

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**İNSAN HAKLARI HUKUKU TEMELİNDE TÜRK HUKUKUNDA CİNSİYET
GEÇİŞ SÜRECİ**

Aşıyan Nilüfer

115614004

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Candan YASAN TEPETAŞ

İSTANBUL

2018

İnsan Hakları Hukuku Temelinde Türk Hukukunda Cinsiyet Geçiş Süreci
Gender Transition Process In Turkish Law Based Upon Human Rights Law

Aşıyan Nilüfer

115614004

Tez Danışmanı : **Dr. Öğr. Üyesi Candan YASAN TEPETAŞ** (İmza)
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : **Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl GÜL** (İmza)
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Reyda ERGÜN (İmza)
Kadir Has Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 12 Haziran 2018

Toplam Sayfa Sayısı : 132

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Cinsiyet Kimliğinin Hukuken Tanınması
- 2) Cinsiyet Disforisi
- 3) Cinsiyet Geçiş Süreci
- 4) 4721 Sayılı Medeni Kanun Madde 40
- 5) İkili Cinsiyet Sistemi

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Legal Recognition of Gender Identity
- 2) Gender Dysphoria
- 3) Gender Transistion Process
- 4) Civil Code No. 4721 Article 40
- 5) Binary Gender System

Kıymetli yorumları ile yol gösterdiği, konuyu ele alırken pek çok farklı yönden bakmamı sağladığı ve görüşmelerimiz süresince hiç eksik olmayan pozitif tutumu için değerli danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Candan Yasan Tepetaş'a;

Dinleyen, anlayan ve ışık tutan Zeynep Zat'a;

Akademik alanı bambaşka olmasına rağmen tezime kendi teziymiş gibi özen gösteren, gönüllü olarak redaksiyon yapan ve en kritik anlarda cesaretlendirerek devam etmemi sağlayan Abdullah Küçük'e;

En büyük desteği hoşgörüsü ile sunmuş ve yanında çalışmaktan her zaman mutluluk duyduğum Erdem Türkecul'a;

Ve son olarak;

Bu dönemde yanımda olup sabırla dinleyen, fikirlerini paylaşan, destek olan hepsi birbirinden değerli tüm dostlarıma ve arkamda durduklarından hiçbir zaman şüphe etmediğim sevgili aileme teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

Önsöz	ii
KISALTMALAR.....	vi
(ABSTRACT)	vii
ÖZET	viii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	7
CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİNE GENEL BAKIŞ	7
1.1. KAVRAMLAR	7
1.1.1. Genel Olarak.....	7
1.1.1.1. Cinsel Yönelim.....	8
1.1.1.2. Cinsiyet Kimliği	9
1.1.1.3. Cinsiyet Disforisi	10
1.1.1.4. İkili Cinsiyet Sisteminde Cinsiyet Kimliği Sorunsalı	11
1.1.1.4.1. İnterseksüalite.....	14
1.1.1.4.2. Transvestisizm (“cross-dressing”)	17
1.1.1.4.3. Trans Kavramı ile Tıbbi Operasyon İlişkisi	18
1.2. CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİ DİNAMİKLERİ.....	21
1.2.1. Cinsiyet Disforisinin Belirtileri	21
1.2.2. Cinsiyet Geçiş Sürecinin Operasyonel Boyutu	25
İKİNCİ BÖLÜM	28
TÜRK HUKUKUNDA CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİ	28
2.1. 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU ÖNCESİ DÖNEM	28
2.1.1. Bülent Ersoy Kararı Ve 3444 Sayılı Kanun İle Getirilmiş Mülga 743 Sayılı Kanun Madde 29 Değişikliği Sonrasında Düzenlemeye İlişkin Hukuki Boşlukların İncelenmesi	33
2.1.1.1. “Lex Bülent Ersoy”	33
2.1.1.2. 3444 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklik Ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar	40
2.2. 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU MADDE 40 DÜZENLEMESİ.....	46
2.2.1. Cinsiyet Geçiş Süreci İçin Yapılan Başvurularda Mahkemenin Tıbbi Operasyona İzin Vermek Adına Aradığı Şartlar	47
2.2.1.1. Şahsen Başvuru Şartı	47
2.2.1.2.1. Şartın Öngörülme Sebebinin Değerlendirilmesi.....	49
2.2.1.2.2. Ayırt Etme Gücüne Sahip Sınırlı Ehliyetlilerin Durumu	52
2.2.1.2.3. MK m. 40’daki 18 Yaş Şartının Yabancı Ülke Hukuklarındaki Düzenlemeler ile Karşılaştırılması	53
2.2.1.3.1. Şartın Öngörülme Sebebinin Değerlendirilmesi.....	55
2.2.1.3.2. Yabancı Ülke Hukuklarındaki Düzenlemelerle Karşılaştırılması	58
2.2.1.4. Trans Yapıda Olma, Cinsiyet Geçişinin Ruh Sağlığı Açısından Zorunlu Olması Ve Buna İlişkin Resmi Sağlık Kurulu Raporu Sunma Şartı.....	61
2.2.1.4.1. Şartın Yerine Getirilmesi İçin Arananlar	61
2.2.1.4.2. Şartın Öngörülme Sebebinin Değerlendirilmesi.....	64
2.2.1.5. Mülga Üreme Yeteneğinden Sürekli Biçimde Yoksun Olma Şartı	68

2.2.1.5.1. Kişinin Vücut Bütünlüğüne Ölçüsüz Müdahale: Mecburi Kısırlaştırma Ameliyatı.....	69
2.2.1.5.2. Y.Y v. Türkiye Kararı.....	72
2.2.1.5.3. Y.Y v. Türkiye Kararı Sonrası Yaşanan Gelişmeler	76
2.2.1.5.3.1. Kanun Teklifleri	76
2.2.1.5.3.2. Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı	77
2.2.2. Cinsiyet Geçişi Sürecinin Zorunlu Bir Aşaması: Tıbbi Operasyon	82
2.2.2.1. Tıbbi Operasyonun Ulaşılabilirliği	83
2.2.2.2. Tıbbi Operasyonun Zorunlu Bir Şart Olması Sorunsalı	90
2.2.2.3. Anayasa Mahkemesinin Tıbbi Operasyon Şartına Yönelik Kararı ve Kararın Değerlendirilmesi	91
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	102
CİNSİYET KİMLİĞİNİN HUKUKEN TANINMASINA BAĞLI SONUÇLARIN İNSAN HAKLARI HUKUKU UYARINCA DEĞERLENDİRİLMESİ	102
3.1. CİNSİYET KİMLİĞİNİN HUKUKEN TANINMASI USULÜ	102
3.1.1. Cinsiyet Kimliğinin Hukukken Tanınmasının İsim Yönünden Sonuçları ve Kişiyi Özel Resmi Belge Üzerinde Değişiklik Yapma Zorunluluğu	103
3.1.1.1. İsim Yönünden Sonuçları	103
3.1.1.2. Kişiyi Özel Resmi Belge Üzerinde Transları Ayrımcılığa Maruz Bırakmayacak Şekilde Değişiklik Yapılması Gerekliliği	104
3.1.2. Cinsiyet Kimliğinin Hukukken Tanınmasının Aile Hukuku Yönünden Sonuçları	106
3.1.2.1. Evlilik Yönünden Sonuçları	106
3.1.2.2. Boşanma Yönünden Sonuçları	108
3.1.2.3. Velayet Yönünden Sonuçları	109
3.1.2.4. Cinsiyet Geçiş Süreci Tamamlandıktan Sonra Gerçekleşecek Evlilikler Yönünden	110
3.1.3. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Yönünden Sonuçları	111
3.1.4. Askerlik Yönünden Sonuçları	114
SONUÇ.....	115
KAYNAKÇA	120

KISALTMALAR

APA	: Amerikan Psikiyatri Birliği (<i>American Psychiatric Association</i>)
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Anayasa
BM	: Birleşmiş Milletler
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
DSM	: Mental Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı (<i>Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders</i>)
E.	: Esas
K.	: Karar
LGBTİ+	: Lezbiyen Gay Biseksüel Trans (<i>Transgender</i>) İnterseks +
m.	: Madde
MK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
No	: Numara
para.	: Paragraf
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı

(ABSTRACT)

It is beyond question that transgender individuals who apply for transitioning are in a serious psychological struggle, in addition to the legal and bureaucratic obligations with which they have to cope up in our society where the notions of sexual orientation and gender identity have not been adopted sufficiently with their definitions and distinctions yet. Although it is going to be explained in detail within the present study, the individuals who want to complete the transitioning process in question expose to a set of transactions which violate the fundamental human rights due to the legal and medical procedures enacted and imposed by the Civil Code No. 4721 Article 40 for transitioning. First of all, medical operation is required for the transitioning under the related legislation provision. In this regard, the applications to be made both in order to have the medical operation and to gain the legal recognition of the gender identity are regulated under the same article. Due to the aforementioned procedures, the violations will not be over with the fulfillment of the conditions for medical operation; moreover, the medical operation itself becomes a matter of another violation by the virtue of the fact that it is a forced physical intervention. This case gives rise to disrespect to the genuine existence of an individual based upon the restrictions to live freely gender identity and correspondingly gives rise to violation of the right of privacy because of the practices arising from the procedure aforementioned.

In the present study herein, firstly, a set of concepts are going to be defined in an attempt to shed light on the whole research and the framework of the transitioning process is going to be set. In the second place, the process which the regulation on transitioning within the Turkish Law had undergone until it took the present form is going to be described. Thereafter, an examination will be carried out both on the procedures to be followed before and after the medical operation pertain to the transitioning process within the scope of the present legislation and on the relationship between the norms of the human rights and the relevant procedures. Within this framework, it is aimed to make an evaluation as to how the procedures should be carried out in order to complete the transitioning process without causing any violation of rights by comparing the regulations extant in Turkish Law with the international ones.

ÖZET

Cinsel yönelim ile cinsiyet kimliği kavramlarının dahi tanımları ve farklılıkları ile tam olarak benimsenmediği toplumumuzda, cinsiyet geçiş sürecine başvuran transların, hukuki ve bürokratik zorunluluklarına ek olarak, psikolojik zeminde de bir mücadele içinde oldukları şüphesizdir. İnceleme içerisinde detaylıca açıklanacak olmakla beraber, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 40 hükmü ile düzenlenen ve cinsiyet geçiş süreci için öngörülmüş olan hukuki ve tıbbi süreç transları, temel insan haklarını zedeleyici muamelelere maruz bırakmaktadır. Öncelikle ilgili mevzuat hükmünde cinsiyet geçişi kapsamında tıbbi operasyon zorunlu tutulmuş, bu bağlamda tıbbi operasyonu geçirmek adına gerçekleştirilecek başvuru ile cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması adına gerçekleştirilecek başvuru aynı hüküm içerisinde düzenlenmiştir. Anılan prosedür nedeniyle ihlaller cinsiyet geçiş süreci için öngörülen tıbbi operasyonun tamamlanması için gereken şartları yerine getirmekle sona ermemekte ve tıbbi operasyonun kendisi zorunlu bir fiziksel müdahale olması nedeniyle ayrı bir ihlalin konusuna dönüşmektedir. Bu durum, cinsiyet kimliğinin özgürce yaşanmasına yönelik sınırlandırmalar sebebiyle öncelikli olarak kişinin öz varlığına saygı duyulmamasına ve buna bağlı olarak gelişen pratikler doğrultusunda özel hayatın korunması hakkının ihlal edilmesine sebebiyet vermektedir.

İşbu çalışmada öncelikle, çalışmanın tamamına ışık tutması adına belirli kavramlara ilişkin açıklamalara yer verilerek cinsiyet geçiş sürecinin çerçevesi çizilecek, sonrasında Türk Hukukunda yer alan cinsiyet geçiş sürecine ilişkin hukuki düzenlemenin mevcut haline kadarki sürecine de yer verilerek, güncel mevzuat kapsamında cinsiyet geçiş sürecine ilişkin, operasyondan önceki ve sonraki süreçlere ve ilgili süreçlerin insan haklarına ait normlarla bağlantısına dair bir inceleme yapılacaktır. Anılan incelemenin içerisinde uluslararası uygulamalar ile karşılaştırma yapılarak, cinsiyet geçiş sürecinin herhangi bir hak ihlaline sebep olmadan meydana gelebilmesi için uygulamanın ne şekilde olması gerektiğine dair bir değerlendirme ortaya konulmaya çalışılacaktır.

GİRİŞ

Transların¹ cinsiyet kimliklerini özgürce yaşayabilmeleri bakımından cinsiyet geçiş sürecine dair getirilmiş hukuki düzenlemeler oldukça önem arz etmektedir. Cinsiyet geçiş sürecinin kanun koyucu tarafından ele alınma biçimi, aynı zamanda translara yönelik bakış açısını da ortaya koymaktadır. Öncelikle Türk hukukunda cinsiyet geçiş süreci kapsamında gerçekleştirilecek tıbbi operasyon ile cinsiyet kimliğinin hukukken tanınması aynı hüküm içerisinde düzenlenmiştir. Mevcut düzenlemede cinsiyet geçişini sağlamak isteyen transların tamamlaması gereken pek çok koşul yer aldığı görülmektedir. Anılan koşullar ise, medeni halden vücut bütünlüğüne kadar pek çok alanda müdahale içermektedir. Bunun yanında cinsiyet geçişi için tıbbi operasyonu zorunlu tutan düzenlemede, tüm bu koşulların cinsiyet kimliğinin hukukken tanınması aşamasında değil, tıbbi operasyonu geçirmek için yapılan başvuru aşamasında aranması, tıbbi operasyon geçirmeden cinsiyet geçişini tamamlamak isteyen transları düzenlemenin dışında bırakmaktadır. Düzenleme uyarınca translar, vücut bütünlüklerine müdahale edilmesine rıza göstermek ile cinsiyet kimliğinin tanınmasından vazgeçmek arasında bir seçim yapmak durumunda bırakılmaktadırlar. Bir kimsenin vücut bütünlüğü de, cinsiyet kimliği de biri diğeri yerine tercih edilemeyecek, öz varlığını oluşturan iki unsurdur. Transları bu şekilde bir tercih yapmaya mecbur bırakmanın ortaya çıkardığı hukuka aykırılıklar çalışma içerisinde incelenecektir.

¹ SCHERPE, Jens M., The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons, Intersentia Publishing, 2015, s. 2’de yer alan açıklamalarda, “*transgender*” teriminin doğum anında tayin edilen cinsiyetten başka bir cinsiyet rolünde yaşamak isteyen kimseleri ifade ettiği, “*transsexual*” teriminin ise cinsiyet geçiş süreci kapsamında tıbbi operasyon geçirmek isteyen “*transgender*” kimseleri ifade ettiğinin altı çizilmiştir. Bu durumda “*transgender*” teriminin daha kapsayıcı nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. Aynı zamanda çalışma içerisinde de cinsiyet kimliğinin hukukken tanınmasının, tıbbi operasyondan bağımsız değerlendirilmesi gerektiği açıklanacak olması sebebiyle, çalışma içerisinde tıbbi operasyon ile bağlantılı kabul edilen transseksüel terimi yerine (Türkçede “trans cinsiyet” şeklinde yerleşik bir terim olmaması sebebiyle) “trans” terimi kullanılacaktır.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki Türk hukukunda yer alan düzenleme cinsiyet kimliğinin özgürce yaşanmasına imkan sağlamaktan çok, transları hastalık sahibi kimseler olarak benimseyip onları tedavi etmeye çalışan bir niteliğe sahiptir. Öyle ki düzenlemenin içerdiği koşullar incelendiğinde kanun koyucunun hedefinin, transları toplumun kabul edebileceği hale getiren bir mekanizma oluşturmak olduğu ve bu aşamada transların taleplerinin göz ardı edildiği dikkat çekmektedir. Bu algı translar için yalnızca cinsiyet geçiş sürecini zorlaştırmakla kalmayıp, aynı şekilde transların toplumdan ötekileştirilmelerine ve ayrımcılığa maruz kalmalarına da sebep olmaktadır. Konuya ilişkin olarak düzenlenmiş bir raporda yer verilmiş bir olayda², 2012 yılında trans kadınların yaşamakta olduğu bir sitede, anılan trans kadınların seks işçiliği yaptıkları ileri sürülerek linç girişimleri başlatılmıştır. Bu kapsamda trans kadınlar, yoğun nefret söylemleri içeren eylemlerde, evlerinin önünde gece yarısı ateş yakılarak bulundukları yeri terk etmelerine yönelik tehdit edilmiştir. Bir yandan transların iş imkanlarına ulaşmasına engel olarak iş gücüne katılmalarının önüne geçmek, öte yandan ise seks işçiliği yapan transları yapılan işi “rezillik” olarak nitelendirip³ bulundukları yerden uzaklaştırmanın, translara sosyal hayatta var olabilecekleri bir alan bırakmadığı tartışmasıdır. Bunun yanında söz konusu ayrımcılığın yarattığı transfobi aynı zamanda trans cinayetlerinin önünü açmakta, her sene pek çok trans, cinsiyet kimliği nedeniyle hayatını kaybetmektedir⁴. Dolayısıyla cinsiyet geçişine dair getirilmiş hukuki düzenleme ve toplumsal hayat üzerinde

² ŞEREF, Ezgi (Yayına Hazırlayan), “2015 LGBTİ’LERİN HUKUK VE ADALETE ERİŞİMİ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Yargıtay, Danıştay & Anayasa Mahkemesi İçtihatları Emsal Dava Analizleri Hak İhlalleri Raporu” SPOD Hukuk Ve Adalet Erişim Kitaplığı - 4 LGBTİ’lerin Adalet Erişiminin Güçlendirilmesi Projesi 1. Baskı, Haziran 2016, s. 77-78.

³ TAR, Yıldız, “Kaos GL 2017 Medya İzleme Raporu”, Yayınlayan: Kaos GL Derneği, Birinci Baskı, Ankara 2018, s. 40.

⁴ Trans cinayetlerine ilişkin somut örnekler kapsamında hazırlanan raporlar için bkz. Kaos GL Derneği “2016 Cinsel Yönelim Ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İzleme Ara Raporu”, Yayınlayan: Açık Toplum Vakfı, Toplum Vakfı, [https://aciktoplumbvakfi.org.tr/Dosyalar/Yayinlar/DesteklenenYayinlar/lgbt_insan_haklari_raporu_kaosgl_2016_eylul\(1\).pdf](https://aciktoplumbvakfi.org.tr/Dosyalar/Yayinlar/DesteklenenYayinlar/lgbt_insan_haklari_raporu_kaosgl_2016_eylul(1).pdf), erişim: 13.05.2018.; “2012 Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İhlalleri İzleme Raporu”, SPOD Hukuk Ve Adalet Erişim Kitaplığı – 2, Birinci Baskı, İstanbul, Ağustos 2013.

doğurduğu etki, transları hem cinsiyet kimliklerini özgürce yaşamaktan mahrum bırakmakta, hem de toplum nezdinde sürekli olarak “öteki” olmaya mecbur bırakmaktadır.

Kişilik hakkı doktrinde “kişinin kişiliğini oluşturan, kendisini insan kılan maddi ve manevi tüm değerlere, özel olarak yaşamına, beden bütünlüğüne, sağlığına onuruna, saygınlığına, özel yaşamın gizliliğine, sözüne, resmine, adına, eserine, özgürlüğüne, bu arada ekonomik serbestliğine ilişkin hak⁵” olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda bireyin kişiliğini oluşturan ve bireyin olduğu kişi olmasını sağlayan tüm unsurlar kişiliğin ayrılmaz, vazgeçilmez birer parçasıdır. Bu noktadan hareketle bireylerin özgürce ve hissettikleri biçimde var olabilmeleri ve kişiliklerini inşa edebilmeleri adına, gerek sosyal gerekse hukuki düzlemde yeterli koruma mekanizmaları mevcut bulunmalıdır. Çalışma içerisinde detayına yer verilecek olmakla beraber⁶, toplumsal cinsiyet (“gender”) ve doğumla atanmış cinsiyet (“sex”) olarak ikiye bölünen cinsiyet olgusunun da bireyin kişiliğinin ve varlığının bir parçası olduğu tartışmasızdır.

Cinsiyet kapsayıcı bir terim olarak ele alındığında, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği kavramları üzerinde de durmak gerekecektir. Bu iki kavramı birbirinden ayırmak önem arz etmektedir. Bu sayede çalışmanın konusunu oluşturan cinsiyet geçiş sürecinin cinsiyet kimliği ile ilişkili olduğunun ortaya konulması hedeflenmektedir.

Cinsiyet, kişilik hakkı çerçevesinde bireyin öz varlığının ayrılmaz bir parçasıdır ve kişinin kendisini ait hissettiği cinsiyet kimliği çerçevesinde oluşmalıdır. Bu açıdan cinsiyet algısı hayatın akışı içerisinde meydana gelerek cinsiyet kimliğinin

⁵ SEROZAN, Rona, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 14, s. 93-112, 1977, s. 93.

⁶ Bkz. çalışmanın “Genel Olarak” başlığı.

oluşmasını sağlamaktadır. Elbette bu akıştan bahsederken, toplumsal faktörleri, bu anlamda kültürel, ekonomik, dini ve ahlaki yapı gibi etkenleri göz ardı etmek mümkün değildir. Pek çok bireyin, içinde bulunduğu toplumun sayılan özellikleri doğrultusunda ve yine aynı topluma uyum sağlayabilmek adına, kendini ait hissetmediği bir cinsiyet kimliği oluşturması da mümkündür. Ancak bu ihtimal, bireyin cinsiyetine ilişkin olarak sahip olduğu hislerinin ve cinsiyet algısının sonradan kazanılan veya meydana gelen durumlar olduğu anlamına gelmemektedir. Birey ne kadar baskıcı ve dogmatik bir toplumda yaşarsa yaşasın, kişiliği kendisini ait hissettiği cinsiyet ile beraber gelişir. Keza cinsiyet geçişi sürecinde de meydana gelen, bireyin bir cinsiyetten vazgeçip ötekini tercih etmesinden ziyade, hâlihazırda kendisini ait hissettiği cinsiyetin hukuken tanınmasından ibarettir. Tam olarak bu nedenle bu çalışmada cinsiyet değişikliği değil, cinsiyet geçişi ifadesi kullanılacaktır⁷.

Doğumla atanmış cinsiyet ile cinsiyet kimliğinin örtüşmemesi, aşağıda ele alınacağı üzere⁸ psikiyatri alanında cinsiyet disforisi olarak tanımlanmaktadır. Bu doğrultuda cinsiyet disforisine sahip bireyler, kamusal alanda ve özel hayatlarında ait oldukları bir çevrede yaşamlarını sürdürebilmek adına, cinsiyet kimliklerinin hukuken

⁷ Açıklanan sebeplerle “cinsiyet geçişi” ifadesinin benimsendiği diğer kaynaklar için bkz. HUN, Sinem, “Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Somut Norm Denetimine Tabiyken: Trans Geçiş Sürecinde Bekletmeler’in Trans Öznelliklere Etkisi” Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, s. 312-316, 2015; ŞEREF, Ezgi (Yayına Hazırlayan), “2015 LGBTİ’LERİN HUKUK VE ADALETE ERİŞİMİ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Yargıtay, Danıştay & Anayasa Mahkemesi İçtihatları Emsal Dava Analizleri Hak İhlalleri Raporu” SPOD Hukuk Ve Adalet Erişim Kitaplığı - 4 LGBTİ’lerin Adalet Erişiminin Güçlendirilmesi Projesi 1. Baskı, Haziran 2016; TAR, Yıldız, “Kaos GL 2017 Medya İzleme Raporu”, Yayınlayan: Kaos GL Derneği, Birinci Baskı, Ankara 2018; Kaos GL Derneği “2016 Cinsel Yönelim Ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İzleme Ara Raporu”, Yayınlayan: Açıktoplumvakfi.org.tr/Dosyalar/Yayınlar/DesteklenenYayınlar/lgbt__insan_haklari__raporu_kaosgl_2016_eylul(1).pdf, erişim: 13.05.2018.; “2012 Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İhlalleri İzleme Raporu”, SPOD Hukuk Ve Adalet Erişim Kitaplığı – 2, Birinci Baskı, İstanbul, Ağustos 2013; GÜNGÖR, Aras SULU, Barış MUTLU, Deniz Eren, FERHAT, Derya, ÇEVİK, Doğa Asi, HUN, Sinem, “Yeniden Doğdum – Veri Toplama Raporu” T-Der / Trans Danışma Merkezi Derneği, Ankara, Eylül 2014; GÜNER, Umut, KALKAN, Pelin, ÖZ, Yasemin, ÖZSOY, Elif Ceylan, SÖYLE, Fırat, “Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu”, İstanbul, Şubat 2011.

⁸ Bkz. çalışmanın “Cinsiyet Disforisi” başlığı.

tanınmasını talep etmektedirler. Bu sürecin bireylerin kişilik haklarını ihlal etmeden gerçekleşebilmesi için ilk olarak cinsiyeti kadın ve erkek olarak keskin biçimde ikiye bölen ikili cinsiyet sisteminin terk edilmesi gerekmektedir. Anılan sistem terk edilmedikçe translara sağlanan tıbbi operasyon ve/veya nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinin düzeltilmesi yönündeki imkanlar hak değil, aksine bir normalleştirme olmanın ötesine geçemeyecektir.

Türk hukuku da dahil olmak üzere kimi hukuk sistemlerinde, cinsiyet geçişine başvuran translara tıbbi operasyonun şart koşulması da anılan yapının dışına çıkılamadığının bir göstergesidir. Bu şart ile bireylere, hukuk nezdinde hangi cinsiyet ile kabul görmek istiyorlarsa, kabul görmek istedikleri cinsiyetin biyolojik yapısına da bürünmeleri gerektiği dayatılmaktadır. Oysaki cinsiyet geçişine başvuran birey, zaten belirli bir cinsiyet ve cinsiyet kimliği algısına sahiptir ve tıbbi operasyon olsa da olmasa da kendisini o cinsiyete ait hissedecektir. Bu nedenle de cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması ile cinsiyet geçişi kapsamında tıbbi operasyonun gerçekleşmesi hususlarının hukuki anlamda ayrı ayrı düzenlenmesi gerektiği aşağıda detaylıca açıklanacaktır.

Türk hukukunda cinsiyet geçiş süreci ilk olarak mülga 743 sayılı Türk Medeni Kanun'un 29. maddesi kapsamında, sonrasında ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ("MK") 40. maddesinde düzenlenmiştir. Mevcut düzenlemede cinsiyet geçiş süreci kapsamında yer alan tıbbi operasyon ile cinsiyet geçiş süreci kapsamında gerçekleşen cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması talebine ilişkin koşullar bir arada düzenlenmiştir. Çalışmada söz konusu düzenlemeleri meydana getiren dinamikler ve yürürlükte olan düzenlemenin içerdiği şartlar değerlendirilerek ilgili şartların, temel hak ve özgürlükler kapsamında sebep olduğu ihlaller üzerinde durulacaktır. Nitekim Türk hukukunda yer alan cinsiyet geçiş süreci kapsamındaki tıbbi operasyonu geçirebilmek adına düzenlenmiş şartlardan bir tanesi olan "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma" şartının, özel hayatın korunması hakkını ihlal ettiğine

yönelik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) tarafından verilmiş bir karar⁹ neticesinde, şartın iptaline dair verilen Anayasa Mahkemesi (“AYM”) kararı¹⁰ uyarınca anılan şart vücut bütünlüğü üzerinde orantısız bir müdahale olarak değerlendirilerek iptal edilmiştir. İptale dair verilen karara ilişkin gerekçesinin kurgusunda, tıbbi operasyon neticesinde üreme yeteneğinin hâlihazırda kaybedileceği, bu sebeple anılan şartı tıbbi operasyon aşamasından önce aramanın orantılı bir müdahale olmadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla gerek karar metninde gerekse de karşı oy yazılarında ortak olan bakış açısı, transların çocuk sahibi olmak istemeyecekleri ve toplumun kabul ettiği normlara uygun düşmeyeceği için hiçbir zaman aile kurmayacakları yönündedir. Türk hukukunda cinsiyet geçiş sürecinin tamamlanabilmesi için zorunlu tutulan tıbbi operasyon şartının iptali için yapılan ve reddedilen başvurunun değerlendirildiği AYM kararında¹¹ ise transların en temel talebinin cinsiyet kimliklerinin hukuken tanınması olduğu göz ardı edilerek, ikili cinsiyet sisteminin kadın ve erkek olmaya yönelik benimsettiği keskin algılar çerçevesinde, temel hak ve özgürlükleri yok sayan bazı değerlendirmeler yapılmıştır. Çalışmanın konusu ile bağlantılı güncel kararlar olmaları sebebiyle ilgili başlıklarda¹² detaylı incelemelere yer verilecektir.

Bu doğrultuda çalışma kapsamında, yukarıda kısaca değinilen konular detaylıca açıklanarak, Türk hukukunda hak ihlali yaratmayacak ve translar için cinsiyet geçiş sürecini kolaylaştıracak nitelikte düzenlemenin nasıl olması gerektiğine yönelik bir değerlendirme yapılacaktır.

⁹ Y.Y. v. Türkiye, Başvuru No: 14793/08.

¹⁰ 30366 sayılı ve 20.03.2018 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 29.11.2017 tarihli ve E.: 2017/130, K.: 2017/165 sayılı karar.

¹¹ 30366 sayılı ve 20.03.2018 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı karar.

¹² Bkz. çalışmanın “Mülga Üreme Yeteneğinden Sürekli Biçimde Yoksun Olma Şartı” ve “Tıbbi Operasyonun Zorunlu Bir Şart Olması Sorunsalı” başlıkları.

BİRİNCİ BÖLÜM

CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİNE GENEL BAKIŞ

1.1. KAVRAMLAR

1.1.1. Genel Olarak

Cinsiyet kavramı, hem doğumla atanan cinsiyet hem de toplumsal cinsiyet anlamında farklı kimliği ifade etmektedir. Dilimizde tek bir kavram ile ifade edilen bu ikili yapı, ingilizcede “*sex*” (doğumla atanmış cinsiyet) ve “*gender*” (toplumsal cinsiyet) olmak üzere iki farklı kavram ile dile getirilmektedir. Özellikle ikinci dalga feminizm hareketinin belirginleştirdiği¹³ bu ayrım, doğumla atanmış cinsiyet bireyin anatomik yapısı ile ilgili bir hususken, toplumsal cinsiyet doğumla atanmış cinsiyetin kültürel durumuna ilişkindir¹⁴. Bu durumda toplumsal cinsiyet, geçiş yapılabilen ve meydan okunabilen; dolayısıyla sabit olmayan bir kavram iken; doğumla atanmış cinsiyet kişinin anatomik yapısıyla ilgili olması sebebiyle, elbette kişinin kendi iradesini kullandığı haller haricinde, değişmesi mümkün olmayan, sabit bir özelliğe işaret eder¹⁵.

Bu doğrultuda cinsiyetin, doğumla atanan cinsiyete ilişkin unsurların yanında toplumsal unsurlar ile de oluşan çok yönlü bir kavram olduğunu kabul etmek gerekir¹⁶. Dolayısıyla aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere, cinsel yönelim ile

¹³ COWAN, Sharon, “Gender is No Substitute for Sex: A Comparative Human Rights Analysis of the Legal Regulation of Sexual Identity”, *Feminist Legal Studies*, Volume 13, Issue 1, Ocak 2005, s. 70.

¹⁴ BUTLER, Judith, ‘Sex And Gender in Simone de Beauvoir’s “Second Sex”’, Yale University Press, No: 72, 1986, s. 35.

¹⁵ COWAN, s. 71.

¹⁶ ÖZATA, Berna, *Transseksüel Bireylerde Cinsiyet Dönüştürmenin Ruh Sağlığı Ve Yaşam Kalitesi Üzerine Etkileri (Uzmanlık Tezi)*, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı, İstanbul 2012, s. 8.

cinsiyet kimliği kavramları doğumla atanmış cinsiyetle olduğu kadar toplumsal cinsiyet ile de yakından ilgilidir. Dolayısıyla sözü edilen kavramların doğru biçimde anlaşılması, cinsiyet geçiş sürecini kavrayabilmek açısından önemlidir. Bunun yanında ilgili kavramların açıklanması ile söz konusu sürecin cinsel yönelim ile bir bağlantısı bulunmadığının, bu hususun cinsiyet geçiş sürecine doğrudan etki etmediğinin; aksine buradaki itici motivasyonun kişinin benimsediği cinsiyet kimliği ile sahip olduğu doğumla atanmış cinsiyet arasında yer alan bir uyumsuzluktan ötürü meydana gelen cinsiyet disforisi¹⁷ olduğunun ortaya konması hedeflenmektedir.

1.1.1.1. Cinsel Yönelim

Cinsel yönelim (*sexual orientation*), bireyin cinsel ve duygusal anlamda kadına, erkeğe veya her ikisine birden duyduğu çekimdir¹⁸. Yönelim olarak adlandırılmasından da anlaşılacağı üzere söz konusu kavram, kişinin tercih ettiği bir durum olmamakla beraber, tamamen bireyin kontrolü dışında ve kendiliğinden gerçekleşen bir yönelme haline işaret eder ve bireyin cinsel anlamda yöneldiği cinsiyeti belirler¹⁹.

Görüldüğü üzere cinsel yönelim kavramını oluşturan birden fazla etken mevcuttur. Söz konusu kavram sebep bakımından değerlendirildiğinde, bireyin iç dünyasında cinsel açıdan duyduğu ihtiyaçlar üzerinden tanımlanırken; gözlemlenebilir davranışları bakımından değerlendirildiğinde ise sürdürmekte olduğu

¹⁷ TURAN, Şenol, AKSOY POYRAZ, Cana, İNCE, Ezgi, SAKALLI KANİ, Ayşe, EMÜL, Hacı Murat, DURAN, Alaattin, “Cinsiyet Değiştirme Ameliyatı İçin Psikiyatri Kliniğine Başvuran Transseksüel Bireylerin Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri”, Türk Psikiyatri Dergisi, İstanbul, 2015, s. 153; ÖZATA, s. 10.

¹⁸ American Psychological Association, “Answers to Your Questions: For a Better Understanding of Sexual orientation & Homosexuality”, Washington DC, 2002, s. 1.

¹⁹ GÜNER, Umut, KALKAN, Pelin, ÖZ, Yasemin, ÖZSOY, Elif Ceylan, SÖYLE, Fırat, “Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu”, Şubat 2011, İstanbul, s. 20
http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/24/Cinsel_Yonelim_veya_Cinsiyet_Kimligi_Izleme_Raporu.pdf, erişim: 20.02.2018.

cinsel seçimleri üzerinden tanımlanmaktadır²⁰. Burada seçim olarak bahsedilen husus, kişinin cinsel hayatı kapsamındaki, cinsel hayatını ne şekilde yaşamak istediği yönündeki iradesi olup, cinsel yönelimin bir seçim sonucu meydana geldiğini ifade etmez. Buna göre kişinin cinsel ve duygusal bakımdan hissettikleri neticesinde bir takım eğilimlere sahip olduğunu ve yine cinsel ve duygusal hayatını da bu eğilimlerini karşılayacak şekilde oluşturduğunu söylemek doğru olacaktır.

Cinsel yönelim, aşağıda açıklanacak cinsiyet kimliğinden farklıdır. Cinsel yönelimin, içinde bulunulan ya da geçiş yapılması hedeflenen cinsiyet ile bağlantısı bulunmaz.

1.1.1.2. Cinsiyet Kimliği

Cinsiyet kimliği (*gender identity*) kavramı, bireyin kendisini hangi cinsiyete ait hissettiği ile ilgili bir kavramdır²¹. Cinsel yönelim ile cinsiyet kimliğini birbirinden ayıran husus, bu iki kavramda tetikleyici unsurların birbirinden farklı oluşudur. Cinsel yönelimde kişinin kendisi dışında başka bir bireye karşı nasıl hissettiğine ilişkin dinamikler belirleyici iken; cinsiyet kimliğinin belirleyicisi bireyin kendisidir. Bir başka deyişle, bu kavram tamamı ile bireyin kimlik olarak benimsediği cinsiyet ile ilgilidir.

Dolayısıyla bireyin duygusal veya cinsel açıdan ne çeşit bir yönelime sahip olduğunun, cinsiyet kimliği ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Nasıl ki örneğin bir kadın bir başka kadına karşı cinsel yönelime sahip olabiliyorsa, trans bir kadın da cinsel açıdan yine bir kadına karşı eğilimli olabilir. Bu iki durumun birbirinden bir farkı

²⁰ SHIVELY, Michael G., JONES, Christopher, DE CECCO, John P, “Research on Sexual Orientation”, Journal of Homosexuality, No: 9:2-3, San Francisco, 2010, s. 132.

²¹ DIAMOND, Milton, “Sex and Gender are Different: Sexual Identity and Gender Identity are Different”, University of Hawaii, John A. Burns School of Medicine Department of Anatomy and Reproductive Biology Pacific Center for Sex and Society, Clinical Child Psychology & Psychiatry - Special Issue In Press for July 2002, s. 5.

bulunmamaktadır. Burada önemli olan, heteronormatif düzenin öğretisinin dışına çıkarak, bireylerin doğum anında sahip oldukları doğumla atanmış cinsiyet ile kendilerini ait hissettikleri cinsiyet dinamiklerinin örtüşmeyebileceğini kabul etmektir. Doğum anında mevcut olan doğumla atanmış cinsiyet, kişinin o cinsiyet kapsamında edineceği aidiyet duygusu bakımından bir ön kabul olarak değerlendirilmemelidir. Bu şekilde bir ön kabulün varlığı bireyin, toplumsal cinsiyet pratikleri doğrultusunda kendisinden beklenen cinsiyet rolünü gerçekleştirmeye mecbur bırakılması anlamına gelecektir. Toplumsal cinsiyete ilişkin olan cinsiyet rolü ise bir cinsiyetin toplumsal hayat içerisinde ne şekilde sergilendiğini ifade etmekle beraber, daha detaylı olarak “bir kültürde belli bir cinsiyet için kabul edilen ve geçerli sayılan davranış biçimleri” şeklinde tanımlanmaktadır²². Bu bağlamda kadın ve erkek olarak tanımlanan kimselerden, toplum içerisinde kendilerine biçilen kadınsı ve erkeksi rolleri sergilemeleri beklenir²³.

1.1.1.3. Cinsiyet Disforisi

Cinsiyet disforisi olarak adlandırılan etken, bireylerin doğumla atanmış cinsiyetlerinin aksi yönde cinsiyet rollerine sahip olabilecekleri ve yine aksi yönde davranış biçimleri geliştirebileceklerine, dolayısıyla doğum anındaki cinsiyet ile cinsiyet kimliği arasında bir uyumsuzluk olma ihtimaline²⁴ işaret etmektedir.

Burada çalışmanın tamamı için büyük önem arz eden bir husus, Amerikan Psikiyatri Birliği’ne (*American Psychiatric Association*) (“APA”) ait 5 Nolu Mental Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı - 5 (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) (“DSM-5”) içerisinde yer verilen kavramlara ilişkin bilgi

²² GÜNER / KALKAN / ÖZ / ÖZSOY / SÖYLE, s. 20.

²³ ÖZATA, s. 9.

²⁴ American Psychological Association, Guidelines for Psychological Practice with Transgender and Gender Nonconforming People. *American Psychologist*, 70(9), s. 832-864, 2015 s. 861.

notunda²⁵, “cinsiyet kimliği bozukluğu” tanımının “cinsiyet disforisi” tanımı ile değiştirildiği, cinsiyet disforisi tanımına ise herhangi bir kimseyi damgalamak amacıyla değil, yalnızca klinik bakım ve teşhis anlamında kolaylık sağlaması ve sigorta kapsamına alınabilmesi amacıyla yer verildiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda DSM-5 kapsamında, cinsiyet disforisinin sonucu olan cinsiyet uyumsuzluğunun bir ruhsal bozukluk olmadığına altı çizilmiştir. Söz konusu kavrama ilişkin APA tarafından yapılan bu açıklamalar cinsiyet disforisi bulunan transların herhangi bir hastalıklarının bulunmadığına ve dolayısıyla tedavi edilmeleri de gerekmediğinin anlaşılması bakımından, çalışma genelinde önem arz etmektedir.

1.1.1.4. İkili Cinsiyet Sisteminde Cinsiyet Kimliği Sorunsalı

İkili cinsiyet sistemi, kadın ve/veya erkek olarak doğan bir kimsenin hayatı boyunca kadın ve /veya erkek rollerine bürünmesinin ve bu doğrultuda davranmasının beklendiği²⁶ cinsiyet yapısıdır. Dolayısıyla anılan yapıda bireylerin cinsiyet kimlikleri salt doğumla atanan cinsiyetlerinin kadın ve erkek olarak ifade edilmesi üzerinden değerlendirilmektedir. Cinsiyetin yalnızca kadın ile erkek olarak ikiye bölünmesi ve bireylerin cinsiyet rolleri bakımından bu iki türden birine uyması gerektiğinin kabulü, bireyin cinsiyet kimliğini tayin etme hususunda yeterli özgürlüğe sahip olmadığı²⁷ anlamına gelmektedir.

Cinsiyet rolü esas olarak toplumsal cinsiyete ilişkindir ve kişinin, içerisinde yer aldığı toplumun kültürü ve davranış biçimleri doğrultusunda kendi cinsiyetini hangi

²⁵DSM-5 Fact Sheets, <https://www.psychiatry.org/psychiatrists/practice/dsm/educational-resources/dsm-5-fact-sheets>, erişim: 27.04.2018.

²⁶ WISEMAN, Mel, DAVIDSON, Sarah, “Problems with binary gender discourse: Using context to promote flexibility and connection in gender identity”, *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, Sayı: 17(4), s. 528-537, 2011, s. 529.

²⁷ ATAMER, Yeşim, TAŞKIN, Z. Damla, “Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Aykırı Yönleri Ve Revizyon Teklifleri”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 42, Sayı: 4, Ekim 2016, s. 720.

doğrultuda şekillendirdiğine yönelik olarak ortaya çıkar. Buradan hareketle bireyin, içerisinde olduğu doğumla atanmış cinsiyetten farklı bir cinsiyete ait hissetmesi durumu, salt kadından ve erkekten oluşan ve bunun da doğum ile belirlendiği ve bu iki cinsiyet arasında geçişin kabul görmediği ikili cinsiyet sisteminde²⁸, o bireyin aynı zamanda sosyal yaşamda kendisinden beklenenden farklı bir cinsiyet rolüne sahip olduğu anlamına da gelmektedir. Dış görünüşü bakımından kadın olarak değerlendirilen bir kişinin, cinsiyete ilişkin davranışları bakımından toplum nezdinde erkeklerden beklenen davranışları sergilemesi, cinsiyet rollerinde bir çatışma meydana getirecektir. Söz konusu duruma ilişkin yapılan bir tanımlamada, cinsiyet kimliğinin cinsiyet rolüne dair özel bir deneyim olduğu, cinsiyet rolünün ise cinsiyet kimliğinin kamusal bir ifadesi olduğu ifade edilmiştir²⁹. Görüldüğü üzere, cinsiyetin ne şekilde deneyimlenmek istediği tamamen bireyin kendisi ile ilgili bir durumken, söz konusu deneyimin dışavurumu toplum karşısında meydana gelmekte ve o topluma göre şekillenmektedir.

