



**SPoD  
HUKUK  
YAZILARI  
2019**

**S P o D**



Bu yayında yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

*Articles published in this journal represent only the views of the contributors.*

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, SPoD'un yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, without the prior expressed permission in writing by SPoD.*

### **SPoD**

**(Sosyal Politika Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği)**

Katip Mustafa Çelebi Mah. Sıraselviler Cad. Mercan Apt. No: 34 D: 5  
Taksim - Beyoğlu / İstanbul

Bu yayın İsveç Konsolosluğu tarafından desteklenen “Enhancing Legal Support Mechanisms for LGBTI People in Turkey” projesi kapsamında hazırlanmıştır.

*This journal is part of “Enhancing Legal Support Mechanisms for LGBTI People in Turkey” project, supported by the Swedish Consulate.*

Meltem Alamaslı, Burcu Buket Savaş ve tüm Koloni Reklam ekibine gönüllü tasarım desteklerinden dolayı teşekkür ederiz.

*Special thanks to Meltem Alamaslı, Burcu Buket Savaş and the whole team of Koloni Reklam for their volunteer design support.*



CONSULATE GENERAL  
OF SWEDEN

# İÇİN- DE- Kİ- LER

## EMRAH ŞAHİN

Türk Medeni Kanunu'nun 40'inci Maddesinin Yasalaşma Süreci

4-8

## REYDA ERGÜN

Cinsiyet Kimliğinin Hukuken Tanınması Konusunda AİHM İçtihadının Gelişimi  
Cinsiyet Kimliğinin Hukuken Tanınması: Hak Mücadelesinin Özneleri, Yasa Koyucu ve AİHM

9-20

## BERFU YALÇIN

İnterseks Bireylere Bedensel Müdahale ve İnsan Hakları

21-28

## BAŞAK ERDOĞAN - NESLİ ŞEN ÖZÇELİK - ATAGÜN MERT KEJANLIOĞLU

Kadının Soyadı Sorunundan Cinsiyet Geçiş Sürecine: Çözumsuz Bir Çözüm Tehlikesi

29-35

## MERT KOÇAK

Devletin İkili Cinsiyet Sistemini Yeniden Üretme Aracı olarak "Yasal Cinsiyet" ve Cinsiyet Geçiş Süreci

36-41

## GONCA ÜNAL

Yasal Cinsiyete Geçiş Süreci ve Cinsiyet Değişirme Operasyonlarının Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi

42-47

## EZEL BUSE SÖNMEZOCAK

Trans Bedenlerin 'Soyut Çıplaklığı': İnsan Haklarının Öznesine Cinsiyet Geçiş Süreçleri Üzerinden Eleştirel Bir Bakış

48-52

## SİNEM HUN

Trans Geçiş Sürecinde 'Bekletmeler'in Trans Öznelliklere Etkisi

53-56

## HATİCE DEMİR

Trans Erkeklerin Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuk Pratiğindeki Yansımaları

57-61

## HİLAL DEMİRBAŞ

Türkiye Hapishanelerinde Cinsiyet Geçiş Süreci

62-67

# SUNUŞ

Türkiye’de cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılığa karşı mücadele gün geçtikçe güçleniyor. Onur yürüyüşlerine katılımın artması ve daha pek çok gelişme toplumda LGBTİ+ların görünürlüğünün artmasını sağlıyor. Öte yandan bu görünürlüğün şiddet içeren tepkilere maruz kalması ve son dönemde gündelik yaşamımızın hızla parçası haline gelen yasaklarla karşılaşması söz konusu.

Yapılan farklı çalışmalar ve gündelik yaşamda karşılaşılması muhtemel farklı pek çok durum Türkiye toplumunda LGBTİ+lara yönelik önyargıların ve ayrımcı uygulamaların sürdüğünün açık göstergesi.

SPoD olarak, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla mücadele bakımından farklı alanlarda mücadelenin gerekliliğine yürekten inanıyoruz. Hukuk alanı da bu mücadelenin merkezinde yer alan alanlardan biri.

Çalışmalarımızda hukukun ve LGBTİ+ların hak mücadelesinde hukuka erişimi konusunda olan ve olması gereken araçların geliştirilmesi ve hukuki mücadelenin güçlendirilmesi konusunda bir katkı sağlamayı amaçladık.

Bu yayın da, aynı amaca yönelen ‘LGBTİ’ler İçin Hukuk Sisteminin İşlevsel Hale Gelmesi: Türkiye’de LGBTİ’leri için Hukuk Mekanizmalarının Artırılması’ isimli Proje’nin bir parçası olarak tasarlandı.

Üzülerek belirtmek gerekiyor ki, projenin yürütümünden kaynaklanan bazı aksaklıklar nedeniyle çalışmanın yayım tarihi umduğumuz ve yazarlara söz verdiğimiz tarihlerden oldukça uzakta kaldı. Yazıların yazarlar tarafından tesliminden sonra 1,5 senelik bir sapma söz konusu. Bu noktada 2019 Şubat ayında bir tercih yapmak zorunda kaldık. Ya her halinden emek ve tecrübeyle şekillenmiş alana katkısı muhakkak olan bu yazıları karanlıkta bırakacak ya da tüm sorumluluğunu kabul ettiğimiz bu gecikmeyi itirafla bu çalışmaları paylaşacaktık. Biz ikinci yolu tercih ettik. Yayında yer alan yazıların yazarlarına bu konuda ne kadar teşekkür etsek azdır. Bu yayının onların emekleri, anlayışları ve iş birlikleri sonucunda çıktığını belirtmek borcumuz.

Son noktasında dahil olabildiğimiz yayına şekilsel ve tamamen pratik amaçlar doğrultusunda son bir okuma yaptık ve yazarların olabildiğince kendi terminolojilerini ve sözlerini kullanabilecekleri bir özgürlükten faydalanmalarını sağlamaya çalıştık. Son olarak yazılarını bizimle paylaşan yazarlarımıza, yayının hazırlanmasında emeği geçen LGBTİ+ aktivistlerine ve gönüllülerine, alanda mücadeleyi sürdüren tüm sivil toplum örgütlerine, İsveç Konsolosluğu’na ve SPoD gönüllü ve çalışanlarına teşekkür ederiz. Mücadele ve dayanışmanın artarak devam ettiği başka çalışmaların umudu ve heyecanıyla...

**SPoD (Sosyal Politika Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği)**

EMRAH ŞAHİN

## TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN 40'INCI MADDESİNİN YASALAŞMA SÜRECİ

Bu yazıda Kişisel Durum Sicilinin Cinsiyet Değişikliğinde Düzeltmesine ilişkin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40'inci madde hükmünün öncesi, kanunlaşma süreci ve gerekçeleri paylaşılmıştır. Bununla birlikte; 40'inci madde getirilmeden önce "Cinsiyet Geçiş Süreci" ne ilişkin nasıl bir yasal düzenleme olduğunun, 40'inci maddeye neden gerek duyulduğunun, 40'inci maddenin getirilmesinde yasa koyucunun bakış açısının ne olduğunun, 40'inci maddeyi tartışılabilir kılan sebeplerin neler olduğunun açıklanması hedeflenmiştir.<sup>1</sup>

### Giriş

Tartışmalara konu olan 4721 sayılı ve 22/11/2001 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun 40'inci maddesi metni şu şekildedir; *"Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu (...) (2) bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. (2) Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir."*

Bu madde, Kanunun Kişiler Hukuku başlıklı Birinci Kitabının Gerçek Kişiler Başlıklı Birinci Kısımının Kişisel Durum Sicili Başlıklı İkinci Bölümünde düzenlenmiştir. Kanun metninden 40'inci maddenin, *"Kişisel Durum Sicilinin Cinsiyet Değişikliğinde Düzeltmesi"* amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Madde 40, cinsiyet geçiş sürecinin resmi olarak yapılabilmesi için temel yasa maddesidir. Bunun için de Madde 40 ile kanun koyucu tarafından birtakım şartlar getirilmiştir. Bu şartlar; on sekiz yaşını doldurmuş bulunmak, evli olmamak, transseksüel yapıda olmak, cinsiyet geçişinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması ve bu son iki şartın bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelenmesidir.

### 1.1. Medeni Kanun 40'inci Maddesi Öncesi Düzenleme

40'inci madde 22/11/2001 tarihinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu yasa maddesi düzenlenmeden önce cinsiyet geçişine ilişkin prosedür 3444/2 sayılı ve 04/05/1988 tarihli yasa ile 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde (önceki medeni kanun) 29'uncu maddenin son fıkrası ile şu şekilde düzenlenmiştir; *"Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile*

\* Yazı, ilk olarak Kasım 2017 tarihinde yayınlanmak üzere teslim edilmiş daha sonra 2019 Nisan ayında yeniden gözden geçirilerek güncellenmiştir.

\*\* Avukat, Ankara Barosu

<sup>1</sup> Yasalarımızda halen bulunan ve hatalı olan "cinsiyet değişikliği" ibaresinin kullanılması nedeniyle sadece yasal mevzuata atıf yapılan kısımlarda, yasa maddesinin ve gerekçelerinin bütünlüğünü korumak adına herhangi bir müdahalede bulunulmamış, bunun dışında kalan kısımlarda ise "cinsiyet geçiş süreci" ifadesi kullanılmıştır. İki farklı ibarenin kullanılması nedeniyle okuyucunun kafa karışıklığına mahal vermemek adına bu hususu belirtme gereği hasıl olmuştur.

*belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Bu konuda açılacak davalarda cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise, eşe de husumet yöneltilir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur.”*

Yukarıda da görüldüğü üzere önceki kanun maddesinde cinsiyet geçişi prosedürüne ilişkin olarak herhangi bir şart getirilmemiştir. Düzenleme cinsiyet geçişi sürecinin sonrasına ilişkin prosedürün işleyişini belirlemektedir. Maddede, cinsiyet geçiş sürecinin hangi şartlarla yapılacağına ilişkin herhangi bir yönlendirme bulunmamakla birlikte sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmiş olması, nüfus sicilinde gerekli değişikliğin yapılması için kafi görülmüştür. Mahkemelerin bu yasadaki işlevi de sadece onama şeklindedir.

Bu yasa maddesi elbette yasa koyucu tarafından çok net bir biçimde düzenlenmemiş olduğundan uygulamasında birçok problem yaşanmıştır. Ancak yasa maddelerinin ne ifade ettiklerini daha iyi anlayabilmek için daha yakından bakmak gerekmektedir. Maddenin gerekçesi bu hükmün ne amaçla düzenlendiğini şöyle açıklamaktadır; “Yargıtay içtihatları iradî şekilde cinsiyet değişikliğine cevaz vermemektedir. Halbuki bu hususi çağımızın en gelişmiş batı toplumlarının en önemli sorunlarından biri haline gelmiştir. Cinsiyet organları ve vücut yapısı bakımından erkek ya da kadın olmasına rağmen ruhsal yapı ve davranışları bakımından kendisini karşı cinsten hissedenlerde, ruhsal hayatlarının belli ettiği cinsiyetle fizikî cinsiyetleri arasındaki çatışma onları cinsiyet değişikliğine itmekte ve kişi bir operasyonla cinsiyetini değiştirmektedir. Bu durum ise onların nüfus kayıtlarındaki cinsiyetlerinin de değiştirilmesini gerektirmektedir. Medenî Kanununun 38 ve Nüfus Kanununun 46 ncı maddeleri gereğince nüfus kaydındaki değişiklikler ancak hâkim hükmü ile yani mahkeme kararı ile mümkün olacağından bu değişikliğin de dava açmak suretiyle mümkün olacağı aşikârdır. Yargıtay sadece çift organlı olarak doğmuş olanlar açısından cinsiyet değişikliğini içtihatlarında kabul etmiş bulunduğu ve yukarıda izah olunan kişiler yönünden de hukukî boşluğun doldurulmasına zaruret hâsıl olduğu için bu düzenlemeye gerek görülmüştür. Bu değişikliğin dava ile kabulü sırasında bunun bir sağlık kurulu raporuna dayalı olması koşulu da getirilmiştir. Bu şahsın evli olması halinde mahkemenin çocukların velayetine karar vermesi de gerekecektir. Cinsiyeti bu şekilde değişen kişinin evliliği (şayet evli ise) bu hükmün kesinleşmesi tarihinden itibaren başkaca bir hükme hacet kalmaksızın kendiliğinden sona erecektir.”

Yukarıda da görülebileceği üzere madde Yargıtay İçtihatlarının cinsiyet geçiş sürecine müsaade etmemesi üzerine, cinsiyet geçişini çağın bir gerçekliği olarak kabul eden yasa koyucu tarafından bunun dava yoluyla yapılabilmesini sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden önce Yargıtay’ın, içtihatları ile sadece interseks bireylerin resmi olarak cinsiyet geçiş sürecine girmesine izin verilmesi söz konusu iken 1988’de getirilen düzenleme ile bunun trans bireyler için de geçerli olması sağlanmıştır.

