

Cinsiyet değiştirme hukuku

Prof. Dr. H.C. Hakan Hakeri



1966 yılında doğdu. 1987 yılında İstanbul Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 1996'da Almanya'nın Köln Üniversitesi'nde doktorasını tamamladı. 1996-2005 arasında Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yaptı. 2005'te Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne atandı. 2007'de profesör oldu. Değişik tarihlerde Almanya, Avusturya ve ABD'de konuk öğretim üyesi olarak araştırmalar yaptı. Tıp Hukuku Derneği kurucu başkanı olan Hakeri, aynı zamanda Tıp Hukuku Dergisi Editörüdür. Yayımlanmış 12 kitabı ve çok sayıda makalesi vardır. Kitapların 2'si Almanya'da, makalelerin 6'sı Almanya'da, birer makale de İspanya ve İtalya'da yayımlanmıştır.

Cinsiyet değişikliğine ilişkin müdahaleler de bir tıbbi müdahaledir ve bu anlamda tıbbi müdahalenin genel koşullarına tabidir.^(1,2) Ancak bu müdahaleler bakımından endikasyon şartı yönüyle sıkıntılar vardır.⁽³⁾ Ayrıca yapılan operasyon kısırlaştırma niteliğindeyse, Türk Ceza Kanunu kapsamında cezalandırılan bir eylem söz konusu olabilecektir (TCK 101). Bu nedenle, açık bir kanun hükmüyle bu tür tıbbi müdahalelere müsaade edilmesinde zorunluluk vardır.⁽⁴⁾ Nitekim kanunumuzda açık hüküm bulunmadığı dönemde Yargıtay, cinsiyet değişikliği yapılmasının mümkün olmadığını, zira kişinin vücudu üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir.⁽⁵⁾ Bu kararında Yargıtay psikolojik endikasyonu da kabul etmemiştir.⁽⁶⁾

Öğretide de ameliyatla cinsiyet değiştirilse bile, transseksüelin kimliğinin değişmediği, cinsel kimliğinin devam ettiği, dış görünüşü itibarıyla karşı cinsin görüntüsüne sahip olsa bile o cinsin üreme yeteneğine sahip olmadığı, bu nedenle cinsiyet değişiminin hukuka aykırı olduğu da ileri sürülmüştür.⁽⁷⁾ Keza önceki Medeni Kanunumuza 1988 yılında eklenen hüküm bağlamında, hermafrodit özellikler göstermeyen bir kimse üzerinde yapılacak cinsiyet değişikliğinin bir tıp adamının suç ortaklığına işaret edeceğine dikkat çekilmiştir.⁽⁸⁾

Ülkemizde konu ilk defa 1988 yılında Medeni Kanun'a yapılan bir ek ile düzenlenmiş, ancak düzenlemenin aşırıya gittiği, çok geniş bir düzenleme olduğu ve tam bir cinsiyet karmaşasına

yol açtığı ifade edilmiştir.^(9, 10) **Yabancı ülkelerde** ise konuya ilişkin düzenlemeler yapıldığını görmekteyiz. İsveç, Almanya ve İtalya'da konuya ilişkin özel kanunlar çıkarılırken, Hollanda'da bizde olduğu gibi Medeni Kanun'a bir ek yapılmakla yetinilmiştir. Avrupa'da cinsiyet değişikliğini düzenleyen beşinci ülke Türkiye olmuştur.⁽¹¹⁾ Almanya'da 1980 yılında çıkarılan Transseksüeller Kanunu konuyu düzenlemektedir. 1988 yılında önceki kanunumuza alınan hükümde bu kanun göz önünde bulundurulmazken, yeni kanunumuzun esas itibarıyla bu kanundaki hükme göre şekillendirildiği anlaşılmaktadır.

