das Eheverbot der Wartezeit Bonn 1971; Beitzke, G. Familienrecht. München 1981, s.47

düşünülemez<sup>134</sup> buna karşın erkek iken kadın olanlar bakımından da önceki evlilikten hamile olma riski bulunmadığından, 300 günlük bir bekleme müddetinden bahsetmek mümkün değildir.

### **c. Nakdi Talepler Bakımından Hukuki Sonuçlar**

Medeni Kanunda evliliğin sona ermesine bağlanan önemli sonuçlardan birisi de, tarafların birbirlerinden olan maddi menfaat talepleri, yani nafaka ve tazminat talep haklarında ortaya çıkar. MK md, 29/II. fıkrası uyarınca, cinsiyet değişikliği kararı ile birlikte sona eren evliliklere, kıyas yolu ile boşanma hüküm ve sonuçları uygulanabildiğine göre, eşlerin nafaka ve tazminat taleplerini de bu esaslar çerçevesinde ele almak gerekir:

#### **aa. Yoksulluk Nafakası**

MK.I44.md.si 1988 değişikliğinden önce; kabahatsiz olan karı veya kocanın, boşanma neticesinde büyük bir yoksulluğa düşmesi halinde, diğerinin boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi mali gücüne uygun düşecek şekilde bir sene müddetle nafaka vermekle zorunlu tutulacağına ilişkindir. 3444.s. Kanun ile değişen 144.md. hükmü ile; "kabahatsiz" ibaresi kaldırılmış ve yine "1. sene müddetle" nafakaya hükmedileceği esası da değiştirilmiştir. Buna göre yoksulluğa düşecek eşin, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebileceği kabul olunmuştur. Ayrıca md. 144/I. fıkrası son cümlesi ile erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının, hali refahta bulunması şartı koşulmuştur. Prensip olarak yoksulluk nafakası davacı veya davalı tarafından talep olunabileceği gibi, nafaka borçlusunu da davacı veya davalı olabilir.

Yoksulluk nafakasına ilişkin bu temel esasların, cinsiyet değişikliğinde de uygulanabileceği hususu tartışmasızdır. Ancak tartışmalı olan nokta transseksüel erkeğin kadın olması halinde, nafaka yükümlüsü kadının "hali refahta olması" şartıyla yoksulluk nafakası ödeyip, ödemeyeceği meselesidir. Doktrin bu konuda kesin bir görüş bildirmekten kaçınmış ise de kanımızca, evliliğin sona ermesine bağlanan tali hükümler tarafların, karar verildiği andaki ahval ve şartlarına göre hükmedildiğine göre, cinsiyet değiştiren erkeğin yeni kişisel haline ve cinsel konumuna uygun bir çözüm tarzının benimsenmesi gerekir. Başka bir deyişle kadın olan transseksüelin nafaka yükümü, refah halinde ise doğacaktır.

#### **bb. Tedbir Nafakası**

3444 s. Kanun ile değişik MK.I37.md; "Boşanma veya ayrılık davası açılınca, hakim davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, infakına, karı kocanın mallarının yönetimine ve çocukların

<sup>134</sup> Pratik bir önem taşımayan bir konu olarak nitelendirme için Bkz. Öztan, B-Will, M. R.agm.255

bakımına dair geçici tedbirleri kendiliğinden alır." hükmünü içerir. Değişiklikten önceki metni ile öngördüğü üzere, "bilhassa kadının iskan ve infakına" ilişkin olmak üzere uygulanan tedbir nafakası bu gün, her iki eşin barınması ve bakımı için hükmolunabilen bir nafaka olma özelliği kazanmıştır.

Transseksüelin evli olması halinde eşi davalı gösterilmek suretiyle açılan cinsiyet değişikliği davası sonucunda, evliliğin sona erdirilmesine bağlı olarak MK.137 md.nin kıyas yoluyla burada da uygulanması makul görülmelidir. Maddenin amacı, hakimin resen alacağı geçici tedbirlerle tarafların evlilikleri sona erene kadar şahsi ve mameleki durumlarını korumak olduğundan aynı endişe ve korumanın, cinsiyet değişikliği davası süreci içinde de devamı savunulabilir bir görüştür. Bu nedenle hakimin, gerekli gördüğü hallerde transseksüel leh veya aleyhine tedbir nafakası hükmedebileceği kabul olunmalıdır.