Burada yasa koyucunun trans bireyleri “Cinsiyet organları ve vücut yapısı bakımından erkek ya da kadın olmasına rağmen ruhsal yapı ve davranışları bakımından kendisini karşı cinsten hissedenlerde, ruhsal hayatlarının belli ettiği cinsiyetle fizikî cinsiyetleri arasındaki çatışma onları cinsiyet değişikliğine itmekte ve kişi bir operasyonla cinsiyetini değiştirmektedir.” diyerek yaptığı tanımlama, bu maddenin

Kenan Evren'in Cumhurbaşkanlığı döneminde, 1988 senesinde yasalaşmış olması göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir.

### 1.2. Medeni Kanun 40'ıncı Maddenin Gerekçesine Dair Değerlendirme

2001 senesine, Madde 40'a yeniden dönecek olursak; madde 40'ın gerekçesinin, yasa koyucunun trans bireylere bakış açısını açıkça ortaya koyduğunu söyleyebiliriz. Gerekçe şu şekildedir; “*Bu madde yürürlükteki Kanununun 29 uncu maddesine 04/05/1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla eklenmiş olan ikinci fıkradan değiştirilmek suretiyle alınmıştır.*

*Yürürlükteki Kanununun 29 uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince cinsiyet değişikliği dolayısıyla nüfus sicilinde gerekli değişikliğin yapılabilmesi için kişinin önceden cinsiyetini değiştirmesi, bu değişikliğin resmi sağlık kurulu raporuna dayandığının belgelendirilmesi yeterli görülmüştür. Madde bu şekliyle mahkemeye, kişinin cinsiyetinin değiştirilmesi sonucu nüfus sicilinde değişiklik yapma konusunda bir takdir yetkisi vermemekte, mahkemeyi âdeta bir onay makamı hâline getirmektedir. Bu durum, gelişigüzel cinsiyet değişiklikleri sonucu mahkemelerimizi, âdeta bir 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 uncu maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi gelişigüzel cinsiyet değişikliklerinin önüne geçilmek istenmiştir.*

*Bu koşulların başında kişinin mahkemeye bizzat başvurması gelmektedir. Cinsiyet değişikliği şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, bu istemin bizzat cinsiyet değiştirmek isteyen kişiden gelmesi gerekir. Ancak bu durum kişinin böyle bir davayı mutlaka bizzat açması anlamında olmayıp, iradî temsil yolu da açıktır.*

*Değişiklik için aranan diğer önemli koşul, kişinin onsekiz yaşını doldurmuş olması ve evli bulunmamasıdır. Henüz cinsiyeti yönünden bir değişiklik zorunluluğu bulunmayan ya da böyle bir zorunluluğun olup olmadığı belli olmayan kişilerin bu yola başvurmalarının önlenmesi bakımından en az onsekiz yaşın doldurmuş olması koşulu aranmış, bunun yanında bu kişinin evli olmaması koşulu da getirilmiştir. Toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacıyla öncelikle kişinin evli olmaması öngörülmüştür. Bu koşul, kişinin bu yandan evliliğini sürdürmesi, öte yandan bu evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine gitmesi, bunu eşinin ya da çocuklarının ortak yaşantıları içinde yapmasının psikolojik ve ahlâkî tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur.*

*Getirilen diğer önemli bir koşul, istem sahibinin transseksüel yapıda olması, ruh sağlığı açısından cinsiyet değişikliğinin zorunlu bulunması ve kişinin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olmasıdır. Bu yolla cinsiyet değişikliği sadece biyolojik açıdan değil, ruhsal açıdan da zorunlu olma koşuluna bağlanmıştır. Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin gelişigüzel doktor raporlarına bağlanmaması için de uzmanlardan oluşan bir resmî sağlık kurulu raporu alınması öngörülmüştür.”*

### 1.3. “Gelişigüzel Cinsiyet Geçişi”nin Önüne Geçme Amacı

Yukarıda belirtilen gerekçede dikkat edilmesi gereken birden fazla husus vardır. Öncelikle yasa koyucu 40'ıncı maddeyi temelde “*gelişigüzel cinsiyet değişikliğinin*

*önüne geçmek maksadıyla*” düzenlediğini belirtmiştir. Yasa koyucunun kanun gerekçesinde; bireylerin kendi kendine, Devletin yargı organlarına sormadan emrivaki yapar gibi cinsiyet geçiş süreçlerini başlatıp bu konuda Mahkemeleri sadece bir onay makamı olarak görmesinden rahatsız olduğu anlaşılmaktadır. Öyle ki; yasa koyucunun bu düzenlemeyi bireylerin kendi bedenleri üstündeki tasarruflarında Devletin daha fazla söz sahibi olması adına getirdiği açıkça anlaşılabilir. Madde 40’ın temel amacının, madde gerekçesindeki kullanımla *“gelişigüzel cinsiyet değişikliklerinin önüne geçmek”* olduğunu anlayabiliyoruz.

#### 1.4. Madde 40 Gerekçesi Transları Nasıl Tanımlıyor?

Madde 40’ı düzenleyen yasa koyucu ile önceki Medeni Kanun 29’uncu madde son fıkrasını düzenleyen yasa koyucu arasındaki yaklaşım farkını ortaya koymak açısından her ikisinin de transları nasıl tanımladıklarını belirtmek gerekiyor. Daha sağlıklı karşılaştırma yapabilmek açısından Madde 40 öncesindeki düzenlemenin translara ilişkin tanımlamasını buraya tekrar yazmak kanaatimizce faydalı olur. Bu tanımlama şu şekildeydi; *“Cinsiyet organları ve vücut yapısı bakımından erkek ya da kadın olmasına rağmen ruhsal yapı ve davranışları bakımından kendisini karşı cinsten hissedenler”*

Madde 40’ı hazırlayan kanun koyucunun trans bireyleri özellikle tanımlamaktan kaçındığını ancak gerekçeler sıralanırken ve translardan bahsedilirken *“cinsiyeti belirsiz kişiler”* ifadesinin kullanıldığını belirtmek gerekir.

Yasa koyucunun, 40’ıncı maddede *“cinsiyeti belirsiz kişiler”* olarak tanımladığı trans bireylere yönelik bakış açısı sadece bu ifadede değil gerekçenin tamamına yayılmış diğer ifadelerde de vücut bulmaktadır. Şöyle ki; ilgili yasa tasarısına ilişkin genel gerekçede de belirtildiği üzere;

*“Bu düzenleme ile cinsiyet değiştirebilme bazı şartlara bağlanmıştır. Bunlar, on sekiz yaşını tamamlamış olma, bekâr olma, transseksüel yapıda olup cinsiyet değiştirmenin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksunluğunu uzmanlardan oluşan resmî sağlık kurulu raporuyla belgeleme ve mahkemece izin verilmiş olma şartlarıdır”*

#### 1.5. Madde 40’ın Getirdiği Şartlar ve Gerekçeleri

Madde 40 ile getirilen şartların gerekçelerini baştan sona sıralayacak olursak;

**1.5.a.18 yaşı doldurmuş olma koşulu:** *Henüz cinsiyeti yönünden bir değişiklik zorunluluğu bulunmayan ya da böyle bir zorunluluğun olup olmadığı belli olmayan kişilerin bu yola başvurmalarının önlenmesi bakımından bu koşul getirilmiştir.*

**1.5.b. Bekar olma/Evli olmama koşulu:** *“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 geçiş sürecini başlatması ve bunu eşinin ya da çocuklarının ortak yaşantıları içinde yapmasının psikolojik ve ahlâkî tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur.”*

Burada bir paragraf açmamız gerekir. Şöyle ki; yasa koyucu transları *“cinsiyeti belirsiz kişiler”* tanımlaması ile kavramsal tanımlamadan uzak çarpık bir betimleme ile ifade ederken bunun yanı sıra bu *“cinsiyeti belirsiz kişiler”*in aile kurumunu sarsacağı

düşüncesi hâkim. Yine yasa koyucu evli bir bireyin cinsiyet değişikliği sürecini aile ve çocuğun psikoloji ve ahlakına ters görmüştür.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus kanun koyucunun düzenleme ile kimden neyi korumaya çalıştığı hususudur. Aile kurumuna yapılan göndermede aile kurumunun toplumun temeli olduğunun altı çizilmiştir. Burada aslında “cinsiyeti belirsiz kişiler”in kontrolsüz bir biçimde cinsiyet geçiş sürecini başlatmalarına karşı, toplumun ve toplumun ahlaki yapısının korunmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Bu da yasa koyucunun transları topluma yönelik bir tehdit olarak gördüğüne ilişkin emareleri gün yüzüne çıkartmaktadır.

**1.5.c. İstem Sahibinin Transseksüel Yapıda Olması, Ruh Sağlığı Açısından Cinsiyet Geçişinin Zorunlu Bulunması ve Kişinin Üreme Yeteneğinden Sürekli Biçimde Yoksun Olması Koşulu:** Bu yolla cinsiyet geçişi sadece biyolojik açıdan değil, ruhsal açıdan da zorunlu olma koşuluna bağlanmıştır. *Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin gelişi güzel doktor raporlarına bağlanmaması için de uzmanlardan oluşan bir resmî sağlık kurulu raporu alınması da şart koşulmuştur.*

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 2017/130 E., 2017/165 K. ve 29/11/2017 Tarihli kararı ile Medeni Kanun 40'ıncı maddesinde bulunan “*üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma*” koşulu Anayasamızın 13, 17 ve 20'inci maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi “bu sürecin hiç yaşanmaması gerekliliği” yönünde olmayıp, hali hazırda “*amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması*” şartı ile şahısların üreme yeteneklerinden yoksun kaldıkları ve iki kere bu sürece girmelerinin şart koşulmasının “ölçülülük” esasına aykırı olacağı gibi kişinin maddi ve manevi varlığına telafisi mümkün olmayan zararlar da verebileceği ve özel hayata saygı hakkını da ihlal edeceği gerekçesine dayandırılmıştır. Sonuç olarak her ne kadar “*üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma*” koşulu Anayasa Mahkemesi kararı ile kaldırılmış olsa da mevcut koşulların varlığı ile geçiş sürecine ilişkin hak ihlalleri devam etmektedir.<sup>2</sup>

### Sonuç

Yukarıda da izah olunduğu üzere 40'ıncı maddenin, cinsiyet geçiş sürecinde Devletin daha denetleyici ve kontrolcü olmasını sağlamak adına getirildiği aşıkardır. Yasa koyucunun madde gerekçesindeki ifadeleri trans bireylere karşı önyargılı bir bakış açısı ortaya koymaktadır. Yasa koyucunun sahip olduğu bu bakış açısının yasa uygulayıcıları tarafından da paylaşıldığını pratikte gözlemliyoruz. Bu maddenin getirdiği koşullarda bu bakış açısının tesiri ile transların üreme sağlığına ilişkin hakların da göz ardı edildiği açıktır.

Yasa koyucunun madde 40 ile kendisine, bireyin bedenine ölçsüz bir biçimde müdahale hakkı sağladığı ve bu müdahalenin bireyin haklarının ihlal edilerek yapılmasının önünü açtığı da açıkça görülmektedir.

Bunun yanı sıra 40'ıncı maddenin yasalaşmasında, yasa koyucunun “cinsiyet geçiş sürecinin” sadece trans kadınlara özgü olduğunu düşündüğü ve trans erkeklerin varlığından bihaber olduğu ortadadır. Yasa koyucunun bu kafa karışıklığının uygulamada

<sup>2</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 2017/130 E., 2017/165 K. ve 29/11/2017 Tarihli kararı.

REYDA ERGÜN

CİNSİYET KİMLİĞİNİN  
HUKUKEN TANINMASI  
KONUSUNDA  
AİHM İÇTİHADININ GELİŞİMİ

## Özet

AİHM içtihadı insan hakları standartlarının geliştirilmesi konusunda üye devletlerin iç hukuklarındaki değişimi zorlayan en güçlü mekanizmalardan biridir. Bu yazıda, ilgili AİHM kararları kronolojik olarak incelenerek, cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması konusunda AİHM içtihadında ulaşılan standartlar ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede LGBTİ+ hareketinin mücadelesini verdiği hak talepleri bağlamında AİHM'in bundan sonraki kararlarından beklenebilecekler de ele alınacaktır.

Hak temelli politik mücadelelerin Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin hukuk düzenlerinde bir yansıma bulabilmesi açısından, Konsey organları ve mekanizmalarının sunduğu olanakların, insan hakları savunucuları elindeki en önemli araçlar olduğu söylenebilir. Bunlar arasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) yorumlanmasında son karar mercii olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihadı, taraf ülkelerin iç hukuklarındaki değişimi zorlayan en güçlü mekanizmadır.

Trans haklarına ilişkin AİHM içtihadının gelişimine bakıldığında, iki önemli tespitte bulunmak mümkündür. Birincisi bu gelişimin LGBTİ+ hak mücadelesinin kazanımları ve karşılaştığı direnç noktalarının tarihselliğiyle paralellik gösterdiğidir. AİHM'in cinsiyet kimliğine ilişkin kararları, kronolojik olarak mutabakat ve muhalefet şerhleri ile birlikte okunduğunda bu çok daha belirgin hale gelmektedir. Yapılabilecek ikinci tespit ise, Mahkeme'nin önüne gelen cinsiyet kimliği temelli hak ihlallerine ilişkin başvuruların büyük kısmı cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasıyla ilgili olduğundan, trans hakları bağlamında AİHM içtihadının daha ziyade bu konu ekseninde gelişim gösterdiğidir.