İsveç Hukuku'nda 1972 tarihli bir kanunda yine ülkemizdeki düzenlemeye paralel bir hüküm sevk edilmiştir. Buradaki şartlar da Medeni Kanunumuzdaki düzenleme ile Alman Kanunu'ndaki düzenlemelere paraleldir. Orada da Almanya'da olduğu gibi eşcinsellerin cinsiyet değiştiremeyeceği kabul edilmektedir.⁽¹²⁾ Konuyla ilgili olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin de kararları bulunmaktadır:

Almanya'da bir kişinin mahkeme sürecinin uzun sürmesini İHAM'a götürmesi üzerine Alman Anayasa Mahkemesi cinsiyet değişikliği üzerine nüfus kaydının da düzeltilmesi gerektiğine ilişkin bir karar vermiş ve bu karar üzerine, Almanya'da kanuni düzenleme yapılmıştır. Yine komisyonunun Belçikalı başvuru ile ilgili verdiği 1979 tarihli bir ihlal kararı olduğu aktarılmaktadır.⁽¹³⁾

Daha yeni kararlarda, İHAM, 8.ve 12.maddenin ihlal edildiğine karar vermektedir. **I vs. Birleşik Krallık** kara-

rında başvurucunun cinsiyet değişikliği ameliyatı sonrasında kadınlara özgü olan hemşirelik mesleğine kabul edilmemesi 8.maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Kanuni düzenleme

Yeni Medeni Kanunumuzda konu, öncekine nazaran daha ayrıntılı ve sınırlayıcı bir biçimde düzenlenmiştir. **Medeni Kanun'un** 40. maddesine göre, cinsiyetini değiştirmek isteyen transseksüellere, mahkemece izin verilebilir.⁽¹⁴⁾ Bunun için şu şartların gerçekleşmiş olması gerekir:⁽¹⁵⁾

1. Kişi şahsen başvuruda bulunmalıdır.
2. **18 yaşını doldurmuş** olmalıdır.⁽¹⁶⁾ Cinsiyet değişikliği talebinde bulunacakların normal yoldan reşit olması gerekmektedir. Buna karşılık, evlenme veya mahkeme kararıyla reşit sayılanların cinsiyet değiştirmeleri mümkün değildir. Ayrıca başvuran kişinin temyiz yeteneğine de sahip olması gerekir.⁽¹⁷⁾
3. Davacı **evli olmamalıdır**.⁽¹⁸⁾ Evli bir kimsenin cinsiyet değiştirmesinin evlilik ve özellikle de çocuklar üzerindeki muhtemel olumsuz etkisi göz önünde bulundurulurken, bu şart ihdas edilmiştir.⁽¹⁹⁾ Evlendikten sonra mahkeme kararı olmaksızın cinsiyet değiştirme halinde ise evlilik kendiliğinden sona ermez. Bu takdirde boşanma davası açılarak boşanmanın sağlanması gerekir.⁽²⁰⁾
4. Ayrıca davacı, **transseksüel yapıda** olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı

açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak **resmî sağlık kurulu** raporuyla belgelemelidir.⁽²¹⁻²³⁾

Transseksüellik, psikiyatrik literatürde, cinsel kimlik bozuklukları (gen-der identity disorders) veya psikoseksüel bozukluklar (psycho-sexual disorders) olarak görülen psikiyatrik vakalardandır ve “ergenliğe ulaşmış bir kimsenin, belirlenen cinsiyeti ile ilgili olarak ısrarlı rahatsızlığı ve uygunsuzluğu konusundaki duyguları” olarak tanımlanmaktadır.⁽²⁴⁾ Transseksüellerin kendilerini eşcinsel görmediği ve bu tür ilişkilere de karşı oldukları aktarılmaktadır.⁽²⁵⁾

Üreme yeteneğinden yoksun olma şartını doğuştan yoksunluk olarak anlamamak ve daha önce çocuk sahibi olanların cinsiyet değiştirmelerine engel olacak şekilde yorumlamamak gerekir. Aksi takdirde cinsiyet değişikliği önemli ölçüde sınırlanmış olur.⁽²⁶⁾ Bu şartın, ameliyata izin verilmesi için aranması eleştirilerek, örneğin Almanya’da bu şartın nüfus kaydının düzeltilmesi sırasında arandığı, kanunumuzdaki haliyle bu ameliyatın neredeyse hiç bir zaman mümkün olamayacağı ifade edilmektedir.⁽²⁷⁾ Bu düzenleme esasen **endikasyonu esas alan** bir düzenlemedir. Başka ifadeyle tıbbi bir gereklilik aranmaktadır. Bu yolla cinsiyet değişikliği sadece biyolojik açıdan değil, ruhsal açıdan da zorunlu olma koşuluna bağlanmıştır. Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin gelişigüzel doktor raporlarına bağlanmaması için de uzmanlardan oluşan bir resmi sağlık kurulu raporu alınması öngörülmüştür.⁽²⁸⁾ Rapor zorunluluğu, kişilerin “*ben ruhen erkeğim/kadınım*” gibi gerekçelerle ameliyat yaptırmasının önlenmesini sağlamıştır.⁽²⁹⁾