Bu nedenle de yukarıda belirtildiği üzere, ait hissedilen cinsiyetin doğum anındaki doğumla atanmış cinsiyetten farklı olması durumunda bu bireyler, heteronormatif toplumların benimsemiş olduğu ve gerek anatomik gerekse de davranışsal açıdan bir bütün olarak yalnızca kadın ve erkek olarak ayrılmış ikili cinsiyet yapısının dışında kalmaktadırlar. Trans bir akademisyen olan Elijah C. Nealy söz konusu durumu, dünyada yalnızca kız ve erkeklerin olduğu ve bu ikisinin tamamen zıt olduğuna dair bir algı olarak açıklamaktadır³⁰. İkili cinsiyet sisteminin kabul edildiği düzende, gerek hukuki gerek sosyal olarak bireylerin kendilerini ait hissettikleri cinsiyetin tanınmaması sorununu meydana getirmektedir. Nitekim Ontario’da yer alan Lezbiyen ve Gey Hakları Koalisyonu’na (*Coalition for Lesbian*

²⁸ COWAN, s. 72.

²⁹ MONEY, John, “Gender Role, Gender Identity, Core Gender Identity: Usage And Definition Of Terms”, Maryland, 2008, s. 399.

³⁰ NEALY, Elijah C., “Gerçek Erkek Ayağa Kalkabilir Mi Lütfen: Trans Erkeklerin Cinsiyetlendirilmiş Performansı”, (Çevirmenler: Baysar Taniyan, Berk İnan Berkant) A Journal Of Identity And Culture:3, Şubat, 2015, s. 227.

and Gay Rights in Ontario) ait “Systems Failure: A Report on the Experiences of Sexual Minorities in Ontario’s Health-Care and Social-Services Systems” adlı çalışmada, sağlık çalışanları tarafından, transları tanımlamak amacıyla “şey”, “kadın veya erkek olmayan” ve benzeri ifadeler kullanıldığından söz edilmiştir³¹. Aynı şekilde Türkiye’de de yine sağlık çalışanları ve diğer meslek gruplarının, önyargılarından ötürü translara ve ailelerine, sağlık ve bakım hizmeti verme esnasında negatif bir tutum içerisinde oldukları bilinmektedir³². Açıklamalar ve verilen örnekler göstermektedir ki, ikili cinsiyet sistemi algısı kapsamında öncelikle, kadın (*feminine*) ve erkek (*masculine*) olarak ikili bir bölünme³³, buna bağlı olarak bireyin cinsiyet kimliğinin ne olduğu konusunda net bir cevaba ihtiyaç duyacak hale gelmesi³⁴ ve yine bireyin kendini bu ikili yapının dışında hissettiği ihtimalde ikili cinsiyet sistemince doğru sayılan öğretinin dışına çıkmamak adına cinsiyet kimliğini çevresinden gizlemesi³⁵ sonuçları karşımıza çıkmaktadır.

Söz konusu durum göstermektedir ki, bir bireyin cinsiyet rolünü hissettiği biçimde ve kısıtlama olmadan sergileyebilmesi adına, öncelikle cinsiyet kimliğinin, ikili cinsiyet sisteminden bağımsız bir biçimde tanımlanabilir olması gerekmektedir. Bu sebeple çalışmanın konusunu oluşturan cinsiyet geçiş sürecinin ve bu süreçte Türk hukukunda yaşanan problemlerin daha iyi anlaşılabilmesi adına trans kavramı ile birlikte interseksüalite ve travestilik (transvestisizm) kavramlarının açıklanması lazım görülmüştür.

³¹ O’FLAHERTY, Michael, FISHER, John “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles”, *Human Rights Law Review*, Haziran 2008, s. 212 – 213.

³² ACAR, Kadriye, AYGİN, Dilek, “Transseksüel bireylerde cinsiyet değiştirme cerrahisi ve hemşirelik yaklaşımları”, *Androloji Bülteni*, (Derleme), 17(62), 2015, s. 242.

³³ WISEMAN / DAVIDSON, s. 530.

³⁴ WISEMAN / DAVIDSON, s. 530.

³⁵ WISEMAN / DAVIDSON, s. 530.

1.1.1.4.1. İnterseksüalite

İnterseksüalite esas olarak, bireyin dış genital bölgelerinin hem kadın genital bölgesine hem de erkek genital bölgesine ait özellikler taşıdığı, iç üreme organlarının alışılmışın dışında gelişim gösterdiği ve dış genital bölge ile iç üreme organları arasında uyumsuzluk bulunan anatomik durumu ifade eder³⁶. Bu doğrultuda interseks kavramı da salt erkek ya da salt kadın kategorisine dahil edilemeyecek bir anatomik yapı ile dünyaya gelen bireylerin durumunu tanımlamada kullanılmaktadır³⁷. Bu sebeple interseksleri tanımlamada çıkış noktası olarak anatomiye gözetmek önemlidir; zira anılan bireylerin, karşılaşmaları muhtemel zorluklar bakımından bakılması gereken ilk yer, yukarıda açıklaması yapılan anatomik özellikler olacaktır. Öyle ki Kuzey Amerika Interseks Topluluğu (ISNA) (*North America Intersex Society*) tarafından yapılan bir açıklamada söz konusu durumun medikal veya sosyal bir patolojiye dayanmadığı; salt bireyin standart kadın ve erkek tanımının dışına çıktığı anatomik bir durum olduğunun altı çizilmiştir³⁸.

Cinsel gelişim sorunu/kusuru/bozukluğu olarak anılan interseksüalite aynı zamanda, “kişinin her iki cinsiyet özelliklerini göstermesi”³⁹, iki cinsli olma⁴⁰ olarak da bilinmektedir. Elbette burada ifade edilen cinsiyet özelliği hususu, yukarıda da ifade edildiği üzere doğumla atanmış cinsiyete ilişkindir. Psikoloji ve operasyonel

³⁶ SCHNEIDER, Margaret, O. BOCKTING, Walter, D. EHRBAR, Randall LAWRENCE, Anne A., RACHLIN, Katherine Louise, ZUCER, Kenneth J, “Answers to Your Questions About Individuals With Intersex Conditions”, American Psychological Association, 2006, <https://www.apa.org/topics/lgbt/intersex.pdf>, erişim: 03.03.2018.

³⁷ GHATTAS, Dan Christian, “İnterseks Bireylerin Haklarını Savunmak – Nasıl Yardım Edebilirsiniz?”, Ayrıntı Basımevi, Çevirmen: Belgin Günay, Ankara, Ekim 2016, s. 11.

³⁸ BEN-ASHER, Noa, “The Necessity of Sex Change: A Struggle for Intersex and Transsex Liberties”, Harvard Journal of Law and Gender, Vol. 29, No. 51, Ocak, 2008, s. 66.

³⁹ ÖZBEY, Hüseyin, İstanbul Üniversitesi, İstanbul Tıp Fakültesi Çocuk Cerrahisi Anabilim Dalı, “Cinsel gelişim sorunları: Küçük hastalar, büyük kararlar”, Çocuk Cerrahisi Dergisi 30 (Ek sayı 2), 2016, s. 142.

⁴⁰ ÖZTÜREL, Adnan; “Transseksüalizm ile Hermafrodizimde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler) Kısım I”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi., C. 37, Sayı. 1-4, s. 461-488, 1980, s. 461.

teknoloji alanında kaydedilen gelişmelere bağlı olarak, interseksüalite çoğunlukla doğum anında tespit edilebilmekte ve bu tespitin yapıldığı çocuklar/bebekler gerek hormon tedavisi gerekse de tıbbi operasyon ile salt kadın veya erkek olarak yetiştirilmektedirler⁴¹. Bu noktada elbette, interseks tanısı doğum anında koyulan ve ailelerin seçimi doğrultusunda tıbbi operasyon geçiren bireylerin ileride farklı cinsiyet kimliğine ait hissedebilecekleri ve bu doğrultuda cinsel gelişim çağında sorunlara yaşanabileceğini akılda bulundurmak gerekir. Zira transların arzusu, gelecekte sahip olmak istedikleri vücuda ilişkin iken; interseksler önceden sahip olup operasyon ile müdahale edilmiş vücutları için yas tutabilmektedirler⁴². Başka bir deyişle hem bir yitiriş hem de içinde olmak istedikleri cinsiyet arzusuyla psikolojik olarak çok daha olumsuz durum altında kalabilirler. Öyle ki, bebeğin sağlığı açısından gerekli olanlar haricinde, genital bölgeyi kadın veya erkek niteliği taşıyacak şekilde belirginleştirmeyi sağlayan tıbbi operasyonun, medikal anlamda bir gerekliliğinin olmadığı da ifade edilmiştir⁴³. Aynı şekilde 29.11.2013 – 01.12.2013 tarihleri Uluslararası Lezbiyen Ve Gay Birliği⁴⁴ (*International Lesbian and Gay Association*) desteği ile gerçekleşmiş olan 3. Uluslararası Interseks Forumu'nda açıklanan Malta Deklarasyonu⁴⁵ kapsamında interseksler, normalleştirici müdahale kapsamında sayılan genital cerrahi operasyonların durdurulmasını talep etmişlerdir⁴⁶.

Dolayısıyla ifade edildiği üzere tıpkı translarda olduğu gibi, intersekslerde de tıbbi operasyon söz konusu olabilmektedir. Aradaki fark ise evvelce yapılan cinsiyet

⁴¹ FAUSTO-STERLING, Anne, "The Five Sexes: Why Male And Female Are Not Enough?", The Sciences, Published by New York Academy Of Sciences, March/April 1993, s. 22.

⁴² BEN-ASHER, s. 51.

⁴³ SCHNEIDER / O. BOCKTING / D. EHRBAR / LAWRENCE / RACHLIN / ZUCER, 'Answers to Your Questions About Individuals With Intersex Conditions', American Psychological Association, 2006, <https://www.apa.org/topics/lgbt/intersex.pdf>, erişim: 03.03.2018.

⁴⁴ Yazar tarafından çevrilmiştir.

⁴⁵ Açıklamasına yer verilen Malta Deklarasyonu metnini içerir 01.12.2013 tarihli haber. <https://oieurope.org/malta-declaration/>, erişim: 11.03.2018.

⁴⁶ GHATTAS, s. 18.

disforisi tanımında da ifade edildiği üzere⁴⁷, translarda tıbbi operasyona neden olan husus esas olarak psikolojik şartlar iken; intersekslerde tıbbi operasyonun, tıbbi müdahale gerektiren fiziksel şartlardan kaynaklanmasıdır⁴⁸.

Bu noktada transların cinsiyet geçişi kapsamında meydana gelecek tıbbi operasyon için MK m. 40 düzenlemesinde öngörölmüş şartların, interseksler açısından da uygulanıp uygulanmayacağı da ele alınmalıdır. Konuya ilişkin olarak verilmiş bir Yargıtay kararında⁴⁹, çift cinsiyetli, yani interseks olması sebebiyle düzeltici operasyon geçiren ve nüfus kayıtlarında erkek olarak gözüken ve bir erkek ismine sahip olan çocuğun, isim ve cinsiyet kaydının düzeltilmesi taleplerinin MK m. 40 kapsamında değerlendirilerek davanın reddedildiği; ancak çocuğun geçirdiği operasyonun çift cinsiyetli olması sebebiyle gerçekleştiği ve bu durumda uygulanması gereken mevzuatın 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu⁵⁰ olduğu, dolayısıyla mahkemenin, uygulanacak yasada hataya düştüğü ifade edilmiştir. Karardan da göröleceği üzere Türk hukukunda transların uymak / sağlamak durumunda oldukları şartlar, interseksler için geçerli olmayacaktır. Yine karardan da anlaşılacağı üzere interseks özellikler taşıması sebebiyle tıbbi operasyon geçiren bireye ilişkin yapılan isim ve nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinin düzeltilmesi başvurusuna yönelik taleplerin, 5490 sayılı Kanun m. 35 uyarınca değerlendirilmesi gerekir. Bu açıdan söz konusu kişilerle ilgili nüfus kaydındaki değişikliklerin cinsiyet geçişini düzenleyen MK m. 40 kapsamında değerlendirilmesi hatalı bulunmuştur.

⁴⁷ Bkz. çalışmanın “Cinsel Yönelim” ile “Cinsiyet Kimliği” başlıkları.

⁴⁸ BEN-ASHER, s. 60.

⁴⁹ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2012/80 E. 2012/4125 K.19.04.2012 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim: 02.03.2018.

⁵⁰ R.G. 29.04.2006 – 26153.

1.1.1.4.2. Transvestisizm (“cross-dressing”)

Transvestisizm, yalnızca psikolojik tatmin amaçlı olarak karşı cinse ait kıyafetleri giyen⁵¹ (“*cross-dressing*”) ancak aidiyet bakımından karşı cinse mensup olduğunu hissetmeleri söz konusu olmayan bireyleri tanımlar⁵². Dolayısıyla travestiliğin herhangi bir cinsiyet kimliği ile ilişkisi bulunmamaktadır⁵³⁵⁴. Bunun yanında APA’nın 1994 yılında yapmış olduğu daha geniş bir tanımlama uyarınca tranvestisizm, heteroseksüel erkeklerde mevcut olan ve karşı cinsin kıyafetlerini giymeyi de içeren bir cinsel dürtü, yoğun cinsel fantezi olarak ifade edilmiştir⁵⁵. Her ne kadar APA’ya ait bu tanımdan söz konusu bireylerin yalnızca heteroseksüel eğilimlere sahip oldukları şeklinde bir anlam çıkıyor ise de duygusal tatmin amaçlı olarak *cross dresser* kimliğine bürünen homoseksüeller olduğu da ifade edilmektedir⁵⁶. Buradan yola çıkarak heteroseksüel, eşcinsel veya biseksüellerin de *cross dresser* olabileceğini söylemek mümkündür⁵⁷. O halde transvestisizm kavramının doğrudan bir cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği ile ilişkilendirilemeyeceği ortadadır. Esasen ilgili kavram çerçevesinde ele alınabilecek bireylerin davranışları, karşı cinse benzemeye çalışma yönünden translarla ortak özellik taşıyabilir; ancak bu davranışları tetikleyici unsurlara dikkat edildiğinde bir takım farklılıklar belirecektir.

⁵¹ DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan, TÜRK ÖZEL HUKUKU – Cilt II / Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 12. Bası, İstanbul, 2012, s. 124

⁵² WALINDER, Jan, “Transsexualism: Definition, Prevalence And Sex Distribution”, Acta Psychiatrica Scandinavica, Sayı: 43, İsveç, Ağustos 1968, s. 255.

⁵³ GÜNER / KALKAN / ÖZ / ÖZSOY / SÖYLE, s. 22.

⁵⁴ ÖZKAN, Serhat, “Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki Ve Toplumsal Boyutu: Haklar Ve İhlaller”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, Vol.14, No: 1, s. 55-85, 2017, s. 64.

⁵⁵ BULLOUGH, Bonnie, BULLOUGH, Vern, “Are Transvestites Necessarily Heterosexual?”, Archives of Sexual Behavior, Vol. 26, No. 1, 1997, s. 3.

⁵⁶ BENJAMIN, Harry, “The Transsexual Phenomenon”, Yayınlayan: The Julian Press, Inc. Publishers, New York 1966, s. 17.

⁵⁷ GÜNER / KALKAN / ÖZ / ÖZSOY / SÖYLE, s. 22; ÖZKAN, s. 64.

Öncelikle söz konusu bireylere karşı cinse ait kıyafetleri giyme eğilimi aynı zamanda karşı cinse ait fiziksel özellikleri de taşıma arzusuna dönüşmedikçe, yalnızca tatmin amaçlı olarak ele alınmakta ve terapi gerektirmediği belirtilmektedir⁵⁸. Daha belirgin bir fark olarak, *cross dresser* bireylerin aksine transların çoğunlukla üreme organlarından tiksinti duydukları ifade edilmektedir⁵⁹. Bu tiksinti, doğumla atanmış cinsiyetin cinsiyet kimliği ile örtüşmemesinden kaynaklanmakla beraber, bireyin yukarıda açıklandığı üzere, cinsiyet disforisine sahip olmasına yol açmaktadır. Bu noktada trans olmak doğrudan bireyin kendisine ve toplumsal cinsiyete ilişkin bir durum iken; transvestisizm salt kişisel tatmin amaçlı karşı cinsin kıyafetlerini giymesi ile bağlantılı olarak sosyal bir duruma ilişkindir⁶⁰.

Bu doğrultuda cinsiyet geçiş prosedürü neticesinde cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması talebi bulunmayan⁶¹, yalnızca tatmin amaçlı karşı cinsin kıyafetlerini giyen *cross dresser*'lar cinsiyet geçiş süreci içerisinde anılmayacaktır⁶².

1.1.1.4.3. Trans Kavramı ile Tıbbi Operasyon İlişkisi

En genel ifadeyle trans kavramı, cinsiyet kimliği nüfusa kayıtlı olduğu cinsiyetinden farklılık gösteren bireyleri tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır⁶³. Söz

⁵⁸ BENJAMIN, s. 14, Bireyin yalnızca karşı cinsin kıyafetlerini giyerek tatmin olduğu ihtimalde travesti şeklinde tanımlanması gerekirken, anılan şekilde giyinmenin tatmin bakımında yetersiz kaldığı ve bireyin göğüs büyütme benzeri bir takım fiziksel değişiklikler de talep ettiği ihtimalde artık trans olarak tanımlanması gerektiği ifade edilmiştir.

⁵⁹ BENJAMIN, s. 15.

⁶⁰ BENJAMIN, s. 17.

⁶¹ KESKİN, Necla, YAPÇA, Gamze, TAMAM, Lut, “Transseksüalizm: Klinik Özellikleri ve Yasal Konular / Transsexualism: Clinical Features and Legal Issues”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar-Current Approaches in Psychiatry*, Sayı: 7(4), s. 436 – 447, 2015, s. 442.

⁶² Bu yönde bkz. DURAL / ÖĞÜZ, s. 124; AKİPEK, Jale G., AKINTÜRK, Turgut, *Türk Medeni Hukuku – Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku*, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1. Cilt, 5. Bası, İstanbul, Eylül 2014, s. 508.

⁶³ American Psychological Association. (2011). Answers to your questions about transgender people, gender identity, and gender expression. <http://www.apa.org/topics/lgbt/transgender.aspx>, erişim: 02.03.2018.

konusu bireyler çoğunlukla kayıtlı bulundukları cinsiyete ait hissetmemekte ve kendilerini ait hissettikleri cinsiyete geçmek istemektedir⁶⁴. Anılan uyuşmazlığı fark etme ve cinsiyet geçiş sürecini tamamlamaya yönelik psikolojik sürece ilişkin olarak, ilerleyen bölümlerde daha detaylı bilgi verilecektir.

Bunun yanında elbette yukarıda yer alan genel tanımın ötesinde, bireylerin kendilerini ne şekilde ve hangi kavram ile ifade etmek istedikleri göz önünde bulundurulduğunda, genel tanımlamalar uyarınca aynı cinsel yönelime ve/veya cinsiyet kimliğine mensup olduğu düşünülen bireylerin kendilerini tanımlama biçimleri farklı olabilmektedir. Öyle ki ifade edilen genel tanım uyarınca trans olarak kabul edilen kimselere kendilerini nasıl tanımladıkları sorulduğunda trans haricinde “queer”, “trans lezbiyen”, “kimi zaman kadın kimi zaman erkek”, “interseks” gibi yanıtlar alınmış ve bu kimselerin bazıları ne şekilde ifade edildiklerinin bir önemi olmadığını belirtmişlerdir⁶⁵.

Cinsiyetin –doğumla atanan veya toplumsal– tanımının toplumun ve/veya kişinin koşullarına bağlı olarak sürekli bir dönüşüm içerisinde olduğu görülse de çalışmanın öznesini oluşturan translara dair bir tanım getirmek gerekmektedir. İsveç’in Lillhagen kentinde yer alan St. Jörgen Hastanesi Psikiyatrik Araştırma Merkezi’nde translara ilişkin gerçekleştirilmiş kırk sekiz vaka çalışması sonucunda, söz konusu bireylere dair bir takım ortak özellikler olduğu tespit edilmiştir⁶⁶. Bu özellikler, söz konusu bireylerin yanlış cinsiyette doğduklarını düşünmeleri ve başka bir cinsiyete mensup hissetmeleri, kendi vücuduna karşı yabancılaşma, tıbbi operasyonu da içeren bir terapi ile beraber başka bir cinsiyete geçiş yapmak adına güçlü bir istek duyma ve toplum tarafından başka bir cinsiyetin mensubu olarak kabul

⁶⁴ American Psychological Association. (2011). Answers to your questions about transgender people, gender identity, and gender expression. <http://www.apa.org/topics/lgbt/transgender.aspx>, erişim: 02.03.2018.

⁶⁵ HINES, Sally, “What’s the Difference? Bringing Particularity to Queer Studies of Transgender”, *Journal of Gender Studies*, Sayı:15:1, 21 Ağustos 2006, s. 61, 62.

⁶⁶ WALINDER, Jan, s. 255.

görme arzusudur. Bu çerçevede çalışmanın “Cinsiyet Kimliği” başlığı altında da ifade edildiği üzere transları, doğumla atanmış cinsiyeti ile cinsiyet kimliği arasında uyumsuzluk bulunan kimseler olarak bu çalışmada ele alacağız.

Bu noktada şu soruyu sormak gerekmektedir: Yukarıda sayılan kriterleri karşılıyor olmak trans tanımlaması için yeterli midir; yoksa bu kimlik üzerinden tanınabilmek için tıbbi operasyon sürecinin de tamamlanması mı gerekir? Çalışmanın bu noktasına kadar gerek cinsel yönelim gerekse de cinsiyet kimliği kavramları açıklanırken, ortak bir unsur olarak, hep bireyin nasıl / ne şekilde hissettiğinden yola çıkılmıştır. Bu sebeple doğumla atanmış cinsiyeti erkek olan birisi kendisini kadın gibi hissettiğini ve kadın gibi yaşamak istediğini ifade ediyorsa, bu bireyi trans olarak ele almak ve her hangi bir tıbbi müdahale şartı aranmaksızın hukuk düzenince bu cinsiyetin tanınması gerektiği kanısındayız. Keza Kanada, Ontario’da yer alan Ontario İnsan Hakları Mahkemesinin⁶⁷ (*Human Rights Tribunal of Ontario*) 11.04.2012 tarihli kararında⁶⁸ kişinin doğum kayıtlarında yer alan cinsiyetinden farklı bir cinsiyete geçiş yapabilmesi için “tıbbi operasyon” şartı öngören düzenlemenin iptaline karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararında, başvurucunun doğum kayıtlarında yer alan cinsiyet hanesini değiştirmek istemesinin yalnızca trans oluşu ile bir ilgisi bulunduğu, tıbbi operasyon ile kişinin cinsiyet geçiş talebi arasında bağ bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda cinsiyet geçiş sürecinin tıbbi operasyona bağlı olamayacağı; zira bireyin cinsiyetinin tıbbi bir operasyonla yok edilebilecek ya da mevcut kılınabilecek bir kavrama ilişkin olmadığına da altı çizilmiştir⁶⁹. Ayrıca buna ek olarak, cinsiyet geçişi için tıbbi operasyonu mecbur kılan bir düzenlemenin rasyonel bir yönü olamayacağı; zira bir kimsenin cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasını isteme talebinin, geçirmesi muhtemel tıbbi operasyonla değil; trans

⁶⁷ Yazar tarafından çevrilmiştir.

⁶⁸ XY v. Ontario Human Rights Commission 2012 HRTO 726, Dosya No: 2009-01326-I, Karar: <https://www.canlii.org/en/on/onhrt/doc/2012/2012hrto726/2012hrto726.pdf>, erişim: 12.10.2017.

⁶⁹ XY v. Ontario Human Rights Commission 2012 HRTO 726, Dosya No: 2009-01326-I Karar para. 210.

olması; yani doğumla atanmış cinsiyeti ile cinsiyet kimliği arasında bir uyumsuzluk olmasıyla bağlantılı bulunduğu⁷⁰ ifade edilmiş ve nüfus kaydında değişiklik yapılabilmesi için aranan tıbbi operasyon şartına son verilmesine karar verilmiştir⁷¹. Dolayısıyla trans olmanın tanımı içerisinde tıbbi operasyon zorunlu bir unsur olarak görülmemiştir.

1.2. CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİ DİNAMİKLERİ

1.2.1. Cinsiyet Disforisinin Belirtileri

Türk hukukunda MK m. 40 düzenlemesi uyarınca cinsiyet geçiş sürecini tamamlamak adına tıbbi operasyon geçirmek isteyen bir birey en az on sekiz yaşında olmalıdır. Ne var ki bireyin cinsiyet kimliğini keşfetme ve bu noktada kendine dair bir farkındalık geliştirme süreci on sekiz yaştan çok daha önce başlamaktadır. Konuya ilişkin olarak Amerikan Pediatri Akademisi'nin (*American Association of Pediatrics*) yapmış olduğu araştırmada⁷², çocukların iki yaşından itibaren cinsiyet ayrımını yapabilmeye başladıkları ve dört yaşından itibaren bir cinsiyet kimliği edindikleri ifade edilmiştir. Yine aynı bilgilendirmede çocukların edindikleri cinsiyet kimliğinin tespitinde; giyim ve saç şekli, kullandıkları isim / takma isim, baskınlık, saldırganlık, bağıllık ve nezakete ilişkin sosyal davranışları, doğrudan bir eylem ile tanımlanamayacak eril ve dişi davranışları ve arkadaş seçimlerinde tercih ettikleri cinsiyet dahil olmak üzere sosyal ilişkilerinde taklit ettikleri insanlara dair verilerin gözetildiğinin altı çizilmiştir. Türkiye'de transların aileleri ve yakınları ile

⁷⁰ XY v. Ontario Human Rights Commision 2012 HRT0 726, Dosya No: 2009-01326-I Karar para. 265.

⁷¹ XY v. Ontario Human Rights Commision 2012 HRT0 726, Dosya No: 2009-01326-I Karar para. 300.

⁷² American Academy Of Pediatrics, Section on Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Health and Wellness (SOLGBTHW), "Gender Identity Development in Children What's the Difference Between Gender and Sex", <https://www.healthychildren.org/English/ages-stages/gradeschool/Pages/Gender-Identity-and-Gender-Confusion-In-Children.aspx> , Kasım 2015, s. 1, erişim: 30.12.2017.

gerçekleştirilen görüşmelere dayanan bir araştırmada⁷³, görüşmecilerin yarısından fazlasının, trans olan çocuklarının veya yakınlarının cinsiyet disforisinden en az beş yıldır haberdar oldukları ortaya konmuştur. Anılan araştırmaya konu olan transların 17-31 yaş aralığında oldukları⁷⁴ göz önünde bulundurulduğunda, cinsiyet disforisine bağlı davranışların ergenlik çağından çok daha evvel ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. O halde birey, henüz çocuk yaşta bir cinsiyet kimliği geliştirmekte olduğuna göre, muhtemel bir cinsiyet disforisi var ise, yine bu yaşlarda tespit edilebilmektedir. Peki çocuğun cinsiyet disforisi olduğunu gösteren davranışları neler olabilir?

Aile ve çocuk terapisi üzerinde uzman bir terapist tarafından gerçekleştirilmiş bir vaka çalışmasında⁷⁵, lezbiyen bir çiftin, kız çocuklarının trans olduğunu fark etmesi neticesinde aile, sosyal çevre ve okul hayatındaki gelişim süreci incelenmiştir. Anılan çalışmada, kız çocuğunun trans olma sürecinin iki yaşından itibaren başladığı ifade edilmiş ve belirtiler olarak; pubis bölgesinde şişkinlik oluşturacak şekilde giyinmesi, kendisine kız çocuğu olarak değinildiği vakit üzgün hissetmesi, saçını sıfıra yakın kısalıkta kestirmesi, kendisini tanımlarken “penisi olmayan bir erkek” tabirini kullanması ve üç buçuk yaşındayken “kız vücudunda bir erkek” ifadesini kullanması şeklinde davranışlar sayılmıştır⁷⁶. Çalışmada bahsi geçen kız çocuğunun aynı zamanda kendisine hitap edilirken İngilizce şahıs zamirlerinden kadınlar için olan “she”nin değil; erkekler için olan “he”nin kullanılmasını istediği ifade edilmektedir. Bir başka çalışmada ise, ilerleyen yaşlarda çocuğunun trans olduğunu fark eden erkek çocuk sahibi bir annenin, çocuğu on dört yaşlarındayken oğluna ait naylon çoraplar ve iç çamaşırları bulduğunun; ancak bu hususları görmezden geldiği

⁷³ POLAT, Aslıhan, YÜKSEL, Sahika, GENÇ DİŞÇİĞİL, Aysun, METERİS, Handan, “Family Attitudes Toward Transgendered People In Turkey: Experience From A Secular Islamic Country”, *International Journal of Psychiatry In Medicine*, Sayı. 35(4), 2005, s. 387.

⁷⁴ POLAT / YÜKSEL / GENÇ DİŞÇİĞİL / METERİS, s. 386

⁷⁵ SEAGER, Karen, “Finding Our Way”, *Journal of GLBT Family Studies*, 2:3-4, s. 207-245, Ekim 2008, s. 209.

⁷⁶ SEAGER, s. 211.

belirtilmiştir⁷⁷. Yine başka bir vaka çalışmasında⁷⁸ yedi yaşındaki bir erkek çocuğunun, iki yaşından itibaren oyun arkadaşı olarak kız çocuklarını seçtiğinden, Barbie bebek ve takılardan oluşan oyuncaklar ile oynadığından, tiz bir ses tonu ile konuştuğundan ve büyüyünce bir erkekle evlenmek istediğinden bahsedilmiştir.

Görüldüğü üzere bireyin cinsiyete dair algısı çok ufak yaşlarda gelişmektedir. Bu algının dışı vurumu tercih edilen kıyafetler ve fiziki görünüme dair tercihler, toplumdaki davranışları ile bireyin kendisini tanımlarken kullandığı ifadeler yoluyla ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar cinsiyet disforisine dair belirtiler küçük yaştan itibaren farkına varılacak düzeyde olsalar da, çocuğun ne yaşadığının tek başına farkına varması zor, hatta neredeyse imkansız olacağından, etrafında kendisine destek olacak ebeveynlerinin olması gerektiği şüphesizdir. Yukarıda sayılan örneklerden bir tanesinde olduğu gibi, anılan belirtilerin görmezden gelinmesi çocuğun yalnızca ileride daha büyük problemler yaşamasına sebep olacaktır. Konuya ilişkin olarak New Jersey’de yaşamakta olan ve cinsiyet geçişini sekiz yaşında gerçekleştiren on bir yaşındaki trans Rebekah Bruesehoff⁷⁹, ailenin cinsiyet disforisi bulanan bir çocuğa ne şekilde yaklaşılması gerektiğine ilişkin güzel bir örnektir. Edinilen bilgilere göre doğumla atanmış cinsiyet erkek olan Rebekah Bruesehoff iki yaşından itibaren cinsiyet kimliğini yönünden uyumsuzluk hissetmeye başlamıştır. Zaman geçtikçe söz konusu uyumsuzluk ailesinin de dikkatini çekmiş ve çocuklarının mutluluğunun düşüşe geçtiğini, cinsiyet uyumsuzluğunun yoğun bir kaygıya sebebiyet verdiğini fark etmişlerdir. Rebekah Bruesehoff’un yedi yaşına geldiğinde ölmek istediğini belirtmesi üzerine aile, cinsiyet üzerinde uzmanlaşmış bir terapist ile görüşerek

⁷⁷ GRANUCCI LESSER, Joan, “When Your Son Becomes Your Daughter: A Mother’s Adjustments to A Transgender Child”, Families In Society: Mart / Nisan, 1999, s. 183.

⁷⁸ MALLON, Gerard P., DECRESENCO, Teresa, “Transgender Children and Youth: A Child Welfare Practice Perspective”, Child Welfare Mart/Nisan, 85:2, 2006, s. 221-222.

⁷⁹ “Our seven-year-old kid wanted to die”: Christian parents of transgender girl say they have supported her transition 'since the age of two’ başlıklı 27.07.2017 tarihli haberden faydalanılmıştır. <http://www.dailymail.co.uk/femail/article-4735198/Christian-parents-support-transgender-daughter.html> erişim: 12.05.2018.

çocuklarının “pembe rengini seven bir erkek çocuğu” değil, “bir kız çocuğu” olduğunu fark etmişlerdir. Bu aşamadan sonra çocuklarını kıyafet, dış görünüş, arkadaş çevresi vb. her türlü seçiminde özgür bırakarak cinsiyet kimliğini yine özgürce yaşamasını ve varlığını sürdürmesini sağlamışlardır. Rebekah Bruesehoff Temmuz 2016’da yani on yaşındayken mahkeme kararıyla eskiden “Ben” olan ismini “Rebekah” ile değiştirmiş olmakla beraber, şu anda da toplum içerisinde ait hissettiği cinsiyet kimliği ile bilinmektedir. Söz konusu olay, hem cinsiyet algısının ne kadar erken yaşta oluştuğunu, hem de çocukta cinsiyet disforisi olması halinde aile kabulünün ve desteğinin önemini göstermesi bakımından oldukça faydalı bir içeriğe sahiptir.

Açıklamalar doğrultusunda her çocuk için cinsiyet, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği kavramlarına yönelik bir bilinç geliştirebilmesinin önem arz ettiği şüphesizdir. Bu yönde 2007 senesinde Belçika kamu yetkililerinin 14-18 yaş arasındaki öğrenciler için “cinsiyet çeşitliliği ve trans cinsiyet)” (*gender diversity and transgender*) konulu bir internet sitesi ile tanıtıcı kitapçık finanse etmiş olması⁸⁰ güzel bir örnektir. Bu sayede çocukların kendi kendilerine ne hissettiklerini, eğilimlerinin ne şekilde isimlendirildiğini anlamalarının ve konuya ilişkin bilgi sahibi olmalarının, öncelikle kendilerini kabullenebilmeleri açısından önemi tartışmasızdır.

Peki aile ve yakınları tarafından bireyin çocuk yaşta cinsiyet disforisine sahip olduğuna dair yapılan gözlem ve tespitin zamansal açıdan farklılık göstermesinde veya anılan duruma ilişkin belirtilerin üzerine gidilmesi veya görmezden gelinmesi gibi birbirinden ayrı tutumlar sergilenmesinde belirleyici unsur ne olabilir? Bu noktada ifade etmek gerekir ki çocuğun cinsiyet disforisi olduğu tespitini yapabilmek için, önce yetişkin kişinin kendisinin cinsiyet kimliğinin, doğumla atanmış cinsiyetten bağımsız olarak kişiden kişiye farklılık gösterebilecek bir unsur olduğunun bilincinde

⁸⁰ HAMMARBERG, Thomas, “Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe”, Council of Europe Publishing, 2. Bası, Eylül 2011, s. 114.

olması gerekir. Bahsedilen şekilde bir bilincin eksikliği elbette gözlem ve tespitle geç kalınmasına sebep olabilecektir. İşbu başlık içerisinde yer verilen ve Türkiye’de meydana gelmiş araştırmada görüşmecilerin %63.5 oranında bir bölümü, trans olan yakınlarının durumunu öğrendikleri ana kadar, cinsiyet kimliğinde bu tip farklılıklar olabileceğinden haberdar olmadıklarını ve anılan durumun kendileri için şok edici bir tecrübe olduğunu ifade etmişlerdir⁸¹. Bunun yanında tam aksine yine bu başlık içerisinde sözü edilen ve lezbiyen bir çiftin kız çocuklarının trans olma sürecinin ele alındığı vaka çalışmasında, çalışma konusu kız çocuğunun henüz dört yaşında gerçekleşen konuşmaları esnasında; “bir erkek gibi hissediyorum, o halde bir erkeğim” benzeri ifadelerinden, cinsiyeti çok daha doğru bir şekilde kavradığı anlaşılmaktadır⁸². Bu iki çalışmadan bir tanesinin Türkiye, İstanbul’da bir tanesinin ise Amerika Birleşik Devletleri, Kaliforniya, San Francisco’da gerçekleştirildiği göz önünde bulundurulduğunda, toplumun eğitim düzeyi, sosyal, kültürel, dini ve ahlaki yapısının, özgürlükler konusundaki farklı tutumların ve buna bağlı olarak gelişen sosyal baskı veya tam aksine açık görüşlü bir sosyal çevrenin de, ailelerin trans çocuklarına yönelik davranışlarını, durumu ele alma ve yönlendirme biçimlerini etkileyeceği şüphesizdir.

1.2.2. Cinsiyet Geçiş Sürecinin Operasyonel Boyutu

Cinsiyet geçiş sürecinde tıbbi operasyonun zorunlu olmasına bağlı süreci somutlaştırabilmek adına, tıbbi perspektifte cinsiyet geçişini sağlayan tıbbi operasyonların ne şekilde meydana geldiği konusunda bilgi sahibi olunması gerekmektedir. Anatomik yapıdaki farklılıklar nedeniyle erkekten kadına (*Male to Female*) ve kadından erkeğe (*Female to Male*) cinsiyet geçişini sağlayan operasyonlar arasından bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Bu operasyonlar plastik

⁸¹ POLAT / YÜKSEL / GENÇ DİŞÇİGİL / METERİS, s. 388

⁸² SEAGER, s. 223.

cerrahi operasyonu⁸³ kapsamında meydana gelmektedir.

Cinsiyet geçiş süreci kapsamındaki süreçte bireyin bir araştırma ve konsültasyon programında olması, bir süre karşı cinsiyetin rolünde yaşaması, hormon tedavisi görmesi, psikiyatrik konsültasyon, cinsiyet geçiş sürecinde yer alan tıbbi operasyon ve nüfus kütüğündeki cinsiyet hanesinde gerekli yasal değişikliğin yapılmasının söz konusu olduğu ifade edilmektedir⁸⁴.

Bu süreç kapsamında doğumla atanmış cinsiyeti erkek olan; ancak cinsiyet kimliği kadın olan ve tıbbi operasyon geçirmek isteyen transların, estetik olarak kabul edilebilir ve fonksiyonel bir vajina elde edebilmeleri için bilateral orkişetomi (testislerin alınması), penektomi (penisin çıkartılması), klitoroplasti ve vajinoplasti⁸⁵ operasyonları haricinde mammoplasti (meme büyümesi), fasiyal kadınlaştırma (bireydeki maskülen yüz özelliklerini feminen yüz özelliklerine dönüştürme) ve ses teli cerrahisinden⁸⁶ oluşan cinsiyet geçiş süreci kapsamındaki tıbbi operasyonu geçirmeleri gerekmektedir.

Bunun yanında doğumla atanmış cinsiyeti kadın olan, ancak cinsiyet kimliği erkek olan ve tıbbi operasyon geçirmek isteyen transların translarda ise hedef, bireyin idrar yapma eylemini ayakta iken gerçekleştirebilmesi ve üreme organının cinsel anlamda fonksiyon gösterebilmesi olduğu kadar estetik görünümün de sağlanmasıdır⁸⁷. Bu doğrultuda operasyon kapsamında sübkütan masketomi (estetik açıdan erkeksi hatlara sahip bir göğüs yapısı oluşturma), histerekomi ve ooforketomi (rahmin ve yuurtalıkların alınması), genital rekonstrüksiyon (erkek genital organının

⁸³ BAFRA, Jale, “Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar”, Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi:1, 2004, s. 47

⁸⁴ BAFRA, s. 48.

⁸⁵ SELVAGGI, Gennaro, BELLRINGER, James, “Gender Reassignment Surgery: An Overview”, Nature Reviews Urology, Volume:8, s. 274-282, Mayıs, 2011, s. 275.

⁸⁶ ACAR / AYGİN, s. 243.

⁸⁷ SELVAGGI / BELLRINGER, s. 278.

oluşturulması) ve çeşitli plastik cerrahi mřdahalelerinin⁸⁸ uygulanması gerekmektedir.

Görřldřđü üzere cinsiyet geçişini sağlayan tıbbi operasyon basit bir operasyon olmanın oldukça ötesindedir. Cinsiyet geçiş sürecini tamamlamak açısından bireyin gerek psikolojik gerekse de fiziksel olarak pek çok zorluğu göze aldığını ve dolayısıyla bu kararın keyfi olamayacağını göz önünde bulundurmak gerekir. Birçok ÷lke hukukundan farklı olarak Türkiye’de cinsiyet geçişini sağlayan operasyon ile hukuki süreç bir arada işlemekte, önce operasyon için, sonrasında ise yeni cinsiyet kaydının nüfus siciline işlenmesi için farklı yasal süreçler işlemektedir. Bu noktada, Türk hukukundaki cinsiyet geçiş süreci, geçmiş uygulamaları ve günümüz mevzuatı kapsamında aşağıda incelenecektir.

⁸⁸ ACAR / AYGİN, s. 243.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİ

2.1. 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU ÖNCESİ DÖNEM

Ülkemizde cinsiyet geçiş sürecine ilişkin koşullar gerek geçmiş gerekse de günümüzde Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. İlk defa mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi⁸⁹ içerisinde düzenlenmiş olmakla beraber, anılan mevzuatta yer alan cinsiyet geçiş süreci oldukça eksik bir düzenleme olması sebebiyle doktrinde eleştirilere maruz kalmış ve neticesinde 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yeniden düzenlenmiştir. Buna bağlı olarak her iki düzenleme arasında bir takım farklılıklar bulunmaktadır ve bu kapsamda cinsiyet geçiş süreci için oluşturulan mevcut düzenlemenin, mülga düzenlemeyle kıyaslandığında çok daha detaylı olduğu görülmektedir. Ancak elbette daha detaylı bir düzenleme yapılmış olması, anılan düzenlemenin translar açısından temel hak ve özgürlükleri gözeten ve cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması adına kolaylık sağlayacak nitelikte olduğu anlamına gelmemektedir.

Türk hukukunda cinsiyet geçiş süreci ilk defa 3444 sayılı Kanun⁹⁰ m. 2 uyarınca mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m.29'a eklenen fıkra ile düzenlenmiştir. Bu değişiklik ile mülga 743 sayılı Kanun m. 29/II'de şu düzenleme öngörülmüştür:

“(Ek: 4/5/1988 - 3444/2. md.) 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

⁸⁹ R.G. 04.04.1926 – 339.

⁹⁰ 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanununun 49 uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun, R.G. 12.06.1988 – 19812.

de husumet yöneltir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur.”

Görüldüğü üzere mülga 743 sayılı Kanun m. 29/II uyarınca cinsiyet geçiş sürecinin tamamlanabilmesi için getirilmiş tek koşul, cinsiyet geçiş sürecine başvuranın asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesidir. Dolayısıyla burada tıbbi operasyon herhangi bir ön şarta bağlanmamıştır. Bu hükmün yürürlükte olduğu ihtimalde birey, tüm diğer tıbbi operasyonlara benzer şekilde; ancak bu sefer cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasının sağlanması amacıyla bir operasyon geçirmekte ve sonrasında anılan operasyonu asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirerek nüfus sicilinde gerekli değişikliği yapabilmektedir.