Mahkeme'nin önüne gelen ilk başvurular incelendiğinde, başvuru sahiplerinin, cinsiyet geçiş operasyonlarını geçirmiş, ancak buna rağmen doğum belgelerindeki cinsiyet ibaresinin düzeltilmesi talepleri iç hukuk mekanizmaları tarafından reddedilmiş bireyler olduğu göze çarpar. Dolayısıyla AİHM ilk kararlarında, cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasının Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel hayata saygı hakkı) koruması altında olup olmadığını yalnızca cinsiyet geçiş operasyonlarını geçirmiş translar bağlamında tartışmıştır. *Rees ve Cossey* kararlarında, devletin doğum belgelerini değiştirmek konusunda pozitif bir yükümlülüğü bulunmadığı sonucuna varan Mahkeme, 12. madde (evlenme hakkı) açısından da ihlal olmadığına karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, ilgili madde "biyolojik olarak karşı cinsiyetten kişiler" arasındaki geleneksel evliliğe ilişkin hakkı güvence altına almaktadır. Diğer yandan Mahkeme, kendi terimleriyle, transseksüellerin yaşadıkları sorunların ciddiyetinin farkında olduğunu ve alınması gereken hukuki önlemlerin bilimsel ve toplumsal gelişmeler ışığında sürekli yeniden değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>1</sup>

\* Yazarın Notu: Bu metin, 10 Kasım 2017'de yayın kuruluna gönderilmiştir. Aradan geçen sürede, trans haklarına ilişkin AİHM'in verdiği yeni kararlar, hala inceleme aşamasında bulunan yeni başvurular olmuştur. Türkiye'de konuya ilişkin hukuki gelişmeler yaşanmış, Anayasa Mahkemesi, metinde gönderme yapılan *Y. Y. v Türkiye ve A.P., Garçon ve Nicot v Fransa* kararları bağlamında ayrıntılı olarak değerlendirilmesi gereken 29 Kasım 2017 tarihli iki önemli karar vermiş (E: 2015/79, K: 2017/164 ve E: 2017/130, K: 2017/165) ve gerekçeli kararlar 20 Mart 2018 tarihli ve 30366 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Diğer yandan, Dünya Sağlık Örgütü, Uluslararası Hastalık Sınıflandırması Versiyon 11'i yayınlamış, bu sınıflandırmada doğumda atanmış cinsiyeti ile cinsiyet kimliği arasında uyumsuzluk bulunan bireylerin tanı kriterleri, trans kimliğinin patolojikleştirilmesine karşı mücadelede büyük rol oynayacak biçimde değiştirilmiştir. Yeni versiyon Mayıs 2019'da Dünya Sağlık Meclisi'ne üye ülkelerin onayına sunulacaktır. Tüm bu gelişmelere ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme bu yazının sınırlarını aşacağından, yazının içeriği güncellenmeden bırakılmış, gerekli yerlere uyarı niteliğinde dipnotlar koyulmuştur. Bu nedenlerle, okurdan metni yayın kuruluna gönderildiği tarih olan 10 Kasım 2017'de yayınlanmış bir yazı olarak okumasını rica ediyorum.

\*\* Öğretim üyesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

<sup>1</sup> *Rees v Birleşik Krallık*, 9532/81 (AİHM, 17/10/1986), paragraf 35, 44, 47 ve 49; *Cossey v. Birleşik Krallık*, 10843/84 (AİHM, 27/09/1990), paragraf 36, 38, 42 ve 43(a).

AİHM'in 8. madde kapsamında ihlal kararı verdiği ilk başvuru 1992 tarihli *B. v. Fransa* olmakla birlikte, Mahkeme'nin gerekçelendirmesi daha ziyade İngiltere ve Fransa arasında nüfus kayıtlarının tutulması sistemine ilişkin bir karşılaştırmaya dayandığından, bu kararlar Mahkeme'nin daha önceki içtihadından dönmüş olduğunu söylemek mümkün değildir.<sup>2</sup> Nitekim, 1998 tarihli bir kararında Mahkeme, *Rees* ve *Cossey* kararlarındaki içtihadını değiştirmek yönünde ikna olmadığını belirtmiş ve ihlal kararı vermemiştir. Ancak Mahkeme, kendi terimleriyle, transseksüelliğin toplumsal kabulü ve ameliyat sonrası transseksüellerin karşılaştığı sorunların tanınmasına yönelik bir eğilimin farkında olduğunu belirtmiştir.<sup>3</sup>

Bu konudaki direnci kıran dönüm noktası, 2002 tarihli *Christine Goodwin* kararı olur.<sup>4</sup> Bu kararlar Mahkeme, önceki içtihadından dönerek, cinsiyet geçiş operasyonlarından sonra cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasına ilişkin hak ile cinsiyet geçiş operasyonları sonrası tanınan cinsiyetiyle karşı cinsiyetten biriyle evlenme hakkı konusunda devletin pozitif yükümlülüğünü ortaya koyan ikili bir koruma standardı geliştirmiştir. Bu çerçevede Mahkeme, kendi terimleriyle, ameliyat sonrası transseksüellerin yeni cinsel kimliklerinin<sup>5</sup> hukuken tanınması konusunda süregelen bir uluslararası eğilim olduğu saptamasında bulunur ve 21. yüzyılda artık transseksüellerin Sözleşme'nin özünü oluşturan insan onuru ve özgürlüğü kavramından dışlanamayacağını söyler. Mahkeme'ye göre, önündeki olayda bireysel yarar ve kamu yararı arasında kurulması gereken adil denge açıkça başvurucudan yanadır. Bu bağlamda 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşan Mahkeme, 12. maddedeki kadın ve erkek terimlerinin hala yalnızca "biyolojik kriterle" yorumlanması gerektiğinin farz edilemeyeceğini söyleyerek, bu maddeye ilişkin de ihlal kararı vermiştir.<sup>6</sup>

Bu tarihten sonraki kararlarında AİHM'in kullandığı dilin LGBTİ+ aktivizmi içinde örülen terminoloji ile de uyumlu hale gelmeye başladığı söylenebilir. Örneğin, ilk kararlarında cinsiyet geçiş operasyonlarını geçirmiş bireylerle sınırlı olmak üzere "transseksüel" kavramı kullanılırken, giderek daha geniş bir çerçevede *transgender* kavramının AİHM içtihadına girdiğini gözlemlemek mümkündür. Mahkeme, *Christine Goodwin* kararından hemen bir yıl sonra verdiği *Van Kück* kararında, içtihadındaki ve dilindeki bu dönüşümü güçlendirecek biçimde, cinsiyet kimliğinin kişinin özel hayatının bir ögesi ve bireysel özerkliğin 8. maddenin sağladığı güvencelerin yorumunun temelini oluşturan bir ilke olduğunu tespit ederek, cinsiyetin tanımlanmasının öz-belirlenim hakkının temel öğelerinden ve 8. maddenin koruması altında olduğunu ortaya koymuştur.<sup>7</sup> 2007 tarihli *L. v. Litvanya* kararı ise, taraf devletlerin hukuk düzenlerinde hem cinsiyet geçiş süreci sonrasında cinsiyet kimliğinin tanınması, hem de cinsiyet geçiş sürecine erişim için hukuki bir çerçevenin bulunması gerektiği yönündeki saptaması nedeniyle, bu dönüşümde önemli bir rol oynar.<sup>8</sup>

Ancak Mahkeme, bu önemli tespitlerine rağmen hem cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması hem de bu tanınmanın sonucu olarak evlenme hakkı konusundaki değerlendirmelerini, cinsiyet geçiş operasyonu geçirmiş olan transların durumuyla sınırlı olmak üzere yapmaya devam etmiştir. Nitekim 2006-2014 yılları arasında verdiği cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasına bağlanan evli olmama koşuluna ilişkin kararlarda, boşanmanın ya da hukuki olarak böyle bir imkanın bulunduğu durumlarda evliliğin medeni birlikteliğe dönüştürülmesinin bir koşul olarak aranmasının Sözleşme'nin ihlali olmadığı sonucuna

<sup>2</sup> *B. v. Fransa*, 13343/87, (AİHM, 25/03/1992), paragraf 63.

<sup>3</sup> *Sheffield ve Horsham v Birleşik Krallık*, 22985/93 ve 23390/94 (AİHM, 30/07/1998), paragraf 58, 59, 60, 66, 67, 68, 69, 70.

<sup>4</sup> Büyük Daire aynı gün, aynı gerekçelendirmeye dayanarak *I. v. Birleşik Krallık* (25680/94) başvurusunda da 8. ve 12. maddelere ilişkin ihlal kararı vermiştir.

<sup>5</sup> AİHM içtihadında konuya ilişkin genelde tercih edilen terim "gender identity" (cinsiyet kimliği) değil cinsiyet kimliğini de içerecek biçimde "sexual identity" (cinsel kimlik) terimidir. Anlam kaymalarını önleyebilmek için, metinde olabildiğince "cinsiyet kimliği" kavramı kullanılmaya çalışılmıştır. Mahkeme'nin kullandığı terminolojinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz: Lauri Sivonen, 'Gender Identity Discrimination in European Judicial Discourse' (2011) 7 The Equal Rights Review 11-26.

<sup>6</sup> *Christine Goodwin v Birleşik Krallık*, 28957/95 (AİHM, 11/07/2002), paragraf 71, 74, 75, 85, 90, 93, 100, 103.

<sup>7</sup> *Van Kück v Almanya*, 35968/97 (AİHM, 12/06/2003), paragraf 69, 73.

<sup>8</sup> *L. v. Litvanya*, 27527/03 (AİHM, 11/09/2007), paragraf 56, 57.

varmıştır.<sup>9</sup> Mahkeme'ye göre, cinsiyet geçiş operasyonlarını geçirmiş olan kişi evliyse, taraf devletlerin hukuken eşcinsel evlilikleri tanımaya yönelik pozitif bir yükümlülükleri bulunmadığından, devletin cinsiyet kimliğinin tanınmasına ilişkin takdir yetkisinin geniş olduğu kabul edilmelidir.<sup>10</sup> Nitekim 2010 tarihli *Schalk ve Kopf* kararında Mahkeme, 12. maddenin taraf devletlere aynı cinsiyetten kişilerin evliliklerinin tanınmasına yönelik bir yükümlülük yüklenmediği sonucuna varmıştır.<sup>11</sup>

Politik mücadelenin talepleri bağlamında, cinsiyet kimliğine ilişkin hakların hukuken korunması açısından iki önemli başlığın öne çıktığı söylenebilir: Cinsiyet geçiş sürecine girmek isteyen bireylerin bu olanağa erişimleri konusunda hukuki bir çerçevenin bulunması ve cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması. Yukarıda aktarılan olumlu örneklerde bile görüldüğü gibi, yakın zamana kadar AİHM içtihadı, aralarında zorunlu bir bağ bulunmayan bu iki başlığı bir bütün olarak ele almaktaydı. Başka bir ifadeyle, doğumda atanmış cinsiyeti ile cinsiyet kimliği arasında uyumsuzluk bulunan tüm bireylerin cinsiyet geçiş operasyonlarını geçirmek isteyecekleri varsayılıyor ve ancak bu halde cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması ve bu değişiklik sonrasında karşı cinsiyetten biriyle evliliğe izin verilmesi gibi konular Sözleşme'nin sağladığı güvence kapsamında değerlendiriliyordu. Dolayısıyla AİHM'in, transseksüelliğin bir hastalık olduğu, cinsiyet geçiş sürecinin bu hastalığın tedavisini oluşturduğu ve bu sürecin ardından ortaya çıkan ikili cinsiyet sistemi ile uyumsuz durumun ortadan kaldırılabilmesi için "yeni" cinsiyetin hukuken tanınması gerektiği biçiminde özetlenebilecek ve pozitif hukuk sistemlerindeki düzenleme ve uygulamaları büyük ölçüde şekillendirmiş olan patolojikleştirmeye yönelik zihniyeti, konuya ilişkin son içtihadına kadar açıkça sorgulama ihtiyacı hissetmemiş olduğu söylenebilir. Bu çerçevede 2017 tarihli *A.P., Garçon ve Nicot v Fransa*<sup>12</sup> kararı trans haklarının gelişimi anlamında, *Christine Goodwin* kararı kadar önemli bir dönüm noktası teşkil etmektedir.

Aslında AİHM'in bu dönüşümün sinyallerini 2015 tarihli *Y. Y. v Türkiye* kararında verdiği söylenebilir. Ancak cinsiyet geçiş sürecine erişim ve cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasına ilişkin Türkiye'deki düzenlemenin kendine özgülüğü, bir yandan AİHM'e yapmaya henüz gönüllü olmadığı ama giderek de kendini dayatan bazı tartışmaları erteleme fırsatı tanımış, diğer yandansa Mahkeme'yi tarihinde ilk defa cinsiyet geçiş sürecine erişimin bir koşulu olarak zorunlu kısırlaştırmayı tartışmak durumunda bırakmıştır.