Kanun, kurul raporu aradığından, tek imzalı doktor yazısı yeterli değildir.⁽³⁰⁾ Bununla beraber kanun, kurulun kaç hekimden ve hangi uzmanlık alanlarından oluşması gerektiğini de düzenlememiştir. Böylece bu husus, tıp bilimine bırakılmış bulunmaktadır. Öğretide ise iki hekimin de vereceği raporun kurul raporu olacağı, ancak bunun kabul edilemeyeceği, özellikle üroloji, jinekoloji, anatomi, cerrahi, endokrinoloji, psikiyatri ve psikoterapi uzmanlarından en az birer kişinin bulunacağı bir sağlık kurulunun rapor düzenlemesi gerektiği de ileri sürülmektedir. Transseksüeller açısından endikasyon daha çok ruhsal endikasyon olduğundan, özellikle psikiyatristin kurulda bulunması zorunluluk arz etmektedir.⁽³¹⁾ Hâkim, rapor açısından belirli kıstaslar koymak konusunda özgürdür. Hâkim, bu rapor ışığında, ameliyatın tek çare olduğu, davacı açısından yararlı olacağı, ameliyatın geçici



bir heves olmadığına kanaat getirerek ameliyata izin vermelidir.⁽³²⁾

Öğretide çifte cinsiyetli kişilerin de bu ameliyatı yaptırmalarının mümkün olduğu, buna karşılık **travestiler** açısından bu hükmün uygulanamayacağı görüşü savunulmaktadır.⁽³³⁾ Yine **eşcinseller** bakımından da cinsiyet değişikliği ameliyatına müsaade edilmemesi gerektiği belirtilmektedir. Zira homoseksüelin doğuştan cinsiyeti belli ve stabil olmasına rağmen, aynı cinsten kimselerle cinsel ilişkiye girmektedir.⁽³⁴⁾ Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir (MK 40/2).

Görüldüğü üzere, cinsiyet değişikliği kişinin tamamen keyfi olarak yaptırabileceği bir tıbbi müdahale değildir. Bunun için **mahkemeden izin alınması** gerekmektedir. Ayrıca kanun ikili bir düzenleme öngörmüştür. Öncelikle mahkemenin cinsiyet değişikliğine izin vermesi ve sonra da bu izne bağlı olarak yapılan

Cinsiyet değişikliğine ilişkin müdahaleler de bir tıbbi müdahaledir ve bu anlamda tıbbi müdahalenin genel koşullarına tabidir. Ancak bu müdahaleler bakımından endikasyon şartı yönüyle sıkıntılar vardır. Ayrıca yapılan operasyon kısırlaştırma niteliğindeyse, Türk Ceza Kanunu kapsamında cezalandırılan bir eylem söz konusu olabilecektir (TCK 101). Bu nedenle, açık bir kanun hükmüyle bu tür tıbbi müdahalelere müsaade edilmesinde zorunluluk vardır.

Cinsiyet değişikliği kişinin tamamen keyfi olarak yaptırabileceği bir tıbbi müdahale değildir. Bunun için mahkemeden izin alınması gerekmektedir. Ayrıca kanun ikili bir düzenleme öngörmüştür. Öncelikle mahkemenin cinsiyet değişikliğine izin vermesi ve sonra da bu izne bağlı olarak yapılan ameliyat nedeniyle mahkemenin nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılmasına karar vermesi. İzin alınmadan ameliyat yaptırılması halinde ise nüfus kaydının değiştirilmesi mümkün olmayacaktır.

ameliyat nedeniyle mahkemenin nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılmasına karar vermesi (TMK 40/1 ve 2).^(35, 36) İzin alınmadan ameliyat yaptırılması halinde ise nüfus kaydının değiştirilmesi mümkün olmayacaktır.⁽³⁷⁾