Söz konusu asgari sağlık raporunun içeriğinin ne şekilde olması gerektiğinin hükümde açıkça belirtilmemiş olması doktrinde tartışmalara konu olmuştur. Buna göre hükümde asgari sağlık kurulu raporu ifadesi ile raporun aile hekimi vb. bir kimseden değil en azından bir sağlık kuruluşundan alınması gerektiğinin anlaşıldığını⁹¹ savunan görüşün yanında, anılan ifade ile hâkime geniş bir takdir yetkisi tanındığını ve mahkemenin raporu yetersiz görmesi halinde bir yenisini isteyebileceği görüşü⁹² de savunulmuştur. Nitekim mahkeme burada, tıbbi operasyona izin veren veya onu yasaklayan bir ön makam olarak değildir. Esasen mülga 743 sayılı Kanun'da yer alan düzenleme, elbette kanun koyucu böyle bir niyetle mi hareket etmiştir bilinemez; ancak cinsiyet geçiş sürecinde tıbbi operasyon kısmını hukukun alanı dışında bırakmıştır ve bu yönüyle translar açısından görece

⁹¹ WILL, Michael, ÖZTAN, Bilge, “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı -Transseksüellerin Hukuki Durumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1-4 Cilt: 43, Ankara, 1993, s. 242, KAYA, Murat, “Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Mecmua / Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, 1. Bası, s. 56-89., Ankara Temmuz, 2008, s. 74.

⁹² GÜVEN, Kudret; “Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 45-80, Ankara, 1997, s. 66.

daha serbest bir düzenlemedir. Nihayetinde, bu hüküm uyarınca cinsiyet geçiş süreci kapsamında nüfus sicilinde yer alan cinsiyet kaydının, cinsiyet kimliği doğrultusunda düzeltilmesini isteyen kişiye operasyonu geçirmesi ve durumu asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirmesi haricinde herhangi bir zorunluluk dayatılmamaktadır. Her ne kadar tıbbi operasyon geçirebilmek adına ayrıca şartlar düzenlenmemişse de anılan düzenlemenin cinsiyet geçişi için tıbbi operasyonu zorunlu tuttuğu unutulmamalıdır.

Ek olarak, anılan hükümde cinsiyet geçiş sürecini tamamlamış bireyin, cinsiyet geçişine ilişkin kararının kesinleşmesi ile evliliğin kendiliğinden son bulacağı ifade edilmiştir. Sözü edilen uygulama ile kanunda evliliği sona erdiren sebepler olarak tanımlanmış hallere “cinsiyet değişikliği” şeklinde bir yenisi daha eklenmiştir⁹³. Mülga 743 sayılı Kanun m. 29/II hükmünde yer düzenleme, kanunda düzenlenmiş boşanma sebeplerine bir yenisinin eklenmesi sebebiyle yerinde bir düzenleme olmadığı ifade edilmiştir⁹⁴. Cinsiyet geçiş süreci neticesinde sona eren bir evliliğin ne şekilde sona erdiğinin belirsiz olduğu, bu nedenle boşlukların hâkim tarafından kıyas yoluyla doldurulması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁵. Dolayısıyla mülga 743 sayılı Kanun m. 29 her ne kadar bürokratik açıdan bireyin daha kolay bir biçimde cinsiyet geçiş sürecini tamamlamasına olanak sağlıyor ise de evliliğin sonlandırılması sonucu oluşabilecek velayet, nafaka vb. konularda yeterli düzenlemeyi içermediğinin altı çizilmelidir.

Bunun yanında cinsiyet geçiş sürecinin tamamlanması ile evliliğin kendiliğinden sona eriyor oluşundan, kanun koyucunun cinsiyete ve ikili cinsiyet sistemine bakış açısını da gözlemleyebilmek mümkündür. Öyle ki mevcut 4721 sayılı Kanun m. 124/I hükmüne benzer şekilde, mülga 743 sayılı Kanun m. 88/I’de evlilik, ancak kadın ve erkek arasında kurulabilecek bir ilişki olarak tanımlanmıştır. Hukukumuzda aynı cinsiyete mensup bireylerin evlenmesi açıkça yasaklanmamış ise

⁹³ WILL / OZTAN, s. 253.

⁹⁴ ZEVLİLER, s. 262; SAĞLAM, s. 458; GÜVEN, s. 53; WILL / OZTAN s. 253.

⁹⁵ WILL / OZTAN, s. 254.

de evliliği yalnızca kadın ve erkek arasında gerçekleşebilecek bir ilişki olarak yansıtan düzenlemeler⁹⁶ ve Türk hukukunun benimsediği evlilik kavramı çerçevesinde, elbette cinsiyet geçiş sürecini tamamlayarak mevcut eşi ile aynı cinsiyete geçiş yapan bireyin, yine mevcut eşi ile evli kalması hiç değilse hukuken mümkün bulunmamaktadır. Zira belirtilen düzenlemeler kapsamında Türk hukukunda aynı cinsiyetten iki kişinin evli bulunması, bir kadın ve bir erkek arasında meydana gelen medeni hukuk sözleşmesi olarak tanımlanmış evlilik tanımına aykırılık teşkil etmektedir⁹⁷. Buna bağlı olarak doktrinde, eşlerden birinin cinsiyet geçiş sürecini tamamlaması halinde arada cinsiyet bakımından fark kalmayacağından ötürü evliliğin hukuki durumunun ne olacağına ilişkin tartışmalar söz konusu olmuştur⁹⁸. Öyle ki aynı cinsiyetten iki kişinin tüm koşulları sağlayıp nikah yaparak evlendikleri ihtimalde dahi, evliliğin kurucu unsurunun bulunmaması nedeniyle bu iki kişi arasında evlilik ilişkisi doğması imkânı bulunmamaktadır⁹⁹. Bu noktada belki de kanun koyucu, cinsiyet geçiş süreci kararının kesinleşmesi ile evliliğin kendiliğinden son bulmasına yönelik düzenleme ile kanunun lafzına olası aykırı hallerin önüne geçmeyi hedeflemiş olabilir. Keza konuya ilişkin doktrinde yer alan bir

⁹⁶ 07.11.1985 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Evlendirme Yönetmeliği m. 2/I-f bendi uyarınca Evlenme; “Bir kadın ve bir erkeğin usulüne göre yetki verilmiş bir memur önünde bir aile kurmak amacı ile yapmış oldukları medenî hukuk sözleşmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla anılan tanımdan yola çıkılarak aynı cinsiyetten kişilerin evlenme yoluna başvurmalarının imkânsız hale getirildiğini söylemek mümkündür. Bunun yanında 4721 sayılı Medeni Kanun m. 124 uyarınca erkeğin veya kadının on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemeyecekleri belirtilmiştir. Yine benzer şekilde evlenme başvurusunun yapılacağı makamın belirtildiği MK m. 134 hükmünde “birbiriyle evlenecek erke ve kadın” ifadesi yer almakta, evlenme başvurusunda sunulacak belgelerin düzenlendiği MK m. 136 hükmü ise “Erkek ve kadından her biri ...” ifadeleriyle başlamaktadır. Her ne kadar anılan hükümler doğrudan evliliğin hangi cinsiyetler arasında gerçekleşeceğini tahsis etmeye yönelik olmayıp, evlenmeye ilişkin çeşitli koşulları ifade ediyor olsalar da evliliğin ancak kadın ve erkek arasında gerçekleşebileceği ön kabulü ile kaleme alınmış oldukları da lafzından anlaşılmaktadır.

⁹⁷ YASAN, Candan, Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, Şubat 2013, İstanbul, s. 74.

⁹⁸ GÜVEN, s. 52.

⁹⁹ YASAN, s. 73 dn.’de anılan OĞUZMAN, Kemal, DURAL, Mustafa, Aile Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul Filiz Kitabevi, 1998 s. 88; DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan, GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt: III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 2015, s. 71; ZEVLİLİLER, Aydın, ACABEY, M. Beşir, GÖKYAYLA, K. Emre, Medeni Hukuk Giriş Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 834; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 73.

açıklamada¹⁰⁰, evli bir kişinin cinsiyet geçiş sürecine başvurarak cinsiyet kimliğinin hukukî tanınmasını sağlamasının, Medenî Kanun'un evlilik birliğinden beklediği faydayı ortadan kaldıracağını düşünmesi nedeniyle yasa koyucunun mülga 743 s. Kanun m. 29/II hükmünde cinsiyet geçiş sürecinin tamamlandığına ilişkin karar ile evliliğin kendiliğinden sona ereceği yönünde bir düzenleme yapmış olabileceği ifade edilmiştir. Ancak bu düzenleme ile öteki eşin cinsel yönelimi ve mevcut birlikteliğe dair tüm duygu ve düşünceleri göz ardı edilmiş, heteronormatif normlar kapsamında eğer evlilik kadın ve erkek arasında olmuyorsa o halde hiçbir şekilde olmaması murad edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemeyi, kanun koyucunun, evlilik hususunda tarafların cinsiyetinin ne şekilde olması gerektiğine yönelik müdahalesinin bir yansıması olarak ele almak mümkündür.

Son olarak hüküm incelendiğinde, yeterince değerlendirilmeden ve düşünülmeden öngörüldüğü de dikkat çeken bir unsurdur. Öyle ki cinsiyet geçişine ilişkin bir hususun kanun kurgusundaki yerinin, doğum ve ölümün nüfus siciline kaydı ile ilgili hükmün altında yer alması düzenlemenin acele biçimde getirildiğini göstermektedir. Her ne kadar mülga 743 sayılı Kanun m. 29'da yer alan her iki fıkranın da nüfus siciline değişiklik yapmaya dair ortak bir hususa değiniyor olsa da, neticede doğum/ölüm ile cinsiyet geçiş sürecine başvurmanın birbirinden apayrı konular olduğu şüphesizdir. Peki söz konusu düzenlemenin bu şekilde acele ile gelişigüzel meydana getirilmiş olmasının nedeni nedir? Gerek sorunun cevabını verebilmek, gerekse de söz konusu düzenlemede yer alan hukukî boşlukları daha iyi değerlendirebilmek adına konu aşağıda incelenecektir.

¹⁰⁰ ZEVLİLER, Aydın; "Medenî Kanun ve Cinsiyet Kargaşası", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı. 2, s. 258-285, 1998, s. 283.

2.1.1. Bülent Ersoy Kararı Ve 3444 Sayılı Kanun İle Getirilmiş Mülga 743 Sayılı Kanun Madde 29 Değişikliği Sonrasında Düzenlemeye İlişkin Hukuki Boşlukların İncelenmesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere mülga 743 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi 04.04.1926 olmasına rağmen; ilgili Kanun'un 29. Maddesine eklenen ikinci fıkra, 12.06.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun yürürlüğünden çok uzun zaman sonra ve bahsedildiği üzere acele biçimde meydana gelen bu değişikliğe ayrıca ışık tutmak gerekmektedir. Medyatik bir kimse olması sebebiyle¹⁰¹ ilk defa Bülent Ersoy'un davacısı olduğu süreçten sonra kaleme alınan kanuni düzenleme öncesinde anılan süreçteki mahkeme kararları incelenerek değişiklikten evvel cinsiyet geçişinin meydana getirdiği karışıklık ve anılan değişikliğin cinsiyet tahsisi meselesine bir çözüm getirip getirmediği açıklanacaktır.

2.1.1.1. “Lex Bülent Ersoy”¹⁰²

Ses sanatçısı Bülent Ersoy (Erkoç), 14.04.1981 tarihinde Londra'daki Charing Cross Hastanesi'nde geçirdiği operasyon ile cinsiyet geçiş sürecinin tıbbi boyutunu tamamlamış ve 24.04.1981 tarihinde Londra'dan, 05.06.1981 tarihinde ise İstanbul Haseki Hastanesi'nden “cinsiyetinin kadın olduğu raporunu” almıştır¹⁰³. Sonrasında Bülent Ersoy, nüfus sicilindeki cinsiyet kaydının düzeltilmesine ilişkin Mahkeme'ye başvurmuş, Mahkeme talebi kabul etmiş; ancak Yargıtay tarafından bozma kararı verilmesi sonrasında Mahkeme bu bozma kararına uymuştur¹⁰⁴. 1982 tarihli Yargıtay

¹⁰¹ KAYA, s. 69.

¹⁰² Bu ifade için bkz. SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 211. 2015 / mülga 743 sayılı Kanuna 3444 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik, yazar tarafından ‘lex Bülent Ersoy’ şeklinde anılmıştır.

¹⁰³ Yalçın Bayer'e ait 25.08.2005 tarihli “Ersoy'un Dönüş Öyküsü” başlıklı haberden alınmıştır. <http://www.hurriyet.com.tr/ersoy-un-donus-oykusu-344849>, erişim: 02.03.2018.

¹⁰⁴ WILL / ÖZTAN, s. 228.

kararında¹⁰⁵, konuya ilişkin olarak genel görünüşe göre karar verilemeyeceğine ve kararı tıbbın vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Bozma kararı sonrasında dosya, Fatih Asliye Hukuk Mahkemesi'ne iade edilmiş¹⁰⁶; ancak Mahkeme bu kez, doktorların, ilgilinin trans değil de homoseksüel olduğu yolunda rapor vermesi üzerine, yani kişinin kadın olmadığı yolundaki rapora dayanarak, Yargıtay'ın bozma kararma uymuş ve davayı reddetmiştir.

Bülent Ersoy'un yukarıda anılan sürecin sonrasında ayrı bir başvuru daha yapması ve başvurunun reddedilmesi neticesinde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu ve eleştirilecek pek çok yönü bulunan son kararında¹⁰⁷ yer alan bölüm, o dönemde cinsiyet geçiş sürecinin yarattığı karmaşanın sebebini anlayabilmek açısından önemlidir: *“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 cevaz vermemektedir. Her şeyden önce böyle bir eylem kişilik hakkı (şahsiyet hakkı) üzerinde tasarruf niteliği tanımaktadır ki Medeni Kanun'un 23.maddesi buna engeldir. Zira bir kimsenin kanunda açıkça yer verilmeyen hallerde beden tümlüğü (ki buna cinsi tamamıyet ve onun idamesi de dahildir) üzerinde tasarruf etme 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.”*

Görüldüğü üzere çözümsüz kalınan ve Yargıtay kararının da temel hukuki dayanağını oluşturan husus, kişinin kişilik hakkı üzerinde bizzat dahi olsa tasarrufta

¹⁰⁵ WILL/ ÖZTAN, s. 229 altında dn. 10'da nakledilen Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 8911 E. 1992/259 K. 21.01.1992 tarihli yayınlanmamış Yargıtay kararı.

¹⁰⁶ WILL / ÖZTAN, s. 229.

¹⁰⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 1986/651 E. 1986/3256 K. 27.03.1986 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim: 02.03.2018.

bulunmaya imkanı olmamasına ilişkin düzenlemedir. Öncelikle Yargıtay, mülga 743 sayılı Kanun m. 23 ile korunduğu ifade edilen ve üzerinde tasarruf edilemeyecek olan kişilik hakkını, kişiyi kendi kendisinden dahi koruyacak şekilde yorumlamıştır. Oysaki anılan madde, önceden yapılacak hukuki anlaşmalar uyarınca kişinin belirli konulardaki karar verme özgürlüğüne etki edilmemesi amacı taşımaktadır¹⁰⁸. Dolayısıyla hükmün, Yargıtay kararındaki şekilde ve artık terk edilmiş¹⁰⁹ bir muhakemeye yorumlanması yerinde olmamıştır. Bunun yanında Yargıtay'ın gözettiği anılan sınırlama sonucunda, ilgili kararda yer alan ifadeler ile kişi, “hangi cinsel duygular içinde bulunursa bulunsun, ne yolda cinsel tatmine ulaşırsa ulaşsın, psikolojik yapısında ne gibi değişiklik meydana gelirse gelsin” kişilik hakkı üzerinde tasarrufta bulunamayacak, eğer bir şekilde bulunmuş ise de söz konusu değişikliğin tespitini ve hukuken tanınmasını isteyemeyecektir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, kişilik hakkına bunca önem atfedilen ilgili Yargıtay kararında, kişiliğin birer parçasını oluşturan cinsiyet kimliğinin ve / veya psikolojik durumun yok sayılarak; ancak yine de kişilik hakkı üzerinde durularak bir inceleme yapılmış olmasının çelişkili olduğu ortadadır. Yine aynı doğrultuda, cinsiyet disforisine sahip bir transın cinsiyet geçişini tamamlaması psikolojik bakımından gerekli iken ve söz konusu dava özelinde Bülent Ersoy'un cinsiyet disforisine yönelik bilimsel raporlar dava dosyasında mevcut iken, tıbbi operasyona gösterilen rızanın serbest iradenin kötüye kullanımı şeklinde yorumlanması anlaşılabilir değildir¹¹⁰.

İgili Yargıtay kararının oldukça çarpıcı bir diğer bölümünde ise: “*Davacının, serbest iradesi ile vaki ameliyat yüzünden cinsiyetinin (Erkekliğinin) gerektirdiği*

¹⁰⁸ GENÇCAN, Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu / Bilimsel Açıklama – Son İhtihatlar, Yetkin Yayınlar, 1. Cilt, Ankara, 2015, s. 395. UYAR, Talih, Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli – İhtihatlı) Kişiler Hukuku (MK 8-117), Günaydın Yayıncılık, 2. Cilt, Ankara, s. 1636-1637.

¹⁰⁹ GENÇCAN, s. 395-396.

¹¹⁰ GENÇCAN, s. 395. Ek olarak bkz. Aynı konu hakkında farklı yönde bir eleştiri için bkz. KAYA, s. 67. Tıbbi müdahalenin cinsiyet geçişini sağlamak amacıyla gerçekleştirildiği; dolayısıyla bir hastalığın tedavisinin sağlanmaya çalışıldığı ve bu sebeple hukuka aykırı sayılamayacağı ifade edilmiştir.

imkanları yeniden elde edemeyecek duruma gelmiş olması da vermek istediği amaca ulaşmasını haklı kılmaz. Yani kanun kişilik hakkına bizzat saldıran kimsenin, meydana getirdiği sonuca hukukta yeri olmayan bir çare bulmaya mecbur değildir. Herkes yanlış eylemlerinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. İşe, duygusal zeminde çözüm aramak doğru olmaz. Çünkü hukuk, hak karşısında ne kadar şefkatli ise, hata söz konusu olduğu hallerde de o derece müsamahasızdır. Erkekliğini yitirmiş ve fakat kadın da olamamış bir kimsenin çaresizliğine birlikte acınır; ama kanun bir yana itilerek imkân hazırlanamaz.” Burada Yargıtay ısrarlı biçimde, davacının cinsiyet geçiş sürecine, cinsel ve / veya psikolojik anlamda hiçbir temeli olmadan, salt keyfi nedenlerle başvurmuşçasına bir dil kullanmış ve hukuki olmaktan uzak açıklamalar yapmıştır. Öyle ki bilhassa “*çaresizliğine birlikte acınır*” ifadesinin, söz konusu cinsiyet tahsisinin hukuken hangi sebeple mümkün olmadığına dair nasıl bir gerekçe olabileceği anlaşılamamıştır. Yargıtay’ın gerekçesinde kullandığı ifadeler cinsiyet geçişinin hiçbir koşulda mümkün olamayacağına yöneliktir. O halde Yargıtay’ın görüşü uyarınca, cinsiyet disforisine sahip transların durumu herhangi bir değerlendirme bile yapılmadan görmezden gelinmelidir. Ancak böyle bir tutumun özellikle mülga 743 sayılı Kanun m. 1/I bendi uyarınca kanunda mevcut olan boşluğu doldurma yükümlülüğü altında bulunan bir yargı merci tarafından benimsenmiş olması kabul edilebilir değildir¹¹¹. Fakat, kararda cinsiyet geçişinin “kişilik hakkına saldırı”, “yanlış eylem” ve bir “hata” olarak nitelendirilip hukukun bu çaresizliğe acıması esasen kararın hukuki bir değerlendirme yapmaktan uzak olduğunu da göstermektedir.

Buna ek olarak ilgili kararda, bir kimsenin erkek cinsiyetinden kadın cinsiyetine geçiş yaptığı ihtimalde, erkeklere özgü olan askerlik yükümlülüğünden

¹¹¹ Aynı konu hakkında farklı yönde bir eleştiri için bkz. DURAL / ÖĞÜZ s. 123. Benzer şekilde Yargıtay’ın hiçbir ayırım yapmaksızın tüm cinsiyet geçiş taleplerini reddetmesi doğru bulunmamış, cinsiyet geçişine izin verme hususunda anılan geçişin tedavi amaçlı mı yoksa başka sebeplerle mi (bu kısımda sahnede meşhur olabilmek için cinsiyet geçişi talep edilmesi örneğine yer verilmiştir) talep edildiği konusunun değerlendirilerek bir karara varılması gerektiği ileri sürülmüştür.

kurtulmaya ya da kadınlar için tanınan daha erken emeklilik hakkı elde etmeye yönelik haksız yarar sağlamaya imkân bulacağı; yani kanuna karşı hile yapabileceği de dile getirilmiştir. Bir erkeğin salt askerlik yükümlülüğünden kurtulmak veya bir takım sosyal haklardan daha ayrıcalıklı yararlanabilmek adına kişinin içerisinde bulunduğu coğrafya da değerlendirildiğinde oldukça baskı altında kalarak ve tıbbi açıdan da zorlu bir operasyonu göze alarak cinsiyet geçiş sürecine başvuracağına ihtimal vermek ise hukukun ve mantığın sınırları içerisinde değerlendirilemez¹¹². Ek olarak karara konu cinsiyet geçişi kapsamındaki tıbbi operasyon Londra'daki bir hastanede gerçekleşmiştir ve ayrıca kararda davacı Bülent Ersoy'un çok erken yaşlardan itibaren psikolojik anlamda kadın olarak hissettiğine dair açıklamaların yer aldığı dosya içerisinde bulunan Adli Tıp Kurumu raporundan söz edilmektedir. Bu durumda Bülent Ersoy'un cinsiyet geçişi kapsamında cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmamasına gerekçe olarak kanuna karşı hile kurumunun ileri sürülmesinin, aynı zamanda Adli Tıp Kurumu ve tıbbi operasyonda görev almış sağlık yetkililerinin de kanuna karşı hileye dahil oldukları şeklinde anlaşılması da doğru bir yorum olmayacaktır¹¹³.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi üyesi Namık Kemal Yalçınkaya'ya ait muhalefet şerhinde, mülga 743 sayılı Kanun m. 23'te yer alan düzenlemenin davanın reddine gerekçe olacak biçimde geniş yorumlanmasının çağdaş Medeni Hukuk ilkelerine aykırı olduğu, davacının kadın ruh hali içerisinde bulunduğu Adli Tıp Kurumu kararı¹¹⁴ ile kesinleşmiş olmasına rağmen Mahkeme'nin uzmanlık alanlarına girmeyen tıbbi bir meselede, Adli Tıp Kurumu kararında yer alan verilerin dışına

¹¹² Benzer yönde görüş için bkz. KAYA, s. 68.

¹¹³ GENÇCAN, s. 398.

¹¹⁴ Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu 4. İhtisas Kurulu'na ait 14.12.1984 tarihli ve 28007/4757 sayılı kararda "ilk çocuk yaşlarından beri kendisinde mevcut tam, kuvvetli ve hukuki bir kadınımsı özdeşleşme ile hayat tarz ve duyusu nedeniyle psikomatik etki sonucu diensefalik yol ile bazı hormon ifrazatının da kadın yaşamına uygun şekilde dönüşmüş bulunması sonucu, psikiyatrik yönden bugünkü hali ile kadın haleti ruhiyesi ve yaşamı içinde bulunması nedeni ile ruhen ve fiziken kadın" ifadeleri yer almaktadır.

çıkmasının ve “konunun hakimlik mesleğinin sağladığı genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olmadığından”, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun¹¹⁵ “Mahkemenin çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceğini” ifade eden m. 275 hükmüne aykırılık oluşturduğunu ifade edilmiştir¹¹⁶.

Yargıtay kararının ele aldığı mesele, teknik hukuk açısından kanunda yer alan bir boşluğun doldurulmasına ilişkindir. Mülga 743 sayılı Kanun m. 1/II’de, “Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir” hükmü yer almaktadır. Anılan hüküm doğrultusunda, kanunun lafzının somut olaya çözüm getiremediği ihtimalde açık kanun boşluğu meydana geldiği¹¹⁷ anlaşılmaktadır. Açık kanun boşluğu bulunduğu ise hâkim önce örf ve adet hukukuna bakmalı, bu yöntemle bir kurala erişemiyorsa kendisini kanun koyucu gibi düşünerek bir kural koymalıdır. Dolayısıyla, kanunda somut olaya uygulanacak bir kuralın yer almaması sebebiyle hâkimin yargılama yapmaktan imtina etmesi söz konusu değildir¹¹⁸. Yargıtay kararı incelendiğinde ise görülmektedir ki bilhassa yürürlükte bulunan mevzuatın cinsiyet geçişine müsaade etmediği ve kanun bir yana itilerek yeni imkanlar yaratılamayacağı ifade edilerek somut olayın çözümsüz bırakılması söz konusu olmuş ve kanunda bir boşluğun mevcut olduğu reddedilmiştir¹¹⁹. Oysaki İsviçre Mahkemeleri aynı dönemde cinsiyet geçişine ilişkin olarak mehz İsviçre Medeni Kanunu’nda bir boşluk olduğunu kabul etmiş ve anılan boşluğun hakim tarafından doldurulması sonucunda meseleyi *sui generis* bir kayıt düzeltme davası ile çözümlenmiştir¹²⁰. Ne var ki anılan Yargıtay kararında bu şekilde

¹¹⁵ R.G. 02-03-04.07.1927 – 622-623-624.

¹¹⁶ Benzer yönde görüş için bkz. UYAR, s. 1635.

¹¹⁷ SEROZAN, Rona, MEDENİ HUKUK – Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 137.

¹¹⁸ SEROZAN (2011), s. 138.

¹¹⁹ WILL / OZTAN, s. 232.

¹²⁰ ATAMER / TAŞKIN, s. 724 dn. 8’de yer alan açıklama.

bir uygulamaya gitmektense bir kanun boşluğu olduğu kabul edilmemiş ve esasen mevcut boşluk, ileride kanun koyucunun cinsiyet geçişine dair somut bir düzenleme yapması ile çözümlenmiştir¹²¹.

Bu karardan sonra, TBMM’ye ait 04.05.1988 tarihli 64. Birleşim’de¹²², 3444 sayılı Kanun değişikliği tasarısı Meclise sunulmuştur. Tasarıda yer alan cinsiyet geçişine ilişkin hükmün bizzat Bülent Ersoy için getirildiği de anılan Birleşim’de açıkça ifade edilmiştir. Daha sonra ise yukarıda belirtildiği üzere mülga 743 sayılı Kanun m. 29’da yer alan değişikliğin 12.06.1988 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, o döneme kadar görmezden gelinen transların hukuki durumuna ilişkin mevzuatta yer alan boşluk dikkat çekerek görünürlük kazanmış¹²³ ve ilgili husus kanun eliyle düzenlenerek, cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasının kişinin kişilik hakkına bir saldırı niteliğinde değerlendirilmesi problematiğine o dönem için bir son verilmiştir.

3444 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi üzerine Bülent Ersoy bu defa Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesinde kayıt düzeltme davası açmış; bu kez Mahkeme davayı kabul ederek kaydın düzeltilmesi yönünde karar vermiş ve Bülent Ersoy’un nüfus kütüğünde yer alan cinsiyet hanesindeki “erkek” ibaresinin “kadın” olarak değiştirilmesi üzerine Bülent Ersoy’a yeni bir nüfus kağıdı verilmiştir¹²⁴.

Cinsiyet geçiş sürecine dair kanuni bir düzenlemenin olmadığı süreçten, 3444 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği sürece kadar konuyla ilgili mağduriyet yaşan tek birey, dönemin hükümetinin meşruiyetini arttırmak ve buna bağlı olarak anılan

¹²¹ WILL / OZTAN, s. 245.

¹²² Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 18, Cilt: 10, Yasama Yılı: 1, 04.05.1988 tarihli tutanak, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c010/tbmm18010064.pdf>, erişim: 02.03.2018.

¹²³ SAĞLAM, İpek, “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı 3-4, s. 455-469, 2004, s. 456.

¹²⁴ WILL / ÖZTAN, s. 236.

davayı kişisel özgürlüğün ifade edilmesinin somut bir örneği olarak tanıtması nedeniyle¹²⁵ Bülent Ersoy gibi algılansa da, elbette ki 3444 sayılı Kanun öncesi dönemde başka bireyler de cinsiyet geçiş sürecine başvurmuş ve ardından nüfus sicilinde yer alan cinsiyet hanesini değişiklik yapabilmek adına kayıt düzeltme davası açmışlardır¹²⁶. Söz konusu kayıt düzeltme talepleri dönem için, İstanbul'un seks işçiliğinin yoğun olduğu bölgelerinde yaşayan erkeklerin kadın olmak amacıyla cinsiyet geçiş süreci kapsamında gerçekleşen tıbbi operasyonu geçirmelerinin ardından¹²⁷ gelmiş olmakla beraber, söz konusu talepler ve sonuçları münferit olarak kalmış, Bülent Ersoy'da olduğu gibi bir kanun değişikliğine ön ayak olacak biçimde bir etkiye sahip olamamışlardır.

2.1.1.2. 3444 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklik Ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar

Evvelce ifade edildiği üzere¹²⁸, 3444 sayılı Kanun Değişikliği ile cinsiyet geçiş süreci kapsamında gerçekleşen tıbbi operasyonlar sonrasında Mahkeme bir onay makamına dönüşmektedir. Bu açıdan bakıldığında ilgili düzenleme ile bireyin, mecburi bir prosedür olmaksızın tıbbi operasyonu geçirebilmesine imkân tanınmıştır. Her ne kadar bu yönüyle pozitif bir düzenleme olduğu düşünülse de gelişigüzel meydana getirilmiş olması sebebiyle bir takım eksiklikleri ve hukuki boşlukları içerdiği göz ardı edilmemelidir.

Öncelikle 3444 sayılı Kanun ile getirilen cinsiyet geçiş süreci düzenlemesi, mülga 743 sayılı Medeni Kanun içerisine bir hüküm eklenmek suretiyle

¹²⁵ ALTINAY, Rüstem Ertuğ, “Reconstructing the Transgendered Self as a Muslim, Nationalist, Upper-Class Woman: The Case of Bulent Ersoy”, *Women's Studies Quarterly*, Sayı: 36, No. 3/4, s. 210-229, The Feminist Press at the City University of New York, 2008, s. 215.

¹²⁶ WILL / OZTAN, s. 235; KAYA, s. 69.

¹²⁷ WILL / ÖZTAN, s. 235.

¹²⁸ Bkz. çalışmanın “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Öncesi Dönem” başlığı altında ifade edilmiştir.

gerçekleştirilmiştir. Cinsiyet geçiş sürecini özel ve ayrı bir yasa ile düzenlemek yerine neden mevcut yasaya bir hüküm eklendiğinin tercih edildiği hususunda, kanun koyucunun, konunun özel yasa ile düzenlendiği ihtimalde toplumu cinsiyet geçiş sürecine özendirme kaygısı gütmüş olabileceği¹²⁹ veya cinsiyet geçiş sürecinde yaşanması muhtemel sorunların kanun koyucu tarafından yeterince önemsenmediği¹³⁰ ihtimalleri ileri sürülmüştür. Gerçekten de mülga 743 sayılı Kanun m. 29/II hükmü yürürlüğe girene dek yaşanmış süreç göz önünde bulundurulduğunda, her iki varsayımın da haklı olduğu söylenebilir. Ancak çalışmanın giriş bölümünde de yer verildiği üzere cinsiyet, kişilik hakkına ilişkin bir kavram olmakla beraber her bireyin cinsiyet algısı da biricik ve kendine özgüdür. Dolayısıyla bu doğrultuda her ne kadar kanun koyucunun bahsi geçen şekilde bir kaygıyla konuyu özel yasa ile düzenlemekten kaçındığı kabul edilse dahi, anılan türden bir kaygının gerçeklik payı bulunmasını mümkün görmüyoruz. Zira örneğin cinsiyet disforisi bulunmayan bir kimsenin, sırf hukuki düzende böyle bir imkanın tanınmış olması sebebiyle, yalnızca heves edip denemek amacıyla cinsiyet geçiş sürecine başvurması olanaksızdır. Öte yandan herhangi bir hususta özel yasa ile düzenleme yapılması ilgili konunun hukuken boşluk kalmayacak şekilde tüm yönleri ile ele alınabilmesini hedefler. Bu bağlamda cinsiyet geçiş sürecinin de transların haklarını detaylıca düzenleyen özel bir yasa ile ele alınması gerekirken temel kanun niteliğindeki hâlihazırda mevcut bir düzenleme içerisinde oldukça yetersiz bir hüküm ile düzenlenmesi yerinde olmamıştır¹³¹. Cinsiyet geçişine yönelik sürecin ayrı ve özel bir kanun ile düzenlenmesine yönelik örneklerle çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer verilecektir¹³².

Bunun yanında, 3444 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede, cinsiyet geçişi

¹²⁹ SAĞLAM, s. 456.

¹³⁰ GÜVEN, s. 58.

¹³¹ Benzer yönde görüşler için bkz. DURAL / ÖĞÜZ s. 122; GÜVEN s. 58; SAĞLAM, s. 458.

¹³² Bkz. çalışmanın “4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU MADDE 40 DÜZENLEMESİ” başlığı altında cinsiyet geçiş süreci koşulları süreçleri kapsamındaki açıklamalar.

amacıyla gerçekleştirilen tıbbi operasyonların koşullarına ilişkin hiçbir unsurun yer almaması doktrinde eleştirilmiştir¹³³. Öyle ki söz konusu durum ilerleyen zamanlarda, MK m. 40'ta yer alan düzenlemenin gerekçesinde¹³⁴ şu şekilde ifade edilecektir: *“Yürürlükteki 29. Maddenin ikinci fıkrası gereğince cinsiyet değişikliği dolayısıyla nüfus sicilinde gerekli değişikliğin yapılabilmesi için kişinin önceden cinsiyet değiştirmesi bu değişikliğin resmi sağlık kuruluna dayandığının belgelendirilmesi yeterli görülmüştür. Madde bu şekliyle mahkemeye kişinin cinsiyetinin değiştirilmesi sonucu nüfus sicilinde değişiklik yapma konusunda bir takdir yetkisi vermemekte, mahkemeyi adeta bir onay makamı haline getirmektedir. Bu durum gelişigüzel cinsiyet değişiklikleri sonucu mahkemelerimizi adeta emrivaki ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu amaçla yeni düzenlemede cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin bu değişikliğe gitmeden önce bizzat mahkemeye başvurması zorunlu kılınmış mahkemenin böyle bir izni verebilmesi bazı koşullara bağlanmak suretiyle yürürlükteki 29. Maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi gelişigüzel cinsiyet değişikliklerinin önüne geçilmek istenmiştir.”*

Görüldüğü üzere kanun koyucu burada, cinsiyet geçişi amacıyla tıbbi operasyon geçirmek isteyen bireylerin söz konusu talepleri karşısında yargının bir takdir yetkisine sahip olması gerektiğini düşünmekte ve haricen ilgili operasyonun belirli koşullara bağlanması gerekirken, mülga 743 sayılı Kanun m. 29/II bendinde yer alan düzenlemenin bu şarta riayet etmediğini ifade etmektedir. Yargı makamının, nüfus kayıtlarında yer alan cinsiyet geçiş sürecine başvurmak isteyen bireylere yönelik

¹³³ BAŞARA, Gamze Turan, “Türk Medenî Kanunu’nun 40’inci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği Ve Hukukî Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 103, 2012, s. 248. dn. 7’de anılan 743 sayılı TKM’nin 29/II’nci maddesi hakkındaki değerlendirmeler ve eleştiriler için bkz. AKINTÜRK, Turgut, Türk Medenî Hukuku, C. II Aile Hukuku, 11. B., İstanbul, 2008, s. 199-200.; Ayrıca bkz. WILL / ÖZTAN, s. 238 vd., GÜVEN, s. 58, ZEVKLİLER, s. 259 vd., DURAL / ÖĞÜZ, s. 122; ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA, s. 868 vd.; HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona, Aile Hukuku, İstanbul, 1993, s. 97 vd.; SAĞLAM, s. 458; TEKİN, Nurullah, ‘Cinsiyet Değiştirme Kavramı Ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açından İncelenmesi’, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 39, s. 97-114, Kasım 2009 s. 105, 106.

¹³⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Gerekçesi <http://www.tuerkei-recht.de/downloads/zgb-alp-amtl-begr.pdf>, erişim: 05.03.2018.

olarak takdir yetkisine sahip olup olmaması gerektiği hususu ayrıca değerlendirilecektir. Bundan evvel değinilmesi gereken konu, 3444 sayılı Kanun ile getirilen değişikliğin gelişigüzel olmasının uygulamada ne tür sorunlara yol açmış olduğudur. Bu konunun değerlendirilmesi, MK m. 40 düzenlemesinin altyapısını kavrayabilmek açısından önem arz etmektedir.

Cinsiyet geçişi amacıyla gerçekleştirilen tıbbi operasyonlara ilişkin sürecin 3444 sayılı Kanun ile düzenleniş biçimi, lafzi olarak 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 yöneltir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur.”*

Burada kanun koyucu cinsiyet geçişi amacıyla gerçekleştirilen tıbbi operasyonların yalnızca sonrasına ilişkin bir düzenleme getirmiş, herhangi bir koşula bağlı olmaksızın operasyon sürecini tamamlayan bireyin, asgari sağlık kurulu raporunu temin etmesi halinde nüfus sicilinde düzeltme yapılacağını ifade etmiştir. Burada “asgari sağlık kurulu raporu” derken neyin kast edildiği düzenlemenin lafzından tam olarak anlaşılamamaktadır¹³⁵. Örneğin söz konusu düzenleme, yorumlanmış biçimine bağlı olarak, nüfus kaydının düzenlenebilmesi için tek bir sağlık raporunun yeterli olacağı şeklinde de algılanabilmektedir. Konuya ilişkin olarak doktrinde, düzenlemede yer alan asgari ifadesinin, kişinin birden fazla rapor alabileceğine mi yoksa raporun en azından bir sağlık kurulundan alınması gerektiğine mi yönelik olduğuna dair bir ikilem bulunduğu ifade edilmiştir¹³⁶. Uygulamaya bakıldığında ise, tek bir sağlık raporunun yeterli olmadığı durumlar meydana gelmiş, talep edilen sağlık raporunun mahiyeti belirsiz olduğundan nüfus kaydının

¹³⁵ SERT, s. 256; SAĞLAM, s. 457; KAYA, s. 74.

¹³⁶ WILL / OZTAN, s. 242.

düzeltilmesinin reddi söz konusu olmuştur. Örnek olarak bu şekilde kayıt düzeltme talebinin reddedildiği ve ardından temyiz edilen bir yerel mahkeme kararında Yargıtay¹³⁷, cinsiyet tahsisinde esas alınan raporda davacının yalnızca mevcut cinsiyetinin belirlendiğini; ancak bunun söz konusu cinsiyete tümüyle mensup olduğuna ilişkin yeterli bir veri olamayacağından raporun yetersiz olduğunu ifade etmiştir. Karardan anlaşıldığı üzere, kaydın düzeltilmesi için ibrazı gereken sağlık raporunun niteliği belirli olmadığından, daha hızlı ilerlemesi gereken bir süreç eksik düzenlemeden ötürü sekteye uğramaktadır.

Ek olarak, düzenleme geniş yoruma oldukça açık biçimde kaleme alınmıştır. Öyle ki, cinsiyet geçiş sürecinin tamamlanması için tıbbi operasyon gerekli midir yoksa bireyin talebi üzerine, salt psikolojik durumu ele alınarak elde edilen bir sağlık raporunun nüfus kaydında değişiklik yapmaya imkan sağlayıp sağlamayacağı hükümden anlaşılamamaktadır. Burada kast edilen, cinsiyet geçiş sürecini tamamlayabilmek adına tıbbi operasyonun zaruri olduğunun düşünülmesi ve düzenlemenin bu yönüyle eksiklik içermesi değildir. Ancak tıbbi operasyonun zorunlu olup olmadığının açık biçimde belirtilmesi gerekir. Zira bu durumda operasyon sürecini istemeyen ancak cinsiyet geçişini sağlamak isteyen transların da haklı olarak ve kanunun lafzına güvenerek kayıt düzeltme davası açma imkanları bulunmaktadır. Evvelce de belirtildiği üzere gerek mülga 743 sayılı Kanun m. 1/II’de, gerekse de MK m. 1/II hükmünde “Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir” hükmü yer almaktadır. O halde mülga 743 sayılı Kanun m. 29/II bendinde de söz konusu duruma ilişkin bir açıklık olmaması sebebiyle, Medeni Kanun gereğince hâkimin kural koyması gerekecektir. Ancak bu halde benzer durumlar için, yorum ve anlayış farkı nedeniyle farklı kararlar alınması da mümkündür. Dolayısıyla hareket alanının tamamen hâkime bırakıldığı bu

¹³⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 1980/8911 E. 1981/259 K. 21.01.1981 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim: 02.03.2018.

düzenlemede bireylerin hak kaybına uğrama riski de yer almaktadır.

Yine mülga 743 sayılı Kanunda, cinsiyet geçiş süreci için asgari bir yaş öngörülmemiştir. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun¹³⁸ m. 5 uyarınca, on sekiz yaşını tamamlamamış kişilerden organ ve doku alınması yasaklanmıştır. Doktrinde, anılan Kanun hüküm gerekçe gösterilerek, on sekiz yaşın cinsiyet geçiş süreci için de esas alınabileceği belirtilmiştir¹³⁹. Ek olarak hükmün genel çerçevesi uyarınca, tıbbi operasyonun cinsiyet geçişi için zorunlu olması itibarıyla asgari bir yaş sınırının olmayışının yerinde olmadığı ifade edilebilir. Zira asgari yaş şartı bulunmayışı aynı zamanda henüz on sekiz yaşını doldurmamış bir çocuğun, tıbbi açıdan oldukça karmaşık ve ağır bir operasyona¹⁴⁰ serbestçe ulaşabilmesi anlamına gelmektedir ve fizyolojik gelişimin henüz tamamlanmış¹⁴¹ bir kimsenin anılan operasyonu geçirmesi de tıbbi açıdan olumsuz sonuçlara yol açabilecektir.

