

MEDENÎ KANUN VE CİNSİYET KARGAŞASI

Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER

GİRİŞ :

4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Yasa ile, 743 sayılı Medeni Kanun'un bazı maddeleri ile, 818 sayılı Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde önemli bazı değişiklikler yapılmış ve Medenî Kanunun bazı maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır (1). Bu değişikliklerin önemli olması, hukukçuları ilgilendirdiği kadar, sıradan vatandaşları da yakından ilgilendirmesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü getirilen bu değişikliklerle ilgili olarak aşağı yukarı yarım asırı geçen bir süreden beri tartışmalar yapılmakta, lehte ve aleyhte değişik fikirler ileri sürülmektedir. Bu tartışmalar ve konuya duyulan ilgi, sadece hukukçular arasında kalmamış, son yıllarda kamuoyunda da bu değişikliklere ilişkin çeşitli tartışmalar açılmış, beklentilere girilmiş ve hatta değişiklik konusu olan hususlar basının vazgeçilmez günlük haber malzemesi haline gelmiştir.

Kamuoyunu da böylesine ilgilendiren değişiklikleri başlıca üç ana konu içinde toplamak mümkündür :

1 — Kişilik hakkına (kişinin manevî şahsiyetine) özellikle basın yoluyla yapılan haksız saldırılar karşısında, Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda varolan kuralların yetersiz olduğu ve kişilerin onur ve saygınlığını korumayı tam sağlayamadığı, bu nedenle manevi kişiliği korumaya elverişli ve daha etkin kurallar getirilmesi için yeni tasarılar hazırlanması ve Türk Basınının da, bu gibi yasa-laştırma hazırlıklarını, aslında özgür basını kısıtlamaya, haberleşme özgürlüğünü dizgin altında tutma ve Basın üzerinde baskı yaratma girişimleri olarak değerlendirmesi;

2 — Son altı - yedi yıldır, içinde adını kamuoyunun yakından tanıdığı bazı sanatçıların da bulunduğu kişilerin cinsiyet değiştirme girişimlerinde bulunması ya da bunu operasyon yolu ile gerçekle-

(1) 3445 sayılı Yasa metni için bk. RG. 12.5.1988, s. 19812.

tirmeleri karşısında, bunun hukuken geçerli sayılıp sayılamayacağı ve bu kişilerin nüfus kayıtlarında cinsiyetle ilgili kayıt düzeltmesi yapılıp yapılamayacağı, hatta bu kişilerin değişik cinsiyetle ortaya çıkarak sanatlarını icra etmelerinin yasaklanmasının hukuka ve özellikle Anayasaya aykırı olup olmadığı;

3 — Nihayet, Hukukçuları ve yıllardır boşanmak istediği halde boşanamamaktan şikâyet eden vatandaşları ilgilendiren, sık sık başına da yansıyan Türk Medeni Kanununun boşanma ile ilgili hükümlerinin çok sınırlayıcı olduğu yollu iddialar ve boşanmanın kolaylaştırılması yolundaki beklentiler.

Bilineceği gibi bu üç ana konu, son yıllarda kamuoyunda en çok tartışılan ve basının günlük manşetlerinden inmeyen konuları oluşturmakta idi. Bu ana konular, nihayet Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda değişiklik yapan 3444 sayılı Kanun ile yasal düzenlemeye bağlanarak, bazı tartışmaların ortadan kalkmasını sağladı. Fakat öte yandan, getirilen bu yeni düzenlemelerin, bazı sakıncalar doğuracağı, toplumun değer yargılarına aykırı düşeceği ve hatta modern batı toplumlarında bile kabul edilemez biçimde nitelendirilen hukuk anlayışı ile bağdaşmayan bazı sonuçları beraberinde getireceği, daha Yasanın Resmî Gazete’de yayınlanması anında ortaya çıkmıştır.

Endişeleri davet eden bu sakıncalar, kendisini en çok, cinsiyet değiştirme sonucu nüfus kaydında değişiklik yapılması olanağını sağlayan ve Medeni Kanunun 29 uncu maddesine eklenen fıkra ile ilgili olarak göstermektedir. Bu nedenle biz de bu incelemenin konusunu, Medeni Kanunun 29 uncu maddesine eklenen cinsiyet değişikliği üzerine nüfus kaydında değişiklik yapılması ile ilgili düzenleme ile sınırlı tutacağız.

I — CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ İLE İLGİLİ OLARAK GETİRİLEN DÜZENLEME

A) MEDENİ KANUNUN 29 UNCU MADDESİNE EKLENEN YENİ FIKRA VE BU FIKRA İLE MADDİ HUKUK BAKIMINDAN GETİRİLEN DÜZENLEMELER :

3444 sayılı Yasa ile eklenen yeni fıkra henüz yasalaştırılmamışken, Medeni Kanunun 29 uncu maddesi şöyle bir düzenlemeyi içermekte idi :

«2. Ahvali Şahsiye beyyineleri

a. Umumi olarak

Doğum ve ölüm nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat olunur.

Nüfus sicilinde kayıt bulunmaz veya mevcut kaydın doğru olmadığı tahakkuk ederse keyfiyet herhangi bir delil ile ispat olunabilir».

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi, Medeni Kanunun 29 uncu maddesinde, temelde, nüfus kaydının kanıt gücü ve özellikle, doğum ve ölüm olayları yönünden değeri dile getirilmekte idi. Fakat bu maddeye, aslında doğum ve ölüm olayı ile ve sicillerin kanıt gücü ile doğrudan ilgili bulunmayan, fakat dolaylı olarak ilgisi olduğu söylenebilecek bir fıkra eklendi. 3444 sayılı Yasa ile eklenen yeni fıkra, aynen şu düzenleme yer almaktadır :

«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 ken-diliğinden son bulur».

Bu ek fıkra ile, aslında, Medeni Kanunun 38 ve devamı maddelerinde, yani nüfus kaydının değişikliği ile ilgili maddelerde yer alması gereken ya da Nüfus Kanununa eklenebilecek olan bir düzenleme, Medeni Kanunun 29 uncu maddesine eklenmiş oldu. Bu konunun eleştirisini aşağıdaki ana başlık altında ele almak üzere, biz burada, 29 uncu maddeye eklenen yeni fıkra ile Türk Hukukuna ne gibi yenilik ve değişiklikler getirildiğini kısaca belirtmekte yarar görüyoruz.

1 — Her şeyden önce, bugüne kadar Türk Hukuk öğretisinde ve yargı kararlarında tartışılmakta olan, «bir kişinin cinsiyetini ameliyat yoluyla değiştirip değiştiremeyeceği ve bu yolla cinsiyet değişikliğinin hukuken geçerli sayılıp sayılmayacağı» sorusuna (2), bu

-
- (2) Bu tartışmalar için bk. KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, Necip, Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dâva Açabilirler mi?, İstanbul 1986 (Hukukî Mütalaa); ZEVLİLER, Aydın, Tedavi Amaçlı Müdahaleler İle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, Dicle Ü.H.F.D., 1983, C. 1, S. 1, sh. 35-37; AŞÇIOĞLU, Çetin Doktorların Hukukî ve Cezai Sorumlulukları, Ankara 1982, 167 vd; ÖZTÜREL, Adnan, Transseksüalizm İle Hermafrodizmde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler), AHFD, C. XXXVIII, S. 1-4, sh. 267 vd; 2.HD.; 21.1.1982, E. 8911, K. 259, YKD.; 1982, S. 3, sh. 323; 2.HD.; 27.3.1986, E. 651, K. 3256 (KOCAYUSUPPAŞAOĞLU sh. 71 vd.).

düzenleme ile açıklık getirilmiştir. Bu düzenlemede açıkça cinsiyet değişikliğinin hukuken geçerli sayılacağından söz edilmemektedir. Fakat, bir kişinin doğumunda sahip olduğu cinsiyeti sonradan değiştirmesi halinde ,dava yolu ile nüfus kaydında yer alan cinsiyet ile ilgili hususun da değiştirilmesini (nüfus kaydının düzeltilmesi) isteyebileceği dile getirilerek, dolaylı yoldan cinsiyet değiştirmenin hekim raporuna bağlanmış olma koşulu ile geçerli sayılacağı belirtilmektedir.

Yani bu hüküm ile, Türk Hukusunda, cinsiyet değiştirme eylemleri caiz sayılmakta, legalleştirilmektedir.

2 — İkinci olarak, Medeni Kanunun 29 uncu maddesine eklenen yeni fıkra, bir süredir gerek Türk hukukunda, gerekse yabancı hukuklarda sürdürülmekte olan, «cinsiyet değiştiren kişilerin, nüfus kaydında bu yolda değişiklik yapılması amacı ile dâva açıp açamayacakları» doğrultusundaki tartışmalara (3) açıklık getirmiş olmaktadır. Yeni düzenleme, bu soruyu olumlu yönde çözüme bağlamakta ve doğumdan sonra yapılan cinsiyet değişiklikleri sonunda, nüfus kaydında gerekli düzeltmelerin yapılmasının belirli koşullara bağlı olarak dava edilebileceğini dile getirmektedir (4).

3 — Yeni düzenleme ile, daha önce Hukukumuzda varolmayan ve Aile Hukuku Sistemimizin dayandığı Kara Avrupası hukuk sistemlerinde de pek rastlanmayan, yeni ve ilginç bir evliliğin sona ermesi yolunun kurala bağlanmış olmasıdır. Bilindiği gibi, Aile Hukukumuzda egemen olan kurallara göre, kurulmuş bir evlilik ölüm, boşanma, evliliğin iptali ve gaiplik dolayısıyla evliliğin feshi yolları ile sona erer (5). Aynı zamanda doğal bir olay olan ölüm halinde, eşlerden birinin yaşamı sona erdiğinden eşyanın tabiatı gereği evlilik birliği de ortadan kalkmaktadır. Buna karşılık her iki eşin de, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra yaşamlarını sürdürdükleri boşanma, evliliğin iptali ve gaiplik dolayısıyla evliliğin feshi hallerinde evlilik yargıç kararı ile ortadan kalkmaktadır. Bunlardan boşanma ve gaiplik dolayısıyla evliliğin sona erdirilmesi, başlangıçta karı-kocanın kendi iradeleri ile kurdukları geçerli bir evliliğin, Yasada öngörülen neden ve koşullarla ve yargıç kararı ile sona

(3) Bu tartışmaların ayrıntısı için bk. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 27-38; ÖZ-TÜREL, 267 vd.; ayrıca yukarıda dip not (2) deki Yargıtay Kararları.