Bu kararda AİHM, Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinde öngörülen diğer tüm şartları taşımakla birlikte "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksunluk" koşulunu sağlamadığı için cinsiyet geçiş ameliyatına izin verilmesine yönelik talebi reddedilen başvuru durumunu 8. madde çerçevesinde incelemiştir. Mahkeme'nin de tespit ettiği üzere, bu başvuru daha önceki içtihatlarının konusu olan başvurulardan bir farklılık taşımaktadır; başvuru, cinsiyet geçiş operasyonlarını geçirmiş bir birey değildir. Aksine buna ilişkin talep ettiği izin, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olmadığı gerekçesiyle verilmemiştir. Dolayısıyla Mahkeme, konuyu cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması çerçevesinde değil, cinsiyet geçiş sürecine erişim bağlamında ele almıştır.<sup>13</sup> Henüz cinsiyet geçiş operasyonlarını geçirmemiş bir bireyden, operasyona izin verilebilmesi için "üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksunluk" koşulunu sağlamış olmasının beklenmesinin, zorunlu kısırlaştırmanın cinsiyet geçiş sürecine erişimin bir ön koşulu olarak dayatılması anlamına geldiğini tespit eden<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Hatta Mahkeme, *Wena ve Anita Parry v Birleşik Krallık* (42971/05, AİHM 2006) ve *R. ve F. v Birleşik Krallık* (35748/05, AİHM 2006) kararlarında, başvuruların Sözleşme'nin 35. maddesindeki kabul edilebilirlik koşullarını sağlamadığı sonucuna ulaşmıştır.

<sup>10</sup> *Hämäläinen v. Finlandiya*, 37359/09 (AİHM, 16/07/2014), paragraf 70, 71.

<sup>11</sup> *Schalk ve Kopf v Avusturya*, 30141/04 (AİHM, 24/06/2010), paragraf 101.

<sup>12</sup> *A.P., Garçon ve Nicot v Fransa*, 79885/12, 52471/13 ve 52596/13 (AİHM, 6/4/2017).

<sup>13</sup> *Y.Y. v Türkiye*, 14793/08 (AİHM, 10/03/2015), paragraf 61, 62.

<sup>14</sup> "Mahkeme, cinsiyet geçiş ameliyatı geçirmek isteyen kişilerin, neden cinsiyet değiştirme fiziki sürecine başlanabilmesinden bile önce üreme yeteneğinden yoksun olduklarını kanıtlamaları gerektiğini anlayamamaktadır" (paragraf 116); "Mahkeme, başvuru durumunun bir kısırlaştırma ameliyatı geçirmek dışında, biyolojik olarak üreme yeteneğine sahip olması durumunda, sürekli biçimde üreme yeteneğinden yoksunluk şartını nasıl yerine getirmiş olabileceğini anlayamamaktadır" (paragraf 118).

Mahkeme, başvuruçunun bu nedenle yıllarca cinsiyet geçiş ameliyatı olanağından mahrum bırakılmasının 8. maddenin ihlalini teşkil ettiği sonucuna varmıştır.<sup>15</sup>

Bu karar, Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesindeki ağır hak ihlallerine yol açan düzenlemenin değiştirilmesi/iptali/uygulanmaması<sup>16</sup> yönünde bir etkiye sahip olacağından, Türkiye'deki hak mücadelesi açısından elbette özellikle önem taşımaktadır.<sup>17</sup> Ancak hukukten tanımayı bir hastalığın tedavisi bağlamında gören yaygın zihniyetin tüm Avrupa Konseyi ülkelerini etkileyecek biçimde sorgulanması için, cinsiyet geçiş süreci ile cinsiyet kimliğinin hukukten tanınması arasında kurulan bağın mutlak olarak koparılabilmesi gerekmektedir. *A.P., Garçon ve Nicot v Fransa* kararının, bu bağın sorgulanması anlamında önemli bir ilk adım olduğu söylenebilir.

Bu kararda birlikte değerlendirilen üç ayrı başvurudaki<sup>18</sup> ortak iddia, Fransa hukukunda, doğum belgesindeki cinsiyet ibaresinin düzeltilmesi talebinin, “transseksüellik sendromunun gerçekliğinin” (*la réalité du syndrome transsexuel*) ve “dış görünümde geri döndürülemez nitelikte bir değişimin” (*le caractère irréversible de la transformation de l'apparence*) kanıtlanmasına bağlanmış olmasının Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği. Fransa hukukuna göre, doğum belgelerindeki cinsiyet ibaresinin düzeltilmesi ancak mahkeme kararıyla gerçekleştirilebilmektedir. Fransız Yargıtayı'nın 2012'de oluşan içtihadına göre, böyle bir kararın verilebilmesi için de yukarıda anılan iki koşulun yerine getirilmiş olması gerekmektedir.<sup>19</sup>

AİHM, 8. maddeye ilişkin değerlendirmesinde, öncelikle daha önceki içtihatlarına atıfla, özel hayatın sadece bireyin fiziksel ve manevi bütünlüğünü değil, cinsel kimlik ya da özdeşim, isim, cinsel yönelim ya da cinsel yaşam gibi fiziksel ve toplumsal kimliğine ilişkin yönleri de kapsadığını, kişisel özerklik kavramının 8. maddenin güvencelerinin yorumlanmasında temel alınması gereken önemli ilkelerden biri olduğunu, bu ilke ışığında cinsel aidiyetin tanımlanması özgürlüğünün 8. maddenin içerdiği öz-belirlenim hakkının en temel öğelerinden biri olarak kabul edilmesi gerektiğini tespit etmiştir. Sonrasında Mahkeme, konuya ilişkin daha önceki kararlarında cinsiyet geçiş operasyonlarını geçirmiş bireylerin cinsiyet kimliklerinin hukukten tanınmasının ya da geçiş sürecine erişimin koşullarına ilişkin bir tartışma yürütmüş olmasının, böyle bir operasyon geçirmemiş ya da geçirmek istemeyen *transgender* bireylerin cinsiyet kimliklerinin hukukten tanınması sorununun 8. maddenin uygulama alanı dışında olduğu anlamına gelmeyeceğini ortaya koymuştur.<sup>20</sup>

Bu çerçevede Mahkeme ilk önce, ikinci ve üçüncü başvuruçuların cinsiyet kimliğinin tanınmasına ilişkin taleplerinin yerel mahkemeler tarafından reddedilmesinin dayanağını oluşturan “dış görünümde geri döndürülemez nitelikte bir değişim” koşulunu değerlendirmiştir.<sup>21</sup> Mahkeme'ye göre, karar verilmesi gereken ilk konu, bu koşulun, cinsiyet kimliğinin hukukten tanınmasını bir kısırlaştırma ameliyatı ya da tedavisi geçirmeye bağlı kılmış olup olmadığıdır ve Mahkeme başvuruçuların olayında kısırlaştırmanın (cinsiyet geçiş ameliyatı ya da kısırlaştırmaya neden olacak tedavinin) cinsiyet kimliğinin tanınması için ön koşul olarak arandığı sonucuna ulaşmıştır.<sup>22</sup> Bir sonraki adım, böyle bir

<sup>15</sup> *Y.Y. v Türkiye*, 14793/08 (AİHM, 10/03/2015), paragraf 119, 122.

<sup>16</sup> Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ‘...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...’ ibaresi 29 Kasım 2017 tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararıyla (E: 2017/130, K: 2017/165) iptal edilmiştir.

<sup>17</sup> Yasama ve yargının AİHS karşısındaki yükümlülükleri çerçevesinde bir değerlendirme için bkz: Sibel İnceoğlu, ‘Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi’, Sibel İnceoğlu (der.) *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi* içinde (Beta 2013) 7-21.

<sup>18</sup> Mahkeme karar metninde başvuruçulardan söz ederken Fransızca eril “*le requérant*” (başvuruçucu) terimini kullanmaktadır. Mahkeme bunun nedenini, başvuruçuların başvuruları sırasında resmi kayıtlarda erkek olarak geçmeleri olarak göstermiştir. Her ne kadar Mahkeme, bu kullanımın ilgili kişilerin kendilerini tanımladıkları cinsiyet kategorisini dışlayıcı olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiş olsa da bu kullanım kararda tartışılan konuların özü bakımından doğru bir tercih olmamıştır. Bkz: *A.P., Garçon ve Nicot v Fransa*, 79885/12, 52471/13 ve 52596/13 (AİHM, 6/4/2017), paragraf 6.

<sup>19</sup> *A.P., Garçon ve Nicot v Fransa*, paragraf 58.

<sup>20</sup> *A.P., Garçon ve Nicot v Fransa*, paragraf 92, 93, 94, 95, 96.

<sup>21</sup> *A.P., Garçon ve Nicot v Fransa*, paragraf 99, 100, 101.

<sup>22</sup> *A.P., Garçon ve Nicot v Fransa*, paragraf 116, 117, 120.

koşulun devletin takdir yetkisi içinde olup olmadığının araştırılmasıdır. Bu çerçevede her zamanki kriterlerini (bireyin varoluşu ya da kimliğinin özellikle önemli yönlerinden birinin söz konusu olup olmadığı, Avrupa *consensus*'u ve adil denge) uygulayan Mahkeme, Avrupa Konseyi üye devletleri arasında bu koşulun kaldırılmasına yönelik bir eğilimin varlığını<sup>23</sup> ve insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için çalışan uluslararası kurum ve kuruluşların bu koşulun terk edilmesi yönünde net bir tavır almış olmalarını yeterli görmüş ve temelde zorunlu kısırlaştırma uygulamasının kendisinin Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklarla ilişkisini irdelemiştir.<sup>24</sup>

Mahkeme'ye göre, tüm *transgender* bireylerin kısırlaştırma sonucunu doğuracak bir tedaviyi ya da ameliyatı istedikleri ya da böyle bir sürece girebilecek durumda oldukları varsayılmaz.<sup>25</sup> Bu tarz tedavi ve operasyonlar, Sözleşme'nin hem 3. hem de 8. maddesiyle güvence altına alınmış olan fiziksel bütünlük hakkı ile doğrudan ilgilidir. Kısırlaştırma ancak bireyin doğum kontrol yöntemi ya da tıbbi bir zorunluluğun sonucu olarak özgür iradesiyle tercih etmesi gereken bir yöntemdir. Oysa cinsiyet kimliğine dayanan haklardan yararlanabilmek için rıza gösteren kişi aslında özgür bir tercihte bulunmamaktadır. Dolayısıyla, *transgender* bireylerin cinsiyet kimliklerinin hukuken tanınmasının, geçirmek istemedikleri bir kısırlaştırma ameliyatı ya da tedavisi – ya da muhtemelen bu sonucu doğuracak bir müdahale – koşuluna bağlanması, 8. maddenin koruduğu özel hayata saygı hakkının kullanımının, yine bu madde ve 3. madde ile güvence altına alınmış olan fiziksel bütünlüğe saygı hakkının kullanımından vazgeçme koşuluyla gerçekleşmesi anlamına gelir. Başka bir ifadeyle, söz konusu dönemde yürürlükte olan Fransa hukuku, bireyleri bu iki hakkından birinden vazgeçmeye zorlamıştır. Sonuç olarak, Mahkeme'ye göre, ikinci ve üçüncü başvuruçunun nüfus kayıtlarının düzeltilmesi taleplerinin, dış görünümünde geri döndürülemez nitelikte bir değişim olduğunu ortaya koyamadıkları – yani bir kısırlaştırma ameliyatına ya da büyük ihtimalle bu sonucu doğuracak bir müdahaleye rıza göstermedikleri – için reddedilmiş olması, devletin 8. maddeden doğan pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği anlamına gelmektedir.<sup>26</sup>

Ancak Mahkeme, kısırlaştırma koşulunun değerlendirilmesinde gösterdiği, trans haklarına ilişkin standart geliştirici tutumunu, “transseksüellik sendromunun gerçekliğinin ortaya koyulması” koşulu ile ilgili yaptığı incelemede gösterememiştir. İkinci başvuruçunun bu koşulun da, trans kimliğinin zihinsel hastalık olarak tanımlanarak damgalanması sonucunu doğurduğundan, 8. maddenin ihlalini teşkil ettiğine ilişkin iddiasını değerlendiren Mahkeme, bu koşul anlamında devletin bireysel yarar ve kamusal yarar arasında adil bir denge kurmayı başardığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme her ne kadar başvuruçunun iddiasının, trans haklarının korunması alanında çalışan sivil toplum örgütlerinin<sup>27</sup> görüşlerini yansıttığını kabul etse de, üye devletlerin büyük bir çoğunluğunda cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için psikiyatrik bir teşhisin koşul olarak aranması, “transseksüelliğin” hala Dünya Sağlık Örgütü tarafından yayınlanan Uluslararası Hastalık Sınıflandırması Versiyon 10'a göre, “Cinsiyet Kimliği Bozuklukları” başlığı altında yer alıyor olması<sup>28</sup>, psikiyatrik muayenenin kısırlaştırma gibi kişinin bedensel bütünlüğüne doğrudan müdahale teşkil etmemesi gibi argümanlara dayanarak, böyle bir koşul öngörmenin devletin takdir yetkisi içinde olduğu sonucuna varmıştır.<sup>29</sup>

<sup>23</sup> Fransa da, 12 Ekim 2016'da kabul edilen 21. Yüzyılda Adaletin Modernizasyonu Yasası'nın (*Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle*) 56. maddesi ile Fransa Medeni Kanunu'na yeni maddeler ekleyerek konuyu yeniden düzenlemiş ve tıbbi tedavi, cerrahi müdahale ya da kısırlaştırmaya tabi tutulmamış olmanın cinsiyet kimliğinin tanınması talebinin reddi için zemin oluşturamayacağını açıkça hükme bağlamıştır (Fransa Medeni Kanunu m. 61-5, 61-6 ve 61-7).