“Yargıtay, bir kararında, davacının kadın cinsiyetinden erkek cinsiyetine geçebilmesi için gerekli olan ameliyatlardan birincisini olduğu ancak, kadından erkeğe cinsiyet dönüşümünün ikinci aşama ameliyatı olan hastaya erkek cinsel organın takılması ameliyatının henüz yapılmadığı, bu durumda ancak cinsiyet değişikliğinin ikinci aşamasının yapılıp, gerekli olan sağlık kurulu raporunun sunulması halinde cinsiyet değişikliğinin nüfus siciline işlenmesine karar verilebileceğini belirtmiştir”.⁽³⁸⁾

Burada karşımıza çıkan bir sorun, bu tıbbi müdahalenin Türk vatandaşı olmayan kimselere de yapılıp yapılamayacağıdır. Kanımca, kanun ayrıca bir sınırlama getirmediğinden ameliyatın yabancılarla da yapılması mümkündür. Kanunda belirtilen süreç yabancılar açısından da geçerli olacak, mahkeme izin verecek, ancak ameliyat sonrası nüfus kaydına işlenmesi ancak Türk vatandaşları bakımından söz konusu olabilecektir.

Cinsiyet değişikliği askerlik, emeklilik yaşı ve özellikle medeni hukuk başta olmak üzere birçok yönden önemli hukuki sonuçlar doğurmaktadır.⁽³⁹⁾

Kaynaklar

1) Dünyada ilk defa erkek cinsiyet organı çıkarılan ve yerine yapay bir vajına yapılan George adındaki bir hastaya “Christine” adının verilmesi bu ameliyatlara “Christine ameliyatı” denilmesine neden olmuştur. Tibben bu yolu gerçekleştiremeyenler ise kendi kendilerini iğdiş etme, penis kesme gibi girişimlerde buldukları üzücü olaylara rastlanmaktadır”, Güven, Kudret, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, GÜHFD, C.1, S.1, 1997, 47.

2) Bkz., Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2013, 275 vd.

3) Nitekim öğretilerde de önüne gelen ve dileyen herkesin bu müdahaleyi yaptırmasına imkân tanınmaması gerektiği ileri sürülmektedir, Zevkiler, Aydın, “Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası”, TBDD 1988, 268.

4) Ülkemizde konuya ilişkin bir kanun hükmü çıkarılmadan önce de cinsiyet değişikliği ameliyatlarının yapıldığı, öğretilerde aktarılan vakalardan anlaşılmaktadır. Hatta bu vakaların bazılarında, yerel mahkemeler nüfus kaydının düzeltilmesine de karar vermiş, kararlar Yargıtay’a gitmeden kesinleşmiştir, bkz., Öztürel, Adnan, “Transseksüalizm ile Hermafroditizmde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri”, Kısım II, AÜHFD 1981, C.38, S.01-04, s. 268. Vakalar için bkz. s. 269 vd.: “İ. İli vailiği 205 sayılı 1980 sayılı yazılıyana Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına başvurularak, ilin çeşitli yerlerinde yakalanan, tenasül organlarına, özel uzmanlarca estetik ameliyatla kadın yapılan erkeklerin, mahkemelerce kadın olduklarına karar verildikleri ve bu cinsiyette hüviyet cüzdani çıkarttıkları, bunların durumlarının yasal olup olmadıkları, zührevi hastalık bakımından ne yapılacağı, nerelerde çalıştırılıp çalıştırılmayacakları ve ameliyat yapmanın veya yaptırmamanın suç teşkil edip etmeyeceğini, bu gibi kişiler, gizli fuhuş yapanlar, genelevde çalışanlar hakkında ne gibi işlem yapılacağı sorulmuştur.

Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Danışma Kurulu Başkanlığı aşağıdaki mütalayı vermiştir.