#### **cc. Maddi ve Manevi Tazminat Talebi:**

MK.143/I e göre; mevcut ve hatta beklenen bir menfaati boşanma yüzünden zarara uğrayan kabahatsiz karı veya koca, kabahatli olan taraftan uygun bir maddi bir tazminat isteyebilir. Bundan başka boşanmaya yol açan olaylar kabahatsiz karı veya kocanın şahsi menfaatlerini ağır şekilde zarara uğratmış ise, hakim manevi tazminata dahi hükmedebilir (MK.md.143/II). Bu iki fıkradan anlaşılacağı üzere gerek maddi, gerekse manevi tazminat sadece kusurlu eşten istenebilmektedir.

Cinsiyet değiştirmenin kusur teşkil etmediği, zira cinsiyet değiştiren eşin bunu tıbbi zaruretler karşısında yaptığı ve evlilik birliği de iradesine bakılmaksızın sona erdirildiği, bu nedenle diğer eşin cinsiyet değiştiren kimseden maddi manevi tazminat istemesinin mümkün olmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür<sup>135</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüşte, tazminat sorumluluğunun kurucu unsuru olan kusur kavramı, teknik anlamı ile kullanılmıştır.

#### **dd. Mal Rejimleri Üzerindeki Etkisi**

Aralarında kanuni mal rejimi, yani mal ayrılığı bulunan eşlerden birisinin cinsiyet değiştirmesi halinde, sahip oldukları malvarlığı hakları bakımından bir değişiklik meydana gelmez.

Evlilik boşanma veya butlan ile sona erdiğinde, eşler arasında kabul edilen akdi mal rejimleri ise, kanun gereği mal ayrılığına dönüşür (MK.md.146/I). Eşler şahsi mallarını veya onun yerine geçen malları geri alırlar. Malvarlığında bir artış varsa, aralarında kararlaştırmış oldukları taksim tarzına göre veya kanuni esaslara, göre taksim olunur. Mal birliğinde kanuni taksim tarzı 1/3 i karıya, 2/3 ü kocaya olmak üzere öngörülmüştür (MK.md.210). Mal ortaklığında ise ortaklık malları yarı yarıya pay edilir. Bu

<sup>135</sup> Öztan, B-Will,M.R.agm.s.256

hükümler cinsiyet değişikliği hallerinde de kıyasen uygulanmaktadır. (MK.md, 221/I) Transseksüelin karı veya kocalık sıfatı, cinsiyet değişikliğinden önceki statüye göre belirlenecektir.

## C. Cinsiyet Değiştirmenin Çocuklar Üzerindeki Etkisi

### a. Velayet Hakkının Tayini

MK.29.md.II.fikrası, cinsiyet değişikliğine karar veren mahkemenin, varsa ortak çocuklarının velayetinin kime verileceğini tayin edeceğini, hüküm altına almıştır. Anılan fıkra, MK.148.md ile düzenlenen ve boşanma veya ayrılık halinde hakimin ana ve babayı dinledikten sonra velayet hakkının kullanılmasına ve ana baba ile çocuklar arasındaki şahsi ilişkilere dair gereken tedbirleri alacağına dair genel hükmün, özel bir halinden ibarettir. Bu itibarla aynı esasların bu halde de uygulanması gerekir.

Velayetin tevdiinde hakim takdir yetkisine sahiptir (MK.md.4). Hakim bu yetkiyi kullanırken her olayın özelliğini dikkate alarak toplumda yerleşik adalet duygusuna ve acıma duygusuna göre ve özellikle çocuğun menfaatini dikkate alarak karar vermek zorundadır<sup>136</sup>. Kanımızca cinsiyet değişikliği halinde de bu ilkelerden ayrılmamak icap eder.

Bu gerekçe ile biz, hakimin velayet hakkının cinsiyet değiştiren transseksüel tarafa verilmesini sakıncalı gören düşüncüyü<sup>137</sup> isabetli bulmamaktadır. Yine velayet hakkının transseksüel tarafa verilmesine çok istisnai ve tamamen mutad olmayan durumlarda uygun bulan ve bu çocuklara vasi tayini yolunu öneren bilim adamlarına da<sup>138</sup> katılmadığımızı ifade etmek isteriz.