Sonuç olarak, mülga 743 sayılı Kanun madde 29 hükmüne 3444 sayılı Kanun ile eklenen cinsiyet geçişine ilişkin fıkra, cinsiyet geçiş sürecini kolaylaştırır gibi gözükmektedir. Oysaki yukarıda anlatılan süreç kapsamında yeterince ve özenli biçimde değerlendirilmeden öngörülmüş bu hükmün hukuki anlamda boşluklar içerdiği de ortadadır. Ek olarak doktrinde söz konusu düzenlemenin müdahalenin yapılması için gereken koşulları içermediği, tıbbi operasyonun hiçbir koşula bağlanmaksızın meydana getirilmesinin hukukun onaylayacağı bir durum sayılamayacağı da ifade edilmiştir¹⁴². Cinsiyet geçiş sürecinde tıbbi operasyonun gerekliliği ayrı bir tartışma konusu olmakla beraber MK m. 40 hükmünün yukarıda açıklanan problemlere bir çözüm getirip getirmediği hususu aşağıda incelenecektir.

¹³⁸ R.G. 03.06.1979 – 16655.

¹³⁹ WILL / ÖZTAN, s. 248.

¹⁴⁰ Bkz. çalışmanın “Cinsiyet Geçiş Sürecinin Operasyonel Boyutu” başlığı.

¹⁴¹ SAĞLAM, s. 460.

¹⁴² GÜVEN, s. 79.

2.2. 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU MADDE 40 DÜZENLEMESİ

4721 sayılı Medeni Kanunu’nun 40. Maddesinde öngörülen düzenlemede cinsiyet geçişi kapsamında gerçekleştirilecek tıbbi operasyona ilişkin koşullar ile cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasına ilişkin koşullar bir arada düzenlenmiştir. Bu süreç, transların insan hakkı ihlallerine maruz kalmasına neden olmaktadır.

MK m. 40 uyarınca Türk hukukunda cinsiyet geçiş sürecini tamamlayarak nüfusta yer alan cinsiyet kaydını değiştirmek isteyen translar için öngörülen hukuki süreç üç farklı aşamadan oluşmaktadır. Bu doğrultuda anılan aşamalar sırasıyla; cinsiyet geçişi için mahkemeden izin alınması, cinsiyet geçişi kapsamında yer alan tıbbi operasyonun geçirilmesi ve tıbbi operasyonun resmi sağlık kurulu raporu ile doğrulanması koşuluyla nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılması şeklindedir. Anılan süreçte tıbbi operasyon, cinsiyet geçişinin zorunlu bir unsuru olarak yer almaktadır. Cinsiyet geçiş süreci kapsamında gerçekleştirilen tıbbi operasyondan sonra, yine MK m. 40/II uyarınca resmi sağlık kurulu raporunun mahkemeye sunulmasının ardından, nüfusta yer alan cinsiyet kaydının değiştirilmesi adına “cinsiyet değiştirme davası” ikame edilmektedir¹⁴³. Anılan dava, 5490 sayılı Kanun Madde 36/I-a bendi uyarınca nüfus kayıtlarında düzeltme davası niteliğindedir ve yerleşim yerindeki görevli Asliye Hukuk Mahkemesinde açılıp, nüfus memuru huzurunda karara bağlanır. Anılan davanın özünün, davacının gerçek cinsiyetinin ne olduğunun saptanması olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁴.

¹⁴³ BULUT, s. 145.

¹⁴⁴ ÖZKAN, Hakan, Açıklamalı – İçtihatlı / Asliye Hukuk Davaları Ve Tatbikatı / Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Mayıs 2015, İstanbul, s. 261.

2.2.1. Cinsiyet Geçişi Süreci İçin Yapılan Başvurularda Mahkemenin Tıbbi Operasyona İzin Vermek Adına Aradığı Şartlar

2.2.1.1. Şahsen Başvuru Şartı

MK m. 40/I uyarınca yapılacak olan tıbbi operasyon için izin başvurusu cinsiyet geçişinin sağlanmasından ziyade, cinsiyet geçiş süreci kapsamında tıbbi operasyonun gerçekleştirilmesi adına yapılan bir başvurudur. Bu durumda anılan başvurunun mahkemece izin verilmesi şeklinde sonuçlanması halinde, söz konusu izin ara karar olarak değerlendirilerek MK m. 40/II uyarınca cinsiyet geçiş süreci kapsamında tıbbi operasyonun gerçekleştirilmesi için uygun bir süre tanınması ve sonucun beklenmesi gerekmektedir¹⁴⁵.

Mahkemeye öncelikle cinsiyet geçiş süreci kapsamında tıbbi operasyonun gerçekleştirilmesi adına yapılan başvuru ile cinsiyet geçiş süreci kapsamında gerçekleştirilen tıbbi operasyon sonrası yapılan nüfustaki cinsiyet kaydının düzeltilmesi taleplerinin farklı olduklarına dikkat edilmelidir. Zira ilk talepte MK m. 40/I hükmünde cinsiyet geçiş süreci için öngörülmüş tıbbi operasyonu gerçekleştirebilmek için belirlenmiş şartlar incelenirken, ikinci talepte MK m. 40/II uyarınca, usulüne uygun gerçekleşmiş bir cinsiyet geçiş süreci kapsamında meydana gelmiş tıbbi operasyonu ispat eden bir resmi sağlık kurulu raporunun varlığı incelenerek yeni bir nüfus kaydı tahsis edilmektedir. Bu durumda her iki talebin değerlendirme konusunun birbirinden ayrı olduğunun altı çizilmelidir. Öyle ki bir Yargıtay kararında¹⁴⁶ da davacının isteminin, MK 40/I hükmünde yer alan “cinsiyet değişikliğine izin verilmesi davası” niteliğinde olduğu; ancak buna rağmen davanın “cinsiyet yönünden nüfus kütüğünde düzeltme davası” olarak değerlendirilmesinin

¹⁴⁵ BULUT, Harun, Yargıtay Kararları Doğrultusunda Kişilik Hakları Ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, Beta Kitap, 1. Bası, Nisan 2006, İstanbul, s. 145.

¹⁴⁶ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2005/20746 E. 2006/5916 K. 11.02.2004 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim: 04.03.2018.

usul ve yasaya aykırı olduğu ifade edilerek bozma kararı verilmiştir.

Cinsiyet geçişi kapsamındaki tıbbi operasyonu geçirmeye ilişkin mahkemeye yapılacak izin başvurusunun şahsen gerçekleştirilmesi aranmıştır. Buna ek olarak açıkça özel yetki verilmiş vekaletnameye istinaden vekilin de talepte bulunabileceği ifade edilmektedir¹⁴⁷. Hükümün gerekçesi incelendiğinde, cinsiyet geçişi talebinin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu ve bu sebeple bu yönde bir istemin bizzat cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasını isteyen kişiden gelmesi gerektiği ifade edilerek, dava ikame edebilmek adına iradi temsil yolunun da açık olduğu ifade edilmiştir.

İfade edildiği üzere ilgili şart, transların cinsiyet geçişini tamamlamak amacıyla tıbbi operasyonu geçirebilmek adına gerçekleştirdiği başvuruya ilişkindir ve cinsiyet geçiş sürecinin başlangıcını oluşturmaktadır. Cinsiyet geçişi sürecine başvurabilmek için mahkemeden şahsen başvuru ile izin alınması şartının, gelişigüzel cinsiyet geçişlerinin önlenmesi amacıyla getirildiği ifade edilmektedir¹⁴⁸. Ancak şahsen başvurunun tıbbi operasyon geçirmeye yönelik olması aynı zamanda tıbbi operasyonu cinsiyet geçiş sürecinin zorunlu bir parçası haline getirmekte, buna bağlı olarak transların cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması tıbbi operasyon gerçekleşmesine bağlı olmaktadır.

¹⁴⁷ BULUT, s. 143; GENÇCAN, s. 402.

¹⁴⁸ OĞUZMAN, Kemal M., SELİÇİ, Özer, OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, 13. Bası, İstanbul, 2013, s. 146.

2.2.1.2. 18 Yaşını Doldurmuş Olma Şartı

2.2.1.2.1. Şartın Öngörülme Sebebinin Değerlendirilmesi

MK m.40’da yer alan “istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması” ifadesi uyarınca, Türk hukuku kapsamında cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasını isteyen kişinin on sekiz yaşını doldurmuş olması aranmıştır. Hükmün gerekçesinde anılan şartın getirilmiş olması şu ifadelerle açıklanmıştır: “(...) *Henüz cinsiyeti yönünden bir değişiklik zorunluluğu bulunmayan ya da böyle bir zorunluluğun olup olmadığı anlaşılmayan kişilerin bu yola başvurmalarının önlenmesi bakımından (...)*”

Hükmün gerekçesi göz önüne alındığında, on sekiz yaşını doldurulmuş olması şartının, bireyin cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasını sağlamaya dair belirgin bir iradesi oluşmadan cinsiyet geçiş sürecine yönelik tıbbi operasyonun önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Kanun koyucunun, bireyin cinsiyet kimliği anlamındaki gelişimini ve farkındalığını hukuken ergin kılındığı yaşa geldiğinde tamamlayacağı öngörüsüne sahip olduğu görülmektedir. Oysaki bu noktada kişinin yaşından çok ayırt etme gücünün ve buna bağlı olarak kişinin cinsiyet kimliği algısını tanımlayabilme yetkinliğinde olmasının önem arz ettiği düşüncesindeyiz. Öyle ki doktrinde yer alan kimi görüşler de, cinsiyet geçiş süreci için yapılan başvurunun bir irade açıklaması olduğunun altı çizilerek, cinsiyet geçiş süreci kapsamında tıbbi operasyonun gerçekleşmesi bakımından da ayırt etme gücünün öneminin altı çizilmiştir¹⁴⁹.

¹⁴⁹ SERT, Selin, “Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme-Sex Change In Turkish Civil Law”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 118, 2015, s. 259; BAŞARA, s. 252; SCHERPE, Jens M., The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons, Intersentia Publishing, (ATAMER, Yeşim, “The Legal Status Of Transsexual and Transgender Persons In Turkey”), 2015 s. 321; DURAL / ÖĞÜZ, s. 125; SAĞLAM, s. 460.

Çalışmada, bireyin cinsiyet algısının ne şekilde geliştiğine dair açıklamaların¹⁵⁰ yer aldığı yukarıdaki bölümünde ifade edildiği üzere, bir kimsenin hangi cinsiyete ait hissettiğine dair davranış biçimleri ergenlikten çok önce ortaya çıkmaktadır¹⁵¹. Bu durumda heteronormatif kalıplar olmaksızın objektif bir gözle incelendiğinde, çocuğun doğumla atanmış cinsiyetinden bağımsız olarak hangi cinsiyette yaşamını sürdürmek istediğinin farkına varması, on sekiz yaşına gelmeden de mümkün olabilmektedir. Bu durumda cinsiyet kimliği çok erken yaşlarda oluşmuş olan bir kimsenin, on sekiz yaşına kadar içerisinde yer almak istemediği ve cinsiyet kimliğine uyum sağlamayan bir arkadaş, okul, aile ve toplumsal çevrede tanınması şüphesiz travmalara neden olabilecektir¹⁵². Muhtelif davranışlarıyla başka bir cinsiyet kimliğine ait hissettiğini belli eden bir çocuğu cinsiyet geçiş sürecini tamamlaması için on sekiz yaşına kadar bekletmek ve yaşamının önemli yıllarını da kapsayan bu süre boyunca kendisini ait hissetmediği bir kimliğe hapsetmenin ne ölçüde hakkaniyetli olacağı değerlendirilmelidir. Doktrinde cinsiyet geçişinde gecikme yaşanması halinde söz konusu trans ile ilgili geri dönülmez hasarlar olacağı düşünülüyorsa, bu durumda uzman görüşü ile mahkemeden izin alarak cinsiyet geçişinin on sekiz yaşından önce de tamamlanabileceği belirtilmiştir¹⁵³. Ancak bunun, intihar tehlikesi gibi aşırı durumlara özgü olarak yorumlanabileceğine dikkat edilmelidir.

Kanun koyucunun MK m. 40'da on sekiz yaş şartını ararken buna benzer sorular üzerinde yeterli değerlendirmeyi yapmadığı aşıkardır. Bunun yanında burada

¹⁵⁰ Bkz. "Bireyin Cinsiyet Kimliği Disforisine Sahip Olduğunun Belirtileri" başlığı.

¹⁵¹ ÖZTÜREL, Adnan; "Transseksüalizm ile Hermafrodizimde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler) Kısım II", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi., C. 38, Sayı. 1-4, s. 253-292, 1980, s. 269 – 273. Anılan bölümde henüz mülga 743 sayılı Kanun m. 29/II hükmü yürürlükte değilken gerçekleşen cinsiyet geçişi vakalarına yer verilmiştir. Söz konusu vakalarda tanıklıkları yer alan ve cinsiyet geçişini sağlayan transların tamamının cinsiyet algılarının ve buna bağlı olarak ortaya çıkan cinsiyet disforisinin on sekiz yaşından önce ortaya çıktığı görülmektedir.

¹⁵² ATAMER / TAŞKIN, s. 741. dn. 48'de anılan KILIÇOĞLU, Ahmet, 'Medeni Hukuk', Ankara, 2016, s. 471.

¹⁵³ BAŞARA, s. 251; TEKİN, s. 108.

on sekiz yıllık süreç içerisinde bireyin cinsiyet geçiş sürecine başvurmadan / anılan süreci tamamlamaktan vazgeçeceği zannıyla¹⁵⁴ böyle bir şarta yer verilmiş olabileceği de ihtimal dahilindedir. Zira bireyin, dünyaya gelmesinden itibaren iki üç yıl gibi çok kısa bir sürede gelişmeye başlayan cinsiyet algısının on sekiz yaşına kadar farkına varamayacağı düşüncesini rasyonel bir zemine oturtmak mümkün gözükmemektedir. Öyle ki trans erkeklerin cinsiyet geçiş sürecinin tanıklıklar ile incelendiği bir çalışmada¹⁵⁵ sorulan sorular neticesinde, cinsiyet kimliğinin doğumla atanmış cinsiyetlerine uyuşmadığını fark ettikleri dönemin; anaokulu dönemi, çocukluk, ergenlik, ortaokul çağı ve benzeri şekilde oldukça erken sayılabilecek dönemler ile ifade edildiği ortaya çıkmıştır.

Cinsiyet geçişi sürecinde üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunma şartına dair AİHM'in Türkiye'ye karşı verdiği 15.03.2015 tarihli Y.Y kararında¹⁵⁶, doğumla atanmış cinsiyeti kadın olan başvurucunun çocukluk döneminde hep erkeklerle oynadığı, ergenlik döneminde “erkek olmak isterdim” dediği, yine ergenlik döneminde (sevgili olarak) iki kız arkadaş edindiği ve çocukluğundan itibaren psikolojik takip altında tutulduğu ifade edilmiştir. Başvurucunun 19-20 yaşlarına doğru intihar etme girişiminde bulunduğu da kararda yer alan bilgiler dâhilindedir¹⁵⁷. Bu noktada Başvurucunun elbette 19-20 yaşlarında birdenbire intihara eğilimli hale gelmemiş olduğuna dikkat edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Daha ziyade bir sürecin neticesinde anılan yaşa kadar, ait olduğunu hissettiği ile içinde bulunduğu cinsiyetin birbiriyle örtüşmemesi bireyin psikolojik anlamda yıkımına neden olmuştur. Türkiye'ye karşı verilmiş 09.03.2017 tarihli bir diğer AİHM kararında¹⁵⁸

¹⁵⁴ HUN, Sinem, “Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Somut Norm Denetimine Tabiyken: Trans Geçiş Sürecinde Bekletmeler’in Trans Öznelliklere Etkisi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, 2015, s. 314.

¹⁵⁵ GÜNGÖR, Aras (Yayına Hazırlayan), Kadından Erkeğe Transseksüellerin Deneyimleri, Ayrıntı Basımevi, 1. Basım, ,Pembe Hayat LGBT Dayanışma Derneği, Nisan 2012, Ankara

¹⁵⁶ Y.Y. v. Türkiye, Başvuru No: 14793/08.

¹⁵⁷ Y.Y. v. Türkiye, para. 7.

¹⁵⁸ D.Ç. v. Türkiye, Başvuru No: 10684/13.

trans kadın olan başvuru, çocukluğundan beri kız kıyafetleri giymeyi ve kız oyuncaklarıyla oynamayı tercih ettiğini ve on altı yaşında başka bir erkeğe aşık olduğunda penisini kesme girişiminde bulunduğunu ifade etmiştir¹⁵⁹. Görüldüğü üzere ait olmadığı bir cinsiyet kimliği ile yaşamak erken yaşlarda dahi oldukça zarar verici sonuçlara yol açabilmektedir. Yine bir başka AİHM kararında¹⁶⁰, trans kadın olan başvuru, cinsiyet kimliğinin doğumla atanmış cinsiyeti ile uyuşmadığının farkına dört yaşından itibaren vardığı¹⁶¹ görülmektedir. Bu nedenle cinsiyet geçiş sürecine başvuru için yaş bakımından getirilmiş koşulu, ayırt etme gücünün mevcut olmasıyla birlikte kişinin kendi cinsiyet kimliğini tanımlayabilecek yeterlilikte olmak ile sınırlı tutmanın daha ölçülü olacağı şüphesizdir.

2.2.1.2.2. Ayırt Etme Gücüne Sahip Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu

Son olarak, Kanun'un aradığı ergin olma şartını tamamlamış sınırlı ehliyetsizlerin cinsiyet geçiş sürecine başvuru talepleri üzerinde de durulmalıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği¹⁶² m. 24/I bendinde tıbbi müdahalelerde hastanın rızası şartı aranacağı belirtilmiş ve hasta küçük veya mahcur ise velisi veya vasisinden izin alınması gerektiği öngörülmüştür. Konumuz açısından kişinin sınırlı ehliyetsiz oluşu, ayırt etme gücü olmasına rağmen vesayet altında olmasına ilişkin ise kişinin cinsiyet geçişi talebi ile mahkemeye başvurabileceğini savunan görüşler mevcuttur¹⁶³. Buna göre anılan talebin şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakka ilişkin olması ve kişinin cinsiyetine ancak kendisinin karar verebilecek olması nedeniyle, yukarıda sözü edilen ilgili Yönetmelik maddesindeki “veliden veya vasiden izin alınması” koşuluna bir istisna getirilerek bireyin mahkemeye bizzat başvurabiliyor olması gerekmektedir. Yine doktrinde yer alan bir diğer önemli görüş kapsamında, ayırt etme gücüne sahip

¹⁵⁹ D.Ç. v. Türkiye, para. 2.

¹⁶⁰ X, Y ve Z v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 21830/93.

¹⁶¹ X, Y ve Z v. Birleşik Krallık, para. 17.

¹⁶² R.G. 01.08.1998 – 23420.

¹⁶³ Bu görüşte bkz. DURAL / ÖĞÜZ, s. 126.

sınırlı ehliyetsiz kişi kişiye sıkı sıkıya bağlı işlerini bir başına görebileceğinin¹⁶⁴, veli veya vasinin sınırlı ehliyetsizin kişilik hakları üzerinde tasarrufa bulunamayacaklarının¹⁶⁵ altı çizilmiştir. Dolayısıyla anılan görüşler neticesinde, kişiliğin ayrılmaz bir unsuru olan cinsiyete ilişkin tasarrufların, ayırt etme gücü mevcut olduğu sürece sınırlı ehliyetsizler tarafından da gerçekleştirilebilmesi gerekir.

2.2.1.2.3. MK m. 40'daki 18 Yaş Şartının Yabancı Ülke Hukuklarındaki Düzenlemeler ile Karşılaştırılması

Yabancı ülke hukuklarında yer alan cinsiyet geçiş düzenlemelerine bakıldığında farklı düzenlemelerle karşılaşılmaktadır. Örneğin, Arjantin Cinsiyet Kimliği Yasası¹⁶⁶ (*Argentina Gender Identity Law*) m. 4/I hükmü uyarınca cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması ve buna bağlı olarak nüfus kayıtlarında yer alan cinsiyet hanesinde, isim soy isimde ve resimde değişiklik yapılabilmesi en az on sekiz yaşında olunması şartına bağlanmıştır. Ancak Arjantin Cinsiyet Kimliği Yasası m. 5 uyarınca, cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasını talep eden kişi on sekiz yaşından küçükse başvuru sahibinin açık rızası olması koşuluyla başvuruda bulunabileceği düzenlenmiştir. Başvuruyu gerçekleştirecek olan çocuğun yasal temsilcilerinin başvuruya rıza göstermemeleri veya yasal temsilcilere ulaşılamaması halinde ise hakimlerin, çocuğun gelişmekte olan kapasitesini ve üstün yararını gözeterek evvelce yapılmış yargılamalar ışığında bir karar verebilecekleri anılan hükme eklenmiştir.

Görüldüğü gibi Türk hukukuna benzer bir şekilde on sekiz yaş şartı getirilmiş olsa da anılan şart tıbbi operasyonu geçirebilmek için değil, nüfus kayıtlarında yer alan cinsiyet ve isim kayıtları ile resmin değiştirilebilmesi içindir. Nitekim on sekiz yaşında olmayıp da anılan kayıtlarda değişiklik yaparak cinsiyet geçişini tamamlamak

¹⁶⁴ SEROZAN (2011), s. 399.

¹⁶⁵ SEROZAN (2011), s. 396.

¹⁶⁶ 08.06.2012 tarihli Arjantin Cinsiyet Kimliği Yasası metni <https://tgeu.org/argentina-gender-identity-law/>, erişim: 22.04.2018.

isteyen bireyler için olası mağduriyetlerin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Benzer şekilde Danimarka ve İsveç hukukunda yer alan cinsiyet geçiş düzenlemelerinde de cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için transların en az on sekiz yaşında olmaları gerektiği düzenlenmiş fakat bu şart, tıpkı Arjantin hukukunda olduğu gibi tıbbi operasyonu geçirmek için değil, nüfus kaydında yer alan cinsiyet kaydını değiştirebilmek için ön görülmüştür¹⁶⁷. Bunun yanında Çek Cumhuriyeti'nde cinsiyet geçişi kapsamındaki tıbbi operasyonu geçirmek için en az on sekiz yaşında olma şartı aranmıştır¹⁶⁸. Hong Kong hukukunda ise tıbbi operasyonu geçirebilmek için bireyin en az yirmi bir yaşında olması gerektiği düzenlenmiştir¹⁶⁹.

Türk hukukunda tıbbi operasyonun cinsiyet geçişinin zorunlu bir aşaması olduğu göz önünde bulundurulduğunda, MK m. 40/I hükmünde anılan operasyonu geçirebilmek adına getirilen on sekiz yaşını doldurmuş olma şartı, cinsiyet kimliği oluşmuş ve bu doğrultuda cinsiyet geçiş sürecine başvurma isteğini on sekiz yaşından önce fark eden bireylerin psikolojik anlamda sağlıklı bir yaşam sürebilmeleri için ölçülü değildir. Cinsiyet geçişi sürecine başvuru için aranan asgari yaş şartı tartışmalı ve kolaylıkla üstesinden gelinebilecek bir konu olmasa da burada ayırt etme gücüne bağlı olarak kişinin cinsiyet kimliğine ilişkin algısının oluşmuş olmasının aranması, tıbbi operasyonun cinsiyet geçişi için zorunlu olarak ön görülmediği ve buna bağlı olarak anılan şartın yalnızca cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması noktasında arandığı bir hukuki düzenlemeye yöneliktir. Dolayısıyla olması gereken, tıbbi operasyona ilişkin koşulların ayrıca düzenlenmesi ve cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasının asgari yaş şartının değil, ayırt etme gücüne bağlı olarak kişinin cinsiyet kimliğine ilişkin algısının oluşmuş olmasının aranması olmalıdır.

¹⁶⁷ SCHERPE, (MUNKHOLM, Natalie Vidabaek, "The Legal Status Of Transsexual and Transgender Persons In Denmark"), s. 167.

¹⁶⁸ SCHERPE, (HAVELKOVA, Barbara, "The Legal Status Of Transsexual and Transgender Persons In Czech Republic"), s. 136, (GARLAND, Jameson, "The Legal Status Of Transsexual and Transgender Persons In Sweden") s. 293.

¹⁶⁹ SCHERPE (LİU, Athena Nga-chee, "The Legal Status Of Transsexual and Transgender Persons In Hong Kong"), s. 345.

2.2.1.3. Evli Olmama Şartı

2.2.1.3.1. Şartın Öngörülme Sebebinin Değerlendirilmesi

MK m. 40/I uyarınca cinsiyet geçiş sürecine başvurmak için getirilmiş “evli olmama” şartına dair hükmün gerekçesinde, *“toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacıyla öncelikle kişinin evli olmaması öngörülmüştür. Bu koşul, kişinin bir yandan evliliğini sürdürmesi, öte yandan bu evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine gitmesi, bunu eşinin ya da çocuklarının ortak yaşantıları içinde psikolojik ve ahlaki tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur.”* açıklaması öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere cinsiyet geçiş sürecine başvurmak isteyen bir transın evli olmaması gerektiğine yönelik şartın temelinde aile kurumunun sarsılmaması düşüncesi yer almaktadır. Anılan gerekçede cinsiyet geçişinde bulunan bir bireyin aile kurumunu sarsması, anılan bireyin “cinsiyeti belirsiz kişi” olması ile ilişkilendirilmiştir. Öncelikle böylesi bir ifadenin oldukça küçük düşürücü olduğunun altını çizmek gerekir. Bir kanun hükmünün gerekçesinde bir kişiyi “cinsiyeti belirsiz” şeklinde tanımlamak şüphesiz ki her şeyden önce kişilik haklarına saldırı mahiyetindedir.

Bunun haricinde cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasını sağlamak ve bu doğrultuda anılan şartı sağlayabilmek adına boşanmak isteyen bireyin çocuğunun olup olmaması hususunun da ayrıca bir fark yaratacağını savunan görüşler mevcuttur. Bu görüşler uyarınca, toplumun temeli olan aile yapısının sarsılmaması adına; çocuğu olan kişinin cinsiyet geçiş süreci kapsamındaki başvurusu, boşanma hususunda haklı sebep olarak değerlendirilmemeli ve bu şekilde gerçekleşen boşanma taleplerine izin

verilmemelidir¹⁷⁰. Bu görüşün pratikteki olası yansımasının, çocuğu olan transları cinsiyet geçiş süreci için düzenlenmiş hukuki düzenlemenin tamamen dışında bırakacağı tartışmasıdır. Nitekim Japonya’da çocuk sahibi olmamak cinsiyet geçiş sürecinin bir koşulu olarak düzenlenmiştir¹⁷¹. Ailenin toplumun hangi noktasında durduğu ve önemi göreceli bir konu olmasının haricinde, böyle bir ayırım yaparken aile yapısı sarsılmasın diye kendini ait hissettiği cinsiyet ile doğumla atanmış cinsiyeti örtüşmeyen ve bu nedenle kendi bedenine karşı nefret duyan bir bireyi zorla o ailenin içinde tutmak mı yoksa bu bireyin cinsiyet geçiş sürecini tamamlayarak ait hissettiği bedene kavuşması ve psikolojik anlamda daha mutlu bir birey olarak yaşamını sürdürmesi mi çocuklarıyla kuracağı ilişkiyi daha sağlıklı bir hale getirecektir?

Öte yandan doktrinde evlenecek kadar karşı cinse ilgi duyan bir kimsenin cinsiyet geçişini sağlamak istemesinin kapris veya merak olmaktan öteye gidemediği ve bu nedenle bu kişinin çocuğunun da olduğu ihtimalde cinsiyet geçişine müsaade edilmemesi gerektiği de ifade edilmiştir¹⁷². Bu yorumda da karşı cinse ilgi duymakla yani cinsel yönelimin konusunu oluşturabilecek bir durum ile cinsiyet geçiş sürecine başvurmanın, dolayısıyla cinsiyet kimliğinin, aynı temelde değerlendirildiği ve neticesinde cinsel yönelim ile cinsiyet kimliği arasında bir karışıklık yaşandığı görülmektedir. Oysaki bireyin duygusal ve/veya cinsel açıdan hangi cinse yöneldiği ile kendisini hangi cinsiyete ait hissettiği hususlarının birbirinden tamamen farklı iki

¹⁷⁰ SERT, s. 260.

¹⁷¹ Çocuk sahibi olmamayı cinsiyet geçiş sürecinin bir koşulu olarak düzenleyen Japon hukukuna ait “Cinsiyet Kimliği Bozukluğu Olan Kişilerin Cinsiyet Statüsüne Dair Özel Şartları İçeren Yasa” (Law Concerning Special Rules Regarding Sex Status of a Person with Gender Identity Disorder) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SCHERPE (YUKO, Nishitani, “The Legal Status Of Transsexual and Transgender Persons In Japan”), s. 376 vd.

¹⁷² DURAL / ÖĞÜZ, s. 124. Benzer yönde başka bir görüş için bkz. BULUT, s. 144. Çocuğun olması halinde gerçekleşecek cinsiyet geçiş talebinin kabulünün, söz konusu çocuğun reşit olup olamaması üzerinden değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek, başvuru sırasında bir trans evli olmasa dahi reşit olmayan bir çocukla soy bağı ilişkisi bulunması durumunda cinsiyet geçiş talebinin reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

duruma işaret eder¹⁷³. Bir transın evli olması kendisinin cinsel yönelimine ilişkindir. Cinsiyet geçiş sürecinin temeli ise cinsiyet kimliğine ilişkin bir disfori olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde cinsiyet geçiş sürecini tamamlamak isteyen bir transa verilecek izni evli ve/veya çocuklu oluşuna bu denli sıkı sıkıya bağlı tutmak kavramsal açıdan birbiriyle örtüşmemektedir. Boşanma gibi kişilik hakkına ilişkin, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak konusunda bireye “izin verilmemesi gerektiğini” savunurken, neticesinde bu kişinin cinsiyet geçiş sürecini tamamlayamamasından ötürü yaşayacağı travmaları, intihar girişimlerini ve hatta tam olarak bu nedenle toplumun en değerlisi olarak kabul edilen aile mekanizmasını korumaya çalışırken daha büyük sarsıntılara yol açılabileceğini de göz önünde bulundurmak gerekir. Keza Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış 29.07.2009 tarihli bilgi notunda¹⁷⁴ (*Issue Paper*) yer alan 3 No’lu Yogyakarta İlkesi’nde¹⁷⁵, “evlilik veya ebeveynlik gibi durumların, bir kişinin cinsiyetinin yasal olarak tanınmasını engellemek için kullanılamayacağı” öngörülmüştür.

MK m. 40/I uyarınca cinsiyet geçişi kapsamında yer alan tıbbi operasyonu geçirebilmek adına aranan evli olmama şartı, transları mevcut evliliğini sonlandırma yükümlülüğü altına sokmanın yanında, gerçekleştirmek istedikleri evliliği de ertelemek durumunda bırakmaktadır¹⁷⁶.

Nihayet, evli olmamaya ilişkin şart açısından kanunun lafzı da yeterince açık değildir. Buna göre evli olmama ifadesinden, daha önce hiç evlilik geçirmemiş olmanın mı yoksa cinsiyet geçiş sürecine başvuru sırasında evli olunmamasın mı

¹⁷³ Bkz. çalışmanın “Kavramlar” başlığı.

¹⁷⁴ Avrupa Konseyi “İnsan Hakları ve Cinsiyet Kimliği” başlıklı Bilgi Notu, “CommDH/IssuePaper 2 Original version, Strasbourg”, Temmuz, 2009, s. 6., <https://rm.coe.int/16806da753>, erişim: 20.04.2018.

¹⁷⁵ Yogyakarta İlkeleri, 2006 senesinde Endonezya’nın Java adasının Yogyakarta şehrinde bir araya gelen ve uluslararası insan hakları alanında çalışmakta olan uzmanlar tarafından hazırlanmış, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği konularında yirmi dokuz adet olarak belirlenmiş ilkeleri bütünüdür. İlkeler için bkz. <http://yogyakartaprinciples.org>, erişim: 16.02.2018.

¹⁷⁶ HUN, s. 312.

anlaşılması gerektiği belirsizdir. Anılan belirsizlik bir Yargıtay kararında¹⁷⁷, kişinin önceden evliliğinin bulunmasının cinsiyet geçişine izin davasının görülmesine engel olmayacağı ifade edilerek çözümlenmiştir. Cinsiyet disforisi sahibi olmak bireyin fiziksel veya cinsel yaşamına etki eden bir durum değildir¹⁷⁸. Dolayısıyla bireyin evlenmesi ve çocuk sahibi olması ihtimal dahilindedir¹⁷⁹. Bu doğrultuda kanunun lafzını dar biçimde yorumlamak yerine, belirtilen şekilde önceden evlilik geçirmiş bulunan transları da cinsiyet geçiş sürecinin uygulama alanı içine alacak biçimde yorumlamış Yargıtay kararı yerinde bir bakış açısı ortaya koymuştur.

2.2.1.3.2. Yabancı Ülke Hukuklarındaki Düzenlemelerle Karşılaştırılması

Cinsiyet geçişi kapsamında aranan evli olmama şartının Türkiye haricinde başka ülkeler tarafından da aranan bir şart olduğunu ifade etmek gerekir¹⁸⁰. Buna karşılık Arjantin ve Uruguay hukuklarında yer alan düzenlemelerde evli olmama şartı ve buna bağlı olarak boşanmış olma veya çocuğun bulunmaması gibi koşullar aranmamıştır. Danimarka ve İsveç hukuklarında da evli olunmaması benzeri bir şart getirilmemiştir¹⁸¹.

Bu doğrultuda Birleşik Krallık vatandaşlarının başvuru olduğu ve somut olayın özellikleri bakımından ortak yanları bulunan iki adet AİHM başvurusunu¹⁸² ele almak istiyoruz. Bu başvurularda başvuru evlidir ve evlilik devam ederken

¹⁷⁷Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2009/2171 E. 2010/9487 K. 11.05.2010, <http://hukukmedeniyeti.org/karar/221349/yargitay-2-hukuk-dairesi-e-2009-2171-k-2010-9487/>, erişim: 22.03.2018.

¹⁷⁸ GÜVEN, s. 64.

¹⁷⁹ GÜVEN, s. 65.

¹⁸⁰ HAMMARBERG, s. 87-88'de yer alan açıklamalar uyarınca Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Fransa, Budapeşte, İzlanda, İtalya, Malta, Polonya, Sırbistan, İsviçre (yalnızca bazı kantonlarında), Ukrayna ve Birleşik Krallık ülkelerinde de cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için evli olmama şartı aranmaktadır. Ek olarak 2015 tarihli İrlanda Cinsiyet Tanıma Yasası (*Gender Recognition Act*) m. 9/II-b bendi uyarınca İrlanda hukukunda da cinsiyet geçişini sağlamak isteyen bir transın evliliği veya kayıtlı birlikteliği bulunmaması şartı aranmıştır. <http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2015/a2515.pdf>, erişim: 20.04.2018.

¹⁸¹ SCHERPE (MUKHOLM), s. 167; (GARLAND), s. 293; (LAMARCA MARQUES), s. 267 vd.

¹⁸² Parry v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 42971/05, R. ve F. v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 35748/05. Her iki başvuru için de Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi Madde 35/3-4 bentleri uyarınca kabul edilebilirlik şartlarına haiz olmadıkları yönünde karar verilmiştir.

başvuruculardan bir tanesi (her iki başvuruda da erkek olan) cinsiyet geçişi kapsamında tıbbi operasyon geçirerek kadın cinsiyetine geçiş yapmıştır. Anılan cinsiyet geçişi operasyonlarının gerçekleştiği dönemde yürürlükte olan 2004 tarihli Cinsiyet Tanıma Yasası (*Gender Recognition Act*)¹⁸³ uyarınca bir bireyin cinsiyet geçişi kapsamında cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için evli olmaması gerekmektedir. Eğer birey evli ise kendisine cinsiyetin tanınmasına ilişkin geçici (*interim*) bir sertifika verilmekte, anılan sertifika ise her iki kararda da açıklandığı üzere, yalnızca boşanmayı sağlayan bir belge niteliği taşımakta ve dolayısıyla bireyin cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması yönünde bir faydası bulunmamaktadır. Her iki başvuruda da başvurucular, cinsiyet geçiş sürecinin evlilik birliklerini devam ettirme iradeleri bakımından bir etkisi olmadığını, evliliklerini devam ettirmek istediklerini; ancak yasanın ve doğal olarak Devletin, evlilik devam ettiği sürece cinsiyet geçişi kapsamında cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasını isteyen tarafı boşanmaya mecbur bırakmasının, özel ve aile hayatına saygı hakkının düzenlendiği AİHS m. 8 kapsamında evlenme ve cinsiyetin hukuken tanınması yönündeki pozitif yükümlülüğe aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu noktada, Birleşik Krallık'ta başvurunun gerçekleştiği dönemde yürürlükte bulunan yasaların aynı cinsiyetten kişilerin evliliklerine müsaade etmiyor olması nedeniyle, cinsiyetin hukuken tanınması için evli bulunmama şartının mevcudiyetini doğru bulurken, öte yandan aynı koşulun, özellikle cinsiyet geçişi başvurusunda bulunan tarafı, cinsiyetinin hukuken tanınması ile evliliğini devam ettirmek arasında bir tercih yapmak zorunda bıraktığını da kabul etmiştir. AİHM, Birleşik Krallık'a karşı verdiği Christine Goodwin kararında¹⁸⁴ ise AİHS m. 12 kapsamında düzenlenen evlenme ve aile kurma hakkının yalnızca cinsiyetin biyolojik ölçütlerle belirlendiğine atıf yaparak düzenlenmiş olduğu konusunda ikna olmadığı¹⁸⁵ ifade etmiştir. Finlandya'ya karşı

¹⁸³ 2004 Tarihli Birleşik Krallık Cinsiyet Tanıma Yasası (*Gender Recognition Act*) <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents>, erişim: 17.03.2018.

¹⁸⁴ Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 28957/95.

¹⁸⁵ Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, para. 100-104.

verilen bir başka AİHM kararında¹⁸⁶ ise erkek olarak dünyaya gelen ve sonrasında bir kadınla evlenen trans başvuru, cinsiyet geçiş kapsamında tıbbi operasyonu tamamladıktan sonra kadın cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması adına kimlik numarasının değiştirilmesini sağlayamamıştır. Başvurucunun anılan değişikliği gerçekleştirebilmesi için boşanması veya evliliğini, evlilik kurumunun hüküm ve sonuçları olmaksızın, aynı cinsiyetten bireylerin birlikteliklerinin hukuk nezdinde tanınmasını saėlayan¹⁸⁷, kayıtlı hayat ortaklığına dönüştürmesi gerekmektedir. Öte yandan Avusturya Anayasa Mahkemesi 08.06.2006 tarihli kararında yukarıda da yer verilen 3 no’lu Yogyakarta İlkesine de uygun olacak şekilde, nüfusta yer alan cinsiyet kaydının düzeltilmesi talebinin evlilik sebebiyle kısıtlanamayacağını ifade ederek trans bir kadının hem cinsiyet geçişi kapsamında cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması hem de aynı zamanda evliliğini devam ettirebileceği yönünde hüküm vermiřtir¹⁸⁸.

Görüldüğü pek çok yabancı ülke cinsiyet geçişi kapsamında gerçekleşen cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması talebi için evli olmama şartı n görmektedir. Ancak verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere anılan şart, cinsiyet geçişi kapsamında tıbbi operasyon geçirebilmek için değil, olan cinsiyetin hukuken tanınması aşamasında aranmaktadır. Oysaki Türk hukukunda yer alan düzenlemede evli olan transların cinsiyet geçişi kapsamında tıbbi operasyon geçirmeleri mümkün değildir.

Bu hususta Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne 08.01.2016 tarihinde 2/642 Esas sayılı bir kanun teklifi¹⁸⁹ sunulmuştur. Teklifte “evli olmamanın”, cinsiyet geçişi için mahkemeye başvuran bireye verilecek izin kapsamında belirlenen şartlar arasından

¹⁸⁶ Hmlinen v. Finlandiya, Başvuru No: 37359/09.

¹⁸⁷ YASAN, s. 19.

¹⁸⁸ HAMMARBERG, s. 89 dn. 299’da anılan ve “Constitutional Court of Austria (Verfassungsgerichtshof), V 4/06, 8 June 2006” şeklinde yer verilmiş karar.

¹⁸⁹ 2/642 Esas sayılı 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-0642.pdf>, erişim: 17.03.2018.

çıkartılması belirtilmiş olsa da transların cinsiyet geçişi kapsamında aranan evli olmama şartının kaldırılması tek başına sorunu çözmeye yetmeyecektir. Zira evli olmama şartı esasen hukukumuzda aynı cinsiyetten kişilerin evliliklerinin mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır, Dolayısıyla öncelikle evliliği, ancak bir kadın ve bir erkek arasında meydana gelebilecek bir hukuki ilişki olarak öngören hukukumuzdaki düzenlemelerin değişmesi gerekmektedir¹⁹⁰.

2.2.1.4. Trans Yapıda Olma, Cinsiyet Geçişinin Ruh Sağlığı Açısından Zorunlu Olması Ve Buna İlişkin Resmi Sağlık Kurulu Raporu Sunma Şartı

2.2.1.4.1. Şartın Yerine Getirilmesi İçin Arananlar

MK m. 40/I'deki bu şart bakımından hükmün gerekçesi incelendiğinde, cinsiyet geçiş sürecini tamamlamanın birey açısından yalnızca biyolojik değil; ruhsal olarak da zorunlu olması gerektiğinin hedeflendiği ve aynı zamanda cinsiyet geçiş sürecinin yalnızca transların başvurabileceği¹⁹¹ bir sistem olarak düzenlendiği görülmektedir. MK m. 40/I hükmünde, trans yapıda olma ve cinsiyet geçişinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunun eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak bir resmi sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.

Öncelikle, yukarıda açıklanmış olduğu üzere¹⁹², trans yapıda olma durumu bireyin cinsiyet disforisine sahip olmasıyla; yani doğumla atanmış cinsiyeti ile

¹⁹⁰ ATAMER / TAŞKIN, s. 743.

¹⁹¹ AKİPEK / AKINTÜRK, s. 508. Ek olarak bkz. DURAL / ÖĞÜZ s. 126. Mahkemenin cinsiyet geçişi için başvuran herkese izin vermemesi, buna bağlı olarak cinsiyet geçişinin sağlık yönünden zorunlu olduğunu tespit eden bir resmi sağlık kurulu raporunun sunulması gerektiğini ifade edilmiştir. Anılan resmi sağlık kurulu raporu halihazırda MK m. 40/I hükmü ile zorunlu tutulmaktadır. Bunun yanında bireyin cinsiyet geçişi talebi cinsiyet disforisi ile bağlantılı olup, cinsiyet disforisi bulunmayan bir kimsenin zaten belirtilen şekilde bir talebi de olmayacaktır. Bu nedenle mahkemenin cinsiyet geçişi için başvuran herkese izin vermemesi gerektiği şeklindeki ifadenin isabetli olmadığı kanaatindeyim.