(4) 3444 sayılı K. md. 2 (RG. 12.5.1988, sayı, 19812)

(5) ZEVLİLİLER, Aydın, Medeni Hukuk Diyarbakır 1986, sh. 381 vd.; 573 vd.; 599 vd.; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, İstanbul 1986, 103 vd.; 120 vd.; 243 vd.

erdirilmesidir (6). Evliliğin mutlak butlan ya da nisbi butlan nedeni ile iptal edilerek ortadan kaldırılması halinde ise, yasada belirtilen butlan nedenlerinden biri ile sakat olan bir evliliğin yargıç kararı ile ortadan kaldırılması söz konusudur (7).

Medeni Kanunun 29 uncu maddesine eklenen yeni fıkra ile, karı kocanın karşılıklı iradeleri ile ve geçerli olarak kurulmuş bir evliliğin, yargıç kararı olmaksızın kendiliğinden ortadan kalkmasını sağlayan bir yol getirilmiş olmaktadır. Bu düzenlemeye göre, yargıç tarafından verilen «cinsiyet değişikliğinin nüfus kaydına işlenmesi kararının kesinleşmesi ile evlilik kendiliğinden son bulur» (8). Böylelikle, karı kocanın özgür iradeleri ile kurdukları bir evlilik, yargıç kararına gerek olmadan kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Bu durum, hem Aile Hukuku Sistemimize ters düşmekte, hem de aşağıda eleştiri bölümünde ele alacağımız gibi, yasakoyucunun amacını aşan, modern batı hukuklarında bile kabul edilemeyecek sakıncalı bir formülasyon niteliğini taşımaktadır.

B) MEDENİ KANUNUN 29 UNCU MADDESİNE EKLENEN YENİ FIKRA İLE YARGILAMA (USUL) HUKUKU YÖNÜNDEN GETİRİLEN YENİLİK

Medeni Kanunumuzun 38 inci maddesine göre, nüfus kaydında herhangi bir değişikliğin yapılabilmesi için, yargıç kararı gerekir ve yargıç kararı olmaksızın bu kayıtlarda herhangi bir düzeltme yapılamaz. Bu nedenle, ad, yaş, soyadı ve benzeri nüfus kayıtlarında düzeltme ya da değişiklik yapılabilmesi için bir «nüfus düzeltim (tashihi) davası» açılması gerekir (9). Bu dava, davacının oturduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesinde açılmalıdır (Nüfus K. 46/I). Bu yer, aynı zamanda davacının nüfus kaydının bulunduğu yer de olabilir, fakat davacı nüfus kaydının bulunduğu yer dışında oturmakta ise ,o zaman oturduğu yer mahkemesinde dava açılmalıdır (10). Nüfus kaydındaki düzeltim davaları hiç bir süre ile bağlı olmaksızın her zaman açılabilir (11).

(6) ZEVKLİLER, 381; 593; 621; FEYZİOĞLU, 342 vd.

(7) ZEVKLİLER, 593; 621

(8) 3444 sayılı K. md. 2 (RG, 12.5.1988, sayı 19812)

(9) Ayrıntı için bk. ZEVKLİLER, Aydın Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, Ankara 1981, 429.

(10) 6.HD., 5.6.1967, E. 253, K. 2638 (GÜRSEL/ERTAŞ/MALATYALIOĞLU, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Kararları, Ankara 1969, 469).

(11) 6.HD., 6.4.1964, E. 1781, K. 1787 (OLGAÇ Senai, Medeni Kanun Şerhi, Ankara 1975, sh. 56).

Bu dava, ilgili kişi ya da savcı tarafından açılabilir ve nüfus başmemuru ile savcının da hazır bulunması ile görülür (Nüfus K. 46/1, II). Mahkemenin kararına karşı Yargıtaya başvurulabilir (Nüfus K. 46/III). Mahkeme kararı kesinleşmeden de nüfus kayıtlarında herhangi bir düzeltim ve değışiklik yapılamaz (Nüfus K. 46/III).

Nüfus kaydının düzeltilmesi için açılan dava çekişmesiz yargı (nizasız kaza) yoluyla görülür, yani taraf teşkil edilmez. Davada, nüfus başmemuru ve savcının bulunması, davanın çekişmeli yargı yolu ile görüldüğü anlamına gelmez, onlar, kamu adına ve Nüfus Kanunu gereği davada hazır bulunurlar (12). Hatta Nüfus başmemurunun, mahkemenin bu konuda verdiği kararı temyiz etme yetkisinin de bulunmadığı Yargıtayca karara bağlanmıştır (13).

Buraya kadar belirttiğimiz, nüfus kaydında yapılacak, ad, soyadı, yaş, ölüm, doğum, din, nesep, evlâtlık, evlilik, vatandaşlık ile ilgili yukardaki kuralların, cinsiyet değışikliği hakkında da geçerli olması gerektiği kuşkusuzdur. Dolayısıyla, cinsiyet değışikliği ile ilgili nüfus düzeltim davasının da çekişmesiz yargı yöntemi ile görülmesi gerekir .Ne var ki, 3444 sayılı Kanunla, Medeni Kanunun 29 uncu maddesine eklenen yeni fıkrada, «Bu konuda açılacak davada cinsiyeti değıştirilen kişi evli ise, eşe de husumet yöneltir,...» hükmü yer aldığından, cinsiyet değışikliği ile ilgili davalar yönünden Yasa, çekişmeli (nizalı) yargı yöntemini de benimsemiş olmaktadır. Fakat bu konuda bir ayırım yapma zorunluluğu vardır. Eğer cinsiyet değıştiren kişi evli değil ise, nüfus kaydının düzeltilmesi davasının çekişmesiz yargı yolu ile görülmesi, buna karşılık cinsiyet değıştiren kişi evli ise, nüfus kaydında bu konuda değışiklik yapılmasına yönelik davanın, diğer eşe de husumet yöneltilerek, çekişmeli (nizalı) yargı yolu ile görülmesi gerekir.

Yeni düzenleme ile, Yargılama Hukuku bakımından da böyle değışik bir yol getirilmektedir. Fakat kuşkusuz ki bu, sadece evli olan kişilerin, cinsiyetleri ile ilgili kaydın düzeltilmesi yönünden geçerlidir. Buna karşılık, evli olmayan kişilerin cinsiyet kaydı ile diğer tüm kişilerin (evli ya da bekâr) ad, soyadı, yaş, din, evlilik, ölüm, doğum ve benzeri kayıtlarının düzeltilmesinde çekişmesiz yargı yolu izlenir.

(12) KURU, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961, 16 vd., 21-23; YILMAZ, Ejder, Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri, AHFD, 1972, C. XXIX, S. 1-2, sh. 270; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 55 vd.; ZEVLİLİLER (Kişiler H.) 249 vd.

(13) 3.HD., 25.1.1951, E. 1332, K. 808 (TİK, 1951, C. II, sh. 1037).

II — CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ İLE İLGİLİ YENİ DÜZEN- LEMENİN ELEŞTİRİSİ :

A) KALEME ALMA VE YASANIN SİSTEMATİĞİ AÇISIN- DAN :

1 — Kaleme Alma Açısından :

3444 sayılı Yasa ile Medeni Kanunun 29 uncu maddesine eklenen yeni fıkra aynen şöyledir :

«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 sona erer.»

Bu formülasyon dikkatle incelendiği zaman, yanlış yorumlanmaya elverişli bazı ifadeler bulunduğu görülmektedir.

a) Bir kez maddenin birinci cümlesi ile ikinci cümlesinin bir arada ele alınıp ona göre bir ifadeye kavuşturulması gerekir. Çünkü mevcut hali ile ele alındığında ve önce birinci cümle okunduğunda, sanki, cinsiyet değiştiren kişi, kendisi bir sağlık kurulu raporu alarak, doğrudan nüfus dairesine başvurup gerekli kayıt düzeltimini isteyebileceği anlamı çıkmakta; ardından ikinci cümle okununca da, bu şekilde yapılacak nüfus kaydı değişikliğine karşı açılacak davalarda, kişi evli ise, diğer eşe de husumet yöneltileceği anlamı çıkabilmektedir. Ayrıca maddenin yazılışından doğabilecek bir başka yanlış yorum da, «hâkimin kişinin cinsiyetini değiştirmesine karar (izin) vereceği» yolundadır. Oysa anlatılmak istenen, cinsiyet değişikliği dolayısıyla, nüfus kaydının değiştirilmesine karar vermektir. Aslında maddede belirtmek istenen, cinsiyet değiştiren kişinin, nüfus kaydında bu hususta gerekli kayıt düzeltimini sağlamak üzere dava açabileceği ve bu durumun yargıç tarafından asgari sağlık kurulu raporu ile belirlenmesinden sonra, nüfus kaydında gerekli değişikliğin yapılmasına karar verilebileceği ve ayrıca davacı evli ise, diğer eşe de bu davada husumet yöneltilebileceğidir.