Velayetin temeli tabii nesep ilişkisine dayanır. Bu itibarla biyolojik babası veya anası olduğu konusunda tereddüt bulunmayan kimselerin cinsiyet değiştirmesi halinde dahi nesep ilişkisi ortadan kalkmadığına göre, cinsiyet değiştiren tarafa da velayet hakkı verilmelidir. Velayetin tayin ve tevdiine ilişkin kararlar, hükmün verildiği anda ona esas teşkil eden şartlar değiştiğinde açılacak değişiklik davası ile (Abaen-derunksklage)

<sup>136</sup> BGE 96 II 397;100 II 76 ; Çocuğun yaran kavramı için Bkz. Brauchli, A.Das Kindeswohl als Maxime des rechts. Zurich 1982; Coester, C. Das Kindeswohl als Rechtssbegriff Frankfurt am Main 1982 ; Mehaz İsviçre Medeni Kanununda Art. 297'de "çocuğun menfaati" kavramına açıklık getirecek bir anlatımla, boşanma halinde çocuğun emanet edileceği tarafa tevdi edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu konuda Bkz. Schneider. Das schweizerische Zivilgesetzbuch. Zurich 1986, s.320

<sup>137</sup> Bir çocuğun baba diyebildiği ve baba diye hitap ettiği bir kişiyi karşısında birdenbire karşı cinsten biri olarak gören çocukların uyumsuzluk ve bunalıma düşeceği, gerekçesiyle bu görüşü savunan Zevkliler, A.agm.s.279

<sup>138</sup> Kocayusufoglu, N. La situation juridique des transsexuels en droit prive Turc. Festschrift für Deliyannis. Thessaloniki.1991, s.265

değiştirilebilir<sup>139</sup>. Çocuğun menfaati gerektiriyorsa velayete ilişkin karar, değişen şartlara göre yeniden düzenlenebilir. Sözgelimi, velayet hakkı kendisine verilen transseküelin yeniden evlenmesi (MK.md.275) velayeti ifadan aciz olması, velayet hakkını kötüye kullanması, velayeti ifada aşırı ihmali bulunması (MK.md.274) velayetin nezi sebebi sayılacaktır.

Velayetin tevdiinde ana çıkış noktası çocuğun menfaati olmakla beraber<sup>140</sup>, tek kriter değildir. Cinsiyet değiştirmekle beraber tabii kan bağı ile bağlı bulunduğu biyolojik ana ve babanın ekonomik, sosyal ve psikolojik durumu da hakime kanaat verir. Çocuğa maddi, manevi yakınlık gösteren sevecen, sakin, tahammüllü, çocuk psikolojisinden anlayan, mesleğinde başarılı, toplum ile barışık bir transseksüele velayet hakkının verilmesi, bu özellikleri taşımayan diğer tarafa velayetin tesliminden daha tutarlı görülecektir. Diğer taraftan, çocuğun temyiz kudretine sahip olması koşulu ile, velayetin cinsiyet değiştiren tarafa verilmesi yolundaki iradesine de önem verilmesi gerekir.

#### **b. İştirak Nafakası ve Ziyaret Hakkı**

MK.md.148/II. fıkrası, çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan tarafın kudretine göre onun bakım ve terbiye masraflarına iştirak ile mükellef olacağını, çocuk ile icabı hale uygun surette şahsi münasebette bulunma hakkına da haiz olacağını öngörür. Buna göre velayet hakkı kendisine verilmemiş olan transseküelin çocukla aralarındaki şahsi ilişkinin kurulmasını talep hakkından ve çocuğun bakımı için gereken masraflara katılmak üzere iştirak nafakası mükellefiyetinden bahsetmek mümkün olacaktır.

Gerek ziyaret hakkı, gerekse nafaka mükellefiyeti, tabii kan bağına bağlı müesseseler olduğundan bunu göz ardı eden çözümlerden yana değiliz. Cinsiyet değiştirse de içgüdüsel bir sevgi ile bağlandığı çocuğuna karşı sevgisi azalmayacak olan bir velinin, çocuğunu görmekten alıkoyması hak ve nesafetle bağdaşmaz (MK.md.4)<sup>141</sup>. Mahkeme çocuğu ana veya babanın velayeti altında bırakılmasını faydalı görmezse, ona bir vasi tayin edebilir. Ancak bu hal dahi ana babanın çocukla şahsi ilişkisini engellemez<sup>142</sup>.

#### **c. Nesebin Düzeltilmesi, Tanıma ve Babalık Davası**

<sup>139</sup> Değişiklik davaları için bkz. Kuru, B. Age. s.605: Kuru, B-Arslan, R-Yılmaz, age. s.521

<sup>140</sup> BGE 101 II 202 (Hegnauer, C. Grundriss des Eherechts. Bern.1979,s.92)

<sup>141</sup> Somut örnekler için bkz. Öztan. B-Will.M.R. agm. S.261-262

<sup>142</sup> Y.2 HD. 18.9.1992 t. Ve 92/7547 E;92/8176 K. Sayılı karar (YKD 1993 C.19. S.1 s.17

Transseksüelin evlilik dışında sahip olduğu çocuğu ile arasındaki nesepl ilişkisinin kurulması söz konusu olduğunda ortaya çıkabilecek problemler bakımından şu tespitleri yapmak mümkündür.