Ameliyatla kadınlaştırılmış kimseler için yasalarımızda özel bir kayda rastlanmamıştır. Dosyada mevcut 6 şahsa ait tutanaklarda bu kişilerin ameliyatla kadın oldukları ve sonradan cinsiyet ve tashihi için mahkemelere müracaat ettikleri ve istekleri yönünden ittihaz olunan kararda aynı zamanda cinsiyetlerine uygun isim aldıkları ifade olunmaktadır. Bu ifadeleri teyit eder mahiyette olup dosyada mevcut E. ilçesi Asliye 2. Hukuk Mahkemesinin Esas 1977/472 ve Karar 1977/443 Dosya Sayılı Karar fotokopisi ile Plastik ve Rekonstrüktif Şirürji Mütahassısı Dr. S.K.E.’nin rapor örneği bu işlem ve ameliyatları yasal ve tıbbi yönden desteklemektedir. Dosyada 2 şahsa ait tutanakla bunların ameliyat oldukları ancak, nüfus kaydı yönünden bir işleme başvuru vurmadıklarına değinilmektedir. Bir kişi ise kadındır. Ameliyat olmamıştır. İ. İli Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklar Mücadele Komisyonu Başkanlığının 20.5.1980 gün ve 180 sayılı kararında bu tür ameliyatları yapmanın ve yaptırmamanın suç teşkil edip etmeyeceği hususundaki endişenin yersiz olduğu, Hermafrodit bir şahısta cinsiyet ameliyatlarının üstün olduğu istikamette bir Cerrahi müdahalenin tabii olacağı, görüşüne varılmış olup, genelevlerde çalışan bu gibi kişilerde Umumi Hıfzıssıhha ve İş Kanunları hükümlerine göre işlem yapılmasının uygun bulunduğu düşünülmektedir”.

5) “Kamuoyunca yakinen tanınan ve sempati de

toplayan bir ses sanatçısının transseksüel olduğunu gösteren bir takım açıklamalar ve gerekçelerle yaptırdığı cinsiyet değişikliği ameliyatından sonra, nüfus kaydında da buna göre cinsiyet değişikliği kaydının yapılmasını dava etmesi üzerine yerel mahkeme bu istemi kabul ederek cinsiyet değişikliğinin nüfus kütüğüne işlenmesine karar vermiştir. Bu karar temyiz edilmiş ve temyiz incelemesini yapan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, sadece üreme organının dış görünümünün ameliyat yolu ile değiştirilmesinin yeterli olmadığını, ayrıca kişinin kendisini ruhsal yönden de gerçekten kadın gibi hissedip etmediğinin hekim raporu ile belirlenmesi gerektiğini, oysa yerel mahkemenin bu hususu gereğince incelemeyeceği gerekçesi ile kararın 21.1.1981 günkü karar ile bozmuştur. Bozma üzerine yerel mahkemenin yaptırdığı bilirkişi incelemesi sonunda verilen hekim raporunda, ameliyatta sadece bir vajına deliği açıldığı, oysa kişide, uterus (rahim), yumurtalık ve doğurma yeteneği bulunmadığı, bu nedenle aslında ameliyatla cinsiyetinin de değişmediği, kişinin transseksüel değil, homoseksüel olduğunun kabulü gerektiği belirtilmiş, bu görüşe uyarak yazarı kaydı değişikliğini reddeden yerel mahkemenin kararını, Yargıtay tarafından da onaylanmıştır”, Zevkiler, 276.

6) Adli Tıp raporlarında belirlenen husus, davacının dış görünümü itibarıyla tamamen kadın olduğu, vücudunun kadınlara özgü tüm özellikleri taşıdığı ve kendisini kadın olarak hissettiği davranışlarının da o yolda bulunduğu, geçirdiği ameliyat sonucu erkeklik organının yok edildiği, kadın olarak cinsel ilişkiyi başardığı ve bundan zevk duyduğu homoseksüel yaşantısını bir kaç yıldan beri terk ettiği, bugünkü hali ile kadın olması lazım geldiği merkezindedir. Raporlarda belirlenen hususlar doğuştan erkek olduğu halde, özgür iradesi ile ve operasyonla erkeklik organlarını yok ettiren, psikolojik yönden kendini kadınlığa intibak ettiren ve sun’i yolla da olsa vücudunu kadınlara özgü bir görünüme getiren kişiyi tanımlamaktan ibarettir. Oysa yürürlükte bulunan hukuk kuralları iradi şekilde cinsiyet değişikliğine cevap vermemektedir. Her şeyden önce, böyle bir eylem kişilik hakkı (şahsiyet hakkı) üzerinde tasarruf niteliği taşımaktadır ki, Medeni Kanun’un 23.maddesi buna engeldir.