Bu nedenle, fıkranın daha anlaşılabilir ve değişik yorumlara yol açmayacak biçimde kaleme alınmasında yarar vardır. Kanımızca bu fıkra şöylece kaleme alınabilirdi :

«Doğumdan sonra cinsiyetini değiştiren kişi, nüfus kütüğündeki cinsiyet ile ilgili kaydın da buna bağlı olarak değiştirilmesini dava edebilir. Cinsiyet değişikliğine uğrayan kişi evli ise, açılan kayıt düzeltme davasında diğer eşe de husumet yöneltilir. Davacının cinsiyet değiştirdiğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belirlenmesi halinde, nüfustaki kaydın bu doğrultuda düzeltilmesine karar verilir. Davacının evli ve eşi ile müşterek çocuklara sahip bulunması halinde, velayetin kime verileceğini hâkim ayrıca tayin eder. Cinsiyet değişikliğinin nüfus kaydına düzeltme yolu ile işlenmesi kararının kesinleşmesi ile evlilik kendiliğinden sona erer.»

b) Fıkranın kaleme alınışındaki bir başka sakıncalı ifade de, «cinsiyet değişikliğinin asgarî sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi» biçimindeki ifadedir. Bilindiği gibi, sağlık kurulu raporları, iki hekimin, üç hekimin, daha çok sayıdaki hekimin, tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurulları üyelerinin tümünün imzalarıyla düzenlenen çeşitli kapsamlarda karşımıza çıkabilir. İki hekimin imzası ile verilen rapor da bir kurul raporudur. Düzenlemede, «asgarî sağlık kurulu raporu» ifadesi yer alınca bundan, iki hekim tarafından imzalanmış bulunan raporla da yetinileceği sonucu çıkarılabilir. Oysa cinsiyet değişikliği olayı ve gerçekten cinsiyet değişikliğinin oluşup oluşmadığı konusu oldukça hassas ve önemli bir konudur. Böyle bir raporun tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurulundan alınması gerektiği maddede açıklıkla belirtilmelidir. Aslında cinsiyet değişiklikleri ile ilgili olarak yargı organlarına yansıyan olaylarda da hâkimin, böyle bir kurul raporu aramasında büyük yarar vardır. Aşağıda da ele alacağımız gibi, cinsiyet değiştirme olayının özellikle üroloji, jinekoloji, anatomi, cerrahi, endokrinoloji, psikiyatri ve psikoterapi uzmanlarının uğraşı alanı ile çok yakın ilgisi vardır. Hele hele psikiyatri ve psikoterapi uzmanlarının bu konudaki görüşleri adeta sonucu etkileyen bir etkidir. Sayılan bu uzmanlık alanlarından en az birer kişinin bulunacağı bir sağlık kurulundan alınacak raporla cinsiyet değişikliğinin meydana geldiğini belgelemek zorunlu olmalıdır.

Kanımızca, zaten Yasakoyucu da bir ya da iki hekimin imzalayacağı bir raporu yeterli görmek istememiştir. Düzenlemenin hatalı kaleme alınışı, Yasakoyucunun amacını aşan bir formülasyon yaratmıştır. Kanımızca düzenlemede anlatılmak istenen, «cinsiyet değişikliğinin en azından sağlık kurulu raporu ile belgelenmesi»dir. Yani yargıç, sağlık kurulu raporu ile bağlı olmayıp, diğer kanıtları

da bir arada değ erlendirecektir, fakat en azından sağlık kurulu raporunun bulunması zorunludur. Bu nedenle Medeni Kanunun 29 uncu maddesine eklenen fıkradaki «cinsiyet değişikliğinin asgarî sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi» ifadesini, «cinsiyet değişikliğinin en azından tam teşekküllü bir hastaneden alınmış ve konuyla doğrudan ilgili uzmanların bulunduğu bir sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi» biçiminde kaleme almakta yarar vardır.

2 — Yasanın Sistematiği Açısından :

3444 sayılı Yasa ile, Medeni Kanuna eklenen cinsiyet değişikliği ile ilgili yeni düzenlemenin, 29 uncu maddeye bir fıkra olarak ilavesi de Yasanın sistematiği yönünden pek isabetli olmamıştır. Çünkü Medeni Kanunun 29 uncu maddesi, nüfus kayıtlarında değişikliğin nasıl yapılacağı ile veya hangi konularda değişik yapılabileceği ile değil, nüfus kayıtlarının ve özellikle doğum ve ölüm kayıtlarının kanıtlama (ispat) gücü ile ilgilidir (14). Oysa nüfus kayıtlarında hangi koşullarla değişiklik ya da düzeltmeler yapılabileceği, Medeni Kanunun 38., 40. ve 44  nc  maddelerinde ve ayrıca Nüfus Kanununun 46 nc  maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Cinsiyet değişikliği ile ilgili yeni düzenlemenin asıl yeri, işte bu belirtilen yasa maddeleri olmalı idi. Düzenlemenin yeni bir fıkra halinde, bu ilgili yasa maddelerine değil de Medeni Kanunun 29 uncu maddesine eklenmesi, iğreti bir yama görüntüsü yaratmaktadır.

B) ESAS AçISINDAN ELEşTİRİLER :

Cinsiyet değişikliği ile ilgili yeni düzenlemenin, kaleme alma ve yasanın sistematiğine uygunluk bakımından eleştirilmesi yanında, esas yönünden de, yani tıp ve hukuk bilimlerinin ve Adli Tıp dalının kavram ve ilkeleri ile, yürürlükteki bazı hukuk kurallarına uygun düşüp düşmediği bakımından da eleştirilmeye elverişli yanları bulunmaktadır.

1—) Doğumdan Sonra Yapılan Cinsiyet Değişikliklerinin Hukuk n Geçerli Olup Olmadığı :

Yalnızca  lkemizde değil, diğer ülkelerde de yıllardır tartışılan ve tartışılmakta olan, hatta ülkemizde, son yıllarda, kamuoyunda tanınmış sanatçıların adlarının da karışmasıyla güncelliği artan konuların başında, doğumdan sonraki cinsiyet değişikliklerinin huku-

(14) ZEVKL LER, Kişiler Hukuku, 425 vd.

ken geçerli sayılıp sayılamıyacağı ve nüfus kaydının buna göre değiştirilmesinin caiz olup olmadığıdır. Gerek kamuoyunda, gerekse hukukçular arasında bu konunun sonu gelmiyen tartışmalara konu olmasının nedeni, «cinsiyet» dediğimiz kavramın, Adem ile Havva'dan, yani İnsanlık Tarihinin başlangıcından bu yana taşıdığı önemden kaynaklanmaktadır.

Sözlük anlamı ile «CİNSİYET, insan, hayvan veya bitkilerde erkekle dişiye ayırt ettiren özellik» biçiminde tanımlanmaktadır (15). Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, cinsiyet denilince, «ERKEK» ve «DİŞİ» olmak üzere iki farklı kavram karşımıza çıkmaktadır. Bu farklı iki kavram, tez - antitez ya da madde - antimadde gibi birbirinin karşıtıdır. Cinsiyet denilince de bu iki karşıt kavram arasında yeralan ya da onların karması olan bir üçüncü varlıktan söz edilmesi olanak içinde değildir. Tüm canlılar yönünden, «erkek» ve «dişi» olarak ifade edilen bu karşıt iki tür, insanlar yönünden «ERKEK» ve «KADIN» olarak ele alınır. Yani insanların erkek ve kadın olan iki karşıt cinsi vardır. Bu iki cins arasında cinsiyet yönünden, üçüncü bir insan türünden söz edilemez. Bu Adem ile Havva'dan beri böyle olagelmıştır. Yani yaratılış gereği insanlar ya erkektir ya da kadın. Fakat insanlarda da doğumdan bazı patolojik terslik ya da anomaliler bulunabilir. Ama buna karşın böyle bir durum içindeki kişinin cinsiyeti vardır ve bu kişi ya kadındır ya da erkektir. Belki dış görünüm, hormonal yapı ve benzeri nedenlerle bir kişinin cinsiyeti (erkek mi kadın mı olduğu) tam belirgin bulunmayabilir. Fakat yine de o kişi temelde ya erkek ya da kadındır.

Bu nedenle, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun da onaylar görüldüğü (16), «erkek ve kadının kesin çizgilerle birbirinden ayrılamayacağı; her insanın hem erkeğe hem de kadına ilişkin özellikleri aynı anda bünyesinde taşımakta olduğu; hem erkeğin hem de kadının aynı hormonlara sahip bulunduğu; her erkekte biraz kadınlığın, her kadında da biraz erkekliğin bulunduğu; bu nedenle insanları «erkek» ve «kadın» olarak iki karşıt kategoriye ayırmanın doğru olmadığı» doğrultusunda Alman Hukukunda ileri sürülen görüşe (17) katılmayı mümkün görmüyoruz.

Bununla, cinsiyet değişikliğine kesin karşı olduğumuz anlaşılmalıdır. Aksine bazı koşullar altında ve sınırlı olarak

(15) MEYDAN - LAROUSSE, Cilt 2, sh. 957

(16) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 13 vd.

(17) NEVINNY - STICKEL/HAMMERSTEIN, Medizinisch - Juristische Aspekte der menschlichen Transsexualität, NJW, 1967, sh. 664.

cinsiyet değişikliğine izin verilmesinden yanayız ve bu görüşümüzü aşağıda ayrıntılı olarak belirteceğiz. Ayrıca bu görüşümüzle, bir insanda doğumdan bulunabilecek ve hangi cinsse girdiğini ayırma ola-nağı bulunmayan ve her iki cinsin de özelliğini taşıyan, örneğin «HERMAFRODİT»lerdeki gibi, her iki cinsin üreme organına dış görünüm olarak sahip bulunan insanların varlığını da inkâr ediyor değiliz. Aksine bunların bile temelde sadece kadın ya da erkek olduğunu söylemek istiyoruz.

Önüne gelen ve dileyen herkesin değil de, ancak belirli kişilerin ve belirli koşullar altında, cinsiyet değiştirme yoluna başvuru-bileceğini biz de kabul ediyoruz. Fakat bu şekilde, belirli kişilerin be-lirli koşullar altında cinsiyet değiştirmelerine gerekçe hazırlamak üzere «zaten erkekle kadını kategorik olarak birbirinden ayırmanın mümkün olmadığı, her erkekte biraz kadınlık ve her kadında da bi-raz erkeklik bulunduğu» yolundaki zorlama nitelikli yargılara ka-tılamıyoruz. Aksine, cinsiyet değişikliğinin geçerli sayılması gereken sınırlı durumlarda, sorun hormonal ya da anatomik dış görünüm-den çok ruhsal bir nitelik taşımaktadır. Bir kişiyi ruhsal sağlığına kavuşturabilmek için yapılacak ameliyat, bedensel müdahaleler ve tedavi amaçlı diğer girişimler, hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı-na göre (üstün amaçlı girişimler) (18), gerekçeyi daha çok psikolojik, psikiyatrik ve psikanalitik temellerde aramak gerekir.