#### **aa. Nesebin Düzeltilmesi**

Evlilik dışında doğan bir çocuğun nesebi, MK.249. md. uyarınca, mahkeme kararı ile babasına karşı düzgün hale getirilir. Buna göre; "birbirleri ile evlenmeyi vaat edip de birinin vefatı veya evlenme ehliyetinin kaybı sebebiyle evlenemeyen ana babadan doğan çocukların nesebi diğerinin talebi veya çocuğun müracaatı üzerine hakim tarafından tashi olunur".

Ana veya çocuk tarafından açılan nesebin düzeltilmesi davasında; çocuğun nişanlılık döneminde meydana gelen cinsel ilişkinin mahsulü olduğu ve ana babanın ölüm veya evlenme ehliyetini kayıp gibi bir sebeple evlenme ve ona bağılı olarak MK.md.247 uyarınca nesebin düzeltilmesi imkanının ortadan kalktığıının ispat edildiğinde hakim, nesebin düzeltilmesine hükmeder<sup>143</sup>. Görüldüğü üzere burada davalı, baba olduğuna göre, cinsiyet değişikliğine uğramış bir baba aleyhinde nesebin düzeltilmesi talebinde bulunulup, bulunulmayacağı hususu tartışılabilir.

MK.249.md.ile öngörülen şartlar itibariyle konu ele alındığında sorunu olumlu şekilde cevaplandırmak mümkün görülmektedir. Bir kere, MK.249.md.ile düzenlenen ve evlenmeyi imkansız kılan haller kanımızca sınırlı sayılı olarak değil, örnekleme tarzında sayılmıştır<sup>144</sup>, Bu nedenle taraflardan birinin cinsiyet değiştirmesi halinde, eski cinsiyeti ile evlenme vaat ettiği kimse ile evlenme imkanının ortadan kalktığı açık olduğundan, transseksüel bir babadan olan çocuğun nesebinin düzeltilmesine imkan tanınmalıdır. Esasen cinsiyet değişikliği, , mahkeme kararı ile nesebin düzeltilmesi yolunun tipik uygulama örneğini teşkil eder. Şöyle ki, evlenme ehliyeti kaybına yol açan hallerde, örneğin akıl kaybı gibi, sonradan iyileşme olduğunda ana babanın evlenmesi yolu ile nesebin düzeltilmesi şansı doğar. Yine gaibin çıkıp gelmesi halinde evlenme yolu açıktır. Halbuki cinsiyet değişiminde geriye dönüş düşünölemeyeceğinden, tek çıkar yol olarak mahkeme kararı ile nesebin düzeltilmesi yolunun tanınması kaçınılmaz görünmektedir. Ka-nımızca aksi görüş, ananın ve çocukların korunması için

<sup>143</sup> Bkz. Hatemi, H-Sserozan, R.age.s.312-313; Tekinay, SS.age.s.435; Oğzman, K-Dural. M. age. s. 227-229

<sup>144</sup> Nitekim Tekinay da evlenme ehliyetinin kaybı kavramının, sadece fiil ehliyetini kayıp ile sınırlandırılması haklı olarak eleştirmiştir. (Bkz.age.s.434). Serozan ise; ` evlenmenin başlıca nedenlerle, sözgelişi nişanlıların birbirleriyle geçinemeyip ayrılmaları yüzünden gerçekleşmemesi halinde nesepl yargıç kararıyla düzeltilemez' demek suretiyle (bkz.Hatemi H/Serozan. R.age.s.313) MK.249. hükmünü iki hale bağlamıştır. Mamafih verilen örnek tutarlı, ancak görüşümüzü zayıflatacak nitelikte değildir. Zira burada evlenme imkansızlaşmamıştır. Halbuki MK 249 talihsiz bir olay nedeniyle evliliğin gerçekleşmemesi ve buna bağılı olarak nesebin düzeltilmesi düzenlenmektedir.

devletin gerekli önlemleri almasını emreden Anayasa'nın 41 md. hükmüne aykırı düşer.

Transseküel babadan olma çocuk için nesebin idari yoldan düzeltilmesi olanağı ise tamamen reddedilir. Zira idari yoldan nesebin düzeltilmesine ilişkin özel kanunlar<sup>145</sup> karı koca, gibi yaşayan, çoğu örf adete uygun evlilik dışı beraberlik ürünü çocukların, anne ve babasının nüfus idaresine ortak başvurusuyla düzgün nesepli olarak anne ve babaları üzerine tescil ettirilmelerine yol açar. Ancak bu imkandan evlenme konusunda aralarında kanuni bir engel bulunmayan kadın ve erkeğin yararlanması asıldır. Halbuki babanın cinsiyet değiştirmesi halinde bu şart ortadan kalktığından yapılan başvuru, nüfus memurluğunca dinlenmeyecektir.