¹⁹² Bkz. çalışmanın “Cinsel Yönelim” ile “Cinsiyet Kimliği” başlıkları.

kendini ait hissettiği cinsiyetin örtüşmemesiyle ilişkilidir¹⁹³. Bu noktada başta cinsiyet disforisi teriminin psikiyatri alanına ait bir terim olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, anılan durum hâlihazırda ruh sağlığına ilişkindir ve cinsiyet disforisi bulunan kimseler trans olarak tanımlanmakla, cinsiyet geçiş sürecini tamamlaması da ruh sağlığı açısından zorunlu görülmektedir. Dolayısıyla maddede yer alan “*transseksüel yapıda olma ve cinsiyet geçişinin ruh sağlığı açısından zorunlu*” olması şartı, lafzi anlamda birbirini tekrar eden iki ifadeden oluşmaktadır.

Trans yapıda olma ve cinsiyet geçişinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması hususunda yöntem bakımından önem arz eden nokta, anılan şarta ilişkin tespitin kimin tarafından ve ne şekilde gerçekleştirileceğidir. Resmi sağlık kurulu raporunun meydana getirilmesi için tek bir uzman görüşü yeterli sayılmamakta, konuya ilişkin tüm hususları bir arada değerlendiren bir heyet tarafından hazırlanacak heyet raporu aranmaktadır¹⁹⁴. Cinsiyet geçişi kapsamında resmi sağlık kurulu raporunu tanzim edecek heyetin psikiyatri, üroloji, jinekoloji, genetik, endokrinoloji ve plastik cerrahi alanlarında muayene yapacak uzmanları içermesi gerekmektedir¹⁹⁵. Bunun için

¹⁹³ Konuya ilişkin olarak doktrinde kavramsal açıdan hatalı yorumlara rastlanabilmektedir. Buna örnek olarak bkz. BULUT, s. 144. Sözü edilen kaynağın ilgili bölümünde, talepte bulunanın trans yapıda olması hususu, eşcinsel kavramı üzerinden açıklanarak, cinsiyet kimliğine ilişkin bir kavram olan translık, cinsel yönelime ilişkin bir kavram olan eşcinsellik ile iç içe geçirilmiştir. Dolayısıyla translar cinsiyet geçiş sürecine aynı cinsiyetten kimseler ile ilişki kurabilmek adına başvuruyorlarmış şeklinde bir algıya sebep olan ilgili yorumun hatalı olduğu kanaatindeyim.

¹⁹⁴ ATAMER / TAŞKIN, s. 729 dn. 13 altında nakledilen Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 2103/19541 E. 2014/5550 K. sayılı ve 27.03.2014 tarihli kararda Yargıtay, ‘*davacının transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olup olmadığı ile üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunup bulunmadığına ilişkin hususları bir arada inceleyip değerlendirmede bulunan bir heyet tarafından verilecek resmi sağlık kurulu raporu alınmasından sonra oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, heyet raporu niteliğinde olmayan bir anabilim dalı raporu esas alınarak*’ ifadeleriyle MK m. 40/I çerçevesinde aranan resmi sağlık kurulu raporunun heyet raporu niteliğinde olması gerektiğinin altını çizmiştir.

Ayrıca bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2003/11898 E. 2003/12737 K. Sayılı ve 06.10.2003 tarihli karar uyarınca dava dosyasında yer alan resmi sağlık kurulu raporunda yer alan tek imzalı doktor yazısının MK m. 40/I hükmünün aradığı nitelikte bir rapor olmadığı ifade edilerek davanın kabulünün doğru olmadığı ifade edilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, *erişim*: 23.04.2018.

¹⁹⁵ ZENGİN, Aslı, “Sex For Law, Sex For Psychiatry: Pre-Sex Reassignment Surgical Psychotherapy in Turkey”, *Anthropologica*, Sayı: 56(1), s. 55-68, Toronto, 2014, s. 59; GÜNGÖR, Aras, SULU, Barış, MUTLU, Deniz Eren, FERHAT, Derya, ÇEVİK, Doğa Asi, HUN, Sinem, “Yeniden Doğdum –

öncelikle MK 40/I hükmü uyarınca cinsiyet geçişine izin verilmesi amacıyla başvuran translar, mahkeme tarafından Cinsel Kimlik Konseyi bulunan¹⁹⁶ bir Tıp Fakültesi Hastanesine¹⁹⁷ sevk edilmektedirler. Mevzuat kapsamında aranan resmi sağlık kurulu raporunu tanzim etme bakımından yalnızca eğitim ve araştırma hastanelerinin yetkilendirilmiş olması, tıbbi operasyon öncesinde yapılacak değerlendirmede, uzmanlık seviyesi yeterli olmayan sağlık kurumlarının müdahilliğine engel olmaktadır¹⁹⁸.

Cinsiyet geçişi kapsamında tıbbi operasyon geçirebilmek adına mahkemeye yapılan başvurunun, eğitim araştırma hastanesinden alınmamış bir resmi sağlık kurulu raporu üzerinden değerlendirilerek karar verilmesi halinde, anılan karar MK m. 40/I hükmünde yer alan şartları eksik biçimde sağladığı için söz konusu durum bozma nedeni olacaktır¹⁹⁹.

Heyet raporu neticesinde belgelendirilecek temel mesele, cinsiyet geçiş süreci kapsamında tıbbi operasyon için mahkemeye başvuran transın cinsiyet disforisi bulunup bulunmadığına yönelik olmakla²⁰⁰ ve cinsiyet disforisi kavramı da psikiyatrinin alanına dahil olmakla beraber, anılan değerlendirmenin esas incelemesi Psikiyatri Polikliniği tarafından yapılmaktadır. Psikiyatri Polikliniği'nde gerçekleşen değerlendirme ise bir psikiyatri asistanı, bir psikiyatri uzmanı ve bir psikolog tarafından yapılmaktadır²⁰¹. Resmi sağlık kurulu raporuna dair dikkat çekici bir husus ise, heyet tarafından düzenlenen resmi sağlık kurulu raporunun negatif yönde olması,

Veri Toplama Raporu”, T-Der / Trans Danışma Merkezi Derneği, Eylül 2014, Ankara, s. 18, http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/y/e/yeniden_dogdum_tder_web.pdf, erişim: 23.02.2018.

¹⁹⁶ HUN, s. 315. Eğitim ve araştırma hastanesi sınıfındaki hastanelerden, Çapa Tıp Fakültesi Hastanesi ve Hacettepe Hastanesi olmak üzere yalnızca iki hastanede cinsiyet geçiş kurulu olduğu ifade edilmiştir.

¹⁹⁷ GÜNGÖR / SULLU / MUTLU / FERHAT / ÇEVİK / HUN, s. 14.

¹⁹⁸ ATAMER / TAŞKIN, s. 729.

¹⁹⁹ BULUT, s. 144.

²⁰⁰ ZENGİN, s. 59.

²⁰¹ TURAN / AKSOY POYRAZ / İNCE / SAKALLI KANİ / EMÜL / DURAN, s. 155.

yani bireyin trans yapıda olmadığı sonucuna varılması halinde ne olacağı sorusudur. Konuya ilişkin olarak, anılan raporu düzenleyen heyet kararını temyiz edecek şekilde bir mekanizma bulunmadığını; ancak transların rapor için başvuracakları hastanenin ikamet ettikleri bölgede bulunması şeklinde bir zorunluluğu olmadığından, belirtilen şekilde negatif bir karar çıkması halinde bir başka hastaneye başvurabilecekleri ifade edilmiştir²⁰².

2.2.1.4.2. Şartın Öngörülme Sebebinin Değerlendirilmesi

Psikiyatrik değerlendirme kapsamında cinsiyet disforisi tanısının konulabilmesi adına başvuran bireylerin karar verme yeteneklerine etki edebilecek psikiyatrik bozukluklar incelenmektedir²⁰³. Elbette yapılan bu incelemelerin konusunun yalnızca bireyin cinsiyet kimliğine yönelik olacak şekilde anlaşılması gerekir. Zira cinsiyet geçişinin bir süreç olduğu devamlı vurgulanmakla beraber, bu süreç boyunca bireyin cinsiyet kimliğini tam ve doğru bir şekilde tanımlayabilmek haricinde başkaca psikolojik zorluklarla mücadele etmesi gerekecektir.

Her ne kadar söz konusu psikiyatrik değerlendirme tıbbi operasyon öncesinde yapılıyor olsa da, cinsiyet geçiş süreci fiziki değişimlerin yanında sosyal hayatta da bir takım değişimleri beraberinde getirecektir. Tam olarak bu nedenle, tıbbi operasyonun kökten bir değişim yaratacağı, cinsiyet disforisine dair tüm sorunları ortadan kaldıracacağı ve tıbbi operasyon sonrasında, operasyon öncesi dönemin silineceği zannıyla cinsiyet geçiş sürecine başvuran translara, yeni kaygılar yaratmayacak şekilde, ancak tarif edilen beklentilerin de dengeleneceği biçimde bir terapi uygulanması gerekmektedir²⁰⁴. Bu doğrultuda terapi kapsamında bireyin cinsel geçmişinin, cinsiyet geçişine yönelik yaklaşımının, herhangi bir psikiyatrik

²⁰² SCHERPE (ATAMER), s. 319.

²⁰³ TURAN / AKSOY POYRAZ / İNCE / SAKALLI KANİ / EMÜL / DURAN, s. 155.

²⁰⁴ ZENGİN, s. 60.

bozukluğunun olup olmadığının, sosyal hayatına dair profilinin, ailesinin / partnerinin tıbbi operasyon konusunda bilgisinin olup olmadığının ve cinsiyet disforisinin nasıl oluştuğunun hikayesi doğrultusunda²⁰⁵ bir inceleme yapılması ve transların sözü edilen bir inceleme neticesinde cinsiyet geçiş sürecine dair maddi, fiziksel, cinsel, adli vb. yönlerden²⁰⁶ bilinçlendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada elbette translar ile çalışacak sağlık görevlilerinin de cinsiyet geçişi, cinsiyet disforisi vb. konularda yeterli birikime sahip olması, transları doğru yönlendirebilmek açısından önem arz etmektedir²⁰⁷.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, resmi sağlık kurulu raporu kapsamında yer alan psikiyatri haricindeki tüm uzmanlık birimleri bireyi fiziki anlamda muayene ederken, psikiyatrinin gerçekleştirdiği terapi sürecinin bireyin nasıl hissettiğine, cinsiyet geçiş sürecine yönelik farkındalığını oluşturmaya ve bireye bu süreçte karşısına çıkabilecek zorluklar konusunda bir bilinç kazandırarak söz konusu zorluklara karşı hazırlıklı hale getirmeye yönelik olmasıdır. Dolayısıyla birey ancak anılan terapi süreci neticesinde gerçekten cinsiyet geçişine hazır hale gelebilmektedir.

Resmi sağlık kurulu raporu oluşturulurken yapılacak değerlendirme kapsamında, bireyin kendini karşı cinse ait hissetme noktasında görüşünün sabit olduğunun ve kesin olarak trans eğilimde olduğunun tespit edilmesinin önemi²⁰⁸ de

²⁰⁵ ACAR / AYGİN, s. 242 dn 12'de yer alan Burnes TR, Singh AA, Harper A, Pickering DL, Moundas S, Scofield T, Max- on W, Harper B, Roan A, Hosea J. Association of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Issues in Counseling: Competencies for counseling with transgender clients. Approved by American Counseling Association Governing Council: 2009 http://www.counseling.org/docs/competencies/algbtic_competencies.pdf?sfvrsn=3 ve dn. 13'te yer alan Gelfer MP. Voice treatment for the male-to-female transgendered client. American Journal of Speech-Language Pathology 1999;8(3): 201-8.

²⁰⁶ KESKİN / YAPÇA / TAMAM, s. 442; DURAL / ÖĞÜZ, s. 126 – 127; SERT, s. 262.

²⁰⁷ KARATAŞ, Sevcin, “Transseksüel Bireylerin Sağlık Hizmeti Almada Yaşadıkları Güçlükler” (Yüksek Lisans Tezi), Haliç Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2017, s. 37. Cinsiyet geçiş süreci içerisinde kendisiyle ilgilenen psikiyatrın konuya dair yeterli bilgisi olmadığını, kendisinin sürece dair psikiyatlardan çok daha donanımlı olduğunu ifade eden bir transın tanıklığına yer verilmiştir.

²⁰⁸ DURAL / ÖĞÜZ, s. 126.

göz önünde bulundurulduğunda, heyet raporu çerçevesinde psikiyatrik tedavi sürecinin esaslı bir rol oynadığı tartışmasızdır. Bu noktada doğru biçimde anlaşılması oldukça önem arz eden bir husus ise, psikiyatrik sürecin bireyi cinsiyet geçişinden vazgeçirmeye değil, anılan süreçte ona destek olacak şekilde gerçekleşmesi gerektiğidir²⁰⁹. Aksi bir tutum, hâlihazırda çok da kolay olmayan bir süreç içerisindeki transları psikolojik olarak zedeleyici sonuçlara yol açabilir. Keza muhtemel ki tavsiye edilen şekilde bir tutum benimsenmemesi sebebiyle, psikiyatrik süreçte ayrımcılık vakaları da meydana gelebilmektedir²¹⁰.

Bunun yanında her ne kadar değerlendirmenin konusu hassas bir duruma ilişkin olsa da, yapılacak olan tespitler makul bir süre içerisinde gerçekleştirilmelidir; zira cinsiyet geçiş süreci psikiyatrik raporun elde edilmesiyle tamamlanmadığından, ardından gerçekleşecek ve çalışma içerisinde detayına yer verilecek olan mahkemeden izin alma neticesinde gerçekleşen tıbbi operasyon ve sonrasında yeniden mahkemeye bu kez nüfus kaydının düzeltilmesi amacıyla başvurularak cinsiyet kaydının hukuken tanınması süreçleri de eklendiğinde transları hâlihazırda uzun bir süreç beklemektedir. Uygulamaya bakıldığında ise bir Yargıtay kararında²¹¹ da yer aldığı üzere, Psikiyatri Kliniğinde gerçekleşen izlemenin dört yıl sürebildiği görülmektedir. Takdir edilmelidir ki hâlihazırda cinsiyet geçiş süreci kapsamında tıbbi operasyonun gerçekleşmesine yönelik kararını verme iradesiyle mahkemeye başvuran bir kimseyi²¹² dört sene daha bekletmenin manevi açıdan yıpratıcı olacağı ve psikolojik açıdan bireyin olduğundan daha kötü bir duruma gelmesine yol

²⁰⁹ KESKİN / YAPÇA / TAMAM, s. 443.

²¹⁰ HUN, s. 315; ACAR / AYGİN, s. 242. Ek olarak bkz. KARATAŞ, s. 36. Yer verilen ve bir transa ait tanıklıkta, hastanenin psikiyatri bölümünde çalışan sekreterin ayrımcı tutumundan söz edilmiştir.

²¹¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2005/17485 E. 2006/1343 K. 13.02.2006 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim: 04.03.2018.

²¹² GÜNGÖR, s. 48. Tanıklığına yer verilen bir transın psikiyatrik sürecin iki sene süreceğini öğrenmesinin, ailesine açılması ve baskı altında olması nedeniyle psikolojik anlamda kendisine zarar verdiğini ifade etmiştir.

açabileceği şüphesizdir²¹³. Kaldı ki hâlihazırda çevresine açılmış translar için anılan psikiyatrik sürecin uzun olması ek mağduriyetlere de yola açabilmektedir.

Yabancı hukuk sistemlerine bakıldığında ise, birbirinden farklı uygulamalar olduğu görülmektedir. Örneğin Danimarka²¹⁴ ve Arjantin²¹⁵ hukukunda cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasını talep eden birey on sekiz yaşını doldurduğu sürece cinsiyet geçiş sürecine başvurabilmektedir. Herhangi bir sağlık kurumunun muayene, teşhis vb. konularda sürece müdahil olması söz konusu değildir. Danimarka hukukunda transların, yalnızca karşı cinsiyete ait hissettiğini bildirerek²¹⁶ başvuru yapması beklenmektedir. Bunun yanında örneğin Birleşik Krallık, İrlanda, İspanya, Japonya ve Tayvan ülkelerinin cinsiyet geçiş süreci hukukları uyarınca cinsiyet geçiş sürecine başvuran translarda cinsiyet disforisi teşhisi bulunması bir şart olarak düzenlenmiştir²¹⁷. Yine Uruguay hukuku uyarınca transların geçiş yapmak istediği cinsiyet kimliğinde en az iki yıldır kalıcı ve sabit biçimde yaşamakta olduğunu multidisipliner bir sağlık raporu ile belgelendirmesi gerekmektedir²¹⁸. Bunun yanında yer verilen ülkelerden Birleşik Krallık, İrlanda ve İspanya ülkelerinde düzenlenmiş cinsiyet geçiş prosedürü uyarınca cinsiyet disforisi teşhisi Türk hukukunda olduğu gibi tıbbi operasyon için değil; cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması aşamasında aranmaktadır.

Buna bağlamda öncelikle evvelce pek çok kez dile getirildiği üzere cinsiyet

²¹³ HUN, s. 314. Cinsiyet geçiş sürecinde yer alan psikiyatrik tanı konma süresinin en az altı ay olduğu ifade edilmiştir.

²¹⁴ SCHERPE (MUNKHOLM), s. 166.

²¹⁵ 08.06.2012 tarihli Arjantin Cinsiyet Kimliği Yasası metni <https://tgeu.org/argentina-gender-identity-law/>, erişim: 22.04.2018.

²¹⁶ SCHERPE (MUNKHOLM), s. 167.

²¹⁷ SCHERPE (GILMORE, Stephan, “The Legal Status Of Transsexual and Transgender Persons In England And Wales”), s. 193, (SLOAN, Brian, “The Legal Status Of Transsexual and Transgender Persons In Ireland”), s. 238, (RIBA, Joseph Ferrer, MARQUES, Albert Lamarca, “The Legal Status Of Transsexual and Transgender Persons In Spain”), s. 270, (YUKO), s. 380 (HO, Chih-hsing, “The Legal Status Of Transsexual and Transgender Persons In Taiwan”), s. 431.

²¹⁸ International Bar Association LGBTI Law Committee, ‘Mr & Ms X: The Rights of Transgender Persons Globally’, Research Digest, 2015, s. 19.

algısı kişinin varlığına ait ve doğal olarak üzerinde şüpheyne düşebileceği bir kavram olmamakla beraber, bireyi ait olduğunu hissettiği cinsiyet konusunda açıklama yapmaya mecbur bırakmanın ve bu doğrultuda sağlık kurumlarının da dahil olduğu oldukça karmaşık bir sürece sokmanın bireyin kişilik haklarına bir müdahale niteliğindedir. Özellikle de anılan şart kapsamında cinsiyet disforisi teşhisinin tıbbi operasyon geçirebilmek adına bir koşul olarak aranması, transları tedavi olmaları gereken, hastalık sahibi kimseler gibi algılanmasına yol açmaktadır²¹⁹. Bu doğrultuda anılan şartın uzun bir süreç gerektirmesi sebebiyle ve bunun yanında muayene süreçlerinin yıpratıcı olabilme ihtimali de göz önünde bulundurulduğunda ideal olan, bireyin ait hissettiği cinsiyet kimliği üzerinden psikiyatrik bir teşhis beklenmemesi ve doğal olarak anılan şartın cinsiyet geçiş sürecinde yer alan bir koşul olmaktan çıkarılmasıdır.

2.2.1.5. Mülga Üreme Yeteneğinden Sürekli Biçimde Yoksun Olma Şartı

AIHM'in Y.Y. v. Türkiye kararının üzerinden iki yılı aşkın bir süre geçtikten sonra Anayasa Mahkemesi ("AYM"), MK m. 40/I'de aranan üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma şartını iptal etmiştir²²⁰. Söz konusu mülga şart, MK m. 40'daki diğer şartlarla kıyaslandığında yarattığı hak ihlalleri bakımından çok fazla tartışma konusu olmuştur. Bu sebeple ilgili şart mülga olmuş olsa da yaşanan ihlalleri tespit etmek adına aşağıda değerlendirilecektir.

²¹⁹ Benzer yönde görüş için bkz. HUN, s. 315.

²²⁰ 30366 sayılı ve 20.03.2018 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 29.11.2017 tarihli ve E.: 2017/130, K.: 2017/165 sayılı karar.

2.2.1.5.1. Kişinin Vücut Bütünlüğüne Ölçsüz Müdahale: Mecburi Kısırlaştırma Ameliyatı

Bireyi cinsiyet geçiş sürecine başvurmaya iten cinsiyet disforisi, anatomik değil psikiyatrik bir duruma ilişkin olması itibariyle, elbette hem üreme yeteneğine hem de cinsiyet disforisine sahip translar olabilir. Ne var ki MK m. 40/I hükmünün gerekçesinde yer aldığı üzere, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma şartı, trans yapıda olma ve cinsiyet geçişinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması şartının devamında düzenlenerek, cinsiyet geçişinin sadece biyolojik açıdan değil, ruhsal açıdan da zorunlu olması gerekliliğine dayandırılmıştı. Dolayısıyla anılan gerekçenin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma şartına ilişkin teknik bilgilere yer veren tatmin edici bir içeriğe sahip olmadığı ise şüphesizdi; zira üreme şeklindeki tamamen kişinin fizyolojik yapısına ilişkin bir konuyu, cinsiyet geçişinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması ile ilişkilendirmenin hukuki dayanak bakımından oldukça yetersiz olduğu tartışmasızdı.

Bunun yanında MK m. 40/I'deki mülga şartın düzenleniş biçimi, üreme yeteneğinden yoksun olmaya dair bir kafa karışıklığı yaratmaktaydı. Öyle ki düzenleme, tıbbi operasyona başvurma noktasında kanunun lafzının sıkı biçimde uygulandığı ihtimalde, yalnızca intersekslerin ve üreme yeteneğinden hâlihazırda yoksun bulunan transların bu başvuruyu yapma imkanı olduğu sonucunu doğurmaktaydı. Ancak kanunun lafzı yeterince açık olmadığı için, öncelikli olarak bir başka tıbbi operasyon olan sterilizasyon²²¹ operasyonunu geçirmeleri şartıyla üreme yeteneğine sahip olan transların da tıbbi operasyon geçirmeye haklarının olup

²²¹ 27.05.1983 tarihli 18059 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 4/I fıkrası uyarınca bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin yok edilmesi, giderilmesi operasyonu sterilizasyon olarak tanımlanmıştır.

olmadığı hususunda net bir cevap vermemekteydi. Bu noktada tartışmasız olarak, cinsiyet geçiş sürecinde tıbbi operasyon geçirebilmek adına aranan üreme yeteneğinden yoksun olma şartı, üreme yeteneği bulunan translar için her ihtimalde sorun yaratmaktaydı. Zira anılan şartın dar yorumlandığı ihtimalde, üreme yeteneği bulunan transların cinsiyet geçişini sağlayabilmeleri mümkün olmamakla²²² beraber, şartın geniş yorumlandığı ihtimalde ise yine üreme yeteneği bulunan transların cinsiyet geçiş sürecine başvurabilmeleri, şartı yerine getirmeye mecbur olmaları sebebiyle rızaları dışında zorunlu oldukları bir fiziki müdahaleye maruz bırakılmaları anlamına gelmekteydi. Ek olarak, üreme yeteneği bulunan ve buna bağlı olarak çocuk sahibi olan transların cinsiyet geçiş talepleri konusunda da hükümde açık bir ifadenin yer almayışı sebebiyle yaşanan belirsizlik, çocuk sahibi olan transların cinsiyet kimliğinin hukuken hiçbir zaman tanınamayacağı ihtimalini de ortaya çıkarmaktaydı²²³. Gerek cinsiyet disforisi bulunan bir transın cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması hakkından mahrum bırakmanın kişilik hakkını ihlal eder mahiyette olması, gerekse de bireyin rızasının bulunmadığı tüm müdahalelerin hukuka aykırı olması²²⁴ sebebiyle anılan şart her ne şekilde yorumlanırsa yorumlansın, üreme yeteneği bulunan translar oldukça güç durumlarla karşı karşıya kalmaktalardı.

Bu doğrultuda MK m. 40/I hükmünde yer alan üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma şartını yalnızca üreme yeteneğinden hâlihazırda yoksun olan transları içerdiği şeklindeki dar yorum MK m. 40 hükmünün uygulama alanını doktrinde de eleştirildiği üzere fazlasıyla daraltacağından, ilgili şart evvelce de

²²² Benzer yönde görüşler için bkz. SAĞLAM, s. 464; SERT, s. 262; BAŞARA, s. 255; KESKİN / YAPÇA / TAMAM, s. 445; TEKİN, s. 99; CUMALIOĞLU, Emre, “Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu – Türk Medeni Kanununun 40. Maddesi Anayasa’ya Aykırı mıdır?”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2 - Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan – Cilt:1 Seçkin Yayınları, s. 1-34 Temmuz 2016, s. 18.

²²³ SCHERPE (ATAMER), s. 321; SAĞLAM, s. 461.

²²⁴ SAĞLAM, s. 455.

bahsedildiği üzere²²⁵ geniş yorumlanarak bir transın tıbbi operasyon için izin talep ettiği aşamada bir şekilde üreme yeteneğinden yoksun olması şeklinde yorumlanmaktaydı. Söz konusu durum ise yaşam pratiğinde, cinsiyet geçiş sürecine başvurmak isteyen ve üreme yeteneği bulunan transları, çocuk sahibi olma hakkından vazgeçmesi şartıyla cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasını sağlamak ile fiziki müdahaleye maruz kalmamayı seçmek; ancak bunun bir bedeli olarak toplum ve hukuk nezdinde ait olmadığı bir kimlikle yaşamak arasında bir seçim yapmaya mecbur bırakılmaktaydı²²⁶.

Cinsiyet geçişi kapsamındaki tıbbi operasyonu geçirmek isteyen bir transın mahkemeden operasyon için izin talep ettiği süreçte düzenlenen resmi sağlık kurulu raporunda bireyin üreme yeteneğinden yoksun olduğunun tespit edilmediği ihtimalde cinsiyet geçiş sürecini tamamlamak mümkün olmayacağından²²⁷, translar üreme ve buna bağlı olarak çocuk sahibi olma haklarından kendi rızalarıyla²²⁸ vazgeçmekteydiler.

Bu noktada bu başlık içerisinde ifade edildiği üzere, anılan şarta ilişkin kaleme alınan gerekçeden, şartın tam olarak hangi tıbbi ve/veya hukuki gerekçe ile

²²⁵ İşbu çalışmanın “Evli Olmama Şartı” başlığına ilişkin “Şartın Öngörülme Sebebinin Değerlendirilmesi” başlığı altında yer verilen Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 2009/2171 E. 2010/9487 K. sayılı ve 11.05.2010 tarihli kararı uyarınca daha önce bir evlilik yapmış veya halihazırda çocuk sahibi olan bireylerin de, halen evli olunmaması suretiyle önceden bir evlilik yapılmasının veya çocuk sahibi olunmasının cinsiyet geçiş sürecine başvurmaya engel olmayacağı ifade edilmiştir.

²²⁶ GÜNGÖR, s. 134.

²²⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’ne ait 2005/20746 E. 2006/5916 K. sayılı ve 20.04.2006 tarihli kararda, dosya kapsamında düzenlenen resmi sağlık kurulu raporunda davacının üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu belirlenemediğinden cinsiyet geçişine izin isteminin reddine karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, *erişim*: 23.04.2018.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’ne ait 2015/23063 E. 2016/3697 K. sayılı ve 02.03.2016 tarihli kararda, her ne kadar resmi sağlık kurulu raporunda doğal yollarla çocuk sahibi olma yeteneğinden yoksun olsa da, yardımcı üreme teknikleri ile çocuk sahibi olma ihtimali bulunduğundan ötürü yerel mahkeme, cinsiyet geçişine izin talebinde bulunan davacının talebini reddetmiştir. Yargıtay ise dosyada mevcut raporlar arasında bütünlük sağlanmadan karar verilmesi sebebiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, *erişim*: 23.04.2018.

²²⁸ HUN, s. 315.

düzenlendiği anlaşılamamaktadır. Mevcut belirsizlik sebebiyle konu doktrinde farklı varsayımlar üzerinden ele alınmıştır. Buna göre şartın düzenleniş sebebinin, trans kadınları babalık ve trans erkekleri ise annelik yapmaktan alıkoymak amacı²²⁹ olabileceği, dolayısıyla ifade edildiği gibi, kanun koyucunun bir transın çocuk sahibi olmasının mümkün olmadığı yönündeki kanısıyla ilgili olabileceği de dile getirilmiştir²³⁰. Ek olarak cinsiyet disforisi gibi bireyin elinde olmayan bir sebepten ötürü bireyi çocuk sahibi olma hakkından tamamen mahrum bırakmanın hukuki uygunluğu meselesinin yeterince tartışılmadığının da altı çizilmiştir²³¹.

Y.Y. v. Türkiye kararına dek, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma şartının yeterince gündeme gelememiş olması ise transların, anılan şartı hormon kullanımı veya tıbbi olmayan yollardan kısırlaştırma yöntemleriyle yerine getirmeleri olarak yapılan açıklamalar da mevcuttur²³².

2.2.1.5.2. Y.Y v. Türkiye Kararı

Bu noktada mülga şarta ilişkin önem arz eden AİHM'e ait Y.Y. v. Türkiye kararından detaylıca söz etmek gerekecektir. Açıklandığı üzere mülga şart, cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasını, vücut bütünlüğüne gerçekleştirilecek bir müdahaleye bağlamakta ve cinsiyet kimliğinin özgürce yaşanabilmesine engel olmaktadır. Kanunun cinsiyet geçiş sürecinde emredici biçimde uygulanmasının ise translara ruhsal ve fiziksel yönden oldukça fazla zarar verdiği tartışmasızdır. Sözü edilen AİHM kararının başvurucusu, doğumla atanmış cinsiyeti kadın olan ve aynı zamanda üreme yeteneği bulunan bir transtır. Ne var ki mecburi kısırlaştırma şartını yerine getirmek istememesi sebebiyle, cinsiyet geçiş talebinin 2005 yılında yerel mahkeme tarafından reddedilmesi ve anılan ret kararının da 2007 yılında Yargıtay

²²⁹ SCHERPE (ATAMER), s. 320.

²³⁰ HUN, s. 315.

²³¹ CUMALIOĞLU, s. 29.

²³² GÜNGÖR, s. 135.

tarafından onanması üzerine²³³, Y.Y. isimli trans, AİHS m. 8’de düzenlenen özel hayata saygı hakkının ihlali iddiasıyla AİHM’e başvurmuştur. 10.03.2015 tarihli ve cinsiyet geçiş süreci noktasında yalnızca Türkiye için değil tüm diğer Avrupa Konseyi üyesi ülkeler için²³⁴ büyük önem taşıyan²³⁵ AİHM kararında konuya ilişkin oldukça faydalı tespitler yer almaktadır. Söz konusu kararın, cinsiyet geçişinde üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksunluk şartına dair AİHM nezdinde değerlendirilen ilk dava olması nedeniyle ayrıca öncü bir niteliğe sahip olduğunu da belirtmek gerekir.

Y.Y. v. Türkiye kararında maddi olayları kısaca özetlemek gerekirse, doğumla atanmış cinsiyeti kadın olan başvuru 30.09.2005 tarihinde cinsiyet geçişi amacıyla mahkemeye başvurmuştur²³⁶. Hastanenin ilgili birimlerinden muhtelif tarihlerde alınan raporlar sonucu başvuru trans yapıda olduğu ve psikolojik sağlığı açısından yaşamının geriye kalan kısmını erkek olarak geçirmesinin daha sağlıklı olacağı tespit edilmiştir. Ne var ki psikiyatrik raporlar başvuru cinsiyet geçişini gerçekleştirmesi gerektiği yönünde olsa da başvuru üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun değildir. Buna bağlı olarak MK m. 40/I hükmünde yer alan şartları bütünü ile sağlayamıyor oluşu nedeniyle tıbbi operasyonu geçirme ve cinsiyet geçişini tamamlama talebi yerel mahkeme tarafından reddedilmiştir. Anılan ret kararının Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmesiyle AİHM’e AİHS m. 8 hükmünün ihlal edildiği iddiasıyla başvuru meydana getirilmiştir. Başvurunun bu süreçte iki göğsünü de aldırması ve kendini sosyal hayat içerisinde bir erkek ismiyle tanıtmaya başlamış olmasının yanında testosteron oranını arttırmak amacıyla hormon

²³³ ATAMER / TAŞKIN, s. 733.

²³⁴ Konuya ilişkin olarak Y.Y. v. Türkiye kararının verildiği 10.03.2015 tarihinden sonra, 06.04.2017 tarihinde verilmiş A.P., GARÇON ve NICOT v. Fransa Başvuru No: 79885/12, 52471/13 ve 52596/13 kararında, tıbbi operasyon için değil; ancak cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması aşamasında üreme yeteneğinden yoksunluk şartının aranması nedeniyle AİHM m. 8 ihlali iddiası ile gerçekleştirilen başvurunun değerlendirme aşamasında Y.Y. v. Türkiye kararına da atıfta bulunarak, sözü edilen şartın aranmasının AİHS m. 8 hükmünün ihlali olduğu kanaatine varmıştır.

²³⁵ HUN, s. 313.

²³⁶ Y.Y. v. Türkiye para. 7.

ilacı kullanmakta olduğu da avukatı tarafından ifade edildiği üzere kararda yer alan bilgiler arasındadır.

AIHS m. 8/II uyarınca, devlet tarafından özel hayatın korunması hakkına yapılacak bir müdahalenin meşru sayılabilmesi ancak müdahalenin yasayla öngörölmüş ve demokratik bir toplumdan gerekli olmasına bađlıdır²³⁷. Bu doğrultuda Y.Y. v. Türkiye kararında, AIHM tarafından söz konusu şartların mevcut olup olmadığının incelenmiş ve cinsiyet geçiş sürecinin fiziki müdahalesi olan tıbbi operasyonun dahi öncesinde, tıbbi operasyon için izin alınması gereken bir aşamada ne sebeple üreme yeteneğinden yoksunluk şartının arandığının²³⁸ ve biyolojik olarak üreme yeteneği bulunan bireyin anılan şartı ne şekilde yerine getireceğinin²³⁹ anlaşılamadığı belirtilmiştir. Çalışma içerisinde sözü edilen Christine Goodwin v. Birleşik Krallık davasında da AIHM'in ifade ettiđi²⁴⁰ üzere, transların gerek fiziksel gerekse de manevi yönden güvende hissetme hakları bulunduğu tartışmasızdır. Bir transı ise sırf cinsiyet geçişı kapsamında tıbbi operasyon talep etmesi sebebiyle bu en doğal hakkından mahrum bırakmak elbette kabul edilebilir deđildir²⁴¹. Bu görüşlerin doğrultusunda, velev ki ilgili ülkenin mevzuatında şartın yerine getirilmesini sağlayacak düzenlemeler olsa dahi bireyi anılan müdahaleye (sterilizasyon) mecbur bırakmanın kişinin fiziki bütönlüğüne saygıya aykırı olacağı²⁴² Mahkeme tarafından ifade edilerek söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına kanaat getirilmiştir. Benzer şekilde karara ilişkin getirilen bir yorumda da, cinsiyet geçişı kapsamındaki tıbbi operasyona ulaşma imkanını yalnızca üreme yeteneğinden yoksun translar ile sınırlamanın, Türkiye'yi Avrupa'daki en tutucu cinsiyet geçiş

²³⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, erişim: 13.04.2018.

²³⁸ Y.Y. v. Türkiye para. 116.

²³⁹ Y.Y. v. Türkiye para. 118.

²⁴⁰ Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, para. 90.

²⁴¹ DUNNE, Peter, "Commentary Y.Y. v Turkey: Infertility As A Pre-Condition For Gender Confirmation Surgery", Medical Law Review, Vol. 23, No. 4, s. 646–658, Mayıs 2015, s. 650.

²⁴² Y.Y. v. Türkiye para. 119.

süreci düzenlemesine sahip ülke durumuna getirdiği ifade edilmiştir²⁴³. Bunun sonucunda Mahkeme, 10.03.2015 tarihli kararıyla AİHS 8 hükmü kapsamında tanınmış özel hayatın korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca kararda yukarıda yer verilen²⁴⁴ Avrupa Konseyi'ne ait bilgi notuna da atıfta bulunularak, trans bir kişinin cinsiyet kimliğinin hukuken tanınabilmesi için sağlığına zarar verebilecek zorunlu tıbbi tedaviler ile kısırlaştırmanın ortadan kaldırılması gerektiği de ifade edilmiştir²⁴⁵. Öyle ki vücut bütünlüğü hakkı aynı zamanda, Devletten cinsiyet geçişi için onay alabilmek adına doğurganlıktan zorunlu olarak mahrum kalmamayı da kapsamaktadır²⁴⁶.

Her ne kadar AİHM kararında üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma koşulunun bireyin özel hayatının korunması hakkını ihlal ettiğine hükmedilmiş olsa da yerel mahkemece başvuru aleyhine verilmiş ret kararının Yargıtay tarafından onanması, AY 90/V hükmüne aykırılık teşkil eden²⁴⁷, bu anlamda kişinin beden bütünlüğünü, cinsiyet kimliğini tayin hakkı ile özel hayatın korunması hakkını ihlal eden bir karara sebep olmuştur.

²⁴³ DUNNE, s. 649.

²⁴⁴ Bkz. yukarıda yer verilen Avrupa Konseyi “İnsan Hakları ve Cinsiyet Kimliği” başlıklı Bilgi Notu, “CommDH/IssuePaper 2 Original version, Strasbourg”, Temmuz, 2009.

²⁴⁵ Y. Y. V Türkiye, Yargıçlar Keller Ve Spano’nun Müsterek Mutabakat Şerhi, para. 15.

²⁴⁶ DUNNE, s. 658.

²⁴⁷ ATAMER / TAŞKIN, s. 738. Nitekim, AY 90/V hükmü içeriğinde “...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” ifadeleri yer almaktadır. Bu doğrultuda Türkiye’nin de taraf olduğu ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan AİHS’den doğan bir hakkın ihlaline ilişkin verilmiş bir karara rağmen, aynı konu hakkında farklı yönde bir iç hukuk düzenlemesini hukuki dayanak göstererek oluşturulan iç hukuka ait bir karar, AİHM tarafından verilen karar ile ters yönde olması nedeniyle AY 90/V hükmüne de aykırıdır.

2.2.1.5.3. Y.Y v. Türkiye Kararı Sonrası Yaşanan Gelişmeler

2.2.1.5.3.1. Kanun Teklifleri

Yargıtay tarafından AİHM kararına uyulmamış olsa da bu karar sonrası anılan şartın MK m. 40/I'den çıkarılması adına iki farklı tarihte TBMM'ye teklif sunularak ilgili konu yasama gündemine alınmıştır. Anılan tekliflerden ilki olan, 23.11.2015 tarih ve 2/237 esas sayılı teklifte²⁴⁸ özellikle Avrupa Konseyi'ne ait “Cinsel Yönelim Veya Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılıkla Mücadele Etmek İçin Alınacak Önemler Üzerine Bakanlıklar Komitesinin Üye Devletlere Yönelik Tavsiye Kararı”²⁴⁹ m. 20 uyarınca cinsiyet geçişinin hukuken tanınması için gereken ön şartlar içerisinde, fiziksel yapıya dair değişiklik içeren tüm koşulların kaldırılması gerektiği vurgulanmış ve MK m. 40/I'deki ilgili şartın hükümden çıkarılması teklif edilmiştir.

Sonrasında 27.12.2016 tarihinde yapılan 2/1549 sayılı kanun teklifi²⁵⁰ ile bu defa Y.Y. v. Türkiye kararına da atıfta bulunularak, taraf olunan uluslararası sözleşmeler ve Anayasa gereği AİHM kararı doğrultusunda iç hukukta gerekli düzenlemelerin yapılması gerekliliğinin ve transların durumunun hasta veya tedaviye muhtaç olarak değerlendirilemeyeceğinin altı çizilerek anılan şartın hükümden çıkarılması talep edilmiştir. Ek olarak MK m. 40 hükmüne, cinsiyet geçişi için mahkemeden izin alınmaksızın tıbbi operasyon geçiren kişinin cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasını sağlayacak yeni bir fıkra eklenmesi de teklif edilmiştir.

²⁴⁸ 2/237 Esas sayılı 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-0237.pdf>, erişim: 15.04.2018.

²⁴⁹ Cinsel Yönelim Veya Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılıkla Mücadele Etmek İçin Alınacak Önemler Üzerine Bakanlıklar Komitesinin Üye Devletlere Yönelik CM/Rec (2010)5 Sayılı Tavsiye Kararı (*Recommendation CM/Rec (2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cf40a, erişim: 15.04.2018.

²⁵⁰ 2/1549 Esas sayılı 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1549.pdf>, erişim: 15.04.2018.

Her iki teklif de halen komisyon aşamasında olup; bu konuda bir gelişme kaydedilmemiştir.

2.2.1.5.3.2. Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı

Tüm bu hukuki sürecin ardından MK m.40/I'deki üreme yeteneğinden yoksunluk şartı, Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin başvurusuyla somut norm denetimi için AYM'ye taşınmıştır. AYM, 14.6.2017 tarihinde başvuruyu esastan değerlendirmeye almış²⁵¹ ve 29.11.2017 tarihli kararıyla MK m.40/I'in 2. cümlesindeki "...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu..." ibaresini iptal etmiştir.

İptal kararında trans yapıda olan, yani cinsiyet disforisi bulunan bireyler arasında üreme yeteneğine sahip olanların da bulunabileceği²⁵², anılan şekilde bireylerin cinsiyet geçiş sürecini tamamlayabilmeleri için zorunlu olarak tıbbi müdahale (sterilizasyon) geçirmeleri gerektiği oysaki cinsiyet geçişi kapsamında tıbbi operasyon neticesinde operasyonun bir sonucu olarak zaten üreme yeteneğinden yoksun hale gelindiği belirtilmiştir.²⁵³ Buna göre cinsiyet geçişi kapsamındaki tıbbi operasyondan önce üreme yeteneğinden yoksunluk şartının aranmasının ve üreme yeteneğinden yoksun kalabilmek adına tıbbi müdahaleye maruz kalmanın katlanılması gerekli olmayan bir müdahale olduğu²⁵⁴ sonucuna varılmıştır. Bu sebeple MK m. 40/I'deki şartın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen AY m. 13 hükmünde belirtilen ölçülülük ilkesinin sınırını aştığı; AY m. 17'de düzenlenen kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi hakkı ile AY m. 20'de düzenlenen özel hayatın korunması yönündeki temel hak ve özgürlüklere aykırı

²⁵¹ <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/gundem/detay/genelkurul/773.pdf> erişim: 29.11.2017.

²⁵² 29.11.2017 tarihli ve E.: 2017/130, K.: 2017/165 sayılı AYM kararı para. 22.

²⁵³ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2017/130, K.: 2017/165 sayılı AYM kararı para. 24.

²⁵⁴ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2017/130, K.: 2017/165 sayılı AYM kararı para. 25.

olduğu gerekçesiyle iptal edilmesine karar verilmiştir.