Bu şekilde, kişiyi ruh sağlığına kavuşturmak üzere yapılabilecek cinsiyet değiştirme ameliyatlarının ne zaman ve hangi kişiler yönünden geçerli sayılabileceğini ortaya koyabilmek için de, bir ay-rım yapılmalıdır. Temelde kadın ya da erkek olan, fakat doğumdan itibaren gerçek cinsiyeti belirgin olmayan ya da dış görünümü ile her iki cinsin de özelliklerini taşıyıp da gerçekte bunlardan sadece birine sahip bulunan yahut ta cinsiyeti kesin ve belirgin olmakla birlikte, sapık dürtülerle, karşıt cinsin gösterdiği cinsel davranışlar içine giren değişik kişilere göre bir ayrımla sonuca ulaşmak gerekir. Yapılacak böyle bir ayırmda, cinsiyet değiştirme ameliyatlarının kimler yönünden geçerli sayılması gerektiği daha sağlıklı belirlenebilir. Cinsel yönden değişiklik taşıyan bu kategorileri aşağıdaki gibi tek tek ele alarak incelemekte yarar görüyoruz ve Medeni Kanun-daki yeni düzenlemeyi de bu açıdan eleştirmek istiyoruz.

a) Hermafroditler :

Bunlar, dış ya da iç üretim organları bakımından, her iki cinsin de özelliğini taşımaktadırlar, yani doğumdan bir anomali söz ko-

(18) ZEVLİLER, Kişiler H., 316.

nusudur (19). Örneğin aynı kişide, hem penis, hem de vajina gibi dış üreme organları; hem testis (hüsey), hem de Uterus (rahim) ve over (yumurtalık) gibi iç üreme organları bir arada bulunmaktadır. Bunlar da, «Kromozom bozukluğuna dayanan hermafroditler», «bilateral hermafroditler», «unilateral hermafroditler», «değişken (alternant) hermafroditler», «dişi - psödo - hermafroditler», «erkek psödo - hermafroditler» gibi çok değişken çeşitlerden oluşmaktadırlar. Fakat bunlar her ne kadar her iki cinsin özelliklerini taşımakta iseler de, temelde erkeklik ya da kadınlık yanları ağır basmaktadır. Yani bunlar temelde ya kadındırlar ya da erkeklerdir. Yoksa her iki cinsiyeti ve bunların işlevlerini bir arada taşımazlar.

Daha Roma Hukukçuları zamanında kabul edilerek Corpus Juris Civilis te ifadesini bulan çözüme göre (20), bu gibi kişileri, hangi cinsiyet özelliği daha baskın ise, o cinsten saymak gerekir. Bugün de kabul edilen görüş, aynı doğrultudadır. Fakat kuru kuru ya kabul ile sorun geçirilemeyeceğinden, kişiyi, dış ve iç üreme organlarının görünümü bakımından da, kendisinde egemen olan cinsin özelliklerine kavuşturmak gerekir. Bu da ancak operasyonlar yoluyla yapılabilir. İşte bu gibi operasyonlarla, aslında kişinin cinsiyeti değiştirilmemekte, tersine, gizli olan gerçek cinsiyeti ortaya çıkarılmaktadır (21). Bir kişinin cinsiyetinin bilinmesinde toplumun yararı bulunduğundan, bu çeşit kişilerin asıl cinsiyetlerinin ortaya çıkarılabilmesi için yapılan operasyon ve girişimleri hukuken caiz saymak gerekir. (22) Fakat bu gibi operasyonlar cinsiyet değiştirme ameliyatı olarak nitelendirilemez. Çünkü kişinin cinsiyeti belirgin değildir ki, onun değiştirilmesi söz konusu olsun. Bu gibi ameliyatlara yalnızca, belirgin olmayan cinsiyet ortaya çıkarılmaktadır.

b) Transseksüeller :

Transseksüeller, hermafroditler gibi iki cinsin de özelliklerini taşımazlar. Bunlarda iç ve dış üreme organları ve dolayısıyla cinsiyet belirgindir. Bunlar, doğumdan ya erkek ya da kadındırlar. Fakat bu belirginlik, sadece anatomik yöndedir. Oysa kişinin içinde bulunduğu ruhsal durum bundan tamamen farklıdır. Yani burada, anatomik görünüm ile ruhsal yapı arasında tam bir çelişki vardır. Kişi doğuştan erkek olduğu halde, kendisini kadın olarak kabul eder ya da kadın olarak doğmuş olmasına karşın, erkeklik duygularına sa-

(19) ÖZTÜREL, 257 - 262.

(20) KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, 14 deki yollama ile SCHNEİDER.

(21) ZEVKLİLER, Tedavi Amaçlı Müdahaleler, 36

(22) AŞÇIOĞLU, 168 vd.; ZEVKLİLER, Tedavi Amaçlı Müdahaleler, 36; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, 14.

hiptir. İçinde bulunduğu durum, yani cinsiyeti, bu gibi kişileri son derece rahatsız etmekte, tüm varlığı ile kendisini kadın hissettiği halde dış görünümünün erkek cinsiyetine özgü özellikleri taşımasını, doğanın bir yanılgısı olarak kabul etmekte, bunu bir gerçek olarak algılayamamakta, iradesi ve isteği dışında, karşı cinsiyetin özelliklerinin bütün benliğini istila ettiğine inanmaktadır. Anatomik yönden cinsiyetleri belirgin olduğu halde, karşı cinsten kişilerin davranışları içindedir, ruhsal bakımdan da karşı cinsin duygularını taşımakta ve dürtülerine sahip bulunmaktadırlar, yaşam biçimlerini de buna göre yönlendirirler (23). Yani özetle, transseksüellerin cinsiyeti doğumdan anatomik olarak belirgindir, fakat ruhsal yönden karşı cinsin duygu, dürtü ve davranışlarına sahip olup, kendilerini karşı cinsten sayarlar. Anatomik yapı ile ruhsal yapı arasında tam bir çelişki ve çatışma vardır.

Transseksüeller kendilerini karşı cinsten saydıkları için, kendi cinslerinden bir kişi ile cinsel ilişkide bulundukları zaman, bu onlar açısından eşcinsel bir ilişki değil, aksine, kendisinin karşıtı saydığı cinsiyetten bir kişi ile yaptığı normal ilişkidir. Bunlar kendilerini eşcinsel saymazlar ve ilişkiye de karşıdırlar (24).

Kısaca, transseksüellerin bu özelliklerini belirttikten sonra, bunların cinsiyet değiştirmelerinin hukuki yönden geçerli olup olmadığını genel olarak ele alıp, daha sonra da yabancı hukuk sistemleri ile Türk Hukuku yönünden durumu incelemekte yarar vardır.

aa) Transseksüellerin Cinsiyet Değiştirmelerinin Hukuken Geçerli Olup Olmadığı :

Transseksüeller, cinsiyet yönünden sahip bulundukları dış görünümünden nefret ederek, kendisini karşı cinsten sayıp, karşı cinsin duygu ve dürtüleri ile hareket etmekte, karşı cinsten bir kişinin yaşam biçimini ve davranışlarını sürdürmektedir. Fakat bu bile kendisini ruhsal açıdan tatmin etmemektedir. Sürekli olarak, içinde bulunduğu anatomik - ruhsal çelişki ve çatışmanın psikolojik baskısı altındadır. Ne pahasına olursa olsun, bu çelişkiyi gidermek, yani anatomik görünüm bakımından da karşı cinsin özelliklerine kavuşmak kendi anatomik yapısından kesinlikle sıyrılmak istemektedirler. Bunu başaramadıkları zaman da, sonu gelmeyen ve genellikle

(23) ÖZTÜREL, 262- 263; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 16- 17 ve orada yollama yapılan yazarlar.

(24) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 18 ve orada anılan yazarlar

le intihara kadar ulaşan bir bunalım içine düşmektedirler (25). O halde bunların içinde bulundukları durum psikoseksüel boyutlara sahiptir ve psikiyatrik bir sendrom olarak değerlendirilebilir (26). O halde bunları ruhsal yönden sağlığa kavuşturabilmek, huzura ve mutluluğa ulaşmalarını sağlayabilmek için, istek ve eğilimlerine uygun sonuçlar doğuran imkânları tanımak gerekir. Yani kısacası, bunların ameliyat yolu ile, kendilerini hissettikleri cinsiyetin kimliğine bürünmelerine olanak tanınmalıdır (27).

Bu yargıya karşı çıkan ve transseksüellere yapılacak cinsiyet değiştirme ameliyatlarının hukukten geçerli olmadığını savunanların sayısı azımsanamaz. Bunlara göre, transseksüel olan bir kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmesi halinde, onun kimliği değişmemekte, aksine, doğumdan taşıdığı cinsel kimlik devam etmektedir. Erkek iken kadın olmak üzere, ameliyat geçiren transseksüel kişiye, sadece dış görünüm yönünden karşı cinsin özelliği kazandırılmakta, penisi operasyonla kesilerek bir vajina (dölyolu) deliği açılmakta, özenle soyulan penis dış ince derisi, ters çevrilerle açılan deliğe gömülmekte delik çevresinde de bir takım estetik girişimlerle yapay bir dişi üreme organı (vajina) yaratılmaktadır. Bu tamamen yapay bir görünüm yaratmaktan öteye gidemez. Her ne kadar bunlar dış görünüşleri ile karşı cinsin özelliklerine kavuşturulmuş iseler de, o cinsin üreme fonksiyonlarına kavuşamadıkları, örneğin yapay vajinaya kavuşmuş olsalar da, uterus (rahim), overler (yumurtalıklar), menstruasyon (adet görme), hamile kalma, miktarı ve çeşidi ile kadın hormonlarına kendiliğinden sahip olmak, gibi kadınlara özgü cinsel ve endokrinolojik özelliklere hiç bir zaman kavuşamadıkları, dolayısıyla bunların üreme yeteneklerinin de bulunduğu ileri sürülmektedir (28). Ayrıca bu gibi kişilerin, dilediklerince cinsiyet değiştirmelerinin, kamu düzeni ve genel ahlak ile bağdaşmadığı; bunların üreme yetenekleri yokolduğundan, evlenme ile amaçlanan hedeflerden biri olan çocuk yapma ve dolayısıyla ailenin mutluluğunu sağlama işlevini de yerine getiremeyecekleri, do-

(25) EBERLE, A, Anmerkung zum Bundesgesetzshofbeschluss vom 21.9.1971, NJW 1972, 330-331; WALTER, M., Zur rechtlichen Problematik der Transsexualität, JZ, 1972, 263 vd.