#### **bb. Tanıma**

MK.291.md. si evlilik dışında doğan çocuğun babası tarafından veya babasının vefatı veya temyiz kudretinden daimi mahrumiyeti halinde babasının babası tarafından tanınabileceğini, öngörür. Evlilik dışı doğan çocukların düzgün olmayan nesep bağı ile babaya bağlanması yollarından birisi olan tanıma, babanın veya babanın babasının, resmi senet veya ölüme bağlı tasarrufu ile, tek taraflı irade beyanı ile yapılır. Zina<sup>146</sup> mahsulü ve birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan doğan çocuklar tanınmaz (MK. md.292)

Transseksüel bir babanın, evlilik dışı çocuğunu tanıması konusunun takdimi ise yine çeşitli soruları akla getirir. Kadın cinsiyetini kazanan bir erkeğin, cinsiyet değiştirmeden önceki evlilik dışı ilişkisinden meydana gelen çocuğunu tanıyıp, tanımayacağı veya bu halin babanın "ölümü veya temyiz kudretinden daimi mahrumiyetine" benzer hallerden sayılarak babanın babasına verilen tanıma yetkisine dahil edilip edilemeyeceği tartışılabilir. Yine bir transseksüelden olan çocuğun, aralarındaki cinsiyet farkı ortadan kalktığından birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan doğan çocuk olarak MK.md.292 uyarınca tanınamayacak çocuklardan mı sayılacağı meselesi, cevap bekleyen sorulardandır.

Kanımızca, transseksüel babadan olan bir çocuk tanınamayacak çocuklar kapsamına girmez. Zira, MK.292.md.ile düzenlenen ve birbirleriyle evlenmeleri yasak olanlardan doğan çocuk kavramı, "yasak kan çocuklarını" ifade eder<sup>147</sup>. Her ne kadar cinsiyet değiştirmek suretiyle kadın olan transseksüel, çocuğun annesi ile aynı cinsiyeti paylaşmakta ve birbirleriyle evlenmeleri yasak olan kişiler ise de bu özellik çocuğun döllelenmesinden

<sup>145</sup> En son tarihi olan 3716 s. ve 8.5.1991 t.Kanun için Bkz.16.5.1991 t. ve 20873 s. RG ile 3716 s. Kanun'un Uygulamasma İlişkin Yönetmelik için bkz. 2.8.1991 t. ve 20948 s.RG

<sup>146</sup> Anayasa Mahkemesinin 28.21991 t. ve E:15, K:5 s. kararında MK.292 md ile erkeğin zina mahsulü olan çocuğun tanınmasını yasaklayan hükmü iptal edilmiştir. (bkz. 21184 s. ve t. RG)

<sup>147</sup> Oğuzman, K-Dural, M. age.s. 328-329

sonraki bir safhada, cinsiyet değiştirmeden sonra ortaya çıktığından, bunların MK.md.292 ile kastedilen fücür (yasak) mahsulü çocuk olarak sayılmaları mümkün değildir.

Tanıma kan bağı esasına dayandığından, transseksüel babanın sonradan cinsiyet değiştirmiş olmasına rağmen, genetik baba olduğunu kabullendiği bir çocuğu tanıması kural olarak mümkün görülmelidir. Ancak burada özellikle ana ve çocuk tarafından tanımanın çocuk bakımından zararlı olduğu iddiası şeklinde itirazın ileri sürülmesi ihtimali gözden uzak tutulmamalıdır (MK.md.293/I). Bu itiraz, tanıyanın baba veya büyükbaba olmadığı veya çocuğun tanınması yasak çocuklardan olduğu yolundaki itirazdan farklı olarak, tamamen çocuğun yararı bakımından tereddütlü görülen hallerde yapılan bir itirazdır. Çocuk kan bağını kabul etse dahi, tanımanın kendisi için maddi-manevi zararlı olduğunu iddia ile tanımayı geçersiz kılabilir. Transseksüel bir baba tarafından tanınan çocuğun, sosyal değerler itibariyle bunu istememesi ve tanımaya itiraz etmesi haklı görülebilir. Çocuğun veya annenin zararı ispatı dahi gerekmez<sup>148</sup>. Tanımanın çocuk yararına olduğunu ispat külfeti, anne ve çocuk aleyhinde itirazın reddi davasını .açan davacı baba veya mirasçılarına düşer. (MK.md293/II)