Görüldüğü üzere AYM, üreme yeteneğinden yoksun bırakmaya yönelik müdahalenin cinsiyet geçişi kapsamındaki tıbbi operasyondan önce gerçekleşmesini hukuka aykırı bularak, bu şartın tıbbi operasyon için izin aşamasında değil, cinsiyet kimliğinin hukukî tanınması aşamasında aranması gerektiğini belirten görüşlere²⁵⁵ paralel hareket etmiştir. MK m. 40 uyarınca tıbbi operasyonun cinsiyet geçişinin zorunlu bir unsuru olarak düzenlenmesi sebebiyle, AYM kararında da belirtildiği üzere anılan tıbbi operasyon ile bireyin üreme yeteneği her hâlükârda sonlanacağından²⁵⁶, iptal edilen zorunlu kısırlaştırma şartının artık herhangi bir aşamada aranmasına gerek kalmayacağı açıktır. Zira MK m. 40 uyarınca bir transın cinsiyet kimliğinin hukukî tanınmasını talep edebilmesi için, cinsiyet geçiş sürecindeki tıbbi operasyonu da hâlihazırda geçirmiş olması gerekir. Dolayısıyla cinsiyet kimliğinin hukukî tanınması için tıbbi operasyon şartı kaldırılmadıkça, anılan AYM kararından önceki gibi zorla kısırlaştırma şeklinde olmasa dahi translar, çocuk sahibi olamamaya ve yine zorunlu olarak kısırlaştırılmaya devam edecektir.

AYM kararında iki adet karşı oy yazısı bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde²⁵⁷ bir transa açıkça zorunlu olarak kısırlaştırma şartı dayatılmadığı, yalnızca cinsiyet geçişini sağlamak istemesi sebebiyle üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksunluğunun belgelendirilmesi gerektiği ve üreme yeteneğine sahip transların kısırlaştırılmasının da bu sistemin doğal bir sonucu olduğu ifade edilmiştir. Bunun yanında üreme yeteneği bulunmayan translar için zaten herhangi bir tıbbi müdahale

²⁵⁵ Bu yönde bkz. SERT, s. 262; SAĞLAM, s. 465-466; BAŞARA, s. 256.

²⁵⁶ Konuya ilişkin olarak bkz. Henry Bodkin'e ait 04.11.2017 tarihli "Sex-change men will soon be able to have babies" başlıklı haber. Bu haberde, erkekten kadına tıbbi operasyon ile kadın cinsiyetine geçiş yapmış transların yakın gelecekte rahim nakli ile çocuk sahibi olabilecekleri ifade edilmektedir. <https://www.telegraph.co.uk/news/2017/11/04/babies-born-transgender-mothers-could-happen-tomorrow-fertility/>, erişim: 23.04.2018.

²⁵⁷ Nuri Necipoğlu, Hicami Dursun, Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel ve Yusuf Şevki Hakyemez'e ait Karşı Oy Yazısı.

(sterilizasyon) gerekmediğinden, anılan şartın da herhangi bir müdahale veya sınırlama içermediği belirtilmiştir. İlgili karşı oy yazısında, üreme yeteneğine sahip transların bu yeteneği kendi iradeleriyle sonlandırarak MK m. 40 kapsamında cinsiyet geçişi sürecine dahil olabilecekleri, kanun koyucunun esasen üreme yeteneğinden halihazırda yoksun translar için düzenlediği cinsiyet geçiş sürecinden yararlanmak isteyen transların bu şartı yerine getirebilmek adına kendilerini zorunlu bir tıbbi operasyona maruz bırakmaları gerektiği ve üreme yeteneğinden halihazırda yoksun translar açısından herhangi bir anayasal sorun bulunmadığının ifade edilmiş olması da dikkat çekicidir.

Bu karşı oy yazısında anlaşılması ve kabulü mümkün olmayan bazı hususlar yer almaktadır. Bunlardan ilki, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma şartı uyarınca translardan zorunlu tıbbi müdahalenin açıkça talep edilmediği; ancak üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olduğunun belgelendirilmesi gerektiği görüşüdür. Üyeler bu görüşü ilgili şartın, üreme yeteneğinden zaten yoksun olan transları kapsadığını belirterek gerekçelendirmiştir.

Her şeyden önce yukarıda da ifade edildiği gibi doktrin ve uygulamada anılan şart bu şekilde dar yorumlanmamaktadır²⁵⁸. Kaldı ki anılan şartın AYM üyelerinin belirttiği şekilde yalnızca üreme yeteneğinden yoksun olan translar için aranıyor olduğu ihtimalde, üreme yeteneği bulunan transların şimdiye dek kendilerini maruz bırakmak durumunda kaldıkları kısırlaştırma operasyonlarının da mantıklı bir açıklaması kalmayacaktır. Üyeler bu zorunlu tıbbi müdahaleleri cinsiyet geçiş süreci kapsamında mahkemeden izin alınması gerekliliğinin doğal bir sonucu olarak yorumlamaktadır. Üreme yeteneği bulunan bir trans rızası olup olmadığına bakmaksızın adeta zorlamayla fiziksel bir müdahaleye mecbur bırakmanın ve bununla

²⁵⁸ Bkz. yukarıda “Evli Olmama Şartı” başlığına ilişkin “Şartın Öngörülmesinin Değerlendirilmesi” başlığı ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 2009/2171 E. 2010/9487 K. sayılı ve 11.05.2010 tarihli kararı.

beraber gelen psikolojik hasarların²⁵⁹ yarattığı kişilik hakkı ihlali ve bunun yanında beden bütünlüğü ve özel hayatın korunması haklarını da ihlal eden bir uygulama açıkça hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı bir uygulamanın ise hangi prosedürün veya gerekliliğin sonucu olduğunun bir önemi yoktur ve bu şekilde meşruiyet kazanmasının imkânı bulunmaz.

Öte yandan karşı oy yazısında yer alan üreme yeteneğine sahip transların cinsiyet geçiş süreci düzenlemesinden yararlanabilmek adına kendilerini tıbbi operasyona (sterilizasyon) maruz bırakıyor olmaları ve bu durumda herhangi bir hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinin gerekçesi anlaşılamamaktadır. Bu yaklaşım sonucunda, bir transın üremek, dolayısıyla da çocuk sahibi olmak isteyebileceği fikrinin daha en başından reddedildiği ve tüm muhakemenin de bu güçlü kanı üzerinden geliştirildiği görülmektedir.

Keza benzer bir yaklaşım karara dair ikinci karşı oy yazısında²⁶⁰, anılan şart ile “transların üreme yeteneğinden yoksun bulunmasını istemekle bireyin isteği ile nesil sağlığı arasında bir denge” kurulmasının hedeflendiği ve buna yönelik olarak da “toplum yararına makul bir sınırlandırmanın” düzenlendiği ifadeleriyle yer bulmuştur. “Nesil sağlığı” ifadesi ile tam olarak ne kast edildiğine yer verilmemiş olmakla beraber, getirilen sınırlamanın toplum yararına olduğu ifadesi bu konuda bir ipucu vermektedir. Öyle anlaşılmaktadır ki bir transın çocuk sahibi olduğu ihtimal, toplumun benimsediği heteronormatif normları sarsacağından buna engel olunması ve makul bir sınırlama ile ortadan kaldırılması gerekmektedir. Nitekim bu durum, ikili cinsiyet sistemini²⁶¹ benimsemiş bir toplumda esasen çok da şaşırılacak bir tutum değildir.

²⁵⁹ ATAMER / TAŞKIN, s. 332.

²⁶⁰ Muammer Topal’a ait Karşı Oy Yazısı.

²⁶¹ Bkz. çalışmanın “İkili Cinsiyet Sisteminde Cinsiyet Kimliği Sorunsalı” adlı başlığı.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, her ne kadar anılan şartın iptal edilerek hükümden çıkarılmış olması olumlu bir gelişme olsa da bu şartın iptal edilmesine sunulan temel gerekçenin, transların cinsiyet geçişi kapsamındaki tıbbi operasyon neticesinde üreme yeteneğinden zaten mahrum kalmaları ile ilişkilendirilmesi düşündürücüdür. Zira bireyin üreme yeteneğinden yoksun bulunmasının hangi amaca hizmet ettiğine yönelik tatmin edici bir açıklamaya yer verilmemiş, onun yerine bireyin üreme yeteneğinden tıbbi operasyon neticesinde zaten mahrum kalmasından ötürü anılan şartın ölçülü ve gerekli bir müdahale olmaması sebebiyle iptaline karar verilmiştir. Nitekim aşağıda cinsiyet geçişi kapsamındaki tıbbi operasyonun insan hakları hukukuna uygunluğu ayrıca değerlendirilecektir.

Yabancı hukuk sistemlerine bakıldığında ise örneğin Arjantin Cinsiyet Kimliği Yasası uyarınca kısırlık şartına yer verilmemekle beraber anılan Yasa'nın 4. maddesi uyarınca cinsiyet geçişi için herhangi bir tıbbi operasyon şartı aranmadığı belirtilmiştir. Bunun yanında İtalya, İspanya, İrlanda, Birleşik Krallık, İsveç, Belçika²⁶², Polonya, Avusturya, Hırvatistan²⁶³ ve Uruguay²⁶⁴ gibi pek çok ülkenin cinsiyet geçiş düzenlemesinde üreme yeteneğinden yoksunluk şartının yer almadığı görülmektedir. Öte yandan Almanya ve Avusturya'da da üreme yeteneğinden yoksun olma şartının aranması, anayasaya aykırı bulunmuştur²⁶⁵. Alman Federal Anayasa Mahkemesi üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunulması ve zorunlu tıbbi operasyon şartının bireyin cinsiyet kimliğini tayin edebilmesi hakkına aykırı

²⁶² SCHERPE (RIBA / MARQUEZ), s. 261 vd., (SLOAN), s. 238 vd., (GILMORE), 193 vd., (GARLAND), 293, (PINTENS, Walter, “The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons In Belgium and The Netherlands”), s. 115.

²⁶³ International Bar Association LGBTI Law Committee, ‘Mr & Ms X: The Rights of Transgender Persons Globally’, Research Digest, 2015, s. 14.

²⁶⁴ “Uruguay passes landmark gender identity law” başlıklı haberde Uruguay hukukunda yer alan cinsiyet geçiş sürecinde ameliyatın hiçbir koşulda bir şart olarak iler sürülmediği ifade edilmektedir. <https://transgenderequality.wordpress.com/2009/10/15/uruguay-passes-landmark-gender-identity-law/>, erişim: 29.04.2018

²⁶⁵ HAMMARBERG, s. 87; Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış “Transseksüellerin İnsan Haklarının Korunması: Cinsiyetin Hukuken Tanınmasına Yönelik Kısa Bir Rehber” (Protecting Human Rights Of Transgender Persons: A short guide to legal gender recognition), Council of Europes. s. 13, <https://rm.coe.int/1680492119>, erişim: 16.04.2018.

olduğunu ifade etmiştir²⁶⁶. İsviçre Yüksek Mahkemesi ise bireyin cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için üreme yeteneğinden geri dönülemez biçimde yoksun olmanın gerekli olmadığını ifade etmiştir²⁶⁷. Bunun yanında ilgili şartı aramayan ülkelere kıyasla daha az sayıda olsa da anılan şart, örneğin Japonya ve Çek Cumhuriyeti²⁶⁸ gibi ülkelerde hala mevcudiyetini korumaktadır.

Cinsiyet kimliği, cinsiyet algısı doğrultusunda oluşan bir kavram olmakla beraber, cinsiyet kimliğinde oluşabilecek bir uyumsuzluğun bireyin aile kurma ve çocuk sahibi olma arzusuyla ilişkilendirilerek değerlendirme yapılmaması gerekir. İkili cinsiyet yapısının empoze ettiği anılan türden bir tutum, transların üreme imkânına ulaşamamalarına, bunun da ötesinde anılan kimselerin çocuk sahibi olmak isteyebileceklerine hiçbir şekilde ihtimal dahi verilmemesine yol açmaktadır. Bu nedenle MK m. 40/I hükmünden ilgili şartın çıkarılması pozitif bir gelişme olsa dahi, bir sonraki başlıkta incelenecek tıbbi operasyon şartı da ortadan kaldırılmadıkça insan haklarına uygun bir sistemden söz etmek mümkün olamayacaktır.

2.2.2. Cinsiyet Geçişi Sürecinin Zorunlu Bir Aşaması: Tıbbi Operasyon

Türk hukukunda MK m. 40 uyarınca düzenlenen cinsiyet geçiş sistemi, cinsiyet geçişi kapsamındaki tıbbi operasyonu geçirebilmek için mahkemeye başvurarak izin alma, tıbbi operasyonu geçirme ve nihayetinde cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için yeniden mahkemeye başvurma şeklinde üç aşamadan oluşmaktadır. Transların cinsiyet geçiş süreci kapsamındaki tıbbi operasyonu geçirebilmesi için aranan ve MK

²⁶⁶ Açıklamasına yer verilen Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin 7/2011 numaralı ve 28.01.2011 tarihli basın açıklaması metni, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-007.html> erişim: 16.04.2018.

²⁶⁷ Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış “Transseksüellerin İnsan Haklarının Korunması: Cinsiyetin Hukuken Tanınmasına Yönelik Kısa Bir Rehber” (Protecting Human Rights Of Transgender Persons: A short guide to legal gender recognition), Council of Europe, s. 13, <https://rm.coe.int/1680492119>, erişim: 16.04.2018.

²⁶⁸ SCHERPE, (YUKO), s. 375, (HAVELKOVA), s. 135.

m. 40/I hükmünde sayılan şartları sağlaması halinde mahkeme tıbbi operasyonu geçirmesi için yapılan başvuruyu kabul ederek izin verir²⁶⁹.

MK 40 hükmünün gerekçesinde tıbbi operasyonun gerekliliğini açıklayan bir ifade yer almamaktadır. Ancak bu üç aşamalı sistemden ve uygulamadan anlaşılmaktadır ki, Türk hukukunda tıbbi operasyon cinsiyet geçişinin zorunlu bir aşamasıdır ve gerçekleşmediği takdirde cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması mümkün olmayacaktır. Bu noktada operasyonun teknik detayları değil; anılan operasyon sürecinin translar açısından ne şekilde ilerlediği ve cinsiyet geçişi doğrultusunda cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması adına tıbbi operasyonun gerekli olup olmadığı tartışmaya açılacaktır.

2.2.2.1. Tıbbi Operasyonun Ulaşılabilirliği

Cinsiyet geçişi kapsamındaki tıbbi operasyonu geçirebilmek için izin alan bir trans, anılan operasyonu kendi tercih ettiği herhangi bir hastanede geçirebilmektedir²⁷⁰. Bu noktada önemli noktalardan biri, cinsiyet geçiş süreci kapsamındaki tıbbi operasyonların Sosyal Güvenlik Kurumu (“SGK”) tarafından karşılanmakta olmasıdır. Anılan imkân, SGK’nın 23.10.2013 tarihinde tüm müdürlüklerine yolladığı yazının²⁷¹ ardından mümkün olmuştur. Buna karşılık sağlık sigortası hizmeti olan pek çok özel sigorta şirketinin anılan operasyonu, poliçelerinin özel şartları içerisinde düzenlediği ve finansmanının karşılanmadığı görülmektedir²⁷².

²⁶⁹ ÖZKAN, s. 261; BULUT, s. 145; GENÇCAN, s. 404; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 509; CUMALIOĞLU, s. 15; ATAMER / TAŞKIN, s. 744.

²⁷⁰ ATAMER / TAŞKIN, s. 749.

²⁷¹ ATAMER / TAŞKIN, s. 749 dn. 69’da yer alan Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, 23.10.2013 tarihli, 10463188/3878389-17074768 sayılı ve “Cinsiyet Değiştirme Ameliyatı” başlıklı yazı.

²⁷² Örnek olarak bkz. Anadolu Sağlık Sigortası Özel Şartlar m. 20/VIII, [https://www.anadolusigorta.com.tr/i/content/29_1_SA620%20\(ÖSS%20özel%20şartlar\).pdf](https://www.anadolusigorta.com.tr/i/content/29_1_SA620%20(ÖSS%20özel%20şartlar).pdf), erişim: 25.04.2018; ayrıca bkz. AXA Sigorta Sağlık Sigortaları Özel Ve Genel Şartlar Kitapçığı m. 5/XIV,

Bu durum, söz konusu operasyonun oldukça karmaşık olması ve operasyonu gerçekleştirebilecek nitelikteki hastane ve hekimlerin donanım ve sayı bakımından yetersiz olması²⁷³ nedeniyle mecburen özel hastanelere yönelmek durumunda kalan²⁷⁴ transları ekonomik anlamda büyük bir yükün²⁷⁵ altına sokmaktadır. Bu doğrultuda her ne kadar cinsiyet geçiş süreci kapsamındaki tıbbi operasyon SGK kapsamına alınmış olsa da konunun uzmanı hekim sayısı arttırılmadıkça ve özel sigorta şirketleri de anılan operasyonu poliçeleri kapsamına almadıkça, transların operasyona ulaşım haklarının tam anlamıyla gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir.

Öte yandan tıbbi operasyonun yurt dışında gerçekleşmesi de ihtimal dahilindedir²⁷⁶. Konuya ilişkin verilmiş bir Yargıtay kararında²⁷⁷, davacı Almanya’da cinsiyet geçişi kapsamında tıbbi operasyon geçirmiş; ancak cinsiyet geçiş talebi reddedilmiştir. Yargıtay bu noktada davacının MK m. 40/I hükmünde yer alan tüm şartları sağlamasına rağmen yerel mahkemenin davacının talebini reddetmesini doğru bulmamış ve kararı bozmuştur. Bir başka Yargıtay kararında²⁷⁸ ise, davacı yurt dışında cinsiyet geçişi kapsamında tıbbi operasyon geçirmiş ve Türkiye’de dava açarak nüfus kaydında yer alan isim ve cinsiyet hanelerinde değişiklik talep etmiş; ancak asgari sağlık kurulu raporu sunmadığından talebi reddedilmiştir. Yargıtay bu davada, cinsiyet geçişine ilişkin kayıt düzeltme davalarının kamu düzenine ilişkin olduğu; bu noktada davacıyı hastaneye sevk edip alınacak rapora göre karar verilmesi

<https://www.axasigorta.com.tr/images/pdf/Ozel-Sartlar-Ana-Metin.pdf>, erişim: 25.04.2018; Allianz Modüler Sağlık Sigortası Özel Şartları, m. 5/XXVI, [https://www.allianzsigorta.com.tr/v_1467356200000/tr/files/sartlar/Modüler_Sağlık_Sigortası_Özel_Genel_Sartlar_Kitapçığı.pdf](https://www.allianzsigorta.com.tr/v_1467356200000/tr/files/sartlar/Moduler_Saglik_Sigortasi_Ozel_Genel_Sartlar_Kitapçığı.pdf), erişim: 25.04.2018.

²⁷³ GÜNGÖR / SULU / MUTLU / FERHAT / ÇEVİK / HUN, s. 31.

²⁷⁴ ATAMER / TAŞKIN, s. 750.

²⁷⁵ GÜNGÖR, s. 141. Anılan bölümde yer alan bir transın tanıklığında genital operasyonların oldukça pahalı operasyonlar olduğu ifade edilmiştir.

²⁷⁶ GÜNGÖR / SULU / MUTLU / FERHAT / ÇEVİK / HUN, s. 64. Cinsiyet geçişi kapsamındaki tıbbi operasyonu Bangkok’da geçiren bir transın tanıklığına yer verilmiştir.

²⁷⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2009/19038 E. 2010/20942 K. sayılı ve 13.12.2010 tarihli karar. Kazancı İhtihat Bankası, erişim: 25.04.2018.

²⁷⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2002/3556 E. 20024451 K. sayılı ve 29.03.2002 tarihli karar. Kazancı İhtihat Bankası, erişim: 25.04.2018.

gerekirken talebin reddini doğru bulmayarak yerel mahkeme kararını bozmuştur. Başkaca bir Yargıtay kararında²⁷⁹, davacı önceden Türk vatandaşı iken ilgili vatandaşlıktan çıkarak Alman vatandaşlığına geçmiştir Alman mahkemelerinin nüfus kaydında yer alan isim ve cinsiyet kayıtlarındaki değişiklik kararlarının tanınmasını talep etmektedir. Yargıtay bu kararında, tıbbi operasyon Almanya’da gerçekleştiğinden davacının MK m. 40’ta belirtilen süreci tam olarak uygun hareket etmemiş olmasının kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağını ve her iki kararın da tanınması gerektiğini ifade ederek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Her ne kadar Yargıtay, yurt dışında gerçekleşen cinsiyet geçişi kapsamındaki tıbbi operasyonlar sonucunda cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasını kabul etmiş olsa da doktrinde MK m. 40 hükmünün şartlarını içermeyecek şekilde meydana gelen operasyonların hukuken kabul edilmesi ve ancak operasyonu yapana ve geçirene yaptırım uygulanması gerektiği savunulmuştur²⁸⁰. Öncelikle yaptırımın tam olarak hangi hukuki gerekçeye dayanacağı belirtilmediğinden, bu şekilde herhangi bir kimseye yaptırım uygulamak mümkün olmayacaktır. Haricen kendi rızası ile tıbbi operasyon talep etmiş bir kimseyi ve bu talep doğrultusunda operasyonu gerçekleştirmiş hekimi cezalandırmak için öngörülecek bir hukuki düzenlemenin hukuka uygunluğu da elbette tartışma konusudur²⁸¹.

Öyle ki AİHM tarafından konuya ilişkin olarak incelenmiş ve Almanya’ya karşı verilmiş 12.09.2003 tarihli Van Kück kararına konu somut olayda²⁸², başvuru cinsiyet geçiş süreci kapsamındaki operasyona ilişkin yaptığı harcamaların kendisine geri ödenmesi için özel bir sağlık sigortasına dava açmış ve iç hukuk yollarının tüketilmesinin ardından AİHM’e başvurmuştur. Söz konusu başvuru ile ilgili AİHM,

²⁷⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2009/9678 E. 2009/22090 K. sayılı ve 21.12.2009 tarihli karar. Kazancı İçtihat Bankası, *erişim*: 25.04.2018.

²⁸⁰ DURAL / ÖĞÜZ, s. 127.

²⁸¹ Benzer yönde görüş için bkz. CUMALIOĞLU, s. 16.

²⁸² Van Kück v. Almanya, Başvuru No: 35968/97

adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m. 6 ile özel hayatın korunmasını düzenleyen AİHS m. 8 yönünden ihlal kararı vermiştir. Bu noktada AİHS m. 8 yönünden verilen ihlal kararının gerekçesi önemlidir. AİHM konuya ilişkin olarak, cinsiyet kimliğinin sıkı sıkıya özel hayata ilişkin olduğunu ve bir kimseyi bu yöndeki tıbbi operasyonu geçirmenin neden gerekli olduğu yönünde bir ispat yükü altında bırakmanın haksız olduğunu²⁸³ ifade ederek, başvuru ile söz konusu sigorta şirketinin menfaati arasında adil bir denge kurulamadığını²⁸⁴ ifade etmiştir.

İsviçre’ye karşı verilen 05.06.2009 tarihli bir başka AİHM kararına²⁸⁵ konu somut olayda, altmış yedi yaşında olan başvuru, doğumla atanmış cinsiyeti erkek olan bir transtır ve cinsiyet geçiş sürecinde geçirdiği tıbbi operasyon, İsviçre mevzuatında yer alan bir düzenleme uyarınca beklenmesi gereken iki senelik sürenin dolmaması sebebiyle sigorta tarafından karşılanmamıştır. AİHM bu kararında öncelikle söz konusu düzenlemenin başvurucağın yaş gözetilmeden mekanik²⁸⁶ bir biçimde uygulanmış olmasını ve haricen bu bekleme süresinin başvurucağın operasyonu geçirme kararına etki edeceğini²⁸⁷ ifade ederek AİHS m. 8’in ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.

Türkiye’ye karşı verilmiş 09.03.2017 tarihli D.Ç. v. Türkiye kararında²⁸⁸ ise tıbbi operasyon geçirmek isteyen birey açısından süreç kolaylaştırılmadığında nelere yol açtığını göstermesi bakımından ayrıca değinilmesi gerekmektedir. Çocuk yaşlarda cinsiyet disforisi belirtileri gösteren kadın trans başvurucağın, zorla başka bir kadınla evlendirilmiş ve karısını öldürmesi sonucu cezaevine girmiştir. Cezaevinden çıktıktan sonra bu kez kendisini aşağıladığı gerekçesiyle ev sahibini öldürmüş ve yirmi yıl ağır

²⁸³ Van Kück v. Almanya, para. 56, 57.

²⁸⁴ Van Kück v. Almanya, para. 84.

²⁸⁵ Schlumpf v. İsviçre, Başvuru No: 29002/06

²⁸⁶ Schlumpf v. İsviçre, para. 115.

²⁸⁷ Schlumpf v. İsviçre, para. 97.

²⁸⁸ İşbu çalışmanın “18 Yaşını Doldurmuş Olma Şartı” başlığına ilişkin “Şartın Öngörülme Sebebinin Değerlendirilmesi” başlığı altında yer verilmiştir.

hapis cezasına mahkûm edilmiştir²⁸⁹. Başvurucunun her iki cinayeti de içine hapsediği cinsiyet kimliğinin akli dengesini bozması sebebiyle işlediği görülmektedir. Başvurucunun cezaevine girmesinin ardından cezaevi idaresi tarafından saçları kesilmiş, makyaj ve epilasyon yapması yasaklanmıştır. Kararda başvurucunun cinsiyet geçiş süreci kapsamında tıbbi operasyon geçirmesinin hastaneler tarafından yürürlükte olan bir yönetmelik sebebiyle reddedildiği bilgisi yer almaktadır. Buna bağlı olarak başvuru Sağlık Bakanlığı, Adalet Bakanlığı ve Cumhurbaşkanlığı dahil olmak üzere idari mercilere sayısız başvuru gerçekleştirmiş ve en sonunda tıbbi operasyonu geçirmiştir. Ancak başvurucunun bu süreçte intihar etmek durumunda kalacağını defalarca ifade etmesi, “cinsel yönelimi sebebiyle” tek başına bir hücrede tutulması²⁹⁰, hormon tedavisi sağlanmasına rağmen epilasyon imkanı sağlanmaması ve bu haliyle kısmi bir tedavi uygulanması²⁹¹, sonradan bu imkan sağlansa da masraflarının karşılanması benzeri cinsiyet geçiş sürecinin tam olarak tamamlanmasını önleyen durumlar meydana gelmiş; ayrıca başvuru birlikte tutuklu bulunduğu kişilere olumsuz örnek olması sebebiyle bir de kınama cezası almıştır²⁹². Başvurucu maruz kaldığı aşağılayıcı muameleler sebebiyle AİHS m. 3 çerçevesinde ve tıbbi operasyon talebi noktasında çok uzun süre mücadele vermesi ve cinsiyet kimliğinin tanınması adına gereken tüm kolaylıkların sağlanmaması sebebiyle AİHS m. 8 yönünden başvuruda bulunmuş; ancak AİHM başvuruyu iç hukuk yollarının tükenmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur. Söz konusu kararda yaşanan olaylar transların tıbbi operasyon talebi önüne konan uzun ve sonuç alması zor bir bürokratik sürecin cinsiyet kimliğini özgürce yaşayabilme gibi çok temel bir insan hakkının nasıl engellediğini gözler önüne sermektedir.

²⁸⁹ D.Ç. v. Türkiye, para. 2-3.

²⁹⁰ D.Ç. v. Türkiye, para. 6.

²⁹¹ D.Ç. v. Türkiye, para. 14.

²⁹² D.Ç. v. Türkiye, para. 35.

Avrupa Konseyi'nin 29.07.2009 tarihli bilgi notunda²⁹³ cinsiyet geçiş süreci kapsamında gerçekleştirilen tıbbi operasyonlar, tıbbi olarak gerekli tedaviler arasında sayılarak sigorta tarafından karşılanması gerektiği ifade edilmiştir. Yine Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı²⁹⁴ m. 33 hükmünde cinsiyet kimliğinin ayrımcılık olmadan özgürce yaşanabilmesi için devletlerin ulusal sağlık planlarında gerekli düzenlemeleri yapmaları gerektiği ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere muhtelif AİHM kararları ile uluslararası insan hakları mekanizmalar tarafından benimsenen görüşlerde cinsiyet geçişi kapsamında operasyon geçirmek isteyen transların anılan operasyona finansal anlamda rahatlıkla ulaşabilmesi ve bu noktada düzenlenecek veya halihazırda mevcut olan mevzuatın, cinsiyet geçişini tamamlamak isteyen transların menfaatlerini koruyacak biçimde detaylıca kaleme alınması gerektiği açıklanmaktadır.

Bu açıdan Arjantin Cinsiyet Kimliği Yasası m. 11 hükmünde yer alan açıklamalar, bir hukuki düzenlemenin cinsiyet geçiş sürecine ve bu yönde gerçekleşecek tıbbi operasyona bakış açısı yönünden mit vericidir. Anılan hükümde, on sekiz yaşını doldurmuş bulunan herkesin cinsiyet geçişi kapsamında tıbbi operasyon için başvuruda bulunabileceği, bunun için herhangi bir adli veya idari makamdan izin alınmasına gerek bulunmadığı, anılan operasyonu geçirmek istenildiğini kanıtlama zorunluluğunun da bulunmadığı; yalnızca operasyonu geçirecek olan kişinin bilgilendirilmiş onamının aranacağı ifade edilmiştir. Kamu sağlığı görevlileri, sağlık sigortası sistemlerini tıbbi operasyonu kapsayacak şekilde işletmeleri gerektiği de belirtilmiştir. Görüldüğü gibi anılan hukuk sisteminde tıbbi

²⁹³ Avrupa Konseyi “İnsan Hakları ve Cinsiyet Kimliği” başlıklı Bilgi Notu, “CommDH/IssuePaper 2 Original version, Strasbourg”, Temmuz, 2009, s. 4, <https://rm.coe.int/16806da753>, erişim: 20.04.2018.

²⁹⁴ Cinsel Yönelim Veya Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılıkla Mücadele Etmek İçin Alınacak nemler zerine Bakanlıklar Komitesinin ye Devletlere Yönelik CM/Rec (2010)5 Sayılı Tavsiye Kararı (*Recommendation CM/Rec (2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cf40a, erişim: 30.04.2018.

operasyon geçirmek isteyen translar için süreç oldukça kolaylaştırılmış ve söz konusu düzenleme, finansal anlamda da operasyonun mali bir yük yaratmayacağı şekilde kaleme alınmıştır.

MK m. 40 hükmünde ise söz konusu tıbbi operasyon sadece bir şart olarak düzenlenmiş; ancak operasyonun detaylarına ilişkin hüküm içerisinde veya ek bir mevzuat ile düzenleme yapılmamıştır. Nitekim MK m. 40 hükmü, mahkeme tarafından cinsiyet geçişi için tıbbi operasyona izin verildikten sonra operasyonun makul bir süre içerisinde gerçekleşmediği ihtimalde verilen iznin geçerliliği konusunda bir düzenleme de içermemektedir²⁹⁵. Bu durumda operasyon için aranan şartların hala mevcut olup olmadığının onayının alınması yönünden yeni bir resmi sağlık kurulu raporu istenebileceği²⁹⁶ ifade edilmiştir.

Elbette hükümde yer alan bu boşlukların varsayımlarla değil, detaylı ve ayrı bir düzenleme ile kaleme alınması gerekmektedir. Bahsedilen şekilde bir düzenlemenin yokluğu, öncelikle oldukça karmaşık olan söz konusu tıbbi operasyon için yeterli nitelikte ve nicelikte hekim yetiştirilememesine, özellikle özel sigorta şirketlerinin cinsiyet geçişi kapsamındaki bu operasyonu poliçelerine dahil etme noktasında tamamen kendi inisiyatifleri ile hareket edebilmesine ve son olarak da transları kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın hukuken tanınmasını sağlayabilmek için büyük maddi fedakarlıklar yapmalarına sebep olmaktadır. Bu durumda yapılması gereken pek çok kez dile getirildiği üzere cinsiyet geçişinin tamamen ayrı bir mevzuat eliyle, tüm hak ve yükümlülöklere detayıyla yer vererek düzenlenmesi gerektiğidir.

²⁹⁵ SCHERPE (ATAMER), s. 323.

²⁹⁶ SCHERPE (ATAMER), s. 323.

2.2.2.2. Tıbbi Operasyonun Zorunlu Bir Şart Olması Sorunsalı

Her ne kadar cinsiyet disforisi olan transların çoğunluğu tıbbi operasyon talep ediyor²⁹⁷ olsalar dahi, söz konusu talebin oranı, anılan operasyon şartının cinsiyet geçiş süreci içerisinde zorunlu tutulmasına hukuki bir dayanak oluşturmamaktadır. Her tıbbi operasyon, kişinin vücuduna fiziksel bir müdahale niteliğindedir ve buradan yola çıkarak cinsiyet geçiş sürecinde tıbbi operasyonu mecburi tutmak bireyi aynı zamanda vücut bütünlüğünü bozmayı ve ne ölçüde rızası olup olmadığına bakılmaksızın²⁹⁸ tıbbi operasyon ile gelen fiziksel müdahaleyi translara dayatmak anlamına gelmektedir. Buna karşılık MK m. 40/II hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır ki, transların tıbbi operasyonu geçirip geçirmemek noktasında bir seçme şansı bulunmamaktadır ve eğer cinsiyet geçiş sürecini tamamlamak istiyorsa anılan fiziksel müdahaleyi kabul etmekten başka imkânı yoktur. Aksi halde MK m. 40'da yer alan şartları tamamlamış olsa dahi cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması mümkün olmayacaktır.

Tıbbi operasyonun böylesine sıkı biçimde bir şart olarak öngörülmesi ikili cinsiyet sistemi ile yakından ilgilidir. İkili cinsiyet sistemini kabullenmiş heteronormatif toplumlarda, kadın veya erkek olmak, bireyde biyolojik olarak hangi üreme organının bulunduğu sıkı sıkıya bağlı tutulmakta ve bu doğrultuda da doğumu itibarıyla kadın veya erkek olan bir kimsenin yaşamı boyunca doğumla atanmış cinsiyetine uyacak ve toplumsal cinsiyet rollerini de benimseyecek şekilde kadın veya erkek olarak hayatını sürdürmesi beklenmektedir. Anılan sistem elbette, cinsiyet kimliğini doğumla atanmış cinsiyetinin aksi biçimde tanımlayan bireyi kabul etmeyecektir. Zira bu durumda kişinin toplumun beklediği cinsiyet rolünü sergileyebilmesi mümkün değildir. Cinsiyet kavramını tamamen dış görünüşe

²⁹⁷ GÜNGÖR, s. 18.

²⁹⁸ CUMALIOĞLU, s. 30.

indirgeyen²⁹⁹ bu sistem, bir kimsenin kadın veya erkek olmasını kadına veya erkeğe ait üreme organlarına sahip oluşu ile ilişkilendirmektedir. Bireyin kendini tanımladığı cinsiyet ile sahip olduğu üreme organı arasındaki bağ o kadar önem arz etmektedir ki bir Yargıtay kararında³⁰⁰, doğumla atanmış cinsiyeti kadın olan davacının labium minuslarının (vajina iç dudakları) alınmış olmasına rağmen, erkek üreme organına sahip bulunmadığı gerekçesiyle cinsiyet kaydında değişiklik yapılmamıştır. Görüldüğü üzere cinsiyet kimliğinin hukuken tanınabilmesi için, tanınması talep edilen cinsiyete ait dış görünüşün eksiksiz biçimde sağlanması gerekmektedir³⁰¹. Bunun sonucu olarak da cinsiyet geçişine dair Türk hukukundaki düzenleme de tıbbi operasyon şart koşulmuş ve bu şekilde bireyin cinsiyet kimliğine uygun düşecek bir üreme organına sahip olması³⁰² hedeflenmiştir.

2.2.2.3. Anayasa Mahkemesinin Tıbbi Operasyon Şartına Yönelik Kararı ve Kararın Değerlendirilmesi

Cinsiyet geçişini tamamlayabilmek için amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet geçişi ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması koşulunu arayan MK m. 40/II hükmü, Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından somut norm denetimi talebi ile AYM önüne getirilerek anılan şartın iptali istenmiştir.

Yerel mahkemedeki dosyanın davacısı olan P.B., cinsiyet geçiş sürecindeki tıbbi operasyonu geçirmeyi, anılan operasyonun Türkiye’de gereği gibi

²⁹⁹ CUMALIOĞLU, s. 13.

³⁰⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2005/17485 E. 2006/1343 K. sayılı ve 13.02.2006 tarihli karar. Kazancı İçtihat Bankası, *erişim*: 25.04.2018.

³⁰¹ ATAMER / TAŞKIN, s. 751.

³⁰² HUN, s. 314.

yapılamadığı³⁰³ ve vücut bütünlüğünün geri dönüşü olmayacak şekilde bozulması riskini almayacağı³⁰⁴ gerekçesiyle reddetmiştir. Somut norm denetimine başvurun ilk derece mahkemesi başvuru gerekçesinde vücut bütünlüğünün hem bedensel hem de ruhsal sağlığı içerdiğini, hâlihazırda trans yapıda olan bir kimsenin yalnızca üreme organı değişikliğine yönelik tıbbi operasyonu geçirmediği gerekçesiyle cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasını reddetmenin AY m. 17’de düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkına aykırı olduğunu ileri sürmüştür³⁰⁵.

AYM 29.11.2017 tarihli kararında³⁰⁶ iptal isteminin reddine karar vermiştir. Her şeyden önce AYM kararında bazı kavramların hatalı kullanımına öncelikli olarak değinmek gerekir. Kararda, *“Kişinin cinsel tercihleri, özel hayatları ve maddi manevi varlıklarının korunması kapsamında Anayasal düzenle koruma altına alınmış olup sorgulanamayacağı gibi bu tercihleri nedeniyle kişilerin hukuk düzeninde negatif ayrımcılığa muhatap edilmeleri de mümkün değildir.”* ifadeleri yer almaktadır³⁰⁷. Cinsel tercih ifadesi, her ihtimalde ortada bir tercih değil, yönelim olması sebebiyle yanlış olmasının yanı sıra, davanın konusu da esasen cinsel yönelime değil, cinsiyet kimliğine ilişkindir. Başka bir deyişle, karara konu itirazın öznesi olan transların yaşamakta oldukları temel problem, cinsel yönelimlerini özgürce yaşayamamaktan ziyade, fiziksel müdahale niteliğindeki zorunlu tıbbi operasyonu reddetmeleri durumunda cinsiyet kimliklerinin tanınmaması şeklindedir. Bunun yanında cinsiyet kimliği ise, cinsiyet kavramı ile ilgilidir ve fiziksel, biyolojik yönlerinin yanında, sosyolojik ve psikolojik boyutları da olan çok yönlü bir kavramı³⁰⁸ ifade eder. Buradan yola çıkarak cinsiyet disforisinin, transların ait hissettikleri cinsiyet ile

³⁰³ ATAMER / TAŞKIN, s. 751.

³⁰⁴ HUN, s. 312.

³⁰⁵ 30366 sayılı ve 20.03.2018 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı kararı para. 6.

³⁰⁶ 30366 sayılı ve 20.03.2018 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı karar.

³⁰⁷ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararı para. 14.

³⁰⁸ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararındaki Engin Yıldırım’a ait Karşı Oy Yazısı para. 18.

doğumla atanmış cinsiyetleri arasındaki uyumsuzluğu tanımladığı çalışma içerisinde pek çok kez ifade edilmiş olmakla beraber, cinsiyet disforisi kavramının kendisi, cinsiyetin boyutunun biyolojik çerçeveyi aştığının kabulünü de beraberinde getirmektedir.

Bunun yanında kararda cinsiyet geçişi sürecindeki tıbbi operasyonun sağlık açısından riskler taşıdığı ve geri dönüşü bulunmayan bir nitelikte olduğu, bu sebeple de devlet denetimine tabi olması gerektiği belirtilmiştir³⁰⁹. Ne var ki bu açıklama, tıbbi operasyonun cinsiyet geçişinde hangi hukuki gerekçe ile mecburi tutulduğuna bir cevap verememektedir. Oysaki incelemeye konu itirazda yer alan talep, cinsiyet geçiş sürecindeki tıbbi operasyonların denetimsiz bir şekilde gerçekleşmesine değil; söz konusu operasyonun cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması önünde bir engel olmaması gerektiğine yöneliktir³¹⁰. Nitekim Engin Yıldırım'ın karşı oy görüşünde de benzer şekilde, temel problemin cinsiyet geçiş sürecinde tıbbi operasyonun zorunlu biçimde talep edilmesi olduğunun, dolayısıyla cinsiyet geçişini tamamlamak isteyen translar açısından tıbbi operasyonun bir seçim değil, zorunlu bir fiziksel müdahale niteliği taşıdığının altı çizilmiştir³¹¹.

Öte yandan kararda MK m.40/II'deki tıbbi operasyon şartının ölçülü bir müdahale olduğu; zira anılan operasyonların resmi sağlık kurulu raporu ile doğrulanması üzerine nüfus kayıtlarında hukuki düzenin muhafaza edildiği ve bu sayede de kamu düzeninin sağlandığı ifade edilmiştir³¹². Cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasının tıbbi operasyon gerçekleşmeden meydana geldiği ihtimalde bireyin doğumla atanmış cinsiyeti ile nüfus kaydında yer alan cinsiyeti arasında farklılık olacağı ve bu durumun da *“kişinin biyolojik cinsiyetine uygun olmayan bir durumun*

³⁰⁹ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararı para. 25, 26.

³¹⁰ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararı para. 6.

³¹¹ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararındaki Engin Yıldırım'a ait Karşı Oy Yazısı para. 24, 25.

³¹² 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararı para. 27, 28.

*hukuken tanınmasına*³¹³ imkan sağlayacağı kararda açıklanmaktadır. Bu sayede tıpkı çalışma içerisinde yer verilen bir Yargıtay kararındaki³¹⁴ ifadelere paralel bir şekilde, kişinin doğumla atanmış cinsiyeti sebebiyle yararlanamadığı (erken emeklilik, askerlikten muafiyet, kadınların maden ocaklarında çalıştırılmaması vb.) bir takım haklardan yararlanabilmek adına cinsiyet geçişine başvurmanın önünün açılabilceği ve böylece de kamu düzeninin bozulacağı³¹⁵ belirtilmiştir.