Zira bir kimsenin kanunda açıkça yer verilmeyen hallerde beden tümlüğü (ki buna cinsi tamamiyet ve onun idamesi de dâhildir) üzerinde tasarruf etmek hakkı yoktur. O halde serbest irade ile kişi cinsiyetini keyfince değiştiremez. Aksi kabul edilirse iş, kişilik hakkı üzerinde tasarrufla kalmaz, kanuna karşı hilelere kapı aralanmış olur. Sözgelimi eşinden boşanamayan kimse cinsiyetini değiştirerek ve aynı cinsten kişilerin evli olamayacakları kuralına dayanarak evlilik bağına imkân elde edecektir. Yine bir kimse erkeklerle özgü olan askerlik, millik görevden (askerlik yükümlülüğünden kurtulmaya ya da kadınlar için tanınan daha erken emeklilik hakkı elde etmeye, benzeri başka haksız yararlar sağlamaya imkân bulur. Bu örnekler kimsenin olumlu cevap vereceğini sanmıyoruz. Her ne kadar yanlışlığın devamına hukuk ilgisiz kalamaz ise de hukukun öngördüğü husus, çift organlı olarak doğmuş olan (yani hünsa durumda bulunan) ve zamanla inkişaf eden cinsiyetine göre ameliyatla durumu açıklığa kavuşanların, iş bu gerçek cinsiyetleri ile nüfus kayıtlarındaki çelişkinin düzeltilmesini sağlamaktır. Dosyadaki raporlar olayın gelişimi ve yürürlükteki hukuk karşısında davacı, hangi cinsel duygular içinde bulunursa bulunsun, ne yolda cinsel tatmine ulaşırsa ulaşırsın, psikolojik yapısında ne gibi değişiklik meydana gelirse gelsin, özgür iradesi ile yok ettiği cinsiyetine dayanarak karşı cinsten olduğunun tespitini yani cinsiyetinin değiştirilmesini istemez.

Davacının, serbest iradesi ile vaki ameliyat yüzünden cinsiyetinin (erkekliğinin) gerektirdiği imkânları yeniden elde edemeyecek duruma gelmiş olması da vermek istediği amaca ulaşmasını haklı kılmaz. Yani kanun, kişilik hakkına bizzat saldıran kimsenin, meydana getirdiği sonuçta hukukta yeri olmayan

bir çare bulmaya mecbur değildir. Herkes yanlış eylemlerinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. İşe, duygusal zeminde çözüm aramak doğru olamaz. Çünkü hukuk, hak karşısında ne kadar şefkatli ise hata söz konusu olduğu hallerde de o derece müsamahasızdır. Erkekliğini yitirmiş ve fakat kadın da olamamış bir kimsenin caresizliğine birlikte acınır, ama kanun bir yana itilerek imkân hazırlanamaz. İbraz edilen hukuki mütalaaya gelince bir rapor sonucu itibari ile olması gereken hukuk kuralına aykırılık vermektedir. Oysa mahkemeler mevzu ve mer'i hukuka göre Karar vermekle yükümlüdür. Meğerki Medeni Kanunumuz 1. maddesinde vurgulanan kanun boşluğu mevcut olsun. Oysa olayımızda açık ve kapalı bir kanun boşluğu yoktur. Yani yürürlükteki hukuk, bu konuda hüküm vermeye yeterlidir. Onun için olması gereken hukuku, yürürlükteki hukukun yerine koymak sureti ile karar verilemez. Eğer olması gereken hukuk iddiası kamu yararına ise bunu kanun koyucu ele alıp bir düzenleme yapabilir. Açıklanan gerekçeler karşısında mahkemenin kesin hükme dayalı gerekçesi yerinde değilse de davayı esasan reddetmesi doğrudur. Bu itibarla temyiz itirazlarının tümünün reddi ile hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edene yükletilmesine, birinci benkte Turgut Kaya Ülkü'nün, ikinci benkte ise Namık Kemal Yalçınkaya'nın muhalefeti ile oyçokluğuyla karar verildi, 2. HD, 27.3.1986, 651/3256.

Bu karar 1988 yılında Medeni Kanun'da yapılan değişikliğin nedeni olmuştur. Yargıtay'ın yaptığı dar yorum kanuna hüküm eklenmesine neden olmuştur, Will/Öztan, 239.

7) Bkz. Güven, 54, dn. 86.

8) Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993, 98.