(26) ÖZTÜREL, 263

(27) KOCAYUSUFPASAOĞLU, 17; ÖZTÜREL, 264-265; WALTER, 265; NEVINNY - STICKEL/HAMMERSTEIN, 666.

(28) SIGUSCH, V., Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz, NJW, 1980, 2740; WEBER, H. Rechtsprechungsübersicht, JuS, 1979, 439; Bundesgerichtshof, Beschluss vom 21.9.1971, NJW, 1980, 2740.

layısıyla bunların cinsiyet değiştirmelerinin geçerliliğini kabul etmemek gerektiği ileri sürülmüştür (29).

Tüm bu yargılarda belirli bir gerçek payı olduğu inkâr edilemez. Ancak unutmamak gerekir ki, insan yaşamı herşeyin üstündedir. Yaşam hakkı, insanların en temel ve vazgeçilemez haklarıdır. Yabancı ülkelerin anayasalarında olduğu gibi, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının da bu temel hakkı kesin güvenceye aldığını görüyoruz. Anayasamızın 17 nci maddesine göre, «Herkes, yaşama, madđi ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.» Konuyu bu açıdan ele aldığımız zaman, belirli koşullar altında, transseksüellerin cinsiyet değiştirebileceklerini kabul etmemiz gerekmektedir. Zira bu yolla onları ruh sağlıklarına kavuşturmakta, dolayısıyla, yaşamlarına son verecekleri bunalımların içine düşmekten kurtarmış olmaktadır. Genelde, bir kişinin rızasına dayansa da, o kişi üzerinde yapılacak ameliyat ve benzeri, beden tmlğn bozucu girişimler hukuka aykırıdır (30). Fakat bazı durumlarda, kişinin iznine bağlı olarak yapılacak, onun yaşamını ve sağlığını ortadan kaldırmayan, aksine onu sağlığına kavuşturan, tedavi amacını taşıyan ameliyat ve girişimlerin caiz olduğu ve bu gibi durumlarda hukuka aykırılığın ortadan kalkacağı kabul edildiğine göre (31), transseksüellerin yaşamlarını kurtarma ve onları ruh sağlığına kavuşturabilme bakımından cinsiyet değiştirmelerini kabul etmek gerekir. Ancak bunun için de elde yeterli kanıt ve belgeler ve özellikle, roloji, jinekoloji, endokrinoloji, anatomi, cerrahi, psikiyatri, psikoterapi uzmanlarından oluşan bir kurulun vereceği sağlık raporu bulunmalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi, transseksüellerin durumu, daha çok psikoseksüel temele dayalı olduğundan psikiyatri uzmanlarının görüşü büyük önem taşımaktadır.

Sorunu Anayasa Hukuku ve temel hak ve özgürlükler açısından ele aldığımız zaman, Anayasamızın 17 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yeralan düzenlemeyi gözden uzak tutamayız. Bu düzenlemeye göre, «kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya mua-

(29) STAUDINGER/COING/HABERMANN, Kommentar zum BGB, Berlin 1980, Vorbemerkung zu § 1, Nr. 14, SCHNEIDER, 155 vd; (KOCAYUSUF-PASAOğLU 33'deki yollamadan).

(30) ZEVKLİLER, Kişiler H., 314.

(31) BUCHER, Eugen, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte insbesondere die Persönlichkeitsrechte der Patienten als Schranken der ärztlichen Ttigkert, Zürich 1956, 96; ZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuk Durumu, İstanbl 1979, 101; GIESEN, Dieter, Die Zivilrechtliche Haftung des Arztes bei neuen Behandlungsmethoden und Experimenten, Bielefeld 1976, 18 vd; ZEVKLİLER, Kişiler H, 22 - 23

meleye tabi tutulamaz». Konuya bu açıdan bakıldığı zaman da, Anayasanın «herkesin maddi ve manevî varlığını koruma hakkını» güvenceye alan 17 nci maddesinin birinci fıkrasını ve «yaşamını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkını» düzenleyen 56 ncı maddesinin üçüncü fıkrasını gözden uzak tutmamalıdır. Tüm insanlara tanınan ve güvence altına alınan bu temel haklar, transseksüellerden sakınılamaz (32). Onların da ruh sağlığına kavuşmaları en temel haklarından. Zaten Anayasanın 17 nci maddesinin ikinci fıkrasında, «Tıbbî zorunluluklar karşısında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmasına» izin verilmiştir. Bu nedenle, cinsiyet değiştirmesi tıbben zorunlu görülen bir transseksüelin bunu istemesi, aynı zamanda anayasal bir temel haktır (33). Ayrıca yapılan istatistikler, transseksüellerin büyük bir çoğunluğunun, cinsiyet değiştirme ameliyatından sonra ruhsal sağlıklarına kavuştuklarını gösterdiğine göre (33a), onların cinsiyet değiştirmelerini haklı gösteren tıbbî gerekçeler de mevcuttur.

Anayasamızın 17 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ifadesini bulan «kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı» hükmü karşısında, geçmiş yıllarda, gerçek anlamda transseksüellerin de eşcinsellerle bir tutulup aynı yasaklamalara çarptırılmaları, kamuoyunun büyük ilgisini ve sevgisini çekmelerine karşın, sırf transseksüel oldukları için mesleklerini icra etme temel hakkından bile yoksun kılınmaları ve özellikle sanatçı olan transseksüellerin sahneye çıkmalarının yasaklanması oldukça düşündürücüdür. Üstelik bu gibi yasaklamalar, «Çalışma Özgürlüğünü ve temel hakkını» güvence altına alan, Anayasanın 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında yeralan, «Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir» diyen emredici kurala da aykırı düşmektedir.

bb) Yabancı Ülkelerde Geçerli Olan Transseksüellerle İlgili Düzenleme ve Uygulamalar :

Transseksüellerin cinsiyet değiştirme yoluna gidip gidemeyecekleri ve cinsiyet değişikliğinden sonra bunların nüfus kaydında de-

(32) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 35 vd. ve orada anılan yazarlar

(33) Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki karar için bk. NJW, 1979, 1287; ayrıca kişilerin temel hak ve özgürlüklerinden yararlanmada cinsiyetten kaynaklanan farklılıkların kural olarak eşitliği yok edemeyeceği hk. bk. MAUNZ/DÜRIG, Grungesetkommentar, München 1983, Art 3, Abs II, Ana. 12.

(33a) ÖZTÜREL, 265 teki bilgilere göre bu gibi ameliyatlarda ruh sağlığı bakımından olumlu sonuç alma oranı % 68'dir, ki bu sayı hiç te azımsanacak bir sayı değildir.

gişiklik yapılp yapılamayacağı konusunda, diğer ülkelerde birbirinden farklı ve çelişkili düzenlemeler ya da yargı kararları vardır. Bunlardan bir kısmı, transseksüellerin ameliyat yolu ile cinsiyet değiştirebileceğini ve bu değişikliğin nüfus kaydına geçirileceğini kabul ederken, bir kısmı da bunu reddetmektedir. Bu konuda örnek sayılabilecek bazı ülkelerdeki hukukî durumu aşağıda kısaca ele alacağız.

— Medeni Kanunumuzun alındığı ülke olan **İsviçre**'deki hukukî duruma göz atarak işe başlamak uygun bulmaktayız. İsviçre'de, transseksüellerin cinsiyet değiştirip değiştiremeyecekleri herhangi bir yasal düzenlenmeye bağlanmamıştır. Fakat bu ülkedeki yargı kararlarında, genellikle transseksüellerin sağlıklarına kavuşabilmeleri için hissettikleri kimlik ve cinsel görünüme bürünebilmeleri ve bunun için de cinsiyet değiştirebilecekleri kabul edilmektedir (34).

— **Alman Hukukunda** ise, konu 1981 yılında yürürlüğe giren özel bir yasa ile, «Transseksüeller Yasası» (Transsexuellengesetz) (35) çözüme kavuşturulmuştur. Bu yasaya göre, bir transseksüel kişinin cinsiyet değiştirmesi ancak şu ana koşullarla olanak içindedir : 1 — kişi Alman vatandaşı, ya da Federal sınırlar içinde oturmakta bulunan vatansız kişi, yahut ta mülteci olmalı; 2 — bir cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmiş olmalı; 3 — kendisinde karşı cinse ait ruhsal yapının bulunduğu ve bunun değişmeyeceği belirlenmiş bulunmalı; 4 — kişi evli olmamalı; 5 — sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun bulunmalıdır. Ancak bu koşulların varlığı halinde bir transseksüelin cinsiyet değiştirmesi kabul edilebilir (36). Görüldüğü gibi, bu Yasa, cinsiyet değiştirme ameliyatlarını, yalnızca anatomik yapısı ile ruhsal yapısı arasında çatışma bulunan gerçek transseksüeller için kabul etmektedir. Buna karşılık, evli olan ve özellikle üreme yeteneği bulunanların cinsiyetlerini değiştiremeyeceklerini düzenlemektedir. Bu durumda, Alman Hukukunda, eşcinsellerin ameliyatla cinsiyet değiştirmeleri olanaksızdır, diyebiliriz.

— **İsveç Hukukunda** da sorun yasal düzenlemeye bağlanmıştır. Bu konuda çıkarılan 1972 tarihli Yasaya göre (37); 1 — onsekiz yaşını bitirmek; 2 — önceden izin alarak karşı cinsin üreme organlarının görünümünü kazanabilmek için bir ameliyat geçirmek; 3 — ruhsal yapı yönünden karşı cinsin özelliklerini taşıdığının belirlenmiş olması; 4 — evli olmaması; 5 — üreme yeteneğine sa-

(34) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 25; ÖZTÜREL, 282

(35) BGBl, 1980 I, 1654.

(36) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 22 vd; ÖZTÜREL, 282

(37) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 24; ÖZTÜREL, 284 vd.

hip bulunmaması, gibi koşulların bir arada bulunması gerekir. Bu koşulları taşıyan bir transseksüelin cinsiyet değiştirebileceği İsveç Hukukunda da kabul edilmektedir. Bu koşullara göz atınca, İsveç Hukukunda da evli olanlarla üreme yeteneğine sahip bulunanların cinsiyet değiştirmesine izin verilmediğinden, bu Hukuk Sisteminde de, Alman Hukukundaki gibi, eşcinsellerin cinsiyet değiştiremeyeceklerini kabul etmek gerekir.