İptal istemini reddeden AYM'nin, bireyin doğumla atanmış cinsiyeti ile hukuken tanınmış cinsiyeti arasındaki olası uyumsuzluktan ötürü yaşadıkları tedirginliğin, ikili cinsiyet sistemine vurgu yapmakta olduğunu hatırlamak gerekir. Öyle ki kararda yer verilen cinsiyet tanımından³¹⁶ da cinsiyetin koşulsuz şartsız üreme organlarıyla ilişkilendirildiği anlaşılmaktadır. Tam olarak bu algı sebebiyle, bireyin mahremiyetinin en yüksek olduğu unsurlardan biri olan üreme organının, hukuken tanınmış cinsiyet kimliği uyarınca ne şekilde olması gerektiği hakkında açıklamalarda bulunularak, bireyin özel hayatına ve bireyin kendisine duyulması gereken saygının sınırları aşılmaktadır. Ayrıca bilinmektedir ki bu algı sebebiyle anılan kalıplara uymayan translar şiddete ve ayrımcılığa maruz kalmakta, iş bulma konusunda sıkıntı yaşamakta, toplumdan adeta dışlanarak yok sayılmakta ve nefret suçlarının nesnesi halinde gelmektedirler³¹⁷. Cinsiyetinin tayinini içinde yaşadığı

³¹³ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararı para. 33.

³¹⁴ İşbu çalışmanın "Lex Bülent Ersoy" başlığı altında yer verilen Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 1986/651 E. 1986/3256 K. sayılı ve 27.03.1986 tarihli karar.

³¹⁵ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararı para. 34.

³¹⁶ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararı para. 15 uyarınca cinsiyet; "*Cinsiyet, bireyin sahip olduğu fizyolojik, biyolojik ve genetik özelliklerini ifade eden bir kavram olup biyolojik cinsiyet, bireyin doğuştan sahip olduğu üreme organları ve sistemleri dikkate alınarak kadın veya erkek olarak yapılan tanımlamadır.*" şeklinde tanımlanmıştır.

³¹⁷ CUMALIOĞLU, s. 27. Ayrıca bkz. "Cinsel Yönelim Ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İzleme Raporu 2013 - 2014 - 2015 - 2016 - 2017", Hazırlayan: Kasol GL Derneği, Pembe Hayat LGBTT Dayanışma Derneği, Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2017, s. 150 vd. ile KARA, Hayriye DİKMEN, Kerem PİŞKİN, Levent, TARHAN, Mehmet, ÇELİK, Onur, "2012 Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İhlalleri İzleme Raporu", SPoD Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, Birinci Baskı İstanbul, Ağustos 2013, s. 11 vd. yer alan bölümlerde translara yönelik işlenen nefret suçları kapsamında transların uğradıkları gasp,

toplumun beklentilerine göre gerçekleştirmeyen insanların varlıkları bu şekilde sorgulanabilir hale gelmemelidir³¹⁸. Özellikle insan hakları göz önünde bulundurulduğunda tahammülün ne kadar gerekli bir mekanizma olduğu da unutulmamalıdır.

Bir kimsenin, ikili cinsiyet sisteminden ileri gelen normlar gözetilerek adeta hukuki bir baskı ile anılan sisteme uygun hale gelmek³¹⁹ adına tıbbi müdahaleye zorlanması³²⁰ ve yerleşik kişisel kanılar doğrultusunda vücut bütünlüğüne yönelik bu şekilde bir fiziksel müdahaleye maruz bırakılması özel hayata saygı ile bireyin beden bütünlüğü ve öz varlığının korunması hakkına tamamen aykırıdır. Kaldı ki transların, tıbbi alandaki yetersizliklerin yarattığı kaygılar³²¹, tıbbi operasyona karşı duyulan korku³²², tıbbi operasyondan geriye kalan izler sebebiyle ifşa olma endişesi³²³ veya operasyonun geri dönüşü olmaması sebebiyle yaşanması muhtemel pişmanlıklar sebebiyle anılan tıbbi operasyonu geçirmek istemeyebileceği de makul karşılanması gereken ihtimaller arasındadır³²⁴. Kaldı ki bir kimseyi bu denli ağır bir operasyonu hangi sebeple geçirmek istemediği hususunda açıklama yapmaya mecbur bırakmak

bıçaklanma, silahlı saldırı ve benzeri fiziksel şiddet haberlerinin derlemesine yer verilmiştir. Bunun yanında ILGA-Avrupa, Uluslararası Lezbiyen, Gay, Biseksüel, Trans ve Interseks Birliği Avrupa Bölgesi'ne ("ILGA-Europe, the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans & Intersex Association") bağlı "Rainbow Europe" tarafından yapılan tespitte göre Türkiye, LGBTI+ bireylerin insan haklarının korunması ve ayrımcılığın önlenmesine dair yapılan sıralamada 49 ülke arasında 47. Sırada olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu sıralama dahi tek başına LGBTI+ bireylerin nefret suçlarına maruz kalmaması adına derhal ve etkili bir çözüm yolu bulunması gerektiğini ortaya koymaktadır. <https://rainbow-europe.org/country-ranking>, erişim: 24.05.2018.

³¹⁸ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararındaki Engin Yıldırım'a ait Karşı Oy Yazısı para. 30 dn. 19'da yer verilen BUTLER, Judith, Boddies That Matter: On the Discursive Limits of Sex, New York: Routledge, 1993, s. 3.

³¹⁹ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararındaki Engin Yıldırım'a ait Karşı Oy Yazısı para. 23.

³²⁰ HUN, s. 315, 316.

³²¹ ATAMER / TAŞKIN, s. 758; ayrıca cinsiyet geçişi kapsamındaki genital bölge operasyonunun doku kaybı benzeri riskleri hakkında bkz. GÜNGÖR, s. 125.

³²² GÜNGÖR, s. 32.

³²³ ÖZATA, s. 119.

³²⁴ Benzer yönde açıklamalar için bkz. Avrupa Konseyi "İnsan Hakları ve Cinsiyet Kimliği" başlıklı Bilgi Notu, "CommDH/IssuePaper 2 Original version, Strasbourg", Temmuz, 2009, s. 8-9, <https://rm.coe.int/16806da753>, erişim: 28.04.2018.

dahi başlı başına özel hayata saygı hakkının ihlalidir. Yer verilen veya muhtelif başka sebeplerle tıbbi operasyonu geçirmek istemeyen translar ise şüphesiz ki, kendilerini hiçbir şekilde ait hissetmedikleri bir cinsiyet kimliği ile yaşamak mecburiyetinde bırakılmaktadırlar³²⁵.

Bunun yanında kararda yer alan kaygılardan bir tanesi de, tıbbi operasyon olmaksızın sağlanan cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması hakkının, bireyin salt cinsiyet üzerinden tanımlanan bir takım haklardan yararlanmasına sebep olacağıdır. Bu konu hakkındaki değerlendirmelere yukarıda “Lex Bülent Ersoy” başlığı altında yer verilmiştir. Ancak bir kimsenin, varlığının parçasını oluşturan ve gerek kişisel gerekse de toplumsal hayatına etki eden cinsiyet kaydında, yalnızca daha erken yaşta emeklilik, askerlikten muafiyet vb. sebeplerle değişiklik yapmak isteyebileceğinin düşünülmesi oldukça gerçeküstü bir tutumdur. Doktrinde de belirtildiği üzere “*hukuk temelsiz endişeler üzerine inşa edilmemelidir*”³²⁶. Yine de bu görüşe sahip kimsenin, yalnızca o cinsiyete tanınmış haklardan yararlanabilmek için kendi cinsiyet kimliğini bir kenara bırakıp bırakmayacağını düşünmesi bu tutumun aşılması için faydalı olabilecektir.

Ek olarak kararda transların cinsiyet geçişi kapsamındaki tıbbi operasyonu geçirip geçirmeme noktasındaki tercihlerine bir müdahale bulunmadığı; ancak transların nüfus kaydında yer alan cinsiyet kaydında değişiklik yapmak istemeleri durumunda tıbbi operasyonun gerçekleşmiş bulunduğunu resmi sağlık kurulu ile belgelendirmeleri gerektiği ifade edilmiştir³²⁷. Öncelikle anılan ifade kendi içerisinde dahi çelişmektedir. Zira lafzi olarak bu yoruma bağlı kalındığında, translar tıbbi operasyon geçirmek zorunda değildir; ama cinsiyet kaydında değişiklik istemeleri halinde tıbbi operasyon geçirdiğini belgelendirmek durumundadır. Bu noktada itirazın reddine karar veren AYM üyelerinin, bir transın en temel talebinin zaten cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması ve dolayısıyla nüfus kaydında yer alan cinsiyet

³²⁵ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararındaki Engin Yıldırım’a ait Karşı Oy Yazısı para. 32.

³²⁶ CUMALIOĞLU, s. 10.

³²⁷ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararı para. 32.

hanesinde değişiklik yapmak olduğunu bilmediği veya tamamen göz ardı ettiği görölmektedir. Cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması adına getirilecek her şart, translar açısından yerine getirilmesi zorunlu bir unsur niteliğindedir. Dolayısıyla tıbbi operasyona ilişkin olarak da söz konusu olan bir seçim değil; zorunlu bir müdahaledir³²⁸. Ancak ne yazık ki AYM üyeleri, translara nüfus kaydında yer alan cinsiyet hanesinde değişiklik yapma hakkının tıbbi operasyon şartı olmaksızın tanınmasının kamu düzenine aykırı olacağı belirtilerek AY m. 17’de yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile AY m. 20’de yer alan özel hayatın gizliliği hakkının ölçsüz biçimde sınırlandırılmadığının altını çizmiş ve iptal isteminin reddine karar vermiştir³²⁹.

Bu noktada yakın bir dönemde AYM tarafından verilmiş ve cinsel yönelimi sebebiyle kişinin devlet memurluğundan çıkarılmasına dair bireysel başvuru kararında³³⁰ yine Engin Yıldırım tarafından kaleme alınan karşı oy yazısı da önem arz etmektedir. Karşı oy yazısında, başvurucunun özel hayatına saygı hakkı ile kamu menfaati arasındaki dengenin orantısız biçimde kamu lehine kurulduğu ifade edilmiştir³³¹. Bunun yanında karşı oy yazısında LGBTİ+ üyelerinin yerleşik kanılar sebebiyle ötekileştirildiklerine; ancak tüm bireyler ile eşit tutularak adil bir muamele görmeleri gerektięi³³² ve insan haklarının doğuştan gelmesi sebebiyle, bireyin doğuştan gelen bu haklardan, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği vb. şekilde bireyin elinde olmayan özellikler nedeniyle mahrum bırakılmaması gerektięi³³³ belirtilmiştir. Anılan ifadeler cinsiyet geçişi kapsamında MK m.40/II’deki tıbbi operasyon şartının

³²⁸ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararındaki Engin Yıldırım’a ait Karşı Oy Yazısı para. 24.

³²⁹ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararı para. 36.

³³⁰ 30352 sayılı ve 06.03.2018 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 18.10.2017 tarihli ve 2013/2928 başvuru numaralı karar.

³³¹ Anayasa Mahkemesinin 18.10.2017 tarihli ve 2013/2928 başvuru numaralı karardaki Engin Yıldırım’a ait Karşı Oy Yazısı, para. 42.

³³² Anayasa Mahkemesinin 18.10.2017 tarihli ve 2013/2928 başvuru numaralı karardaki Engin Yıldırım’a ait Karşı Oy Yazısı, para. 46.

³³³ Anayasa Mahkemesinin 18.10.2017 tarihli ve 2013/2928 başvuru numaralı karardaki Engin Yıldırım’a ait Karşı Oy Yazısı, para. 47.

iptalinin talep edildiği AYM kararı açısından da önem arz etmektedir. Zira benzer şekilde operasyon şartının iptali istemi kamu düzenini bozacağı gerekçesiyle reddedilmiş ve bireyin özel hayatına ilişkin bir mesele kamu menfaati gözetilerek orantılı olmayacak bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Oysaki idarenin eylemleri ile özel hayata müdahale edilebilmesi için “*ciddi, önemli ve ağırlıklı nedenlerin varlığı*”³³⁴ aranmalıdır; ancak idarenin cinsiyet kimliğini özgürce yaşayabilmek noktasındaki müdahalenin gerekçesi olan doğumla atanmış cinsiyet ile cinsiyet kimliğinin uyuşmama halinin kamu düzenini bozacağı savunması bu nitelikte bir gerekçe değildir.

Bu doğrultuda yine Engin Yıldırım’a ait karşı oy yazısında yer verilen uluslararası düzenlemeler de ayrıca önem arz etmektedir. Konuya ilişkin olarak yer verilen Birleşmiş Milletler (“BM”) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (*United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights*) tarafından düzenlenmiş olan 22 No’lu Genel Yorum³³⁵ uyarınca kısırlaştırma ve cinsiyet geçişi sürecindeki özellikle geri dönüşü olmayan tıbbi operasyonların cinsiyet geçişini tamamlayabilmek bakımından zorunlu tutulmasının, cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasını talep eden bireylerin insan haklarını ihlal ettiği ifade edilmiştir³³⁶. Ek olarak BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (*United Nations High Commissioner of Human Rights*) devletlerin, transların ait oldukları cinsiyet kimliklerinin hukuken

³³⁴ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararındaki Engin Yıldırım’a ait Karşı Oy Yazısı, para. 35.

³³⁵ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Cinsel Sağlık ve Üremeye Dair 22 No’lu Genel Yorum (General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiae1vlbbOAekmaOwDOWsUe7N8TLM%2BP3HJPzxjHySkUoHMavD%2Fpyfcp3YlZg>, para. 58, 59. *erişim*: 26.04.2018.

³³⁶ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Cinsel Sağlık ve Üremeye Dair 22 No’lu Genel Yorum, para. 58, 59.

tanınması için tedbirler almaları gerektiğini³³⁷ ve ayrıca cinsel yönelim ile cinsiyet kimliğinin adalet, haysiyet ve eşitliğe ilişkin olduğunu³³⁸ belirtmiştir. Ayrıca çalışma içerisinde evvele sözü edilen³³⁹ Yogyakarta İlkeleri kapsamında, 3 No’lu ilke uyarınca, hiç kimsenin cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması amacıyla tıbbi operasyona zorlanamayacağı belirtilmiştir. Buna paralel olarak AIHM de 06.04.2017 tarihli A.P. Garçon ve Nicot v. Fransa kararında³⁴⁰, cinsiyet geçiş süreci kapsamında gerçekleştirilen tıbbi operasyonların kişinin dış görünümünde geri dönüşü olmayan bir değişikliğe sebep olduğunu³⁴¹ ve bu durumunda bireyin özel hayatın korunması hakkının ihlali anlamına geldiğini ifade ederek AIHS m. 8 yönünden ihlal kararı vermiştir.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda görülmektedir ki, insan haklarını düzenleyen pek çok koruma mekanizması cinsiyet geçişi sürecindeki tıbbi operasyonun hukuka aykırılığı noktasında hemfikirdir. Buna paralel olarak pek çok ülkede de söz konusu şartın aranmadığı bilinmektedir. Örneğin, Belçika, Danimarka, İrlanda, Birleşik Krallık ve İsveç’te bulunan hukuki düzenlemeler uyarınca tıbbi operasyon koşulu aranmaksızın cinsiyet geçişinin sağlanması mümkündür³⁴². Anılan ülkelerde her ne kadar operasyon şartı olmasa da translardan hayatını uzun süredir tanınmasını istediği cinsiyette idame ettirme, cinsiyet disforisi teşhisi, özgür iradesi

³³⁷ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcı Düzenlemeler ve Şiddet Eylemleri Raporu, (*Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity - Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*), para. 73, http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_English.pdf, erişim: 26.04.2018.

³³⁸ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği: Herkes Eşit Ve Özgür Doğar: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqual_Turkish.pdf, erişim: 26.04.2018.

³³⁹ Bkz. çalışmanın “Evli Olmama Şartı” başlığına ilişkin “Şartın Öngörülme Sebebinin Değerlendirilmesi” başlığı altında yer verilmiştir.

³⁴⁰ A.P., Garçon ve Nicot v. Fransa, Başvuru No: 79885/12, 52471/13 ve 52596/13

³⁴¹ A.P., Garçon ve Nicot v. Fransa, para. 106.

³⁴² SCHERPE (PINTENS), s. 115, (MUNKHOLM), s. 166, (SLOAN), s. 240, (GILMORE), s194, (GARLAND), s. 290.

ile cinsiyet geçişini özgür iradesi ile talep ettiğine yönelik beyan gibi taleplerde bulunulabilmektedir. İtalyan Mahkemelerinin verdiği 2011 tarihli bir kararda ise cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması kapsamında tıbbi operasyonun gerekli olmadığı, anılan operasyonu zorunlu tutmanın AİHS m. 8 ile örtüşmediği³⁴³ ifade edilmiştir. Arjantin hukukunda ise herhangi bir psikiyatrik teşhis veya tıbbi operasyon koşulu aranmaksızın cinsiyet geçişine başvurabilmek mümkündür. Almanya’da ise bir önceki başlıkta yer verildiği üzere³⁴⁴ Alman Federal Anayasa Mahkemesi zorunlu tıbbi operasyonu cinsiyet kimliğinin özgürce tayin edilebilmesi hakkına aykırı bulmuştur. Ek olarak Portekiz, Norveç, Moldova, Gürcistan ve Avusturya gibi pek çok ülkede de tıbbi operasyon şartı aranmamaktadır³⁴⁵.

Türkiye’de ise anılan şartın bu denli sıkı biçimde uygulanıyor oluşu aslında transların “düzeltilmesi gereken” “hastalıklı” kimseler olduğu ve bu doğrultuda tedavi edilmeleri gerektiği algısından kaynaklanmaktadır. Öyle ki doktrinde de anılan bireylerin hasta olduklarına ve tıbbi operasyonun da anılan hastalığın tedavisi olduğuna yönelik görüşlere rastlamak mümkündür³⁴⁶. Bunun yanında Türk hukukunda yer alan cinsiyet geçiş süreci düzenlemesi de zaten cinsiyet kimliğinin tanınmasının tedavi edilmesi gereken tıbbi bir mesele olduğu kabulüyle³⁴⁷ kaleme alındığından, anılan bireyleri tedavi etmeye yönelik olması şaşırtıcı değildir. Oysaki cinsiyet disforisi tanımı, çalışma içerisinde de yer verildiği³⁴⁸ ve APA’ya ait DSM-5 içerisinde de ifade edildiği üzere herhangi bir hastalığı değil; doğumla atanmış

³⁴³ SCHERPE (CUBEDDU WIDEMANN, Maria Giovanna, “The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in Italy”), s. 253.

³⁴⁴ “Üreme Yeteneğinden Sürekli Biçimde Yoksun Olma Şartı (mülga şart)” başlığı altında yer verilen Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin 7/2011 numaralı ve 28.01.2011 tarihli basın açıklaması metni, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-007.html>, erişim: 16.04.2018.

³⁴⁵ Trans Rights Europe Index 2017 https://tgeu.org/wp-content/uploads/2017/05/Index-TGEU-2017_PRINT-1.pdf, erişim: 26.04.2018.

³⁴⁶ Örneğin bu yönde bkz. KAYA, s. 60-64; GÜVEN, s. 49-50; DURAL / ÖĞÜZ, s. 124.

³⁴⁷ ATAMER / TAŞKIN, s. 775.

³⁴⁸ Bkz. çalışmanın “Cinsiyet Disforisi” başlığı.

cinsiyet ile cinsiyet kimliği arasındaki bir uyumsuzluğu ifade eder. Dolayısıyla ortada tedavi edilmesi gereken bir durum bulunmamakla beraber, hukuki mecburiyet olması sebebiyle rızasından tam olarak söz edilemeyen bir kimseyi tıbbi operasyona zorlamak da Anayasaya aykırıdır³⁴⁹ ve bu şekilde zorlayıcı bir uygulama yerine tıbbi operasyon geçirmek istemeyen transları da kapsayacak³⁵⁰ bir düzenleme mevcut hukuka aykırılıkların ortadan kalkması yönünde olumlu bir gelişme olacaktır. Kaldı ki çalışmada yer verildiği üzere dünya üzerinde pek çok ülke cinsiyet geçişi için tıbbi operasyonun zorunlu tutulması şartına ya hiç yer vermemiş ya da anılan şartı ortadan kaldırmıştır. Tüm bu açıklamalar ışığında, çeşitli ahlaki kaygılar veya doğumla atanmış cinsiyet ile hukuken tanınmış cinsiyetin örtüşmemesinin ikili cinsiyet sistemine uymayacağı kanısıyla hareket ederek, vücut bütünlüğünü müdahaleyi reddeden transları ait olmadıkları bir kimliğe hapsedmenin hukuka aykırılığı tartışmasıdır. Kamu düzeni korunması gereken bir unsur olmakla beraber, hiç kimse kamu düzeninin korunması için geri dönüşü olmayan bir müdahale ile fiziksel bütünlüğünü özellikle de cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması gibi çok temel bir hakkı için feda etmek³⁵¹ zorunda bırakılmamalıdır.

³⁴⁹ CUMALIOĞLU, s. 19.

³⁵⁰ ATAMER / TAŞKIN, s. 775.

³⁵¹ 29.11.2017 tarihli ve E.: 2015/79, K.: 2017/164 sayılı AYM kararındaki Engin Yıldırım’a ait Karşı Oy Yazısı para. 27.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CİNSİYET KİMLİĞİNİN HUKUKEN TANINMASINA BAĞLI SONUÇLARIN İNSAN HAKLARI HUKUKU UYARINCA DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. CİNSİYET KİMLİĞİNİN HUKUKEN TANINMASI USULÜ

Cinsiyet geçişi sürecinde yer alan son aşama, transların cinsiyet kimliğinin hukukken tanınması aşamasıdır. MK m. 40/II uyarınca, cinsiyet kimliğinin hukukken tanınabilmesi adına son olarak tıbbi operasyonun gerçekleştiğini doğrulayan bir resmi sağlık kurulu mahkemeye sunularak bir kayıt düzeltme davası açılmalıdır³⁵². Anılan kayıt düzeltme davası 5490 sayılı Kanun m. 36/I-a hükmü uyarınca ikame edilecektir³⁵³ ve basit yargılama usulüne tabidir³⁵⁴. Dolayısıyla dava Nüfus Müdürlüğü'ne yönelik olarak ikame edilmektedir. Ek olarak konuya ilişkin verilmiş muhtelif Yargıtay kararlarında, cinsiyet kaydında yapılacak değişikliğe ilişkin davaların Cumhuriyet Savcısı katılımı olmadan gerçekleşmesinin bozma nedeni olduğu³⁵⁵ ve benzer şekilde davaya ilişkin gerekçeli hükmün Cumhuriyet Savcısı'na tebliğ edilerek görüldü şerhi alınması gerektiği³⁵⁶ ifade edilmiştir. Bunun yanında dava sonucu elde edilecek hükmün icrası ise yine Nüfus Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilecektir. Nüfus kaydında cinsiyet hanesine ilişkin olarak yapılacak değişiklik, cinsiyet geçiş sürecinin koşullarından bağımsız bir düzen kuralıdır³⁵⁷. Transların nüfus sicilindeki cinsiyet kaydının değişmesinin yanında diploma benzeri

³⁵² AKİPEK / AKINTÜRK, s. 509; SERT, s. 263.

³⁵³ GENÇCAN, s. 404.

³⁵⁴ BULUT, s. 145; ÖZKAN, s. 260.

³⁵⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2002/3556 E. 2002/4451 K. 29.03.2002 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim: 28.04.2018.

³⁵⁶ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2003/4877 E. 2003/6018 K. 24.04.2003 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, erişim: 28.04.2018.

³⁵⁷ DURAL / ÖĞÜZ, s. 127.

öteki resmi kişisel evrakında da doğal olarak değişiklik yapılması gerekmektedir³⁵⁸. Bu doğrultuda cinsiyet kimliğinin anılan usul çerçevesinde tanınması neticesinde çeşitli alanlarda ortaya çıkan yeni hukuki durumlar incelenecektir.

3.1.1. Cinsiyet Kimliğinin Hukuken Tanınmasının İsim Yönünden Sonuçları ve Kişiyi Özel Resmi Belge Üzerinde Değişiklik Yapma Zorunluluğu

3.1.1.1. İsim Yönünden Sonuçları

Öncelikle bir transın tanınmasını istediği cinsiyet kimliği doğrultusunda yeni bir isim de talep edebilecekleri şüphesizdir. MK m. 27/I hükmü uyarınca haklı sebebin varlığı halinde hakimden isim değişikliği talep edilebilmektedir. Bu noktada takdir yetkisi hakime ait olsa da bireyin yeni cinsiyet kimliği ile uyumlu bir isim ile hayatına devam edebilmesinin sağlanması adına, anılan değişikliklerin kabul edilmesi daha uygun olacaktır³⁵⁹. Bunun yanında hakimden isim değişikliği talep eden davacının, halihazırda hem erkekler hem de kadınlar için kullanılan bir isme sahip olması halinde, değişiklik talebinin reddedilebileceği görüşü de doktrinde mevcuttur³⁶⁰. Bu noktada ifade etmek gerekir ki toplumda yaşayan her birey öncelikle ismiyle tanındığından, isim de en az cinsiyet kadar kimliği oluşturan unsurlardan bir tanesidir. Dolayısıyla bir kimsenin hukuken tanınmış cinsiyet kimliğinin değişmesi halinde, yeni bir isim de talep edecek olması yüksek bir ihtimaldir. Bu sebeple isim değişikliğine yönelik düzenlemenin de cinsiyet geçişi süreci düzenlemesine dahil edilmesinin uygulamada kolaylık sağlayacağı kanaatindeyiz.

³⁵⁸ ATAMER / TAŞKIN, s. 765.

³⁵⁹ ATAMER / TAŞKIN, s. 761; Ayrıca bkz. WILL / OZTAN, s. 251. Bir kimsenin toplumda, tanınmış cinsiyetinin aksi bir cinsiyete ait isimlerle dolaşmasının uygun olmayacağı, bu nedenle cinsiyet geçiş sürecini tamamlayan kimselerin isimlerini de değiştirmeleri gerektiği ifade edilmiştir.

³⁶⁰ KAYA, s. 81.

3.1.1.2. Kişiy e Özel Resmi Belge Üzerinde Transları Ayrımcılığa Maruz Bırakmayacak Şekilde Değişiklik Yapılması Gerekliliği

Ek olarak bir başka önemli husus, cinsiyet geçiş süreci neticesinde isim ve cinsiyet hanelerinde yapılacak değişikliğin yalnızca nüfus kayıtlarında değil; aynı zamanda diploma ve benzeri kişiy e özel resmi belgelerde de gerçekleştirilmesi ve bu işlem yapılırken translara yönelik ayrımcı bir tutum sergilenmemesi gerektiğidir. Konuya ilişkin olarak Türkiye’de meydana gelmiş bir olayda³⁶¹, B.E.T. isimli trans erkek cinsiyet geçiş süreci kapsamında, nüfus kayıtlarında yer alan cinsiyet ve isim kayıtlarının değiştirilmesi yönünde MK m. 40/II uyarınca dava açmıştır. Söz konusu davanın kabul edildiğine ilişkin mahkeme kararı 20.06.2014 kesinleşmiştir. Bunun ardından B.E.T. kesinleşen mahkeme kararı ile birlikte mezun olduğu üniversiteye başvurarak geçici mezuniyet belgesi ve mezuniyet diplomasının yeni ismi ve cinsiyet kaydı doğrultusunda değiştirilmesi için talepte bulunmuş; ancak anılan talep üniversitenin Diploma Yönergesi’nin 4. Maddesi gerekçe gösterilerek reddedilmiştir³⁶². Söz konusu maddede, diploma ve geçici mezuniyet belgesinde yer alan bilgilere ilişkin, mezuniyetten sonra talep edilecek değişikliklerin, diplomanın arkasına tarih belirtilmek ve gerekli açıklamalar yapılmak suretiyle şerh düşüleceğini ifade etmektedir. Bu durumda aslında diplomada yer alan isim ve cinsiyete dair bilgiler üzerinde resmi bir değişiklik yapılmamakta, yalnızca anılan bilgilerin değiştirilmesine dair bir kayıt düşülmektedir. Daha da önemlisi bahsi geçen ve görünürde sorun teşkil etmeyecek izlenimi yaratan uygulama, cinsiyet kimliği açısından azınlık olarak görülen transların dolaylı ayrımcılığa³⁶³ maruz kalmaları riskini ortaya

³⁶¹ ŞEREF, s. 99’da yer alan “LGBTİ Bireylere Yönelik Eğitim Hayatındaki Ayrımcılık: B.E.T Diploma Değişikliği Davası” başlığı altında yer verilmiş olay.

³⁶² ŞEREF, s. 99.

³⁶³ KARAN, Ulaş, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve”, s. 1-13, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyoloji ve Eğitim Çalışmaları Birimi’nin, Global Dialogue, Açık Toplum Vakfı ve İstanbul Bilgi Üniversitesi desteğiyle yürüttüğü “Önyargılar, Kalıpyargılar ve Ayrımcılık: Sosyolojik ve Eğitimsel Perspektifler” Projesi kapsamında geliştirilmiştir, 2011, s. 7 altında yer alan açıklama uyarınca dolaylı ayrımcılık “*Dolaylı ayrımcılık adı verilen bu durumda herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan, ancak bazı kişiler ve gruplar üzerinde diğerleri üzerinde yarattığından*

çıkarmaktadır. Zira uygulama translar özelinde ele alındığında, diplomanın arkasına düşülecek şerh basit bir kayıt olmanın ötesine geçerek, diploma sahibi transı ifşa etmekte ve dezavantajlı konuma düşürmektedir³⁶⁴. Öyle ki B.E.T. tarafından Danıştay’a hitaben yazılan dilekçede Devletlerin, kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı hakkının düzenlendiği AY m. 17, özel hayatın gizliliği hakkının düzenlendiği AY m. 20 ile AİHS 8 kapsamında düzenlenen özel hayata saygı hakkı doğrultusunda, cinsiyet kimliğinin yasal olarak tanınmasından sonra tüm kişiye özel resmi belgelerde değişiklik yapmakla mükellef olduğunu ifade edilmiştir³⁶⁵. Diplomalarda yapılan değişikliklerin diploma arkasına şerh düşülmesi, aynı zamanda orta öğretim kurumlarında da uygulanan bir yöntemdir³⁶⁶. Bu tür uygulamaların transların cinsiyet geçişinden önceki durumlarının rızaları hilafına ortaya çıkmasına sebebiyet vermesi nedeniyle iptal edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁶⁷. Bu doğrultuda cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasının bir bütün olduğu ve tüm kişiye özel resmi belgelerde değişiklik yapılması gerektiğinin yanında, söz konusu değişikliklerin transları ayrımcı muameleye maruz bırakmadan gerçekleştirilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

farklı veya diğer gruplar üzerinde yarattığından daha fazla olumsuz etkiler yaratan yasal düzenleme, uygulama ve tedbirler söz konusudur.” şeklinde tanımlanmıştır.

³⁶⁴ ŞEREF, s. 103. Ek olarak, dezavantajlı konumda bulunmak transların mesleğini icra edememesini de kapsayabilmektedir. Bkz. Banu Tuna’ya ait 27.06.2017 tarihli ve “Ece’nin diploma savaşı” başlıklı haber. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/ecenin-diploma-savasi-40502872>, erişim: 24.05.2018. İlgili haberde, cinsiyet geçiş sürecini tamamlayarak cinsiyet kimliği hukuken tanınmış dışçı bir trans kadın, yeni muayenehane açabilmek adına diplomasında değişiklik yapılması talebinde bulunmuştur. Ancak talebinin “mezun olurken kimlik bilgilerine göre diploma verildiği ve hukuksuzluk bulunmadığı gerekçesiyle” reddedilmesi sonucu mesleğine devam edememektedir.

³⁶⁵ ŞEREF, s. 104.

³⁶⁶ Bkz. 07.09.2013 tarih ve 28758 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği m. 76/II fıkrasında “Düzenlenmiş diploma ve belgelerde yer alan bilgilerde mahkeme kararına bağlı yapılması gereken değişiklikler, mevcut bilgiler değiştirilmeden diploma ve belgenin arkasına yeni şekliyle yazılır. ...” ifadeleri yer almaktadır.

³⁶⁷ Hüseyin Şimşek’e ait 15.01.2016 tarihli “Translara “şerh”li diploma” başlıklı haber. <https://www.birgun.net/haber-detay/translara-serh-li-diploma-100861.html>, erişim: 26.05.2018.

3.1.2. Cinsiyet Kimliğinin Hukuken Tanınmasının Aile Hukuku Yönünden Sonuçları

3.1.2.1. Evlilik Yönünden Sonuçları

Hukuken tanınmış yeni cinsiyet kimliğine ilişkin bir mesele evlilik hususudur. Hatırlanacağı üzere mülga 743 sayılı Kanun m. 29/II hükmü cinsiyet geçişinin gerçekleştiğine dair mahkemeden karar alınmasının ardından evliliğin kendiliğinden son bulacağı bir düzenleme içermektedir. Bu durumda evli translar da cinsiyet geçişine başvurabilmekteydiler. Buna karşılık çalışma içerisinde açıklandığı üzere³⁶⁸ MK m. 40/I uyarınca mevcut düzenlemede cinsiyet geçiş sürecine başvurmak isteyen transların evli olması yasaklanmıştır. Ancak Türk hukukunda yer alan cinsiyet geçiş süreci düzenlemesinde, anılan şart yerine getirilmeden gerçekleşecek tıbbi operasyonların olması durumunda, mevcut evliliklere ne olacağı hususuna bir açıklık getirilmemiştir³⁶⁹. Bu durumda mevcut evliliğin hukuki durumunun nasıl ele alınması gerektiğine dair doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur.

Öncelikle, evliliğin mutlak butlan sebepleri MK m. 145 uyarınca sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olacak şekilde sıralanmıştır. Dolayısıyla eşlerden birinin evlilik sırasında cinsiyet geçişi ile hukuken tanınmış cinsiyetinden farklı bir cinsiyete geçiş yapması MK m. 145 altında sayılan hallerden biri olmadığından, anılan hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır³⁷⁰. Bu durumda doktrinde bir görüş³⁷¹, cinsiyet geçişinin hukuken tamamlandığı ihtimalde aynı cinsiyetten iki kişinin evliliği söz konusu olacağından, bu durumun kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle söz konusu evliliğin “yoklukla sakat” olacağını iddia etmekte ve evliliğin hakim kararına gerek olmaksızın re’sen yokluk sebebiyle sona ermesi gerektiğini ifade etmektedir.

³⁶⁸ Bkz. çalışmanın “Evli Olmama Şartı” başlığı.

³⁶⁹ ATAMER / TAŞKIN, 767; BAŞARA, s. 258.

³⁷⁰ ATAMER / TAŞKIN, s. 768.

³⁷¹ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 74; AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku, 2. Cilt, 14. Bası, İstanbul, Ocak 2012, s. 201.

Öncelikle söz konusu yorum, evliliğin asli tarafı olan eşlerin iradesini tamamen hiçe saymaktadır. Zira bu durumda birey cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması hakkı ile aile birliğini koruma hakkı arasında bir seçim yapmak durumunda kalacaktır ki söz konusu durum Alman Anayasa Mahkemesi'nin 2008 senesinde vermiş olduğu bir karar ile Alman Anayasası'na aykırı bulunmuştur³⁷². Bunun yanında daha eski bir tarih olan 1996 senesinde İsviçre'de yer alan *Sankt Gallen* Mahkemesi'nin verdiği bir karar uyarınca evlilik içerisinde gerçekleşecek cinsiyet geçişlerinde, cinsiyet kimliğinin hukuken tanınabilmesi için önceki evliliğin boşanma ile sonlanmasına gerek olmadığına, tarafların istemesi halinde evliliğin devam edebileceğine karar vermiştir³⁷³. Ek olarak mülga 743 sayılı Kanun m. 29/II düzenlemesinin kanunda yer almayan boşanma sebeplerine bir yenisini eklemiş olmasına yapılan eleştiriler de göz önünde bulundurulduğunda, doktrindeki bu görüşün de paralel bir çözüm yolu sunması nedeniyle benzer tartışmalara sebebiyet vermesi kaçınılmazdır.

Bunun yanında bir diğer görüş³⁷⁴ ise, kanunda sayılan mutlak butlan hallerinin dışına çıkılmaması gerektiğini ifade etmekle beraber, cinsiyet geçiş sürecinin evlilik sırasında gerçekleşmesi halinin evliliğin feshi sebeplerinden biri olarak kanuna eklenmesini önermektedir. Bu doğrultuda mahkemeden izin alınmadan gerçekleştirilen cinsiyet geçişinin hukuken tanınmayacağı, dolayısıyla eşler her ne kadar somut hayatta aynı cinsiyette olsalar da hukuken hala farklı cinsiyette olacaklarından, sorunun eşlerden birinin boşanma davası açması yoluyla çözülebileceği de ifade edilmektedir³⁷⁵.

Doktrinde sunulan bu çözümlerin tamamının, aynı cinsiyetten kişilerin evlilik birliği içerisinde yer almalarını önleyecek şekilde bir kurguyla sunulmasının

³⁷² ATAMER / TAŞKIN, s. 769 dn.120'de yer alan BVerfG, 27.05.2008, 1BvL 10/05.

³⁷³ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 75, para. 404.

³⁷⁴ HATEMİ / SEROZAN, s. 97 vd; ZEVLİLİLER ACABEY GÖKYAYLA, s. 835; SERT, s. 266.

³⁷⁵ AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Mart 2014, s. 153-154; BAŞARA, s. 259-260.

ardındaki bakış açısı elbette ayrıca tartışılması gereken bir konudur. Ancak bunun yanında her ne kadar Türk hukuku uyarınca bu tip evliliklerin yasal bir zemini bulunmasa dahi söz konusu yaklaşım, hiç değilse tarafların iradesini de göz önünde bulundurmaktadır. Bu yönüyle eşlerden birinin MK m. 166’da düzenlenen “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” gerekçesiyle boşanma davası açarak³⁷⁶ evliliği sonlandırması çözümü, mevcut düzen içerisinde en makul yaklaşım olduğu söylenebilir³⁷⁷. Boşanma davasının MK m. 162’de düzenlenen “onur kırıcı davranış” gerekçesiyle ikame edilebileceğini savunan görüş de doktrinde mevcuttur³⁷⁸. Ancak cinsiyet geçişi sürecini tamamlayarak cinsiyet kimliğini özgürce yaşamak isteyen trans eşe ait bu talebin hangi hukuki gerekçe ile onur kırıcı olabileceği anlaşılamamıştır.

3.1.2.2. Boşanma Yönünden Sonuçları

Bunun yanında kanunun lafzına riayet ederek cinsiyet geçiş sürecine başvurabilmek adına MK m. 40/I’de yer alan evli olmama şartının yerine getirilmesi ve buna bağlı olarak boşanmanın gerçekleşmesi gerekmektedir. Cinsiyet geçişi kapsamında evliliğin sona ermesi ise farklı yönlerden sonuç doğurmaktadır.

Öncelikle boşanmada maddi ve manevi tazminatı düzenleyen MK m. 174 hükmü uyarınca anılan tazminatların talep edilebilmesi için bir tarafın kusuru aranmaktadır. Bu doğrultuda boşanmada kusursuz veya daha az kusurlu taraf, öteki taraftan tazminat talep edebilecektir. Cinsiyet geçiş sürecine başvurabilmek adına gerçekleşecek boşanmalarda ise transların kusurlu kabul edilerek yalnızca bu nedenle tazminata hükmedilmesi ihtimali öncelikle anılan bireyi cinsiyet kimliğini özgürce yaşayabilme hakkını kullanmasından ötürü cezalandırmak anlamına geleceğinden bu

³⁷⁶ SERT, s. 267.

³⁷⁷ Benzer yönde görüş için bkz. ATAMER / TAŞKIN, s. 769.

³⁷⁸ KILIÇOĞLU, s. 74.

yönde bir pratiğin kesinlikle kabul edilmemesi gerekir. Keza doktrinde de paralel bir görüş benimsenmiş ve buna bağlı olarak cinsiyet geçiş sürecine yapılan başvurunun, bireyin benliğini bulabilmesi adına gerçekleştirildiği ve Türk hukukunda yer alan cinsiyet geçişi sürecinde tıbbi operasyonun zorunlu olması sebebiyle cinsiyet geçişi sürecine başvuran bireyin kusurlu sayılamayacağı ifade edilmiştir³⁷⁹.

3.1.2.3. Velayet Yönünden Sonuçları

Bunun yanında boşanmanın gerçekleşmesi halinde eğer çocuk varsa velayetin tayini hususunun da değerlendirilmesi gerekir; zira MK m. 40 hükmünde bu yönde de açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Elbette trans olmak velayetin kime verileceğinin kararını vermek adına bir ölçüt olmamalıdır; zira bu tutum trans eş ile diğer eş arasında ayrımcılık yapmak ve aslında her ikisinin de eşit olduklarını³⁸⁰ unutmak anlamına gelecektir. Bunun yanında ortada küçük bir çocuğun olması sebebiyle önceliğin çocuğun menfaati³⁸¹ olduğunun da unutulmaması gerekir. Örneğin İspanya'ya karşı 11.04.2011 tarihinde verilmiş bir AİHM kararında³⁸², geçirdiği cinsiyet geçiş süreci kapsamındaki tıbbi operasyondan sonra eşinden boşanan trans eş, mahkemenin çocuğu ile görüşmesine kısıtlama getirilmesinden şikayetçi olmuş; ancak AİHM söz konusu davada AİHS m. 8 ihlali bulunmadığını, anılan kısıtlamanın çocuğun cinsiyet geçiş sürecine alışabilmesi adına konulduğunu ve çocuğu menfaati kapsamında bulunduğunu ifade etmiştir. Buradan yola çıkarak velayetin hangi eşe verileceği konusunda, soy bağı gözetilerek çocuğun biyolojik anne veya babası olan herhangi bir tarafa tayin edilebileceği görüşünün³⁸³ yanında, velayetin cinsiyet geçişi sürecine başvuracak tarafa verilmemesi gerektiğini savunan

³⁷⁹ WILL / OZTAN, s. 256; GÜVEN, s. 72; KAYA, s. 84; TEKİN, 111; BAŞARA, s. 261.

³⁸⁰ KAYA, s. 85.

³⁸¹ WILL / OZTAN, s. 257; BAŞARA, s. 262; SERT, s. 268; KAYA, s. 85.

³⁸² P.V. v. İspanya, Başvuru No: 35159/09

³⁸³ GÜVEN, s. 73.

bir görüş³⁸⁴ de mevcuttur. İkinci görüşün gerekçesi, çocuğun önceden baba dediği kimseye sonrasında anne diye hitap etmesinin doğru olmayacağı şeklinde ortaya konulmaktadır. Bu noktada çocuğa annelik veya babalık yapma yükümlülüğünün cinsiyetten bağımsız bir duruma ilişkin olması sebebiyle soy bağının gözetildiği görüşün daha doğru olduğu kanaatindeyiz. Cinsiyet geçiş sürecine başvuracak olan ebeveyn çocuğunu sevir, çocuğun menfaatlerine uygun bir hayat sunabiliyor ve elbette bunların yanında çocuğun da kendisiyle yaşamak konusunda iradesi mevcut ise³⁸⁵ yalnızca trans oluşu üzerinden bir değerlendirme yapmak yerine, çocuğun menfaatine olacak şekilde bir karar verilerek³⁸⁶ velayetin trans ebeveyne verilmesi de mümkün olmalıdır.