9) Önceki Medeni Kanunumuzun düzenlemesi şöyleydi (md. 29/2): "Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Bu konuda açılacak davalarda cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise, eşe de husumet yöneltilir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur".

10) Zevkililer, 278. "Öte yandan düzenlemede, "ortak çocukların velayetinin kime verileceğini hakimince ayrıca belirleyeceğini" kaleme alan Yasakoyucu, çocukların eğitimi ve ruh sağlığı bakımından son derece sakıncalı bir başka kargaşa yaratmıştır. Velayetin hangi tarafa verileceği hakimince takdirinde olduğuna göre, hakim gerekli görürse, cinsiyet değiştiren tarafa bile velayeti verebilecektir. Böyle bir durumda, yıllarca baba bildikleri ve «baba» diye hitap ettikleri kişiyi karşılarında birden bire karşı cinsten biri olarak gören ve hatta ameliyatla cinsiyet değiştirerek kadın olduktan sonra başka erkeklerle intim ilişkilere girdiğini gören çocukların ne gibi uyumsuzluk ve bunalmalar içine düşebileceklerini tahmin etmemek mümkün müdür?"; Zevkililer, 279.

Kanun önerisi mecliste ayrıntılı tartışılmamış, sadece alay konusu edilmiştir:

«Muhafazakâr hükümeti, enflasyon, hürriyet, demokrasi gibi büyük meseleleri tamamladıktan sonra, çok gelişmiş Batı'mn en önemli problemlerinden birini Türk toplumuna getirmiş olmasından dolayı tebrik ederiz», bkz. Will/Öztan, 238.

11) Will, Michael/Öztan, Bilge, "Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı –Transseksüellerin Hukuki Durumu-", AÜHF, 1993, C.43, S.01-04, s. 227, 229.

12) Zevkililer, 275.

13) Ayrıntılar için bkz. Will/Öztan, 265 vd.

14) Önceki Medeni Kanunumuz döneminde daha farklı bir düzenleme vardı. Bu uygulamada kişiler doğrudan cinsiyetlerini değiştirmekte ve cinsiyet değişikliğine ilişkin asgari sağlık raporu ile mahkeme

başvurarak nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasını istemekteydiler. Böylece mahkemenin hiç bir takdir yetkisi olmaksızın, hiç bir ön denetim de olmaksızın, cinsiyet değişikliği ameliyatı yapılmakta ve mahkeme bir nevi onay makamı niteliğinde olarak, söz konusu değişikliği nüfusa bildirmektedir. Böylece gelişigüzel cinsiyet değişiklikleri yaptırılarak mahkemelerin adeta bir emrivaki ile karşı karşıya bırakıldığı ileri sürülmekteydi, bkz. TMK 40. madde gerekçesi. Öğretide de maddenin bu haliyle mahkemeye bir "oldu-bitti"yi tescil ödevi yüklediği ifade edilmişti, Hatemi/Serozan, 99. Yine bu hükmün mevcut hükümden en önemli farkı da, cinsiyet değişikliğine ilişkin herhangi bir tıbbi kriter de öngörülmemiş olmasıydı. Hâlbuki yürürlükteki kanun sağlık raporu düzenleyecek kurulun esas alacağı hususları da düzenlemiş bulunmaktadır.

15) Krş. 2.HD, 04.10.2011, 11100/14833. Önceki Medeni Kanun'un düzenlemesi nedeniyle, bu tür operasyonlara neredeyse hiç sınır getirilmediği, yeni kanunun ise aşırı bir sınırlama getirdiği ileri sürülmektedir, Sağlam, İpek, "Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme", AÜEHFD, C.VIII, S. 3-4 (2004), 466.

16) Alman Transseksüeller Kanunu 25 yaş sınırı öngörmüştü. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi bu sınır Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir, bkz., BVerfG, 60 123.

17) Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku, C.1, 6. Baskı, İstanbul 2007, 493; Sağlam, 460.

18) 743 sayılı eski Medeni Kanunumuz evli olanların da cinsiyet değiştirmesine imkân tanımıştı. Buna göre, mahkemenin cinsiyet değişikliğine ilişkin vereceği kararın kesinleşmesiyle beraber evliliğin de kendiliğinden sona ereceği hükme bağlanmıştı. Açılacak davada eşe de husumetin yöneltilmesi gerektiği, mahkemenin varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin edeceği maddede açıkça düzenlenmişti (bkz. md. 29/2). Öğretide de evli olmayan kişiler bakımından da bu müdahaleye izin verilmesi gerektiği görüşünü savunan yazarlar bulunmaktadır, Güven, 64.