— **Fransız Hukukunda** sorun herhangi bir yasal düzenlemeye bağlanmadığı gibi, genellikle yargı kararlarında egemen olan görüşte, transseksüellerin geçirdikleri ameliyatla cinsiyetlerini değiştirmiş sayılmayacakları ve bu nedenle nüfus kaydında herhangi bir düzeltmenin yapılamayacağı yolundadır (38).

— Bazı kaynaklarda, transseksüellerin cinsiyet değiştirebileceklerinin, **Danimarka** ve **Belçika** hukuklarında belirli koşullar altında kabul edildiği, buna karşılık, **İtalyan**, **Arjantin** ve **Hollanda** hukuklarında kabul edilmediği kaydedilmektedir (39).

cc) Ülkemizdeki Durum :

aaa) 12 Mayıs 1988 Tarihine Kadar :

Bu tarihe kadar, transseksüellerin cinsiyet değiştirme yoluna gidip gidemeyecekleri ve bunların cinsiyet değişikliklerinin nüfus kütüğüne düzeltme yolu ile işlenip işlenemeyeceği konusunda, olumlu ya da olumsuz bir yasal düzenleme yoktu. Ancak bugün de yürürlükte bulunan Türk Ceza Kanununun 471 inci maddesi vardı ki, kişinin üretim yeteneğini ortadan kaldıran ameliyat ve kısırlaştırmaları suç saymakta idi ve halen saymaktadır. Bu kural dışında, özellikle kişisel durumlarla ilgili herhangi bir kural yoktu. Ortada soruna çözüm getiren bir yasa kuralı olmayınca da, soruna çözüm arama görevi, öğreti ve yargı kararlarına düşmüştü. Bu dönemde öğreti ve yargı kararlarında durumun nasıl değerlendirildiğine kısaca göz atmakta yarar görüyoruz.

— Öğretide, yukarıda yaptığımız genel açıklamalar çerçevesinde, gerçek anlamda transseksüel olan, yani anatomik yapısı ile ruhsal yapısı tam bir çatışma içinde bulunan kişilerin cinsiyet değiştirip değiştiremeyeceği tartışılırken, konu kişiliğin korunması çerçevesinde ele alınmakta idi. Buna göre, kişinin rızasına da dayansa, onun beden bütünlüğüne yönelik ameliyat ve girişimler kural olarak hukuka aykırı sayılmakta, fakat ayrık durumlarda, kişinin iznine

(38) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 20; ÖZTÜREL, 276

(39) ÖZTÜREL, 276 - 282

bağlı olmak; kişinin yaşamını tehlikeye sokmamak ve kişiyi sağlığa kavuşturmak üzere yapılan tedavi amaçlı girişimler geçerli sayılmakta idi (40). Bu çerçevede, ruhsal sağlıklarına kavuşabilmeleri, gerçek cinsel kimliklerinin belirgin hale gelebilmesi ve hatta yaşamlarına son vermeleri sonucunu doğuracak bunalımlardan kurtarılabilmeleri için, gerçek anlamdaki transseksüellerin cinsiyet değiştirebilecekleri öğretisi tarafından genellikle kabul edilmekte idi (41).

— Yargı kararlarında da durum oldukça tartışmalı idi. Özellikle Yargıtayın bu konuda birbiri ile çelişkili kararlar verdiğini görmekteyiz. Kamuoyunca yakinen tanınan ve sempati de toplayan bir ses sanatçısının transseksüel olduğunu gösteren bir takım açıklamalar ve gerekçelerle yaptırdığı cinsiyet değiştirme 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 kararı 21.1.1981 günlü kararı ile bozmuştur (42). Bozma üzerine yerel mahkemenin yaptırdığı bilirkişi incelemesi sonunda verilen hekim raporunda, ameliyatla sadece bir vajina 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 nüfus kaydı değişikliğini reddeden yerel mahkemenin kararı, Yargıtay tarafından da onaylanmıştır (43).

Ortada kesinleşmiş bir karar bulunduğu ve normal olarak yargılama kuralları açısından aynı konuda, aynı kişilerce ikinci bir dava açılması mümkün olmadığı halde (HUMK. 237), aradan üç yılı aşkın bir süre geçtikten sonra, aynı davacı tarafından yeniden dava açılarak, geçen süre içinde önemli değişiklikler olduğu, davacının

(40) GROSSEN, Jacques - Michel, Eizelpersonen Schweiz. Privatrecht, Bd. I, Teil, 1, sh. 364; BUCHER, 129; ÖZSUNAY, 101; ZEVLİLİLER, Kişiler H., 316-317.; GIESEN, 18 vd.

(41) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 27 vd; ZEVLİLİLER, Tedavi Amaçlı Müdahaleler, 36-37; AŞÇIOĞLU, 168 vd.

(42) 2.HD., 21.1.1982, E. 8911, K. 259, YKD. 1982, S. 3, sh. 323

(43) 2.HD., 30.12.1982, E. 9468, K. 10021 (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 44)

kendisini tam bir kadın olarak hissettiği ve geçen zaman içinde hiç eşcinsel ilişkide de bulunmadığı gerekçeleri ile, yeniden nüfus kaydının düzeltilmesi istenmiştir. Belirtilen bu gerekçeler, Adli Tıp Kurumunun verdiği rapor ile de doğrulanmış, fakat buna karşın yerel mahkeme davacının istemini reddetmiştir. Bunun üzerine karar temyiz edilmiş ve davaya bakan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, aradan geçen zaman içinde davacının bedeni ve ruhsal yapısında önemli değişiklikler olduğu bu nedenle maddi olaylardaki değişiklik karşısında artık dava konusunun aynı olduğunun ileri sürülemeyeceği gerekçesi ile, kesin hüküm itirazını kabul etmemiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, aradan geçen zaman içinde kişinin bedeni ve ruhsal yapısında önemli değişiklikler olduğu, kişinin kendisini tam bir kadın olarak hissettiği ve bu süre içerisinde hiç eşcinsel ilişkide bulunmadığı hususlarını tartışmış ve Adli Tıp Kurumunun raporunu da göz önünde tutmuş, fakat yine de yerel mahkemeyi haklı bularak kararı onamış, yani cinsiyet değiştirmenin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay bu yargıya varırken, kişilerin cinsiyet değiştirme ameliyatlarına tabi tutulmalarına yürürlükteki hukuk kurallarının ve özellikle Medeni Kanunun 23 üncü maddesinin cevaz vermediğini, ortada kural mevcut olduğuna göre, hukuk boşluğundan da söz edilemeyeceğini, gerekçesine eklemiştir (44).

Yargıtayın vardığı sonuç kanımızca isabetli değildir. Bir kez Yargıtay, «Kişiliğin korunması» kavramına ve Medeni Kanunun 23 üncü maddesinin metnine katı bir şekilde yapışmış artık eskimiş olan klasik görüşten sıyrılamamış, zorunlu hallerde ve kişiyi ruhsal sağlığına kavuşturma amacı ile ve kişinin iznine bağlı olarak, yaşamına bir zarar vermeksizin tedavi edici girişimlerde bulunulabileceği doğrultusundaki yeni eğilim ve görüşleri gözardı etmiştir. İkinci olarak, birinci dava ile ikinci dava arasında geçen zamanda aslında maddi olaylarda bir değişiklik meydana gelmemiştir. Çünkü birinci dava açıldığında verilen raporlarda da, davacının kendisini tam bir kadın hissettiği ve kadın sayılmakla mutlu olduğu belirgin olduğu gibi, hepimizin anımsayacağı üzere, davacının ameliyat olduğu sırada günlük basına da yansıyan ve manşetlerden inmeyen açıklamalarında bu husus açıkça yer almakta idi. Bu bakımdan maddi olaylarda değişiklik olduğu yolundaki gerekçeye katılmak mümkün değildir. Gerçekten de ayrışık oy yazılarında bu husus muhalif üyelerce de dile getirilmiştir (45). Üçüncü olarak Yargıtay, ilk açılan davada, yerel mahkeme kararını bozarken, yeterince ince-

(44) 2.HD., 27.3.1986, E. 651, K. 3256 (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 71).

(45) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 74

leme yapılmadığını, kişinin gerçekten transseksüel olup olmadığının tespiti ve kendisini gerçekten tam bir kadın olarak hissedip etmediğinin belirlenmesinden sonra, karar verilebileceğini belirtmiş, bozma üzerine yapılan incelemede de, kişi hakkında verilen raporlarda, transseksüel değil homoseksüel olduğunun belirtilmiş bulunması nedeni ile nüfus kaydında cinsiyet değişikliği doğrultusunda değişiklik yapılamayacağı sonucuna varmıştır. Yani bu birinci davada Yargıtay, transseksüellerin yaptıracağı cinsiyet değişikliğinin nüfus kaydına işlenebileceğini dolaylı olarak ifade etmek istemişse de - ki doğru olanı da kanımızca budur- ikinci davada, kişiliğin korunması ile ilgili klâsik görüşe sınıksız sarılarak, kişinin transseksüel olması halinde bile, yürürlükteki hukuk kuralları karşısında cinsiyet değiştirmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Oysa yukarıda da değindiğimiz gibi, bu gibi kişileri ruhsal sağlıklarına kavuşturmak ve hatta yaşamlarına son vermelerini engelleyebilmek için, cinsiyet değiştirebileceklerini kabul etmek gerekir.

bbb. 12 Mayıs 1988 Tarihinde Yayınlanan 3444 Sayılı Yasadan Sonra Türk Hukukundaki Durum :

3444 sayılı Yasa ile Medeni Kanunun 29 uncu maddesine eklenen ve yukarıda incelediğimiz yeni fıkra ile, artık Türk Hukukunda, transseksüellerin cinsiyet değiştirmelerine ve bu değişikliğin nüfus kütüğüne değişiklik yolu ile işlenmesine imkân tanınmış olmaktadır.