<sup>24</sup> *A.P., Garçon ve Nicot v Fransa*, paragraf 121, 123, 124, 125.

<sup>25</sup> *A.P., Garçon ve Nicot v Fransa*, paragraf 126, 127, 128, 130.

<sup>26</sup> *A.P., Garçon ve Nicot v Fransa*, paragraf 127, 128, 130, 131, 132, 135.

<sup>27</sup> Başvurulara ilişkin müdahilliği kabul edilen Amnesty International, ILGA Europe ve Transgender Europe'un Mahkeme'ye sunduğu yazılı görüşler için bkz: <<https://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/07/Third-Party-Intervention-A-P-Nicot-Garcon-v-France-FINAL-.pdf>> Son erişim tarihi: 5 Kasım 2017.

<sup>28</sup> Konuya ilişkin güncel gelişmelere dair bir açıklama için bkz: Dipnot 1.

<sup>29</sup> *A.P., Garçon ve Nicot v Fransa*, paragraf 136, 138, 139, 140, 143, 144; Mahkeme, birinci başvuruçunun tabi tutulduğu tıbbi bir muayeneden geçme koşuluna ilişkin değerlendirmesinde 8. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır (paragraf 145-154). Mahkeme,

Dolayısıyla, trans kimliğinin bir hastalık olarak algılanması ve toplumsal olarak damgalanmasına neden olan psikiyatrik teşhis koşulunun AİHM tarafından yakın bir zamanda Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirilmesinin güç olduğunu söylemek gerekecektir. Böyle bir karar için Mahkeme, taraf devletler arasında bir *consensus*'un oluşmasını aramayacak olsa bile, en azından kısırlaştırma koşulu konusundaki değerlendirmesinde yaptığı gibi, taraf devletler arasında bu koşulun da kaldırılmasına ilişkin bir eğilimin varlığını saptayabilmeyi bekleyecek gibi görünmektedir. Burada da iç hukuklardaki dönüşümün sağlanabilmesi için insan hakları aktivizminin önemi daha da açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak, AİHM'in son kararıyla trans hakları açısından, önemli bir dönemeci döndüğü, zorunlu kısırlaştırma kavramı üzerinden de olsa cinsiyet geçiş süreci ile cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması arasında kurulan bağı sorgulamaya başladığı söylenebilir. Bu bağın organik olmadığını anlaşılmasının, psikiyatrik teşhis koşulu, evli olmama koşulu, on sekiz yaş koşulu gibi hala yerinden oynatılması gereken taşlar bulunsa da, beyan usulüne dayanan hukuki tanımının bir hak olduğunun tespitine giden uzun yolda önemli bir aşama olduğu söylenebilir.

---

yine birinci başvurunun, 6. maddenin 1. fıkrasının da ihlal edilmiş olduğuna ilişkin iddiasını kabul edilebilir bulmuş olmakla birlikte, ayrıca incelemeye gerek görmemiştir (paragraf 159, 160). Mahkeme, ayrıca, ikinci ve üçüncü başvurunun, 14. maddenin (ayrımcılık yasağı) 8. madde ile bağlantılı olarak ihlal edildiği iddiasını yine kabul edilebilir bulmuş olmakla birlikte ayrıca incelemeye gerek görmemiştir (paragraf 155, 158).

REYDA ERGÜN

**CİNSİYET KİMLİĞİNİN  
HUKUKEN TANINMASI:  
HAK MÜCADELESİNİN ÖZNELERİ,  
YASA KOYUCU VE AİHM**

## Özet

Eleştirel hukuk çalışmaları, hukuk ve politika arasındaki derin bağı görünür kılmakla, aynı zamanda insan haklarının işlevine ilişkin söylemi de tartışmalı hale getirmiştir. Diğer yandan, *Queer* yapı söküm kimlik temelli hak mücadelelerinin ufkunun sorgulanmasına neden olmuştur. Bütün bunlar ışığında, politik mücadeleler, hak taleplerinden vazgeçmeli midir? Yoksa insan hakları mekanizmaları hala elverişli araçlar mıdır? Cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması mücadelesinde nasıl bir politik hat oluşturulmalıdır? Bu çerçevede hak mücadelesinin öznelere yasa koyucu ile nasıl ilişkilenebilir? Ulusal ve uluslararası yargı organları bu konuda nasıl bir rol oynayabilir? Yazıda bu sorular tartışmaya açılacak ve Türkiye hukukundaki cinsiyet kimliğinin tanınmasına ilişkin düzenleme AİHM içtihadı çerçevesinde değerlendirilecektir.

Hukukun hayatlarımız üzerindeki gücü ve ona atfedilen neredeyse kutsallığa varan önem, bir gerçeği, özellikle hukukçular olarak, sürekli göz ardı etmemize neden olur: Hukuk, temelinde meşruiyet kurucu söylemlerin ve politik güç ilişkilerinin bulunduğu, insan davranışlarını düzenlemeye yönelik normatif bir alandır. Başka bir ifadeyle, her hukuk kuralı, tanımları, kurumları ve belli durumlara bağladığı sonuçlarla toplum hayatını birtakım “olması gereken” önermeleri çerçevesinde ve bu önermeleri söylemde “doğallaştırarak” düzenler. Modern hukuk anlayışı, hukukun herkese eşit mesafede, tarafsız bir yapı olduğunu iddia etse de, hukuk normlarının oluşumunda belirleyici etken her zaman politik güç ilişkileridir. Eleştirel hukuk çalışmaları, hukuk ve politika arasındaki perdelendikçe derinleşen bu ilişkiyi pek çok farklı yönüyle inceleyen geniş bir literatür sunar. Saptamalardan biri şudur: Hukuk, politik güç ilişkilerinin dezavantajlı kıldığı kesimlere karşı toplumda yerleşik olarak bulunan önyargı ve ayrımcılığı yansıtan kültürel, ahlaki ve dinsel normları çeşitli biçimlerde yeniden üretir; kimi zaman ilgili normu açıkça hukuk kuralı haline getirerek, kimi zaman en nesnel görüldüğü yerde eşitsiz güç ilişkilerini maskeleyerek için pekiştirerek...

Bu nedenle, hukuk ve politika arasındaki bu karşılıklı ilişkinin, toplumun dezavantajlı kesimleri lehine işleyip işleyemeyeceği, hukukun başka bir yönüyle gerçek bir toplumsal eşitliğin aracı olup olamayacağı sorusu, hukuka eleştirel yaklaşımlar literatüründeki temel tartışmalardan biridir. Soru, hukuk sistemi içinde halihazırda var olan kimi mekanizmaların politik mücadelenin aracı olup olamayacağı sorusudur ve özellikle insan hakları söylemine dayanan mücadele hatlarının giderek daha fazla başat politik eylem biçimine dönüştüğü günümüzde güncelliğini de yakın bir zamanda kaybetmeyecek gibi görünmektedir. Bu bağlamda, insan haklarının bir politika olamayacağını ileri sürenler kadar, hakların eleştirel kabulünün bizi yeni bir demokrasi kavramsallaştırmasına götürebileceğini düşünen yazarlar da vardır.<sup>1</sup>

Bu tartışmalar çerçevesinde, kolay yadsınamayacak bir olgu, politik mücadelelerin pozitif insan hakları hukukunun gelişiminde oynadığı roldür. Bu mücadelelerin hukuken tanınma talepleri üzerinden

\* Yazarın Notu: Bu metin, 10 Kasım 2017’de yayın kuruluna gönderilmiştir. Aradan geçen sürede Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi sonucunda konuya ilişkin 29 Kasım 2017 tarihli iki önemli karar vermiş (E: 2015/79, K: 2017/164 ve E: 2017/130, K: 2017/165) ve gerekçeli kararlar 20 Mart 2018 tarihli ve 30366 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. AYM kararlarına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme bu yazının sınırlarını aşacağından, yazının içeriği güncellenmeden bırakılmış, gerekli yerlere uyarı niteliğinde dipnotlar koyulmuştur. Bu ve yazının yayınlanmasının gecikmesinden kaynaklanan benzer nedenlerle, okurdan metni yayın kuruluna gönderildiği tarih olan 10 Kasım 2017’de yayınlanmış bir yazı olarak okumasını rica ediyorum.

\*\* Öğretim üyesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

<sup>1</sup> Literatürün genişliği karşısında bütün görüşlere referans vermek elbette mümkün değildir. Ama görüşlere ilişkin bir sınıflandırma için bkz: Pınar Ecevitoglu, “İnsan Hakları Siyasetini Yeniden Düşünmek” (2015) 13 (50) Eğitim Bilim Toplum Dergisi 203-226.

kurduğu hatlar olmasa, insan hakları söyleminin insan hakları hukukuna dönüşümü, politik modernliğin, insanların özgür ve sadece insan olarak doğmuş olmaktan kaynaklanan bazı haklara sahip olmakta eşit olduklarına ilişkin kurucu argümanının kağıda dökülmesinden başka bir anlam ifade etmezdi.<sup>2</sup> Bugünkü pozitif insan hakları hukuku mekanizmaları içindeki, liberal hak anlayışının aslında görmezden geldiği konulara ilişkin tüm kazanımlar bir mücadelenin sonucudur.

Politik mücadele, taleplerinin bir hak olarak hukuken tanınmasını amaçladığı anda, hukuki mekanizmalar ister istemez bu mücadelenin en önemli yönlerinden biri haline gelir. Bu çerçevede, belli bir alanın hukuk eliyle düzenlenmemiş olmasının hak ihlallerine neden olduğu ya da bu alanın halihazırdaki düzenleniş biçimi veya hukuk kurallarının yorumlanıp uygulanma şeklinin hak ihlallerinin kaynağı olduğu ileri sürülebilir. Hukukun dönüşümüne ilişkin talep, yasa koyucuyu belli bir yöne doğru harekete geçirmeye dönük bir stratejiyi gerektirebileceği gibi, özellikle insan hakları standartlarının belirlenmesinde büyük rol oynayan ulusal ve uluslararası yargı organlarının bazı tartışmaları yapmaya zorlanması biçiminde de dile getirilebilir.

Belli bir alan hukuk normlarıyla düzenlenirken, hukuk kuralının bir tahakküm aracı olmaktan çıkıp etkili bir şekilde hakları güvence altına alan bir araca dönüşmesi ancak normun düzenlediği alanın öznelerinin (bireysel ve kolektif) kural koyma sürecine aktif katılımıyla mümkündür. Hak mücadeleleri tarihi, bu konuda yürütülen etkili ve geniş tabanlı politikaların nasıl olumlu sonuç verebildiklerinin örnekleriyle doludur. Burada önemli olan, eleştirinin ötesine geçebilmek, alanın öznelerinin ihtiyaçlarına karşılık gelecek biçimde “olması gereken” önermeleri oluşturabilmektir. Ancak politik taleplerin birer hak olarak tanınıp hukuk tarafından korunabilmesi için hukuki düzenleme şart olsa da, buna yönelik mücadele her zaman kendi içinde riskler taşır. Bu risklerin asgariye indirilmesini sağlayacak yaklaşımın, ilgili politik mücadelenin öznesinin kendi içindeki çoğulluğunu ve çeşitliliğini göz önünde bulundurmak ve alanın gerektirdiği çok disiplinli bakışı sağlayacak fikirlerden en geniş ölçüde yararlanmak olduğu söylenebilir. Bu bağlamda kolektif mücadele pratiklerinin önemi büyüktür.

Kural koyma süreçlerine hak mücadelesinin öznelerinin katılımı konusunda yasa koyucunun direngen bir tavır sergilediği durumlarda, insan hakları koruma mekanizmalarının politik mücadele içinde kullanılması yoluyla, ulusal ve uluslararası yargı organlarının belli tartışmaları yapmaya zorlanması ve mücadelenin konusu olan politik talebin, halihazırda devletin uymakla yükümlü olduğu bir norm tarafından hak olarak korunduğunun tespitinin sağlanması başvurulacak yollardan biridir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) dinamik yorum yöntemini benimsemiştir. Böylece, yıllar içinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin metni, ek protokoller hariç olmak üzere, aynı kalmış olmasına rağmen, Sözleşme’nin güvence altına aldığı hakların kapsamı sürekli genişlemiştir. Böylece Sözleşme’nin “yaşayan bir belge” olması sağlanmıştır.<sup>3</sup> Ancak unutulmaması gereken nokta şudur: İnsan hakları standartlarının sürekli gelişmesinde başat rollerden birini oynayan AİHM, önüne gelen başvurular ve onların ardındaki politik ve hukuki mücadele sayesinde bu işlevi yerine getirebilmektedir.