19) TMK 40.madde gerekçesi.

20) Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Burcu, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, s. 77; öğretide bu takdirde tek çözüm olarak evliliğin yok olarak kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir, Dural, Mustafa/Oğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C.III, 8. Baskı, İstanbul 2013.

21) Bu ifadenin Alman Transseksüeller Kanunu'ndan alındığı ve yanlış olduğu, doğrusunun "hermafrodit" olması gerektiği, bıçaklı çözümün eşcinsellerde başka sorunlara yol açabileceği hususunda, bkz., Hatemi/Serozan, 104,105; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 76; aksi görüşte, Güven, 49.

22) "Kişinin cinsiyetini belli eden sadece bedeni değil, aynı zamanda ruhudur. Beden ve ruh arasında çatışma çıktığında, bunlardan hangisinin üstün durumda bulunduğunu ve kişiyi erkek veya kadın olarak belirlediğini araştırmak gerekir", Neuchatel Kanton Mahkemesi Kararı, Turan Başara, Gamze, Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları, TBB, 2012, S. 103, s. 247, dn. 2'den.

23) Alman ve İsveç kanunları başta olmak üzere çoğu Avrupa ülkesi kanunlarında da bu şartın arandığı belirtilmektedir, Güven, 65.

24) Bkz., Güven, 44, 45 ve dn. 49, 50. Konuya ilişkin ayrıntılı tıbbi bilgi için bkz., Öztürel, Adnan, "Transseksüalizm ile Hermafrodizimde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri", AÜHF 1980, C.37, S. 01-04, s. 461 vd; Kısım II, AÜHF 1981, C.38, S.01-04, s. 253 vd.

Transseksüellikte klinik tanı için şu şartlar aranmaktadır:

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

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 şizofreni gibi başka ruhsal bozukluklardan kaynaklanmaması asıldır", Güven, 45. Belirtilim ki, kanunumuz, bazı yabancı kanunların da şart olarak öngörmüş olduğu, belli bir süre transseksüellikte ısrar gibi bir şartı gerekli görmemiştir.

25) Bkz. Zevkililer, 270, dn. 24.

26) Hatemi/Serozan, 100; Güven, 65.

27) Sağlam, 464, 465.

28) TMK 40.madde gerekçesi.

29) Hatemi/Serozan, 102.

30) 2.HD, 06.10.2003, 11898/12737.

31) Zevkililer, 265, 272.

32) Sağlam, 463.

33) Akipek/Akıntürk, 493, 494. Travestilik ile transseksüellik karıştırılmaktadır. Travestilik tanısı için aranan şartlar şunlardır:

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

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

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

4. Cinsel organlardan kurtulma eğiliminin bulunmaması, tersine genital organlara bir mutluluk aracı olarak bakması şartı aranmaktadır. Transseksüel ise bundan farklı olarak cinsiyet organına nefretle sirtını dönmektedir.

Transvestlik, karşı cinse ait giysileri giymek yada karşı cinsin kimi özelliklerini benimseyerek doyuma ulaşma sapkınlığıdır. Bunlarda karmaşık ve her iki cinse ait özdeşlikler vardır. Girdiği cinsel ilişkide kendini bazen kadın, bazen erkek rolünde düşleyebilir. Bunlardan çoğu, eşcinsel değildir", Güven, 46.

34) Güven, 60.

35) Alman Anayasa Mahkemesi, 11.01.2011 tarihli bir kararla, Transseksüeller Kanunu'nun, cinsiyet değişikliği için ameliyatı şart koymasını, aşırı bir gereklilik olarak öngörüp Anayasa'ya aykırı bulmuştur, bkz., http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110111_1bvr329507.html (ET, 02.12.2013).

36) Gençcan, Ömer Uğur, Türk Medeni Kanunu, 1.C., 2. Baskı, Ankara 2007, s. 398; Turan Başara, 249.

37) Ayan, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 153.

38) Y. 2. HD., 13.02.2006 T., 17485 E., 1343 K., Turan Başara, 256, dn. 27'den.

39) Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Güven, 66 vd.