#### **cc. Babalık Davası**

Evlilik dışında doğan çocuğun babası, babalık davası ile hükmen tayin olunabilir. Anne veya çocuğun, baba veya mirasçıları aleyhinde, çocuk doğmadan önce veya doğumundan itibaren nihayet 1 sene içinde, babalığın mahkeme kararı ile tespitini talep hakları vardır (MK.md.295,296). Aleyhinde dava açılan baba, anaya evlenme vaat etmiş veya aralarındaki cinsel ilişki bir suç oluşturmuş veya ana üzerinde nüfuz kullanmak suretiyle meydana gelmiş ise mahkeme, onun babalığına hükmeder (MK.md.310). şahsi sonuçlu babalık davası ile birlikte veya ondan bağımsız olarak, ana ve çocuk lehine maddi sonuçlu babalık davası da açılabilir (MK.md.297).

Babalık davası da kan bağı esasına dayanır. Her türlü delille<sup>149</sup> çocuğun baba ile aralarındaki kan bağı ilişkisi sabit olur ise babalığa hükmolunur. Bu itibarla cinsiyet değiştirmiş bir transseksüel babanın sulbünden geldiği ispat olunan bir çocuğun, babaya karşı düzgün olmayan nesep bağının, cinsiyet değişikliğinden sonra dahi kurulması mümkün görülmelidir.

### **3.Miras Hukukuna İlişkin Sonuçlar**

Cinsiyet değiştiren transseksüelin nesep bağı ile bağlı bulunduğu kan hısımları ile olan hukuki ilişkisinin önemli bir kısmını oluşturan miras hakkı bakımından doğabilecek problemler üzerinde de durmak gerekir.

<sup>148</sup> Feyzioğlu, F. age. s. 541; Oğuzman, K - Dural, M. age.s.333

<sup>149</sup> Feyzioğlu, F. age. s. 553; Tekinay, SS.age.s.543; Beitzke,G. age.s.191

## a.Mirastan İskat Bakımından Cinsiyet Değiştirme

Bir kimsenin, cinsel sapmalar içinde olan transseksüel bir mirasçısını, sözgelimi oğlu veya kızını, mirasından ıskat edip edemeyeceği meselesi kanımızca çıkması muhtemel hukuki ihtilaflardandır. MK.457.md.ne göre; mahfuz hisseli mirasçılar, murisin ölüme bağlı tasarrufu ile iki halde; birincisi murise veya yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm ika ederse; ikincisi ise murisine veya ailesine karşı kanunen mükellef olduğu vazifeleri ifada büyük bir kusur irtikap ederse mirastan ıskat edilebilir. Halk arasında "evlatlıktan reddetme" adı ile anılan ıskat, çoğu zaman ahlaki sebeplere dayandırılarak, duygusal sebeplerle gerçekleştirilebilir. Anne ve babanın istemediği bir kimse ile nişanlanma ve evlenme<sup>150</sup> (MK.82 ve 90.md. aykırılık nedeni ile) eşinin canına kast ve fena muamele veya terk (MK.md.130;132) müşterek saadeti temin konusunda evli kadının kusurlu davranması (MK.md.153/II) karı kocadan birinin aile vazifelerini ihmali (MK.md.161), çocuğun ana ve babasına itaatsizliği (MK.md..264/II) mirastan ıskat sebebi olarak kabul edilmektedir. Bu genel bilgi ışığında, bir kimsenin cinsel kimliğini tayin etmek üzere hissettiği cinsiyeti kazanması, bu nedenle ameliyat olması, murise karşı kanunen mükellef olduğu vazifeleri ifada işlenmiş ağır bir kusur olarak nitelendirilebilir mi?