Cinsiyet kimliğine dayanan politik mücadele içinde, cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması talebi de bir hak iddiası ortaya koymayı gerektirir. Ve bu, çoğu hak iddiasında olduğu gibi, yakıcı acıllıkta bir taleptir. İkili cinsiyet sistemine dayanan heteronormatif ve cisnormatif patriarkal toplum yapısından kaynaklanan ayrımcılık ve şiddet biçimlerinin ifşası ve bunların nedenleriyle birlikte ortadan kaldırılmasına ilişkin kavramsal ve politik mücadele, hukuken tanınmanın ötesini arzulayan, belki de kimlik ve kategorilerin kendilerini sorgulayan, ancak uzun soluklu bir projedir. Bu nedenle, dezavantajlı kesimlerin “çağrıldıkları” isimler üzerinde hak talep etmelerinin, bireylerin özne olarak

<sup>2</sup> İnsan haklarının kuramsal ve tarihsel arka planı konusunda bkz: Oktay Uygun, “İnsan Hakları Kuramı”, *İnsan Hakları* içinde (YKY 2000).

<sup>3</sup> AİHM’in “yaşayan belge” (*living instrument*) doktrininin oluşması sürecindeki ilk karar için bkz: *Tyrer v Birleşik Krallık*, 5856/72 (AİHM, 25/04/1978), paragraf 31.

REYDA ERGÜN

CİNSİYET KİMLİĞİNİN  
HUKUKEN TANINMASI:  
HAK MÜCADELESİNİN ÖZNELERİ,  
YASA KOYUCU VE AİHM

kuruluşlarının edilgen bileşenleri olmaktan çıkıp, etkin aktörleri olma yolunda atabilecekleri ilk adım olduğu söylenebilir.

Judith Butler, her zaman özneyi önceleyen, onun iradesinin sınırlayıcı yörüngesini dilde şekillendiren bir söylem olduğunu ileri sürer. Butler'a göre, çelişkili biçimde, toplumsal olarak tanınmanın koşulu öznenin kuruluşunun önünden yürür ve onu belirler. Dolayısıyla, tanınma özneye ihsan edilmez, onu oluşturur. Diğer yandan, tanıma hiçbir zaman tamamıyla gerçekleşmez; toplumsal kimliği başlatan ve harekete geçiren isme bütünüyle ve daimi olarak yerleşmek olanaksızdır. Tam da bu, öznenin önünden yürüyen ve onu aşan ama bir yandan da onsuz konuşmanın mümkün olmadığı bir ismin tarihsel olarak yeniden gözden geçirilebilme olasılığıdır. Bu nedenle, kimlik kategorilerine başvurarak politik talepler ileri sürmek ve "çağrılmanın" koşullarını belirlemenin iktidarı üzerinde hak iddia etmek bir gerekliliktir. Ancak ismin kendisinin tarihselliğinin direnci nedeniyle, bu her zaman riskli bir kullanımdır. Yine de, Butler'a göre, özgürlüğümüzün politik koşullarını yoktan yaratmanın imkansızlığı karşısında, belli kategoriler üzerinde hak iddia etmek, bu kategorilerin üzerimizde hak iddia etme yollarından ötürü, politik olarak zorunluluğunu korumaktadır. Çünkü bu hak iddiası, bu kategorilerin hukukta, kamu düzeninde, sokakta, "özel" hayattaki dışlayıcı etkilerini reddetmek anlamına gelir.<sup>4</sup>

Bu düşüncelerden hareketle, cinsiyetçi, homofobik ve transfobik şiddete her gün maruz kalarak yaşamak zorunda kalan bireyler için insan hakları mücadelesinin, politik mücadelenin ufku karşısındaki sınırlılıkları açık olsa da, politik olarak gerekli olduğunu söylemek mümkündür. Özellikle de insan hakları söyleminin, elbette eleştiriye açık biçimde, politik eylemi meşru kılan biricik üstün ilke haline geldiği günümüzde, hak mücadelesinin, öznel olarak kuruluşumuza ilişkin söz sahipliği talep etmenin, bugün ve burada bazı sonuçlar elde edebilmenin, taşıdığı risklere karşı uyanık kalmak şartıyla, bir ilk koşul haline gelmiş olduğu ileri sürülebilir.

Doğumda atanmış cinsiyete bağlanan hukuki sonuçların hayatlarımız üstündeki yaygın ve çok katmanlı belirleyiciliği, resmi belgeleri ile cinsiyet kimliği arasında uyumsuzluk bulunan bireyleri, hayatlarının her anına yayılan sistematik bir hak ihlaline maruz bırakır. Bu nedenle, cinsiyet kimliğinin öz-belirleniminin bir insan hakkı olduğunu ileri sürmek, aslında kendisi de bir inşa olan biyolojik cinsiyete yapılan gönderme ile toplumsal ve tarihsel olarak kurulan cinsiyetleri doğallaştırarak kendini sürekli yeniden üreten heteronormatif ve cisnormatif ikili cinsiyet sisteminin güçlü bir eleştirisidir. Hukuk bu eleştiriden azade tutulamaz; çünkü bu doğallaştırma sürecinin en önemli aktörlerinden birisidir. Özellikle Türkiye gibi, fiili eşitsizliklerin görünmez kılınmasında rol oynayan liberal eşitlik ilkesini dahi içselleştirememiş ülkelerde, hukukun bu yapıyı doğallaştırma işlevini yerine getirdiğini görebilmek için çoğu zaman hukuk kurallarının satır aralarını okumaya bile gerek kalmaz. Bunun en önemli örneklerinden birisi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesidir.

Bu madde, nüfus sicilinde cinsiyet ibaresinin düzeltilmesine olanak sağladığı için teknik anlamda cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasına ilişkin bir mekanizma olarak kabul edilebilir. Ancak Türkiye'deki sorun ve buna bağlı hak mücadelesinin temel eksenine hala cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasıdır. Zira Medeni Kanun'un 40. maddesinin yürürlüğe girişi, cinsiyet kimliğinin öz-belirleniminin bir insan hakkı olduğunun kabulü neticesinde gerçekleşmemiştir. Aksine bu düzenleme, cinsiyetin temel olarak biyolojiye dayandığı, doğumda atanmış cinsiyet ile cinsiyet kimliği arasındaki uyumsuzluk durumunun bir zihinsel hastalık belirtisi olduğu, cinsiyet geçiş operasyonlarının bu hastalığın tedavisini teşkil ettiği ve hukuken tanınmanın yalnızca resmi belgelerle kişinin algılandığı

<sup>4</sup> Butler, bu durumu kimliğin zorunlu hatasını harekete geçirmenin gerekliliği olarak tanımlar. Elbette bu gereklilik, kimliğin aleyhine işleyen bir terimin demokratik mücadelesiyle her zaman gerilimli bir ilişki içine girecektir. Butler'a göre, "queer" in politik yapısökümü kimliklerin kullanımını felç etmemeli ama ideal olarak menziline genişletmelidir. Bunun için de bize bu terimlerin ne pahasına ve ne amaçla kullanıldığını ve bu kategorilerin hangi iktidar ilişkileri aracılığıyla işlediğini sürekli düşündürmelidir; Judith Butler, "Kritik Queer", Sibel Yardımcı, Özlem Güçlü (der.), *Queer Tahayyül* içinde (Sel, 2013) 124, 125, 127, 128, 129.

cinsiyet arasında operasyonlar sonrası doğan çelişkinin giderilmesi işlevini taşıdığı yönündeki zihniyetin en uç örneklerinden birini sunmaktadır. İkili cinsiyet sistemi her bireyin bir cinsiyeti ve yalnızca tek bir cinsiyeti olması (kadın ya da erkek) ve bu cinsiyetin de toplum tarafından varsayılan özelliklerini taşıması gereğini bir norm olarak koyar. Bu norma dayanan bir hukuki düzenleme açısından cinsiyet kimliğinin hukukten tanınması bir hakkın kullanımı değil, bir hastalığın tedavisi sonrasında ortaya çıkan aykırı durumun düzeltilmesidir. Dolayısıyla, aslında sistem varlığını reddedemediği bir varoluş nedeniyle “bozulan” dengesini, bu varoluşu bir patolojiye indirgeyip “tedavi” ederek yeniden kurmaya çalışmaktadır.

Oysa cinsiyet kimliğinin hukukten tanınması, cinsiyet kimliğinin öz-belirlenimine ilişkin hakkın kullanımı olarak tanımlandığında, Türkiye’de bu anlamda bir hukukten tanımanın bulunmadığını kabul etmek gerekecektir. Nitekim, Medeni Kanunu’nun 40. maddesi uyarınca, hukukten tanımanın cinsiyet geçiş ameliyatı geçirme zorunluluğuna ve geçirilen ameliyatın “amaca uygun” olup olmadığının tespitinin mahkeme kararına bağlanmış olması, cinsiyet geçiş ameliyatı için de yine mahkeme tarafından verilecek bir iznin şart koşulması, bu iznin ise insan hakları anlamında ayrı ayrı tartışılması gereken son derece sıkı koşullara (on sekiz yaşını tamamlamış olmak, evli olmamak, transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu resmi kurul raporuyla belgelemek, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olmak ve bunu resmi kurul raporuyla belgelemek<sup>5</sup>) ve bu koşulların gerektirdiği uzun bir sürece bağlanmış olması, meselenin yasa koyucu tarafından bir insan hakkı sorunu olarak algılanmadığını açıkça ortaya koymaktadır.<sup>6</sup>

Nitekim bu sonuca varmak için düzenlemenin madde gerekçesine hızla göz atmak bile yeterlidir. Gerekçede 4721 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırdığı 743 sayılı Kanunun ilgili maddesi eleştirilmekte; yeni düzenlemede “cinsiyet değiştirmek isteyen” kişinin önce mahkemeye başvurmasının zorunlu kılınması ve mahkemenin böyle bir izni verebilmesinin bazı koşullara bağlanmasıyla “gelişigüzel cinsiyet değişikliklerinin önüne geçme” amacı güdüldüğü söylenmektedir. Evli olmama koşulu gerekçelendirilirken ise, “toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacı” gibi bir ifade kullanılmaktadır. Transseksüel yapıda olma ve ruh sağlığı açısından cinsiyet değişikliğinin zorunlu bulunması şartları, zaten, trans kimliğinin patolojik olarak tanımlandığının açık bir göstergesidir.

Üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksunluk koşuluna ilişkin herhangi bir gerekçe sunulmaması ise ayrıca dikkate değerdir. Cinsiyet geçiş sürecine erişim için böyle bir koşulun dayatılması, üreme haklarına doğrudan bir müdahale teşkil ettiği gibi, bedensel bütünlük hakkının da ağır bir ihlalini oluşturur. Dolayısıyla AİHM’in iki yıl önceki *Y.Y. v Türkiye* kararında cinsiyet geçiş ameliyatına izin verilmesinin bu koşula bağlanmış olmasının, Sözleşmesi’nin 8. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşması şaşırtıcı değildir.<sup>7</sup> Bu karar ışığında devletin yükümlülüğü, elbette, bir insan hakkı ihlalinin doğrudan kaynağı olduğu AİHM tarafından tespit edilmiş bulunan bu düzenlemeyi vakit geçirmeksizin değiştirmektir. Ancak yasa koyucu bu yönde en ufak bir adım bile atmamıştır. Bu sefer yargıyı anayasaya aykırılık tartışması yapmaya zorlayacak biçimde, konu hak savunucusu avukatlar tarafından Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesi önünde ileri sürülmüş ve mahkeme anayasaya aykırılık iddiasını

<sup>5</sup> Medeni Kanunu’nun 40. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ‘...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...’ ibaresi 29 Kasım 2017 tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararıyla (E: 2017/130, K: 2017/165) iptal edilmiştir.

<sup>6</sup> Türkiye’deki cinsiyet geçiş sürecindeki engellemeler ve bekletmelerin bir değerlendirmesi için bkz: Sinem Hun, “Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Somut Norm Denetimine Tabiyken: Trans Geçiş Sürecinde ‘Bekletmeler’in Trans Öznelliklere Etkisi” (2015) 4 Ankara Barosu Dergisi 311, 316; Ayrıca bkz: Sinem Hun, “Trans Geçiş Süreci ve Hukuka Genel Bir Bakış” (2014) *Kaos GL* <<http://kaosgl.org/sayfa.php?id=16694>> Son erişim tarihi: 5 Kasım 2017.