Bu yeni düzenleme, yukarıda açıkladığımız gerekçeler nedeni ile, transseksüeller bakımından isabetli olmuştur. Fakat Yasakoyucu, amacı aşan bir düzenleme ile, cinsiyet değişikliği yoluna başvurabileceklerin çevresini son derece genişletmiş, aslında cinsiyet değişikliğinin yasal düzenlemeye bağlandığı ülkelerde bile kabul edilemeyen bir sonuca ulaşarak, evli olan ve üreme yeteneğine sahip bulunan kişilerin de cinsiyet değiştirebileceğini kabul etmiştir. Bu «davacının evli olması halinde, diğer eşe karşı da husumet yöneltmesi gerektiği» ve «ve varsa ortak çocukların velâyetinin kime verileceğini mahkemenin tayin edeceğini» belirten ifadeden açıkça anlaşılmaktadır. Yani Yasa, evli olan kişilerle, üreme yeteneği bulunan kişilerde (ortak çocuklara sahip olma üreme yeteneğinin en açık kanıtıdır), cinsiyet değiştirme olanağını tanıyarak, **TAM BİR CİNSİYET KARGAŞASI YARATMIŞTIR**. Zira evli olan ve üreme yeteneği de bulunan ve hatta ortak çocuk üreten kişinin cinsiyeti baştan beri bellidir ve kesindir. Eğer bu kişi, karşıt cinsten kişilerle ilişki kurma eğiliminde olup, bunu kolaylaştırmak için cinsiyet değiştirme ameliyatı yaptırıyorsa, yasanın buna cevaz vermesi akıl almıyacak bir durumdur. Çünkü bu gibi kişiler sapık dürtülerle

hareket eden **eşcinsellerdir**. Aşağıda da ele alacağımız gibi, eşcinsellerin cinsiyet değiştirmelerine kesinlikle izin vermemek gerekir. Çünkü bunların cinsiyeti belli ve kesindir ve ayrıca bunlar, kendi cinsiyetlerini kabul etmişlerdir, karşı cinsin ruhsal yapısını taşımazlar. Bu nedenle eşcinsellerin cinsiyet değiştirmelerine izin verilmemelidir. Nitekim bu konuda Ülkemizden ileri sayılabilecek batı ülkelerinde yapılan yasal düzenlemelerde, örneğin İsveç ve Federal Almanya'da, kişi evli olduğu ve üreme yeteneğine sahip bulunduğu sürece, cinsiyet değiştirmesine izin verilmez (46). Bu açıdan, 3444 sayılı Yasa ile getirilen yeni düzenleme son derece sakıncalı ve tam bir cinsiyet kargaşası yaratacak niteliktedir. Ayrıca, evli kişilerin, hele hele ortak çocuklara sahip kişilerin cinsiyet değiştirebileceklerini ve bunların cinsiyet değişikliğinin nüfus kaydına işlenmesi konusundaki kararın kesinleşmesi ile evliliğin de kendiliğinden ortadan kalkacağını kabul etmekle yeni düzenleme, çok önemli olan ve Anayasada bile ifadesini bulan (Anayasa md. 41), «favor matrimonium» (ailenin korunması) ilkesini gözardı etmektedir.

Öte yandan düzenlemede, «ortak çocukların velayetinin kime verileceğini hâkimin ayrıca belirleyeceğini» kaleme alan Yasakoyucu, çocukların eğitimi ve ruh sağlığı bakımından son derece sakıncalı bir başka kargaşa yaratmıştır. Velâyetin hangi tarafa verileceği hâkimin takdirinde olduğuna göre, hâkim 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 bunalımlar içine düşebileceklerini tahmin etmemek mümkün müdür?

Bütün bu nedenlerle, yeni düzenlemenin baştan kaleme alınarak, evli olan ve üreme yeteneği bulunan kişilere cinsiyet değiştirme imkânını tanımayacak biçimde yasalaştırılması zorunludur. Cinsiyet değiştirme ameliyatlarını, sadece evli olmayan transseksüellere tanınmalıdır.

c) Transvestiler :

Transvesti sayılan bir kişide de, doğumdan sahip olduğu cinsiyetin karşıtı olan cinsiyete ait bazı özelliklere eğilim ve özenti vardır. Fakat bunlar, transseksüellerde olduğu gibi, ruhsal yönden kendi-

(46) Bk. yukarıda dip not 36,37

lerini tamamen karşıt cinsten kabul etmezler ve cinsiyetlerine karşı isyan içinde değildirler. Onların durumu, transseksüellere göre çok daha hafiftir (47). Çünkü transvestiler - ayrıca transseksüel de olmadıkları sürece - sadece karşı cinsin elbiselerini giyme eğilimi içindedirler. Yani doğuştan erkek olduğu halde kadın giysileri ile, doğuştan kadın olduğu halde erkek giysileri ile dolaşmaya eğilimlidirler. Bu nedenle transvestileri transseksüellerle bir tutarak onların da cinsiyet değiştirebileceklerini kabul etmek doğru olmaz (48).

d) Perversiler (cinsel sapıklar) :

Perversiyon (sapıklık) olarak adlandırılan seksüel davranış bozuklukları, çok çeşitlilik gösterir. Bunları başlıca, homoseksüalite (eşcinsellik); bestialite-zoofili (hayvanlarla sevişme); pedofili (çocuklarla sevişme); nekrofil (ölülerle sevişme); skofili (başkalarının cinsel organlarına bakmaktan zevk alma); eksibiyonizm (cinsel organlarını başkalarına göstermekten zevk alma); sadizm (işkence yapmaktan cinsel zevk duyma); maçoizm (işkence yaptırmaktan cinsel zevk duyma) gibi sıralayabiliriz (49). Biz burada, inceleme konumuz cinsiyet değiştirme olduğundan, yalnız homoseksüeller (eşcinseller)üzerinde duracağız.

Eşcinsellerde cinsiyet doğuştan belli ve kesindir. Yani kişi ya erkektir ya da kadındır. Bunlar içinde bulundukları cinsiyeti reddetmezler ve cinsel organlarından nefret de etmezler. Sahip oldukları cinsel görünümünden mutlaka kurtulmayı da düşünmezler. Fakat bazı sapık dürtülerle, kendi cinsiyetinden kişilerle ilişkide bulunmaya yönelirler. Bu ilişki sırasında da sahip oldukları cinsel organlarla doyuma ulaşırlar, hatta üreme (çocuk yapma) yetenekleri de vardır. (50). Bu kişilerin cinsiyetleri belirgin olduğu için cinsiyet değiştirmelerine izin verilmemelidir. Ayrıca bunların cinsiyet değiştirmelerinde, ruhsal sağlığa kavuşma gibi bir gerekçe de yoktur. Olsa olsa, bunlar, aynı cinsten kişilerle ilişkilerini kolaylaştırmak için belki ameliyat olma yoluna başvurabilirler. Fakat bu da hem genel ahlâka, hem de düzenlemenin amacına aykırı düşer. Bu nedenledir ki, yabancı hukuk sistemlerinde de bunların cinsiyet değiştirmelerine izin verilmez (51).

(47) ÖZTÜREL, 263

(48) SIGUSCH, 2743; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 19

(49) GÖK, Şemsi, Adli Tıp, İstanbul 1983, 402-403.

(50) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 18

(51) bk. dip not 36, 37

2 — Medeni Kanunun (Aile Hukukunun) Sistemine Ters Düşen Bir Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Yolunun Getirilmiş Olması :

Medeni Kanunun 29 uncu maddesine eklenen yeni fıkra ile, evli kişilerin cinsiyet değiştirmesi ve hâkimin nüfus kaydına cinsiyet değişikliğinin işlenmesine karar vermesi halinde, bu kararın kesinleşmesi ile, evliliğin kendiliğinden ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Yani buna göre, başkaca bir işleme, yargıcın kararına da gerek kalmadan evlilik yasa gereği ortadan kalkmaktadır. Böylelikle, Aile Hukukumuzda egemen olan sistem içerisinde, evliliğin ortadan kalkmasını sağlayan yerleşik yöntem ile bağdaşmayan yeni bir yol getirilmiştir. Aslında bu çelişki, yeni düzenlemedeki bir başka çelişkiden, evli kişilerin de cinsiyet değiştirebileceklerine cevaz verilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu hususu aşağıda tekrar ele alacağız.

Aile Hukukumuzun sistemine göre, evlilik birliği, eşlerin karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile kurulur (MK. 109) (52). Bu şekilde kurulan evlilik birliğinin sona ermesi ya eşlerden birinin ölümü, ya da boşanma, geçersiz olan evliliğin iptaline karar verme, yahut ta gaiplik halinde evlenmenin feshine karar verme ile olur (53). Yani eşlerin özgür iradeleri ile kurulan evliliğin ortadan kalkması için ya eşlerden birinin ölümü, ya da belirtilen nedenlere dayanan bir mahkeme kararının bulunması gerekir. Bunun dışında, varolan bir evlilik, eşlerin karşılıklı iradeleri ve anlaşmaları ile de olsa otomatikman ortadan kaldırılamaz. Gerçi, 3444 sayılı Kanunla, Boşanma Hukuku ile ilgili olarak da bazı değişiklikler getirilmiş ve bu arada Medeni Kanunun 134 üncü maddesi yeniden düzenlenerek, maddenin ikinci fıkrası ile, «Evlilik en az bir yıl sürmüşse, eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde» geçimsizlik nedenine dayanılarak boşanmaya hükmedilebileceği düzenlenmiştir (54). Bu kural, bir bakıma, dolayısıyla, eşlerin karşılıklı anlaşmaları ile boşanma yolunu açmıştır denilebilir. Fakat dikkat edilirse burada bile mutlaka boşanma davası açılması ve yargıcın karar vermesi gerekmektedir. Yani evlilik birliği yine de mahkeme kararı ile ortadan kalkmaktadır.

Sonuç olarak kurulmuş bir evlilik birliği, ya eşlerden birinin ölümü ya da boşanma, geçersizlik, gaiplik nedenlerine dayanan yar-

(52) ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 532; FEYZİOĞLU, 166 vd.

(53) ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 381 vd.; 573 vd; 599 vd; FEYZİOĞLU, 103 vd; 120 vd; 243 vd.

(54) 3444 sayılı Kanun md. 4 (RG., 12.5.1988, sayı, 19812)

gıç kararı ile sona erebilmektedir. Durum böyle iken, 3444 sayılı Yasa ile Medeni Kanunun 29 uncu maddesine eklenen fıkrada, hiç bir yargıç kararına gerek olmaksızın, salt cinsiyet değişikliğine dayanan nüfus kaydının düzeltilmesi kararının kesinleşmesi ile evlilik birliğinin de kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir.