Mirastan ıskata esas teşkil eden halin objektif unsuru; murise karşı kanunen yapmak zorunda olunan vazifelerin yerine getirilmemiş olmasıdır. Subjektif unsur ise bu halin büyük bir kusur teşkil etmesidir. Cinsiyet değiştirme iradesi, kişinin kendi beden bütünlüğü ve bütünlüğe dahil kişilik değerleri ve bu arada cinsel kimliği üzerinde sahip olduğu, münhasıran şahsa bağlı bir hakkın kullanılmasından ibarettir, bizatihi kusur sayılmaz. Ancak MK.md 457 ile öngörülen kusur teknik anlamda bir kusur değil, murisin duygu ve düşüncesi ile şekillendirilen bir kusurlu davranışı ifade etmektedir. Bu nedenle oğlunun veya kızının, anne, baba ve kardeşinin. transseksüel olmasından dolayı utanan, elem ve ızdırap duyan bir kimsenin MK.md.457 hükmü uyarınca yapacağı ıskat isabetli görülebilir. Zira MK.md.260, ana, baba ve çocuğun, birbirine karşı aile menfaatinin gerektirdiği şekilde yardımlaşma ve uyma mecburiyeti altında olduğunu öngörmüştür. Buna göre gerek ana, baba ve çocuklar, gerekse kardeşler arasında, karşılıklı yardım ve sayęı gösterme mükellefiyeti vardır. Böylece aile fertlerine karşı kısmen, hatta, daha çok ahlaki nitelik taşıyan bazı mükellefiyetler aynı zamanda hukuki bir mükellefiyet haline getirilmiştir<sup>151</sup>. Nitekim nişanlısı ile metres hayatı yaşayan ve evlilik dışı çocuk sahibi olan kızın, babasının açık

<sup>150</sup> Aksi görüş için, Bkz. Kocayusufpaşaoğlu. N. Miras hukuku.İst.1987.s.313 Ayiter, N-Kılıçoğlu, A.Miras Hukuku Ank.1991,s.175.dn.100

<sup>151</sup> Kocayusufoğlu, N.age.s.312

davetine rağmen baba evine dönmemesi ıskat sebebi sayılmıştır<sup>152</sup>. Ancak aile hukukundan doğan vazifelerin yerine getirilmesinde murisin müterafik kusuru var ise, örneğin transseksüelin küçük yaştan beri anne babasının yanlış eğitimiyle çarpık giyinmeye başladığı ve kız gibi yetiştirildiği iddia ve ispat edilmişse ıskata itirazı değerlendiren hakimin bu hususu dikkate alması gerekir<sup>153</sup>.

## **b. Yeni Edinilen Cinsiyete Uygun Mirasçılık Hakkı Kazanılması**

Miras Hukukunun temel prensiplerinden birisi de, her şahsın kanun dairesinde haklara ve borçlara ehil olmakta eşit olması yolundaki genel hükümden hareketle (MK.md.8) mirasçılar arasındaki eşitlik esasıdır. (MK.md, 439, 440, 441). Ancak terekede, ekonomik bir birlik halinde işletilmekte olan zirai mallar bulunursa bunların tamamının mirasçılardan işletmeye ehliyetli olduğu anlaşılan talep sahibine tahsis edilir (MK.md.597)<sup>154</sup>. Murisin erkek çocuğu tahsis talebinde bulunursa o tercih olunur (MK.md.598/II). Aynı şekilde murisin işletmeye ehil karısı da tahsis talep ediyorsa, işletmeye ehliyetli erkek çocuğun tahsis talebi kabul olunur<sup>155</sup>. Ölenin oğullarından hiçbiri almak istemezse kızları veya bunların kocaları, işletmeye yeterli olmaları şartıyla malların kendilerine tahsisini isteyebilirler.

Mirasın açılmasından önce cinsiyet değişikliği tamamlanmış ve nüfus kayıtları düzenlenmiş ise, taksim tarihi itibarıyla kazanılmış cinsiyet üzerinden tahsisin yapılması esas olmalıdır. Somut olarak söylemek gerekirse kadın olan bir transseksüel çocuğun erkek olarak kabulü ve kız çocuklara göre tercihte öncelik hakkına sahip olduğundan bahsedilemez. Ancak cinsiyetini değiştiren kadın için de aynı esasın benimsenerek, erkek çocuk sıfatıyla tarımsal işletmenin tahsisi talebinde bulunması ve öncelik hakkına sahip olması olağan görülmelidir. Yeter ki tahsis için aranılan diğer şartları taşıyın.

Tahsis talebinde bulunan mirasçının mesleki yetenek ve nitelikleri kadar, ahlaki özellikleri de göz önünde tutulur<sup>156</sup>. Bu sebeple müsrif, içki düşkün, tembel, homoseksüel mirasçıların tahsis talepleri, mesleki yetenekleri tam olsa bile ehil sayılmayıp, reddedilmelidir<sup>157</sup>. Erkek olmuş bir

<sup>152</sup> Ataay, A- Kocayusufoğlu, N-Sungurbey, İ-Kaneti, S. Notlu ve Sistematiik İsv. Fed. Mah. ile Kanton Mahkemelerinin Medeni Hukuk Kararı. İst.1959. C.1-2, No:63