<sup>7</sup> *Y.Y. v Türkiye*, 14793/08 (AİHM, 10/03/2015).

ciddi bularak somut norm denetimi çerçevesinde incelenmesi için Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) başvurmuştur. Geçtiğimiz Haziran ayında AYM dosyayı esastan incelemeye karar vermiştir.<sup>8</sup>

AYM, Medeni Kanun'un 40. maddesinde yer alan bu şartın iptaline karar verirse, Türkiye'deki düzenleme teknik olarak AİHM'in *Y.Y. v Türkiye* içtihadı ile uyumlu hale gelecektir.<sup>9</sup> Ancak bu kararda AİHM, kısırlaştırma koşulu olarak yorumladığı "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksunluk" şartını, yalnızca cinsiyet geçiş ameliyatına erişim açısından incelemiş, doğrudan cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasının bir koşulu olarak zorunlu kısırlaştırma hakkında bir değerlendirmede bulunmamıştır. Oysa AİHM'in 2017 tarihli *A.P., Garçon ve Nicot v Fransa*<sup>10</sup> kararı, Türkiye'yi bambaşka bir yükümlülük altına sokmaktadır. Bu karar uyarınca zorunlu kısırlaştırma sonucunu doğuracak bir koşulun cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasının şartı olarak aranması Sözleşme'nin ihlalini oluşturmaktadır. Türkiye'deki düzenleme bu açıdan ele alındığında, "amaca uygun" bir cinsiyet geçiş ameliyatı kişinin üreme yeteneğinden yoksun kalması sonucunu doğuracağından, böyle bir ameliyatın geçirilmiş olmasının cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için bir koşul olarak aranmasına devam edilmesi 8. maddenin ihlali anlamına gelecektir.<sup>11</sup>

Hukuki anlamda, Türkiye'nin 40. maddeye ilişkin basit bir değişiklikle yetinmesi mümkün değildir; bütünlüklü bir reform yapması gerekmektedir. AİHM kararlarının uygulanması konusunda Türkiye'nin olumsuz bir karneye sahip olduğu yadsınamaz bir gerçektir.<sup>12</sup> Ancak bu durum, cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasına ilişkin bir reformun, Türkiye açısından, hem kendi anayasası hem de taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan bir yükümlülük olduğu gerçeğini de değiştirmemektedir. Türkiye konjonktürü böyle bir reformun yakın zamanda gerçekleşebileceğine ilişkin olumlu sinyaller vermese de, LGBTİ+ hareketi ve insan hakları örgütlerinin biriktirdikleri deneyim bu reformun gerçekleşme ihtimaline karşı hazırlıklı olmak açısından büyük önem taşımaktadır. Medeni Kanun'un 40. maddesi yerine nasıl bir düzenleme getirilmelidir? Cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasına ilişkin alan hangi normlarla düzenlenmelidir? Hak özneleri, hak savunucuları ve alanın ilişkilendiği farklı disiplinlerin uzmanları olarak "ne yapmalı" sorusunu en geniş katılımı nasıl tartışabiliriz?

Bu çerçevede, cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasının kişinin öz-belirlenimine ilişkin hakların bir kullanımı biçiminde tanımlanması çıkış noktası olarak alındığında, trans hakları konusunda uluslararası insan hakları mekanizmalarının ulaştığı standartları bir yandan aktivizm içinde kullanmayı ama diğer yandan da sorgulayarak yeni tartışmaları zorlamayı gerektiren bir mücadele hattı kendiliğinden oluşacaktır. Zira örneğin AİHM, son içtihadıyla, Türkiye dahil en az 20 ülkeyi pozitif hukuklarını değiştirme yükümlülüğü altına sokmuş olmakla birlikte, bir yandan toplumsal damgalanmaya neden olan uygulamaların bütünüyle ortadan kaldırılmasını, diğer yandan yaş ve evlilik durumuna ilişkin koşulların sorgulanmasını ya da hukuken tanımanın mahkemelerin takdir yetkisine bırakılmamasını sağlayacak standartlara henüz ulaşabilmiş değildir. Cinsiyet kimliğinin beyan usulüyle hukuken

<sup>8</sup> Hüseyin Şimşek, "AYM'den 'cinsiyet değişikliği' için önemli karar" *BirGün* 16 Haziran 2017 <<https://www.birgun.net/haber-detay/aym-den-cinsiyet-degisikligi-icin-onemli-karar-164984.html>> Son erişim tarihi: 5 Kasım 2017; Ayrıca bkz: Dipnot 6.

<sup>9</sup> Bkz: Dipnot 6.

<sup>10</sup> *A.P., Garçon ve Nicot v Fransa*, 79885/12, 52471/13 ve 52596/13 (AİHM, 6/4/2017).

<sup>11</sup> Medeni Kanun Madde 40'ın ikinci fıkrasının, yani mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasının "amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması" koşuluna bağlanmış olmasının Anayasa'ya aykırılığı, geçtiğimiz dönemde Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetiminin konusu olmuştur. Önündeki bir dosyada davacının Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, itiraz yoluyla AYM'ye başvurmuştur. 29 Kasım 2018 tarihli kararında (E: 2015/79, K: 2017/164) AYM, ilgili hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

<sup>12</sup> Türkiye'de yasa koyucunun AİHM kararlarının gereğini yasama yoluyla yerine getirmek konusunda gösterdiği direncin en önemli örnekleri, Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesinin 2011 tarihli *Taner Akçam v Türkiye* (27520/07) kararına rağmen yürürlükten kaldırılmaması ve Türk Medeni Kanunu'nun evli kadının soyadına ilişkin 187. maddesinin 2004 tarihli *Ünal Tekeli v Türkiye* (29865/96) kararı ve sonrasında AYM'nin çeşitli bireysel başvurularda verdiği kararlara rağmen değiştirilmemesidir. Bu kararlar çerçevesinde, Sözleşme'nin ihlalinin kaynağını oluşturan kanun hükümlerinin Türkiye Anayasası'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesi çerçevesinde uygulanma kabiliyeti bulunmadığı konusundaki, AYM içtihadına dayanan bir değerlendirme için bkz: Berke Özenç, "Barış Bildirisi 301'den de Yargılanamaz", *Bianet* 3 Mayıs 2016 <<https://bianet.org/bianet/egitim/174400-baris-bildirisi-301-den-de-yargilanamaz>> Son erişim tarihi: 5 Kasım 2017.

REYDA ERGÜN

CİNSİYET KİMLİĞİNİN  
HUKUKEN TANINMASI:  
HAK MÜCADELESİNİN ÖZNELERİ,  
YASA KOYUCU VE AİHM

tanındığı, hastalık-tedavi paradigmasının aşılmış olduğu, koşul olarak evli olmamanın aranmadığı, on sekiz yaşın altındaki bireyler için hukuken tanımaya erişimin bulunduğu ülke sayısı hala çok azdır ve uluslararası insan hakları mekanizmaları içinde bu konular henüz yeterince tartışılmamıştır.

Yine de konunun Türkiye gibi ağır ihlal üreten bir şekilde düzenlendiği ülkeler açısından, halihazırda ulaşılmış olan standartlar dahi hak savunucularının elini güçlendiren araçlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla Türkiye’de cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasına ilişkin politik mücadelede uluslararası insan hakları mekanizmalarına başvurulacaksa sorulması gereken temel bir soru, bu konudaki standartların neler olduğudur. Başka bir yazıda ele alınmak üzere...

BERFU YALÇIN

## İNTERSEKS BİREYLERE BEDENSEL MÜDAHALE VE İNSAN HAKLARI

### Özet

Görünürlükleri gittikçe artan interseks bireylerin maruz kaldıkları müdahaleler insan hakları çerçevesinde tartışma konusu olmaktadır. Nitekim halen dünyanın birçok yerinde, interseks bireyler rızaları dışında tıbben gerekli olmayan müdahalelere maruz kalmaktadır. Bu çalışma ile söz konusu müdahalelerin insan hakları hukuku ile olan ilişkisi AIHS ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi çerçevesinde incelenmiştir. Bu doğrultuda, henüz AIHM'e yapılan bir başvuru olmamakla birlikte, farklı ülkelerin konuya ilişkin içtihatları incelenerek, AIHM'in olası bir başvuruda ne yönde karar verebileceği anlaşılmalı çalışılmıştır.

### Giriş

Günümüzde görünürlükleri artan interseks bireylerin maruz kaldıkları müdahaleler insan hakları çerçevesinde tartışma konusu olmaktadır. Nitekim dünyanın birçok ülkesinde interseks çocuklar küçük yaşlarda bedensel müdahalelere maruz kalmakta olup bu müdahaleler çoğunlukla tıbben gerekli de değildir. Üstelik özellikle 1990'lı yılların ortasına kadar genel olarak kabul edilen "tedavi" modeli, interseks çocuğun durumuna ilişkin herhangi bir şey bilmemesini, tıbbi müdahaleye rıza verecek ebeveynlerin ise konu hakkında tam bilgi sahibi olmamasını içermekteydi. Bu çerçevede rıza dışı gerçekleştirilen ve tıbben de gerekli olmayan söz konusu müdahalelerin, interseks bireylerin bedensel ve zihinsel bütünlüğünü ihlal eder nitelikte olduğu günümüzde yaygın olarak kabul görmektedir.

Bu çalışmada interseks bireylerin maruz kaldıkları tıbbi müdahalelerin niteliğinin anlaşılabilmesi için öncelikle interseks teriminin anlamı ve neleri kapsadığı, interseks bireylerin tıbbi durumlarının neler olduğu üzerinde durulacaktır. Daha sonra interseks bireylerin maruz kaldıkları tıbbi müdahaleler, intersekslere yönelik uygulanan tedavi modelleri ve cinsiyet tayininde dikkate alınan kriterler alt başlıkları çerçevesinde değerlendirilecektir. Çalışmanın üçüncü bölümünde ise söz konusu müdahaleler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ve BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme kapsamında incelenecektir. Nihayet çalışmanın son bölümünde interseks bireylere ilişkin çeşitli yargı kararları ele alınacaktır.

### I. İnterseks Birey Olmak Ne Anlama Gelir?

İnterseks bireylerin maruz kaldıkları bedensel müdahaleleri insan hakları çerçevesinde değerlendirebilmek için interseksliğin ne anlama geldiğini açıklamak gerekir. İkili cinsiyet kalıpları içerisinde düşünme alışkanlığının bir sonucu olarak interseks bireyler zaman zaman üçüncü bir cinsiyet kategorisinin üyeleri olarak da algılanabiliyor.

Kabul edilen en yaygın tanıma göre interseks bireyler tıbbi normlara göre kadın veya erkek kategorilerine uymayan, bu kategoriler içerisinde sınıflandırılmayan bireylerdir.<sup>1</sup> İntersex bireylerin iki cinsiyet kategorisine uymama sebepleri ise çeşitlilik arz eder. Bireylerdeki bu durum, kromozom

\* Yazı, yazar tarafından Kasım 2017 tarihinde yayınlanmak üzere teslim edilmiş olup, yapılan açıklamalar bu tarih itibarıyla geçerlidir.

\*\* Yüksek lisans öğrencisi, Europa Institut

<sup>1</sup> Dan Christian Ghattas, **İnterseks Bireylerin İnsan Haklarını Savunmak**, Çev. Belgin Günay, Ed. Zeynep Akkuş, 2016, s.11, (çevrimiçi), [http://www.kaosgliderneği.org/resim/yayin/dl/interseks\\_bireyler.pdf](http://www.kaosgliderneği.org/resim/yayin/dl/interseks_bireyler.pdf), 18.05.2017; Erik Schneider, **An insight into respect for the rights of trans and intersex children in Europe**, EU Council, 2013, s.25 (çevrimiçi), <https://rm.coe.int/168047f2a7>, 18.05.2017; **Human Rights and Intersex People**, Issue paper published by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, 2015, s.13, (çevrimiçi), <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/31/Intersex.pdf>, 18.05.2017.



farklılığından, cinsiyet hormonlarındaki doku farklılığından veya farklı hormonal dengelere sahip olmalarından kaynaklanabilir.<sup>2</sup>

İnterseks bireyler arasında mevcut olan bu farklılık gerek tıbbi müdahale bağlamında gerekse de intersex teriminin niteliği bağlamında birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Nitekim intersex bireyin durumu doğum anında tespit edilebilecek, gözle görülür nitelikteyse tıbbi müdahaleye maruz kalma ihtimali oldukça yüksekken, bireyin durumu ilk bakışta tespit edilemeyecek nitelikteyse durum ileriki yıllarda fark edilebilmekte veya hiç fark edilmemektedir.<sup>3</sup> İnterseks bireyler arasındaki çeşitliliğin önemli bir sonucu da bütün interseks bireylerin, kadın ve erkek cinsiyetine paralel üçüncü bir cinsiyet kategorisinde yer almıyor oluşu olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bu sınıflandırma interseks bireyler arasındaki çeşitlilik göz önünde bulundurulduğunda doğru olmayacaktır. Bu çerçevede interseks, ayrı bir cinsiyet kategorisinden ziyade, cinsiyet karakteristiğindeki çeşitlilikleri kapsayan semsiye bir terim olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>4</sup>