Oysa, Medeni Kanunumuzun sistemine göre, kurulmuş bir evlilik, geçersiz olsa da ancak yargıç kararı ile ortadan kaldırılabilir.

Evlilik birliğinin kurulabilmesi için en azından bir erkekle bir kadının karşılıklı iradeleri ile yaşam boyu sürdürecekleri bir birliğin kuruluşunu sağlamaları gerekir, Medeni Kanunun 97 nci maddesinden de anlaşılacağı üzere, evlilik karşıt cinsten iki kişinin yani, bir kadınla bir erkeğin kurdukları yaşam birliğidir. Bu, evlilikten beklenen amacın da gereğidir. Bu nedenledir ki, aynı cinse mensup iki kişinin yani iki kadının ya da iki erkeğin birbirleri ile evlenemeyeceği, evlenmek üzere karşılıklı iradelerini açıklamış olsalar bile evliliğin kurulmuş sayılamayacağı, yani ortada bir «YOK EVLİLİK» bulunduğu kabul edilmektedir (55). Hal böyle olunca, başlangıçta bir erkekle bir kadının karşılıklı iradeleri ile kurdukları bir evlilik birliğinde, eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi halinde, her iki eş te aynı cinsiyete mensup duruma gelmektedirler. Böyle olunca Medeni Kanunun 97 nci maddesi ile güdülen amaç ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla aynı cinsten iki kişinin evlenemeyeceği ve evlenmek isteseler dahi ortada bir «yok evlenme»nin bulunacağı kabul edildiğine göre, karşıt cinsten iki kişinin kurdukları bir evlilikte de eşlerden biri cinsiyet değiştirmişse, bu evlilik birliğini yok evlilik gibi sayıp, kendiliğinden ortadan kalkacağını düzenlemek gerektiği doğrultusunda bir düşünce Yasakoyucuda hâkim olabilir. Fakat buradaki durumun, yok evliliktekinden farklı olduğunu gözden uzak tutmamalıdır. Burada, başlangıçta geçerli olarak kurulmuş bir evlilik vardır. Yok evlilikte ise, evlilik hiç meydana gelmemiş, kurulmamıştır. Bu nedenle, başlangıçta geçerli olarak kurulan evliliğin, cinsiyet değişikliği halinde ortadan kalkması gerektiği kabul edilmelidir, çünkü bu, Yasanın evlilik birliğinden beklediği amacın doğal bir sonucudur. Fakat bu ortadan kalkma mutlaka yargıç kararı ile olmalıdır. O nedenle, Medeni Kanunun 29 uncu maddesine eklenen fıkrada, «cinsiyet değişikliği üzerine nüfus kaydının düzeltilmesi davası açıldığında, davacının evli olması halinde, davaya bakan mahkeme cinsiyet değişikliğini haklı görürse, öncelikle evli-

(55) ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, 570 - 571; FEYZİOĞLU, 96 vd.

lik birliğinin sona ermesine karar verir» biçiminde bir hükmün yer-
alması çok daha tutarlı olurdu.

Aslında mevcut tutarsızlığın nedeni, yeni düzenleme ile, evli ki-
şilerin de cinsiyet değiştirebileceklerinin kabul edilmesidir. Evli ki-
şinin cinsiyet değiştirmesi, dolayısıyla her iki eşin de aynı cinsiyete
sahip hale gelmesi karşısında, Medeni Kanunun evlilik birliğinden
beklediği amacın ortadan kalktığını farkedenden Yasakoyucu, böyle bir
durumda, evlilik birliğinin de kendiliğinden ortadan kalkacağını
düzenleme zorunluluğu duymuştur. Aslında böyle bir durumda ev-
lilik birliğinin ortadan kalkacağını kabul etme zorunluluğu vardır, fa-
kat bu kendiliğinden değil de hâkim kararı ile olmalıdır, çünkü ev-
lilik, başlangıçta geçerli olarak kurulmuştur.

Burada bir an için, Türk Yasakoyucusunun, OERTMAN tara-
fından Alman Hukuk öğretisinde dünya savaşı sonrası ekonomik
kriz döneminde ortaya atılan ve daha sonraları diğer hukukçular ta-
rafından da kabul edilen ve hatta LARENZ tarafından geliştirilen
«İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ» (Wegfall der Geschäftsgrundlage)
nazariyesinden esinlendiği akla gelebilir (56). Bu nazariyeye göre,
işlem temelinin çökmesi iki yönlü ele alınmalıdır. Bir genel (objek-
tif) yönden, bir de taraflar (sübjektif) yönünden sorunu incelemeli-
dir. Özellikle taraflar yönünden işlem temelinin çökmesi hali burada
söz konusu olabilir. İşlem temelinin taraflar yönünden çökmesi,
tarafların kurdukları işlem ile amaçladıkları ve bu işleminden müşte-
reken bekledikleri, geçmişteki; o andaki ya da gelecekteki bir ola-
yın gerçekleşmemesi ya da devam etmemesi karşısında, kurulan
işlemin devamında artık yarar görmedikleri zaman, bir başka de-
yişle işleminden beklenen amaç (işlemin temeli) ortadan kalktığı za-
man, artık o işlemle kurulan ilişkinin de devamına gerek yoktur (57).

Yasakoyucunun bu nazariyeden esinlenmiş olabileceği ihtimali
bile, yukarıdaki yargı ve eleştirilerimizi ortadan kaldırmaya yeterli
değildir. Çünkü Medeni Kanunumuz zaten, boşanma nedenleri ara-
sında «Ortak yaşamın temelden sarsılması ve eşler için çekilmez
hale gelmesi» adı ile, uygulamada «şiddetli geçimsizlik» olarak da
adlandırılan genel boşanma nedeni ile bu olanağı yaratmıştır (MK.
134). Yani, evlilikten beklenen amaç artık ortadan kalkmışsa, bu

(56) LARENZ, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Auflage 1963;
OERTMANN, Die Geschäftsgrundlage 1921; OERTMAN, Doppelseitiger
Irrtum beim Vertragsschluss, AcP, 117, 275

(57) STÖTTER Viktor, Versuch zur Präzisierung des Begriffs der mangel-
haften Geschäftsgrundlage AcP, 166, 161-162; LARENZ, 1 vd.

evlilik birliğinin temelden sarsılması anlamına gelir ve Medeni Kanun 134 üncü maddesi gereğince boşanma kararı ile evlilik ortadan kaldırılabilir. Bu nedenle, de 3444 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme bu durumu gözardı etmektedir.

3 — Cinsiyet Değiştirme Olanasını Yaratan Yeni Düzenlemenin Yürürlükte Bulunan Ceza Kanununun 471 inci Maddesine Aykırılık Teşkil Etmesi :

Türk Ceza Kanununun 471 inci maddesinde, bir kişinin üreme yeteneğinin yokedilmesi suç sayılmış ve aynı Yasanın 452 ve 456 ncı maddelerine göre, yani müessir fiil sayılarak ceza yaptırımına bağlanmıştır ve bu madde halen yürürlükte dir (58).

Cinsiyet değiştirme ameliyatları da çoğunlukla ameliyat geçiren kişinin sterilizasyonuna (kısırlaştırılmasına) neden olduğu ve üreme yeteneğini de ortadan kaldırdığı için suç niteliğini taşımaktadır. Bu durumda, Medeni Kanunun 29 uncu maddesine eklenen yeni fıkra ile Ceza Kanununun 471 inci maddesi arasında bir çelişki doğmaktadır.

Medeni Kanunun 29 uncu maddesi ile, kişilere cinsiyet değiştirme ve bu durumu nüfus kaydına değişiklik yoluyla işletme imkânı getirilirken, diğer yandan böyle bir eylem Türk Ceza Kanununun 471 inci maddesi ile cezalandırılmaya devam edilmektedir. Bu çok ciddi bir çelişkidir ve bunun en kısa sürede giderilmesi zorunludur. Bu da, Ceza Kanununun 471 inci maddesinde yapılacak küçük bir bir değişiklikle gerçekleştirilebilir. Bu değişiklik, Medeni Kanunun 29 uncu maddesindeki durumu istisna tutan bir ifadenin eklenmesi yoluyla yapılabilir.

SONUÇ :

3444 sayılı Yasa ile Medeni Kanunun 29 uncu maddesine bir fıkra eklenmiş ve bu fıkra ile, kişilere cinsiyet değiştirme ve buna paralel olarak nüfus kütüğünde değişiklik yapılmasını dava edebilme olanağı getirilmiştir. Bu düzenleme, gerçek anlamda transseksüellerin ruh sağlığına kavuşabilmeleri ve Anayasanın 17 ve 49 uncu maddelerinin saygınlığının korunabilmesi bakımından yerinde olmuştur. Ancak Yasakoyucu, amacı aşan bir düzenleme ile, evli kişilerin hatta ortak çocukları olan kişilerin de cinsiyet değiştirebile-

(58) CENTEL, Nur, Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1987, sh. 182.; DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1977, 166 vd; ÖZTÜREL, 267.

ceklerini kabul etmiştir. Oysa en modern batı toplumlarında bu konuda çıkarılan yasalarda bile, evli olan ve üreme yeteneğine sahip bulunan kişilerin cinsiyet değiştirmelerine izin verilmez. Çünkü aksi halde, cinsiyeti kesin ve belirgin olan kişilerin ve özellikle eşcinsellerin de cinsiyet değiştirmelerine olanak sağlanmış olur. Bu da yukarıda açıkladığımız üzere hukuka aykırılık oluşturur ve favor matrimonium (ailenin korunması) ilkesine ters düşer. Medeni Kanunumuzun 29 uncu maddesine eklenen fıkra ile Türk Hukukunda tam bir CİNSİYET KARGAŞASI yaratılmış olmaktadır. Bu düzenleme değiştirilerek, evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerini yasaklamak gerekir.

Diğer yönden, Türk Ceza Kanununun yürürlükte bulunan 471 inci maddesi ile kısırlaştırma ameliyatları - ki bunun içine cinsiyet değiştirme de girmektedir- suç sayılmaktadır. Bir yasa ile izin verilen bir eylemin, bir başka yasa ile cezalandırılması ise akıl almaz bir çelişkidir. Bu çelişkinin de bir an önce düzeltilmesi zorunludur.