<sup>153</sup> Benzer görüş için Bkz. Ayiter, N-Kıhçoğlu, A. age.s.177

<sup>154</sup> Eşitlik ilkesine aykırı düşünen bu hükmün gerekçesi için bkz. Eren F. Toprak hukuku. Ank. 1991,s.138 199; Ayiter, N-Kılıçoğlu, A. age.s.298; İmreZ-Erman. Miras Hukuku. İst. 1989,s.457; Zevkliler, A. Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi. Ank.1970. s.125

<sup>155</sup> JdT 1950 I 39

<sup>156</sup> Zevkliler A. age.s.144

<sup>157</sup> Eren, F. age.s.154 ve dn.37 de anılan yazarlar

transsek-süelin, mesleki ehliyet sahibi olması şartıyla başka bir ahlaki sapması yok ise, bizatihi cinsiyet değiştirmiş olması ehil sayılmama sebebi olarak gösterilmemelidir.

Kendisine tarımsal işletme tahsis olunan erkek, sonradan cinsiyet değiştirir ve kadın olursa, eski cinsiyeti göz önüne alınarak yapılan tahsisin iptalinin söz konusu olup olmayacağı meselesine gelince; tarımsal işletme kendisine tahsis edilen mirasçının cinsiyet değiştirmesi, tahsisin MK.md.335/I uyarınca kaldırılması, yeni taksim esasının hükmolunması veya şirketin feshi için haklı sebep oluşturmaz. Zira bu yollar yönetimdeki aksaklıklar ve idareci mirasçının, diğerlerine karşı olan kar payı taahhütlerini yerine getirmemesi hallerinde söz konusudur. Ancak eğer sonradan kazanılan kadın cinsiyetinden kaynaklanan fiziki zayıflık, idarede de zafiyete yol açmış, ortaklık zarara uğramışsa, gereği gibi işletilmediği iddia ve ispat olunmuşsa, mahkeme tahsis şartlarında değişme yapabilmelidir. Ancak bunun gerekçesi cinsiyet değiştirme değil, idaredeki basiretsizlik olacaktır.

## **Sonuç**

Toplumda yerleşik çoğu tartışmaya açık ahlaki değer yargıları ile reddedilen, toplumsal bir yara olarak nitelendirilen transseksüellik, tıbbi açıdan bakıldığında cinsel kimlik bozukluklarından bir tanesi, belki de tedavisi olanaksız olan tek türüdür. Tıbbi tedavi yollarına genellikle cevap vermeyen bir hastalık olan transseksüellik, rehabilitasyon amaçlı olmak üzere tıbbi müdahaleye ihtiyaç gösteren bir cinsel anomali özelliği göstermektedir. Bu müdahaleye bağlı olarak ortaya çıkan hukuki problemler ise belli başlı ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de yeni bir yasal düzenlemeye konu teşkil etmiş ve 3444 Sayılı Kanun ile Medeni Kanununun 29. Maddesine eklenen ikinci fıkra ile ele alınmıştır. Madde bu hali ile yetersiz ve cinsiyet değiştirmeye bağlı hukuki sonuçları çözümlenmekten uzaktır. Transseksüeli, içinde bulunduğu inandığı gerçek cinsel kimliğine dönüştürme amacına hizmet eden cinsiyet değiştirme müdahalelerinin yapılması için aranan koşullar söz konusu fıkra ile düzenlenmemiştir. Bugün bu tür değişikliklerin hiç bir şart aranmaksızın yapılmakta olması, hukukun onaylayabileceği bir yaklaşım sayılamaz. Bu nedenle hukuk bu tür operasyonlara seyirci kalmamalı, bu konuda tıp adamlarını vicdanları ile baş başa bırakmanın ötesinde bazı hukuki tedbirler alma yoluna gitmelidir.

Tek bir fıkra halinde Medeni Kanununun 29. Maddesi ile ele alınan cinsiyet değiştirmeye başlanan hüküm ve sonuçlar da özel ve detaylı hükümlerle düzenlenmeye muhtaçtır. Konuyu Medeni Kanunun ilgili maddelerinin kıyas yolu ile uygulaması suretiyle sonuca bağlamak mümkün gibi görülürse de kanımızca özel bir düzenlemeye ihtiyaç gösteren benzer müdahaleler ve aynı yolu benimseyen ülkeler gibi daha fazla gecikmeksizin özel bir kanun konusu yapılması düşünülmelidir. Belki bu yolla toplumsal bir yaranın kangren olması önlenebilir. Bu konuda çıkması muhtemel hukuki

ekifmeler ve çözüm yolları konusunda yaptığımız bu inceleme ile, yakın gelecekte yapılacakı yolunda ümit beslediğimiz kanunlaştırma faaliyetine yardımcı olabilirsek ne mutlu bize.