3.1.2.4. Cinsiyet Geçiş Süreci Tamamlandıktan Sonra Gerçekleşecek Evlilikler Yönünden

Son olarak cinsiyet geçişini tamamlayan bir transın, cinsiyet geçişinin kayıt düzeltme davası neticesinde hukuken tanınmasıyla Türk hukukunu mevzuatlarına uygun olmak kaydıyla, yani karşı cinsiyetten bir kimseyle evlilik yapma hakkı bulunmaktadır. Bu noktada kayıt düzeltme davası neticesinde bir karar verilerek nüfus kaydında yer alan cinsiyet hanesinde yapılacak değişikliğin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Zira Türk hukukunda aynı cinsiyetten kişilerin evlilik akdi kurlmaları mümkün olmadığından cinsiyet kimliği henüz hukuken tanınmamış bir kimsenin karşı cinsten, yani kendisinin doğum anında sahip olduğu cinsiyetten birisiyle evlenebilmesi mümkün olmayacaktır³⁸⁷.

Konuya ilişkin olarak AİHM tarafından verilen ve çalışma içerisinde de evvelce

³⁸⁴ ZEVKLİLER, s. 279.

³⁸⁵ GÜVEN, s. 74; s. KAYA, s. 85; TEKİN, s. 112; BAŞARA, s. 263-264; SERT, s. 268.

³⁸⁶ WILL / OZTAN, s. 263.

³⁸⁷ ATAMER / TAŞKIN, s. 761.

yer verilmiş³⁸⁸ Christine Goodwin v. Birleşik Krallık kararında trans kadın olan başvuru cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmaması ve başvurunun gerçekleştiği dönemdeki yerel mevzuatın aynı cinsiyetten kişilerin evlenmelerine izin vermemesi nedeniyle evlenemiyor olduğundan şikayetçi olmuştur. AİHM söz konusu kararda AİHS m. 12 ile düzenlenen evlenme hakkının kadınlar ve erkekler için temel bir hak olduğunu ifade etmiştir. Ek olarak kişinin doğum anındaki cinsiyeti sebebiyle bu haktan mahrum bırakılmayacağını, başvuru tıbbi operasyon geçirmiş bir trans kadın olarak yaşadığı, bir erkekle ilişki içinde bulunduğu ve bir erkekle evlenmek istediğini belirterek bu durumda evlenmesine izin verilmemesinin AİHS m. 12 hükmünde düzenlenmiş evlenme hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir³⁸⁹. Görüldüğü üzere aynı cinsiyetten kişilerin evlenmelerinin yasak olduğu bir hukuk sisteminde dahi, cinsiyet bakımından doğum anındaki cinsiyet kaydı gözetilerek bireyin karşı cinsiyetten birisiyle evlenmesine engel olunmasının hukuka aykırı olduğu tespit edilmiştir. Bu nedenle Türk hukukunda da, tıbbi operasyon geçirmiş transların karşı cinsiyetten bir kimseyle evlenme talebinin olması halinde beklemek mecburiyetinde bırakılmamaları gerekmektedir.

3.1.3. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Yönünden Sonuçları

Gerek iş hukuku gerekse de sosyal güvenlik hukuku düzenlemelerinin kimi bölümlerinde kadın ve erkek için farklı uygulamaların oluşunun, cinsiyet geçiş sürecini tamamlayarak nüfus kayıtlarındaki cinsiyet hanesini değiştiren translar açısından da etki edeceği şüphesizdir. Buna bağlı olarak örneğin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu³⁹⁰ m. 28/I/a hükmü uyarınca emeklilik yaşı kadınlar için elli sekiz yaş iken erkekler için altmış yaş olarak düzenlenmiştir. Bu durumda emeklilik ve emekliliğe bağlı olarak hak kazanılacak ödemelerin cinsiyet

³⁸⁸ Bkz. çalışmanın “Evli Olmama Şartı” başlığına ilişkin “Şartın Öngörülme Sebebinin Değerlendirilmesi” başlığı.

³⁸⁹ Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, para. 101.

³⁹⁰ R.G. 16.06.2006 – 26200.

geçiş süreci sonunda edinilen cinsiyet kimliği gözetilerek sağlanması gerekmektedir³⁹¹. Buna ek olarak 4857 sayılı İş Kanunu³⁹² m. 72 uyarınca kadınların yer altı işlerinde çalışmaları yasaklanmış olmakla beraber yine 4857 sayılı Kanun m. 73/II uyarınca on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin ayrı bir yönetmelik hazırlanması öngörülmüştür. Dolayısıyla erkekten kadına cinsiyet geçiş sürecini tamamlamış bir bireyin, cinsiyetinin tanındığı tarihten itibaren yer altı işlerinde çalıştırılması mümkün olmayacaktır. Bu durumda maden işçisi olarak çalışan bir erkeğin cinsiyet geçiş sürecini tamamlamasının ardından iş sözleşmesi kıdem tazminatının ödenmesi suretiyle sonlandırılabilir³⁹³. Konuya ilişkin olarak Danıştay'ın verdiği 1993 tarihli bir kararda³⁹⁴ cinsiyet geçiş süreci kapsamında tıbbi operasyon geçirerek erkek cinsiyetinden kadın cinsiyetine geçiş yapan yirmi beş yaşını geçmiş davacının kız çocuklarına bağlanan yetim aylığı talebi hususunda, bir kez cinsiyet geçişini tamamlayarak hukuken kadın olan bir kimsenin kadınlara tanınmış tüm haklardan yararlanabileceği ifade edilmiştir.

Bu doğrultuda yine Christine Goodwin v. Birleşik Krallık davasında, başvuru cinsiyet geçişinden sonra tanınması gereken cinsiyet kimliğinin tanınmaması sebebiyle kadınlar için öngörülmüş emeklilik yaşından faydalanamaması, sosyal güvenlik kesintilerini ödeme süresinin erkekler için öngörülmüş süre üzerinden hesaplanması vb. sosyal güvenliğe ilişkin haklarından cinsiyet kimliğine uyum sağlayacak şekilde faydalanamadığından şikayet etmektedir³⁹⁵. AİHM konuya dair, sosyal hayattaki gerçeklik (başvurucunun cinsiyet kimliğinin kadın olması) ile hukukun (başvurucunun nüfus kaydındaki cinsiyetinin erkek olması) çatışmasından ötürü operasyon geçirmiş transları düzen dışı bir

³⁹¹ BAŞARA, s. 257; TEKİN, s. 111; ATAMER / TAŞKIN, s. 772; SCHERPE (ATAMER), s. 329.

³⁹² R.G. 10.06.2003 – 25134.

³⁹³ ATAMER / TAŞKIN, s. 771.

³⁹⁴ Danıştay 10. Dairesi, 1992/4706 E. 1993/5536 27.12.1993 T., Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 29.04.2018.

³⁹⁵ Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, para. 17.

konumda bırakmanın söz konusu birey için küçük düşürücü olduğunu ifade etmiştir³⁹⁶. Başvurucunun cinsiyet kimliğinin tanınmamış olmasının özel hayatın korunması hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle AİHS m. 8 yönünden ihlal kararı verilmiştir. Söz konusu karar esasen cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasına ilişkin olsa da, cinsiyet kimliğinin tanınmasının, söz konusu bireyin sosyal güvenlik alanındaki tanınmış haklardan faydalanabilmesi kaçınılmaz olduğunu göstermesi sebebiyle önem arz etmektedir.

Ek olarak Birleşik Krallık'a karşı verilmiş 23.05.2006 tarihli bir AİHM kararında³⁹⁷, altmış sekiz yaşındaki başvuru erkekten kadına transtır ve cinsiyet geçişinin hukuken tanınmaması ile diğer kadınlara altmış yaşından itibaren ödenen emekli maaşının kendisine ödenmemesinden şikayetçi olmuştur. AİHM yapmış olduğu yargılama neticesinde, başvuranın durumunun Christine Goodwin v. Birleşik Krallık davası ile paralellik gösterdiği³⁹⁸ ve cinsiyet kimliğinin tanınmaması ile buna bağlı olarak yaşanan mağduriyetlerin özel hayatın korunması hakkına aykırı olduğunu ifade ederek AİHS m. 8 yönünden ihlal kararı vermiştir.

Görüldüğü üzere cinsiyet kimliğinin tanınması, kadınlar ve erkekler için farklı koşulların mevcut olabileceği iş ve sosyal güvenlik hukuku düzenlemeleri uyarınca önem arz etmektedir. Bunun yanında elbette cinsiyet geçiş sürecini tamamlaması nedeniyle yeni bir cinsiyet kimliği edinen bir transın yalnızca bu nedenle işine son verilemeyeceğinin de unutulmaması gerekmektedir. Zira söz konusu yaklaşım eşit davranma ilkesini düzenleyen 4857 sayılı Kanun m. 5 hükmü ile kanun önünde eşitlik hakkını düzenleyen AY m. 10 hükmüne aykırılık oluşturacaktır³⁹⁹. Bunun yanında yine kanun önünde eşit olma hakkının bir sonucu olarak transların toplum dışına itilmeden iş hayatına dahil edilmeleri gerekmektedir. Bu amacın gerçekleşmesi adına

³⁹⁶ Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, para. 77.

³⁹⁷ Grant v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 32570/03.

³⁹⁸ Grant v. Birleşik Krallık, para. 40.

³⁹⁹ ATAMER / TAŞKIN, s. 770.

TBMM’ye 2/611 esas sayılı bir kanun teklifi⁴⁰⁰ sunulmuş ve 4857 sayılı Kanunu m. 30 hükmü kapsamında ve “Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğu” başlığı altında yer alan düzenlemeye “trans birey” ifadesi eklenerek toplumun dezavantajlı grupları arasında yer alan translar için işverenlere zorunlu istihdam yükümlülüğü getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Anılan kanun teklifi şu an için komisyondadır ve elbette kabul edilmesi halinde transların toplum içerisinde yer edinmeleri bakımından oldukça fayda sağlayacağı şüphesizdir.

3.1.4. Askerlik Yönünden Sonuçları

Cinsiyet geçiş sürecini tamamlamış translar için bir diğer önemli mesele askerlik konusudur. 1111 sayılı Askerlik Kanunu⁴⁰¹ m. 1 ve m. 2 uyarınca 21 ile 40 yaş arasındaki her Türk vatandaşı erkek için askerlik görevi zorunludur. Dolayısıyla cinsiyet kimliği hukuken tanınmış translar da hukuken erkek olduklarından esasen aynı zorunluluk onlar için de geçerlidir⁴⁰². Askerlik görevini icra etmek isteyen transların bu yöndeki taleplerinin yalnızca trans olmaları gerekçesiyle Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından reddedilme ihtimali mevcuttur⁴⁰³. Bunun yanında Türk hukukunda Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği⁴⁰⁴ m. 17/D/IV uyarınca, “cinsel kimlik ve davranış bozuklukları”, askerlik ortamında uyum ve işlevsellik sorunu yaratacağı gerekçesiyle, “Hastalıklar Listesi (EK-C)” içerisinde sayılmıştır. Bu durumda belirlenen gerekçe ile askerlikten muaf olmak isteyen transın askeri bir hekim tarafından muayene edilmesi ve “askerlik görevini yerine getirmeye elverişli olmadığı hususunun ayrı bir rapor ile tespit edilmesi gerekmektedir”⁴⁰⁵. Öncelikle aranan raporun tanzim edilebilmesi için Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından

⁴⁰⁰ 2/611 Esas sayılı 4857 İş Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-0611.pdf>, erişim: 30.04.2018.

⁴⁰¹ R.G. 12-17.07.1927 – 631-635.

⁴⁰² GÜNGÖR, s. 148.

⁴⁰³ GÜNGÖR, s. 148.

⁴⁰⁴ R.G. 12.11.2015 – 29530.

⁴⁰⁵ ATAMER / TAŞKIN, s. 763.

cinsel hayata ilişkin sorular sorulmasının, yapılan anal ve genital muayenenin veya yine cinsel ilişki esnasında çekilmiş fotoğraf / video istenmesinin hukuksuz olduğu ve transların bu yönde gerekli makamlara başvuru yapmaları gerektiği belirtilmektedir⁴⁰⁶. Askerlik görevinin hukukumuzda erkek Türk vatandaşları yönünden mecburi bir hizmet olması sebebiyle, söz konusu mecburiyetin cinsiyet geçişi olması halinde anılan bireylere ne şekilde uygulanacağının ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Çalışmanın birinci bölümünde, öncelikle cinsiyet geçiş sürecinin doğru biçimde anlaşılmasını sağlayacak kavramlara yer verilmiştir. Bu sayede kavramsal açıdan oluşabilecek muhtemel karışıklıkların önüne geçilmesi ve daha da önemlisi çalışma içerisindeki en temel kavramlardan biri olan cinsiyet disforisinin bir hastalığa değil, transların doğumla atanmış cinsiyetleri ile cinsiyet kimlikleri arasındaki bir uyumsuzluğa işaret ettiğinin anlaşılması hedeflenmiştir. Söz konusu kavramların açıklanmasının ardından cinsiyet geçiş sürecinin önceki ve sonraki aşamalarına değinilmiştir. Buradan hareketle bireyin cinsiyet algısının ne zaman ve ne şekilde geliştiği ve cinsiyet disforisinin belirtileri şeklinde cinsiyet geçiş sürecinin önceki aşamalarına dair açıklamalarda bulunulmuştur. Ardından MK m. 40/II uyarınca tıbbi operasyonun Türk hukukunda zorunlu olması sebebiyle cinsiyet geçiş sürecinde gerçekleştirilen tıbbi operasyonun teknik anlamda hangi farklı operasyonları içerdiği bilgisinin de yararlı olacağı düşünülerek anılan operasyonlardan kısaca söz edilmiştir.

Söz konusu bölümün ardından çalışmanın ikinci bölümünde ise, cinsiyet geçiş sürecinin Türk hukukunda ne şekilde ilerlediğine dair, tarihsel arka plan ve güncel mevzuat kapsamında bir inceleme yapılmıştır. Bu doğrultuda Türk hukukunda

⁴⁰⁶ GÜNGÖR, s. 148.

cinsiyet geçiş sürecine dair ilk düzenleme olan ve 3444 sayılı Kanun ile mülga 743 sayılı Kanun m. 29 hükmüne eklenen ikinci fıkra değerlendirilerek, ilgili maddenin nasıl bir cinsiyet geçiş süreci ortaya çıkardığı ve bu kapsamda içerdiği eksiklikler doktrinde yer alan görüşlerin de ışığında açıklanmıştır. Bu doğrultuda ilk bakışta mülga 743 sayılı Kanun m. 29/II hükmünde yer alan cinsiyet geçiş sürecinin, translar açısından görece  zg r düzenleme gibi gözüktüğü ifade edilmiştir. Buna rağmen örneğin evliliğin sona erme hallerine bir yenisini eklemesi, tıbbi operasyonun ne şekilde gerçekleşeceğine dair hiçbir ek düzenleme içermemesi ve yine tıbbi operasyonu her yaştan birey için ulaşılabılır hale getirmesi sebebiyle aslında oldukça acele ile kaleme alınmış eksik bir düzenleme olduğu tespit edilmiştir.

Ardından cinsiyet geçiş sürecine dair güncel mevzuat olan 4721 sayılı Kanun m. 40 hükmü detaylıca incelenmiş ve hüküm kapsamında kaleme alınmış her şart bakımından da ayrıca değerlendirme yapılmıştır. Anılan değerlendirmeler yapılırken özellikle AİHM içtihatlarına ve gelişmiş ülkelerde yer alan hukuki düzenlemelere de yer verilerek, cinsiyet geçiş sürecinin insan hakları hukukuna uyum sağlayacak şekilde geliştirilebilmesi adına hangi adımların atılması gerektiğine dair bir  er eve çizilmesi hedeflenmiştir.

Çalışma açısından önem arz eden iki adet AYM kararı bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi cinsiyet geçişi kapsamında gerçekleşecek tıbbi operasyonu geçirebilmek için üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olunması gerektiğine yönelik şartın iptaline dair karardır. Anılan karar Mart 2018’de Resmi Gazete’de yayımlanmış ve söz konusu şart MK m. 40/I hükmünden çıkarılmıştır. Öncelikle  reme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma şartı sebebiyle günümüze dek yaşanan ihlaller doğrultusunda söz konusu şartın iptaline dek olan sürecin açıklanması gerekli görülmüştür. Bunun yanında her ne kadar sözü edilen şartın iptali olumlu bir gelişme olsa da, zorunlu tıbbi operasyon şartı mevcut olduğu sürece üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksunluk şartının yaşam pratiğinde bir önemi

kalmayacağı; zira kararda da ifade edildiği üzere tıbbi operasyon sonucu üreme yeteneğinin halihazırda sona ermekte olduğunun altı çizilmiştir.

Buna bağlı olarak bir diğer AYM kararı da tıbbi operasyon şartının iptali istemi neticesinde gündeme gelmiştir. Söz konusu kararda ise anılan istem, tıbbi operasyonun gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi sayesinde nüfus kayıtlarının korunmasının hedeflendiği ve ek olarak bir kimsenin doğumla atanmış cinsiyeti ile cinsiyet kimliğinin örtüşmemesi halinin kamu düzenini bozabileceği gerekçeleriyle ne yazık ki reddedilmiştir. Kararda yer alan Engin Yıldırım'a ait karşı oy yazısında, tıbbi operasyonun bireye yapılan fiziksel bir müdahale olduğu belirtilmiş ve transların cinsiyet kimliklerinin hukuken tanınması için kendilerinden talep edilen bu fiziksel müdahaleyi reddetmesi durumunda hukuken ait olmadığı bir cinsiyet ile yaşamak zorunda kalacakları belirtilmiştir. Bunun yanında transları cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için geri dönüşü olmayan bir tıbbi müdahaleye mecbur bırakmanın vücut bütünlüğünün korunması bakımından oldukça orantısız bir fedakârlık olduğuna yönelik ifadeler de yine karşı oy görüşünde yer alan önemli noktalardan bir tanesidir.

Son olarak çalışmanın üçüncü bölümünde cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasının sonuçlarına değinilmiş ve anılan tanınma işleminin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir. Bu doğrultuda kendine yeni bir kimlik edinmeye çalışan transların isim değişikliği yönünde de çok doğal olarak talepte bulunabilecekleri ifade edilerek, isim değişikliğinin de cinsiyet geçiş süreci içerisinde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Aynı zamanda cinsiyet geçişi neticesinde tanınan yeni cinsiyet kimliğine ilişkin değişikliğin tüm kişisel evrakı kapsayacak şekilde olması; ancak bu işlem sırasında transların dolaylı ayrımcılığa maruz kalmamalarına özen gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ek olarak cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasının aile, iş ve sosyal güvenlik hukuku ve askerlik açısından sonuçlarına değinilerek açıklamalara yer verilmiştir.

Yapılan tüm açıklamalar ve incelemeler doğrultusunda, MK m. 40 hükmünde yer alan en temel problem, cinsiyet geçişi kapsamındaki tıbbi operasyonu ve cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasının aynı hüküm içerisinde düzenlenmiş olmasıdır. Bu şekilde anılan düzenleme, bireyin cinsiyet kimliğini özgürce yaşamasına imkan sağlayan bir hukuki metinden ziyade, bireyi toplumun istediği ve benimsediği şekle getiren bir normalleştirme aracına dönüşmektedir. Pek çok ülke örneğin asgari yaş şartı benzeri görece daha makul şartları cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması aşamasında arıyorken, Türk hukukunda yer alan düzenlemenin tüm şartları tıbbi operasyonun gerçekleşmesi için yapılan izin başvurusunda araması yerinde bir düzenleme olmadığı çalışma içerisinde belirtilmiştir. Buna bağlı olarak cinsiyet geçiş süreci çok boyutlu bir mesele olmakla beraber tek bir hüküm içinde kaleme alınmaması gerektiği, yine çalışma içerisinde yer verilen pek çok yabancı hukuk sistemlerine benzer şekilde ayrı bir mevzuat ile ve öncelikli olarak tıbbi operasyon şartının iptal edilmesi suretiyle detaylıca düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu sayede örneğin isim değişikliği için hakimden ayrıca izin alınmasını gerektirmeyen ve anılan değişikliği de cinsiyet geçiş sürecine dahil eden, ek olarak cinsiyet disforisinin teşhisi amacıyla alınan psikiyatrik raporun geçerlilik süresi, evli olmama şartı sağlanmadan tıbbi operasyon geçirilmesi halinde mevcut evliliğin sonlanıp sonlanmayacağı veya ne şekilde sonlanması gerektiği, trans erkekler açısından askerlik hizmetinin zorunlu olup olmayacağı ve benzeri konularda soru işareti bırakmayacak şekilde detaylı bir düzenlemenin gerçekleşmesi mümkün olabilecektir.

Son olarak bir hususa tekrar ve önemi hatırlatılarak değinilmesi gerekmektedir. Translar hasta ve tedaviye muhtaç kimseler değildir ve yalnızca trans olmaları sebebiyle kamu düzenini bozmaları mümkün değildir. Bunu bu şekilde algılamak ikili cinsiyet sisteminin dayatmalarının bir sonucudur; zira anılan sistemin kadın ve erkek olmaya dair keskin kanısı, doğumla atanmış cinsiyet ile cinsiyet kimliğinin uyuşmamasını reddeder. Yine anılan sistemlerde sisteme uymayan

durumların ve kişilerin anlaşılabilmesi için kimi zaman örnekleri tersine çevirmek gerekir. Bu bağlamda nasıl ki doğumla atanmış cinsiyeti erkek olan ve cinsiyet kimliğini erkek olarak tanımlayan veya aynı şekilde doğumla atanmış cinsiyeti kadın olan ve cinsiyet kimliğini kadın olarak tanımlayan bir kimsenin kamu düzenini bozması son derece olanaksızsa, doğumla atanmış cinsiyeti ile cinsiyet kimliği birbirinden farklı birisinin kamu düzenini bozması da aynı ölçüde imkansızdır. Zira kamu düzeninin bir kimsenin cinsiyet algılarıyla bozulabileceği fikri özellikle de içinde yaşamakta olduğumuz gittikçe modernleşen dünyada, ne rasyonel ne de hukuken kabulü mümkün bir düşünce değildir. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, söz konusu normatif düşünce yapısının değişmesi ile transların içerisinde bulundukları durumun doğru biçimde anlaşılması gerekmektedir. Bu gerekliliğin pozitif bir sonucu olarak, anılan bireylerin cinsiyet kimliklerini özgürce yaşayabilmelerine imkan sağlayan bir ayrı düzenlemenin kaleme alınması ile mevcut ihlallerin son bulması mümkün olabilecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- AKİPEK, Jale G.
AKINTÜRK, Turgut
AKINTÜRK, Turgut
ATEŞ KARAMAN, Derya
AYAN, Serkan
BENJAMIN, Harry
BULUT, Harun
DURAL, Mustafa
ÖĞÜZ, Tufan
DURAL, Mustafa
ÖĞÜZ, Tufan
GÜMÜŞ, Alper
GENÇCAN, Ömer Uğur
GÜNGÖR, Aras
(Yayına Hazırlayan)
- Türk Medeni Hukuku – Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1. Cilt, 5. Bası, İstanbul, Eylül 2014
Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2. Cilt, 14. Bası, İstanbul, Ocak 2012
Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Mart 2014
The Transsexual Phenomenon, Yayınlayan: The Julian Press, Inc. Publishers, New York 1966
Yargıtay Kararları Doğrultusunda Kişilik Hakları Ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, Beta Kitap, 1. Bası, İstanbul, Nisan 2006
Türk Özel Hukuku – Cilt II / Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 12. Bası, İstanbul, 2012
Türk Özel Hukuku – Cilt III / Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015
4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu / Bilimsel Açıklama – Son İçtihatlar, Yetkin Yayınlar, 1. Cilt, Ankara, 2015
Kadından Erkeğe Transseksüellerin Deneyimleri, Ayrıntı Basımevi, 1. Basım, ,Pembe Hayat LGBT Dayanışma Derneği, Ankara, Nisan 2012

- HATEMİ, Hüseyin Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993
- SEROZAN, Rona
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015
- OĞUZMAN, Kemal M. Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, 13. Bası, İstanbul, 2013
- SELİÇİ, Özer
- OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe
- ÖZKAN, Hakan Açıklamalı – İhtihatlı / Asliye Hukuk Davaları Ve Tatbikatı / Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Mayıs 2015
- SCHERPE, Jens M. The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons, Intersentia Publishing, 2015
- SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk – Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk – Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015
- UYAR, Talih, Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli – İhtihatlı) Kişiler Hukuku (MK 8-117), Günaydın Yayıncılık, 2. Cilt, Ankara
- YASAN, Candan Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul, Şubat 2013
- ZEVKLİLER, Aydın Medeni Hukuk / Giriş – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2000
- ACABEY, M. Beşir
- GÖKYAYLA, K. Emre
- Makaleler ve Tezler**
- ACAR, Kadriye “Transseksüel bireylerde cinsiyet değiştirme cerrahisi

AYGİN, Dilek

ve hemşirelik yaklaşımları”, Androloji Bülteni, (Derleme), 17(62), s. 241-245, 2015

ALTINAY, Rüstem Ertuğ

“Reconstructing the Transgendered Self as a Muslim, Nationalist, Upper-Class Woman: The Case of Bulent Ersoy”, Women's Studies Quarterly, Sayı: 36, No. 3/4, s. 210-229, The Feminist Press at the City University of New York, 2008.

ATAMER, Yeşim

TAŞKIN, Z. Damla

“Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Aykırı Yönleri Ve Revizyon Teklifleri”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 42, Sayı: 4, Ekim 2016

BAFRA, Jale

“Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar”, Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi, s. 47-54, İstanbul, 2004

BAŞARA, Gamze Turan

“Türk Medenî Kanunu’nun 40’ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği Ve Hukukî Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 245-266, 2012

BEN-ASHER, Noa

“The Necessity of Sex Change: A Struggle for Intersex and Transsex Liberties”, Harvard Journal of Law and Gender, Vol. 29, No. 51, 2006, s. 51-98, Ocak, 2008

BULLOUGH, Bonnie

BULLOUGH, Vern

“Are Transvestites Necessarily Heterosexual?”, Archives of Sexual Behavior, Vol. 26, No. 1, s. 1-12 1997.

BUTLER, Judith

“Sex And Gender in Simone de Beauvoir’s ‘Second Sex’”, Yale University Press, No: 72, s. 35 – 49, 1986

COWAN, Sharon,

“Gender is No Substitute for Sex: A Comparative Human Rights Analysis of the Legal Regulation of Sexual Identity”, Feminist Legal Studies, Volume 13,

- Issue 1, s. 67-69, Ocak 2005
- CUMALIOĞLU, Emre
“Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu – Türk Medeni Kanununun 40. Maddesi Anayasa’ya Aykırı Mıdır?”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2 - Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan – Cilt:1 Seçkin Yayınları, s. 1-34 Temmuz 2016
- DIAMOND, Milton
“Sex and Gender Are Different: Sexual Identity and Gender Identity are Different”, University of Hawaii, John A. Burns School of Medicine Department of Anatomy and Reproductive Biology Pacific Center for Sex and Society, s. 1-26, Clinical Child Psychology & Psychiatry - Special Issue In Press for July 2002.
- DUNNE, Peter
“Commentary Y.Y. v Turkey: Infertility As A Pre-Condition For Gender Confirmation Surgery”, Medical Law Review, Vol. 23, No. 4, s. 646–658, Mayıs 2015
- FAUSTO-STERLING, Anne
“The Five Sexes: Why Male And Female Are Not Enough?”, The Sciences, Published by New York Academy Of Sciences, March/April, s. 20-25 1993
- GHATTAS, Dan Christian
“İnterseks Bireylerin Haklarını Savunmak – Nasıl Yardım Edebilirsiniz?” (Çevirmen: Belgin Günay), Ayrıntı Basımevi, Ankara, Ekim 2016
- GRANUCCI LESSER, Joan
“When Your Son Becomes Your Daughter: A Mother’s Adjustments To A Transgender Child”, Families In Society: Mart / Nisan, s. 182-189, 1999
- GÜVEN, Kudret
“Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 45-80, Ankara, 1997.

- HINES, Sally
“What's the Difference? Bringing Particularity to Queer Studies of Transgender”, Journal of Gender Studies, Sayı:15:1, s. 49-66, 21 Ağustos 2006
- HUN, Sinem
“Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Somut Norm Denetimine Tabiyken: Trans Geçiş Sürecinde Bekletmeler’in Trans Öznelliklere Etkisi” Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, s. 312-316, 2015
- KARAN, Ulaş
“Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve”, s. 1-13, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyoloji ve Eğitim Çalışmaları Birimi’nin, Global Dialogue, Açık Toplum Vakfı ve İstanbul Bilgi Üniversitesi desteğiyle yürüttüğü “Önyargılar, Kalıpyargılar ve Ayrımcılık: Sosyolojik ve Eğitimsel Perspektifler” Projesi kapsamında geliştirilmiştir, 2011
- KARATAŞ, Sevcen
“Transseksüel Bireylerin Sağlık Hizmeti Almada Yaşadıkları Güçlükler” (Yüksek Lisans Tezi), Haliç Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2017
- KAYA, Murat
“Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Mecmua / Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, 1. Bası, s. 56-89., Ankara Temmuz, 2008
- KESKİN, Necla
YAPÇA, Gamze
TAMAM, Lut
“Transseksüalizm: Klinik Özellikleri ve Yasal Konular / Transsexualism: Clinical Features and Legal Issues”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar-Current Approaches in Psychiatry, Sayı: 7(4), s. 436 – 447, 2015
- MALLON, Gerard P.
DECRESENCO, Teresa
“Transgender Children And Youth: A Child Welfare Practice Perspective”, Child Welfare, Mart/Nisan,

NEALY, Elijah C.

“Gerçek Erkek Ayağa Kalkabilir Mi Lütfen: Trans Erkeklerin Cinsiyetlendirilmiş Performansı” (Çevirmenler: Baysar Taniyan, Berk İnan Berkant), A Journal Of Identity And Culture:3, s. 213-233, Şubat, 2015

O’FLAHERTY, John

“Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles”, Human Rights Law Review s. 207-248, Haziran 2008

FISHER, Michael

ÖZATA, Berna

“Transseksüel Bireylerde Cinsiyet Dönüştürmenin Ruh Sağlığı Ve Yaşam Kalitesi Üzerine Etkileri” (Uzmanlık Tezi), İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı, İstanbul 2012

ÖZBEY, Hüseyin

“Cinsel gelişim sorunları: Küçük hastalar, büyük kararlar”, Çocuk Cerrahisi Dergisi 30(Ek sayı 2) s. 141-145, İstanbul, 2016

ÖZKAN, Serhat

“Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki Ve Toplumsal Boyutu: Haklar Ve İhlaller”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, Vol.14, No: 1, s. 55-85, 2017

ÖZTÜREL, Adnan

“Transseksüalizm ile Hermafrodizimde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler) Kısım I”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi., C. 37, Sayı. 1-4, s. 461-488, 1980

ÖZTÜREL, Adnan

“Transseksüalizm ile Hermafrodizimde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler) Kısım II”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi., C. 38, Sayı. 1-4, s. 253-292, 1980

- POLAT, Aslıhan
YÜKSEL, Sahika
GENÇ DİŞÇİGİL, Aysun
METERİS, Handan
SEROZAN, Rona
- “Family Attitudes Toward Transgendered People In Turkey: Experience From A Secular Islamic Country”, International Journal of Psychiatry In Medicine, Sayı. 35(4), s. 383-393, 2005
- “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 14, s. 93-112, 1977
- SAĞLAM, İpek
- “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı 3-4, s. 455-469, 2004
- SEAGER, Karen
- “Finding Our Way”, Journal of GLBT Family Studies, 2:3-4, s. 207-245, Ekim 2008
- SELVAGGI, Gennaro
BELLRINGER, James
- “Gender Reassignment Surgery: An Overview”, Nature Reviews Urology, Volume:8, s. 274-282, Mayıs, 2011
- SERT, Selin
- “Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme-Sex Change In Turkish Civil Law”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 118, s. 255-270, 2015
- SHIVELY, Michael G.
JONES, Christopher
DE CECCO, John P
- “Research on Sexual Orientation”, Journal of Homosexuality, No: 9:2-3, s. 127-136, San Francisco, 2010
- TEKİN, Nurullah
- “Cinsiyet Değiştirme Kavramı Ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açısından İncelenmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 39, s. 97-114, Kasım 2009

- TURAN, Şenol
AKSOY POYRAZ, Cana
İNCE, Ezgi
SAKALLI KANI, Ayşe
EMÜL, Hacı Murat
DURAN, Alaattin
WALINDER, Jan
WILL, Michael
ÖZTAN, Bilge
WISEMAN, Mel
DAVIDSON, Sarah
ZENGİN, Aşlı
ZEVKLİLER, Aydın
- “Cinsiyet Değiştirme Ameliyatı İçin Psikiyatri Kliniğine Başvuran Transseksüel Bireylerin Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri”, Türk Psikiyatri Dergisi, 26 (3) s. 153-60, 2015
- “Transsexualism: Definition, Prevalence And Sex Distribution”, Acta Psychiatrica Scandinavica, Volume 43, s. 255–258, Ağustos, 1968.
- “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı - Transseksüellerin Hukuki Durumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1993 Sayı: 1-4 Cilt: 43 s. 227-268, 1993
- “Problems with binary gender discourse: Using context to promote flexibility and connection in gender identity”, Clinical Child Psychology and Psychiatry, Sayı: 17(4), s. 528-537, 2011
- “Sex For Law, Sex For Psychiatry: Pre-Sex Reassignment Surgical Psychotherapy in Turkey”, Anthropologica, Sayı: 56(1), s. 55-68, Toronto, 2014
- “Medenî Kanun ve Cinsiyet Kargaşası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı. 2, s. 258-285, 1998

Elektronik Kaynaklar

- 2/1549 ESAS SAYILI KANUN TEKLİFİ <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1549.pdf>, erişim: 15.04.2018.
- 2/237 ESAS SAYILI KANUN TEKLİFİ <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-0237.pdf>, erişim:

	15.04.2018.
2/611 ESAS SAYILI KANUN TEKLİFİ	http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-0611.pdf , erişim: 30.04.2018.
2/642 ESAS SAYILI KANUN TEKLİFİ	http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-0642.pdf , erişim: 17.03.2018.
4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNU GEREKÇESİ	http://www.tuerkei-recht.de/downloads/zgb-alp-amtl-begr.pdf , erişim: 05.03.2018.
ALMAN FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ KARARINA İLİŞKİN BASIN AÇIKLAMASI	7/2011 numaralı ve 28.01.2011 tarihli basın açıklaması metni, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2011/bvg11-007.html erişim: 16.04.2018.
AMERIKAN PSIKOLOJİ DERNEĞİ BİLGİ NOTU	SCHNEIDER, Margaret, O. BOCKTING, Walter, D. EHRBAR, Randall LAWRENCE, Anne A., RACHLIN, Katherine Louise, ZUCER, Kenneth J, “Answers to Your Questions About Individuals With Intersex Conditions”, American Psychological Association, 2006, https://www.apa.org/topics/lgbt/intersex.pdf , erişim: 03.03.2018.
AMERIKAN PSİKOLOJİ DERNEĞİ BİLGİ NOTU	American Psychological Association. (2011). “Answers to your questions about transgender people, gender identity, and gender expression”, http://www.apa.org/topics/lgbt/transgender.aspx , erişim: 02.03.2018.
APA BİLGİ NOTU	DSM–5 FactSheets, https://www.psychiatry.org/psychiatrists/practice/dsm/educational-resources/dsm-5-fact-sheets , erişim: 27.04.2018.
ARJANTİN CİNSİYET KİMLİĞİ YASASI	https://tgeu.org/argentina-gender-identity-law/ , erişim: 22.04.2018.

AVRUPA İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMESİ

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf,

erişim: 13.04.2018.

AVRUPA KONSEYİ BİLGİ NOTU

Avrupa Konseyi “İnsan Hakları ve Cinsiyet Kimliği” başlıklı Bilgi Notu, “CommDH/IssuePaper 2 Original version, Strasbourg”, Temmuz, 2009, <https://rm.coe.int/16806da753>, *erişim: 20.04.2018.*

AVRUPA KONSEYİ REHBERİ

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış “Transseksüellerin İnsan Haklarının Korunması: Cinsiyetin Hukuken Tanınmasına Yönelik Kısa Bir Rehber” (Protecting Human Rights Of Transgender Persons: A short guide to legal gender recognition), Council of Europe

<https://rm.coe.int/1680492119>, *erişim: 16.04.2018.*

AVRUPA KONSEYİ TAVSİYE
KARARI

Cinsel Yönelim Veya Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılıkla Mücadele Etmek İçin Alınacak Önlemler Üzerine Bakanlıklar Komitesinin Üye Devletlere Yönelik CM/Rec (2010)5 Sayılı Tavsiye Kararı (*Recommendation CM/Rec (2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or genderidentity*) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cf40a,

erişim: 15.04.2018.

BANU TUNA’YA AİT 27.06.2017
TARİHLİ VE “ECE’NİN DIPLOMA
SAVAŞI” BAŞLIKLİ HABER.

<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/ecenin-diploma-savasi-40502872>, *erişim: 24.05.2018.*

BİRLEŞİK KRALLIK CİNSİYET
TANIMA YASASI

(Gender Recognition Act 2004)

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents>,
erişim: 17.03.2018.

BM EKONOMİK, SOSYAL VE
KÜLTÜREL HAKLAR KOMİTESİ 22.
NO'LU GENEL YORUM

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel
Haklar Komitesi Cinsel Sağlık ve Üremeye Dair 22
No'lu Genel Yorum (General comment No. 22 (2016)
on the right to sexual and reproductive health (article
12 of the International Covenant on Economic, Social
and Cultural Rights)

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiae1vlbbOAekmaOwDOWsUe7N8TLm%2BP3HJPzxjHySkUoHMavD%2Fpyfcp3YlZg>, para. 58, 59. *erişim: 26.04.2018.*

BM İNSAN HAKLARI YÜKSEK
KOMİSERLİĞİ

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği: Herkes Eşit Ve
Özgür Doğar: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda
Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği
http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqual_Turkish.pdf, *erişim: 26.04.2018.*

HENRY BODKIN'E AIT 04.11.2017
TARİHLİ "SEX-CHANGE MEN
WILL SOON BE ABLE TO HAVE
BABIES" BAŞLIKLİ HABER.

<https://www.telegraph.co.uk/news/2017/11/04/babies-born-transgender-mothers-could-happen-tomorrow-fertility/>, *erişim: 23.04.2018.*

HÜSEYİN ŞİMŞEK'E AIT 15.01.2016
TARİHLİ "TRANSLARA "ŞERH" Lİ
DIPLOMA" BAŞLIKLİ HABER.

<https://www.birgun.net/haber-detay/translara-serh-li-diploma-100861.html>, *erişim: 26.05.2018.*

İRLANDA CİNSİYET TANIMA
YASASI

(Gender Recognition Act)

<http://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2015/a>

	2515.pdf, <i>erişim: 20.04.2018.</i>
MALTA DEKLARASYONU	https://oiiieurope.org/malta-declaration/ , <i>erişim: 11.03.2018.</i>
ONTARIO İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARI	XY v. Ontario (Government and Consumer Services), 2012 HRTO 726, Dosya No: 2009-01326-I, Karar: https://www.canlii.org/en/on/onhrt/doc/2012/2012hrto726/2012hrto726.pdf , <i>erişim: 12.10.2017.</i>
“RAİNBOW EUROPE” TARAFINDAN YAPILAN LGBTİ+ BİREYLERİN İNSAN HAKLARININ KORUNMASI VE AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİNE DAİR YAPILAN SIRALAMA.	https://rainbow-europe.org/country-ranking , <i>erişim: 24.05.2018.</i>
TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ TUTANAK DERGİSİ	Dönem: 18, Cilt: 10, Yasama Yılı: 1, 04.05.1988 tarihli tutanak, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c010/tbmm18010064.pdf , <i>erişim: 02.03.2018.</i>
“URUGUAY PASSES LANDMARK GENDER IDENTITY LAW” BAŞLIKLİ HABER.	https://transgenderequality.wordpress.com/2009/10/15/uruguay-passes-landmark-gender-identity-law/ , <i>erişim: 29.04.2018.</i>
YALÇIN BAYER’E AİT 25.08.2005 TARİHLİ “ERSOY’UN DÖNÜŞ ÖYKÜSÜ” BAŞLIKLİ HABER.	http://www.hurriyet.com.tr/ersoy-un-donus-oykusu-344849 , <i>erişim: 02.03.2018.</i>
YOGYAKARTA İLKELERİ	http://yogyakartaprinciples.org , <i>erişim: 16.02.2018.</i>

Raporlar

“Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu”	Hazırlayanlar: GÜNER, Umut, KALKAN, Pelin, ÖZ, Yasemin, ÖZSOY, Elif Ceylan, SÖYLE, Fırat, İstanbul, Şubat 2011
---	--

“Yeniden Doğdum – Veri Toplama Raporu”

Hazırlayanlar: GÜNGÖR, Aras SULLU, Barış MUTLU, Deniz Eren, FERHAT, Derya, ÇEVİK, Doğa Asi, HUN, Sinem, T-Der / Trans Danışma Merkezi Derneği, Ankara, Eylül 2014

“Discrimination on grounds of sexual orientation and gender indentity in Europe”

Hazırlayan: HAMMARBEG, Thomas, Council of Europe Publishing, 2. Bası, Eylül 2011

“Mr & Ms X: The Rights of Transgender Persons Globally”

Hazırlayan: International Bar Association LGBTI Law Committee, Research Digest, 2015

“2015 LGBTİ’lerin Hukuk Ve Adalet Erişimi - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Yargıtay, Danıştay & Anayasa Mahkemesi İçtihatları Emsal Dava Analizleri Hak İhlalleri Raporu”

Hazırlayan: ŞEREF, Ezgi, SPOD Hukuk Ve Adalet Erişim Kitaplığı - 4 LGBTİ’lerin Adalet Erişiminin Güçlendirilmesi Projesi 1. Baskı, Haziran 2016

“Kaos GL 2017 Medya İzleme Raporu”

Hazırlayan: TAR, Yıldız, Kaos GL Derneği, Birinci Baskı, Ankara 2018,

“2016 Cinsel Yönelim Ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İzleme Ara Raporu”

Hazırlayan: Kaos GL Derneği, Yayınlayan: Açık Toplum Vakfı, 2016

“Cinsel Yönelim Ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İzleme Raporu 2013 - 2014 - 2015 - 2016 - 2017”

Hazırlayan: Kasol GL Derneği, Pembe Hayat LGBTT Dayanışma Derneği, Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2017

“2012 Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İhlalleri İzleme Raporu”

Hazırlayanlar: KARA, Hayriye DİKMEN, Kerem PİŞKİN, Levent, TARHAN, Mehmet, ÇELİK, Onur, SPoD Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, Birinci Baskı İstanbul, Ağustos 2013