İnterseks bireylere ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise interseks bireylerin bu durumunun tıbbi bir rahatsızlık olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, interseks farklı cinsiyet karakteristiklerini ifade eden kolektif bir terim olarak kabul edilmekte ve birçok insan hakları organı tarafından da tıbbi bir rahatsızlık olarak kabul edilmemektedir.<sup>5</sup> Bu noktada önemli olan bir diğer husus ise interseks bireylerin farklılıklarının sağlık problemlerine yol açmıyor oluşu ve çok küçük bir yüzdesinin acilen tedavi edilmezse hayati tehlikeye sebep olabilecek problemlere sahip olmasıdır.<sup>6</sup>

Son olarak interseks bireylerin sayısından bahsetmek gerekir. Bu çerçevede interseks bireylerin sayısının tam olarak belirlenmesinde iki engel karşımıza çıkmaktadır; ilk olarak konu üzerinde sistematik bir veri toplaması yapılmış değil, ikinci olarak interseks teriminin hangi durumları kapsadığı üzerinde mevcut bir konsensüs bulunmamakta ancak doğum sonrasında genital organları kadın veya erkek olarak sınıflandırılmayan yeni doğanların sayısının yaklaşık olarak 1500/2000'de bir olduğu tahmin edilirken, genital bölge düzeltme ameliyatı olanların sayısı ise %0,1 ile %0,2 olarak kabul ediliyor. Fakat bu sayıların tespitinde yalnızca interseks oldukları gözle görülür nitelikte olan bireylerin esas alınmıyor. Bu çerçevede bütün interseks varyasyonlarının dikkate alındığı bir araştırmada sayının yaklaşık olarak %2 olacağı görüşünde olan yazarlar da mevcut.<sup>7</sup> Sonuç olarak interseks bireylerin sayısına ilişkin doğru belirleme yapabilmek açısından günümüz verileri yeterli değil. Bu noktada yeterli veri toplanamamasında, interseks tanımının kapsamına ilişkin konsensüs bulunmaması kadar interseks bireylerin toplumda görünürlükleri olmaması, kendilerini gizleme ihtiyacı hissetmeleri de etkili.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> **Human Rights and Intersex People**, s.14; Silvan Agius , Christa Toble, **Trans and intersex people Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression**, European Commission, 2011, s.12, (çevrimiçi), [http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/trans\\_and\\_intersex\\_people\\_web3\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/trans_and_intersex_people_web3_en.pdf), 18.05.2017.

<sup>3</sup> **Human Rights and Intersex People**, s.14.

<sup>4</sup> EU Agency for Fundamental Rights (FRA), **The Fundamental Rights Situation Of Intersex People**, 2015, s.2, (çevrimiçi), [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2015-focus-04-intersex\\_en.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-focus-04-intersex_en.pdf), 18.05.2017.

<sup>5</sup> **A.e.**, s.2; Australian Human Rights Commission, **Surgery on Intersex Infants and Human Rights**, 2009, s.3, (çevrimiçi), [https://www.humanrights.gov.au/sites/default/files/content/genderdiversity/surgery\\_intersex\\_infants2009.pdf](https://www.humanrights.gov.au/sites/default/files/content/genderdiversity/surgery_intersex_infants2009.pdf), 18.05.2017; Schneider, **a.g.e.**, s.25; Ghattas, **a.g.e.**, s.11; Issue paper published by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, **a.g.e.**, s.22-23.

<sup>6</sup> EU Agency for Fundamental Rights (FRA), s.2; World Health Organization, **Sexual health, human rights and the law**, 2015, s.26, (çevrimiçi), [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/175556/1/9789241564984\\_eng.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/175556/1/9789241564984_eng.pdf), 17.05.2017.

<sup>7</sup> Schneider, **a.g.e.**, s.26; Melanie Blackless, Anthony Charuvastra, Amanda Derryck, Anne Fausto-Sterling, Karl Lauzanne, Ellen Lee, **How Sexually Dimorphic Are We? Review and Synthesis**, American Journal Of Human Biology 12:151–166, 2000, s.151-153, (çevrimiçi), <http://www.aissg.org/PDFs/Blackless-How-Dimorphic-2000.pdf>, 20.05.2017.

<sup>8</sup> Örneğin yakın tarihli bir habere göre Antalya'nın bir ilçesinin mahallesinde 12 kişi interseks olduğunu ifade ederken bu sayının daha da fazla olduğu ancak bazı bireylerin bu durumu gizledikleri ifade edilmektedir;

"...Antalya kent merkezine 185, Gündoğmuş ilçesine 35 kilometre uzaklıkta yer alan Akyarı Mahallesi, çift cinsiyetli kişilerin çokluğuyla dikkati çekiyor. İlk çift cinsiyetliler garipsenirken, daha sonra sayının artmasıyla bu durum olağan karşılandı. Mahallede bugüne kadar 12 kişi çift cinsiyetli oluşlarını çekinmeden ifade ederken, bunlardan 2'si yaşamını yitirdi. Mahallede yaşayanlar, sayının daha fazla

## II. İnterseks Bireylere Yönelik Tıbbi Yaklaşım

### A. Dominant Protokol

Dominant tedavi modeli 1950'lerde büyük ölçüde John Money'nin çalışmalarının etkisinde şekillenmiş olup Money'e göre cinsiyet, çocuğun yetiştirildiği cinsiyet modeline göre belirlenmektedir. Bu noktada önemli olan husus çocuğun yetiştirildiği cinsiyet ile çocuğun genital organının aynı olmasıdır. Bu çerçevede gelişen dominant tedavi protokolü de interseks çocukların cinsiyet belirsizliklerine ilişkin bilgi sahibi olmadan yetiştirilmesi gerektiği çerçevesinde gelişmiştir.<sup>9</sup>

Bu tedavi protokolü çerçevesinde doktorlar ebeveynleri çocuklarına durumları hakkında bilgi vermemeleri yönünde uyarmakta ve ebeveynle çocuk arasında yaşanabilecek muhtemel bir travmadan kaçınmak amacıyla interseks çocuğun durumu hakkında ebeveynlere de tam bilgi verilmemektedir. Dominant protokol çerçevesinde tıbbi müdahaleye maruz kalan birçok interseks birey ise ileride durumları hakkında bilgi sahibi olduklarında çok ciddi psikolojik problemlerle yüzleşmek durumunda kalmaktadır.<sup>10</sup>

Bu model eleştirilmekle beraber Amerika Pediatri Akademisi resmi yayınlarında hala bu modelin uygulanmasını desteklemeye devam etmektedir.<sup>11</sup>

### B. Tıbben Gerekli Olmadığı Sürece Tüm Cerrahi Müdahalelerin Ertenilmesi Modeli

Bazı interseks aktivistleri ve konuyla ilgili uzmanlar, modelin adından da anlaşılacağı üzere, tıbbi bir zorunluluk olmadıkça küçükler üzerindeki bütün cerrahi müdahalelerin çocuğun kendi kararını verebileceği yaşa gelene kadar ertelenmesi gerektiği görüşünü savunuyorlar.

Ertelemeden ise çocuk karar verebilecek yaşa gelene kadar hiçbir şey yapmadan beklemeyi anlamamak gerekir. Aksine ertelemeyi savunanlar, ilk olarak uzmanların çocuğun hangi cinsiyet kimliğini seçebileceği yönünde araştırma yapmalarını ve ailenin çocuğu bu önerilen cinsiyette yetiştirmesini, bu süreçte aileye uzmanlar tarafından danışma ve destek hizmeti verilmesini, sonuç olarak cerrahi müdahalenin çocuğun kendi kararını verebileceği yaşa kadar ertelenmesini ve çocuğun ileride ameliyat olup olmamaya kendisinin karar vermesini öneriyor.<sup>12</sup>

*olduğunu, ancak bazı kişilerin bu durumlarını gizlediğini kaydetti. Bu kişilerden 4'ü köylerinde yaşamaya devam ederken, geri kalanlardan 4'ü Alanya'da, 2'si ise İstanbul'da yaşamlarını sürdürüyor. Köydeki 12 kişiden 3'ü erkek olmak için operasyon geçirirken, sadece 1'i kadın olmak için ameliyat oldu. Geri kalanlar durumlarının Allah'ın takdiri olduğunu belirterek tedavi olmadı... Kendilerini erkek olarak hissettiklerini belirten Aliye Ç., "Eskiden kadın elbiseleri giyerdik. Saçımız belimize kadar uzardı. 15 yaşında vücudumuzda değişiklikler meydana gelince saçlarımızı kestirdik. Erkek kıyafetleri giydik. Birçok yere çalışmaya gittim. Türkiye'nin her yerine gittim. Herkes bizi erkek olarak bilir. Yalnız nüfus cüzdanına baktığımda kadın görünüyoruz" dedi... Aliye Ç., hiç aşık olmadığını belirterek, şöyle devam etti: "Ne aşkı, şeyin olmadıktan sonra aşk mı olur? Vajinanın içinde penisimiz var. Testislerim de var. Normal erkekler gibi ama penisimiz ufak. Kadın olamayız, erkek olabiliriz. Köyde kahve içlettim. Yapmadığım iş kalmadı. Herkes bize alıştı, kınama yok. Cenabı Allah kınayanların başına veriyor. Annem zamanında burada erkek olan bir kadını, oğlak güderken onu erkek diyerek kınamış. O da anneme 'Allah sana da versin' demiş, ondan sonra biz de kardeşimle öyle dünyaya geldik." Diğer çift cinsiyetlerle akrabalık bağlarının olmadığını dile getiren Ç., "Evde yemekleri ben yapıyorum. Süper yemekler yaparım ve her yemeği yaparım. Annemiz bize öğretmişti" dedi.", **Hürriyet Gazetesi**, 15.05.2017, (çevrimiçi), <http://www.hurriyet.com.tr/15-yasina-kadar-kadin-sonrasinda-erkek-gibi-ya-40458410>, 16.05.2017.*

<sup>9</sup> **Human Rights and Intersex People**, s.19-21.

<sup>10</sup> İnterseks aktivist Sarah Graham 2006 yılında The Independent gazetesindeki yazısında yaşadıklarını anlatıyor: "8 yaşındayken jinekolog aileme yıkıcı haberi vererek, çok nadir bir genetik kondisyonumun olduğunu ve yumurtalıklarımın alınmaması halinde, ergenlikte kanser olarak öleceğimi söylüyor. Yaklaşık 20 yıl sonra doktorun bana ve aileme yalan söylediğini keşfettim ve bu bir sefere mahsus söylenen bir yalan değildi. Aksine 1990'ların ortasına kadar benimki gibi kondisyonlarda gerçeği saklamak standart politikaydı. Bana söylenen yalanın boyutunu öğrendiğimde 25 yaşındaydım ve yıllarca sistematik bir şekilde yalan söylenmiş olmak, bu konuda hiçbir destek görmemek ve aniden bana konulan teşhise dair gerçekleri öğrenmek neredeyse beni öldürüyordu. Duygusal bir çöküş yaşadım.", **Human Rights and Intersex People**, s.24; yazının tam metni için bkz. Sarah Graham, *The Secret Of My Sex, The Independent*, 07.08.2006, (çevrimiçi), <http://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/health-news/the-secret-of-my-sex-411032.html>, 15.05.2017.

<sup>11</sup> Julie A. Greenberg, "International Legal Developments Protecting The Autonomy Rights Of Sexual Minorities: Who Should Determine The Appropriate Treatment For An Intersex Infant?", **Ethics and Intersex**, Ed. by S.E. Sytsma, S.87-101, Netherlands, 2006, s.88.

<sup>12</sup> **A.e.**, s.89-90.

### C. Arada Yaklaşım Modeli

Arada yaklaşım modelini savunanlar dominant modelin tedaviyi sürdüren doktorlara çok fazla yetki verdiğini ancak tamamen bir erteleme de çocuğun üstün yararına uygun olmayacağı görüşündeler. Bu yaklaşıma göre, çocuğa yapılacak cerrahi müdahalenin uzun süre ertelenmesinin çocukta oluşturacağı psikolojik travma, cerrahi müdahalenin oluşturacağı potansiyel riskten daha tehlikeli bulunmakta. Yaklaşımı benimseyenlerin kendilerine temel aldıkları düşünce ise tamamen aydınlatılmış ebeveynlerin rızasının çocuğun üstün yararı doğrultusunda olacağı. İngiliz Pediatrik Cerrahlar Birliği de bu yaklaşımı desteklemektedir.<sup>13</sup>

İnterseks bireylere yapılacak müdahalelerde izlenecek protokollerin yanı sıra önemli olan bir başka husus da cinsiyet tayininde hangi kriterlerin dikkate alındığıdır. Cinsiyet tayinine ilişkin olarak XY ve XX kromozomlu çocuklara atanacak cinsiyetin tayininde farklı kriterler göz önüne alınmaktadır. Buna göre XY kromozomuna sahip “erkek” çocuğun fallusu yetişkinlikte tatmin edici cinsel ilişki yaşamasını engelleyecek kadar küçükse, kadın olmasına karar verilerek testisleri alınmakta. Bu prosedürün sonucu olarak XY kromozomuna sahip çocuk doğurganlığını tamamen kaybederek yaşamına devam etmekte. XX kromozomuna sahip çocuklar içinse, tatmin edici cinsel ilişkiden ziyade üreme yeteneği bir kriter olarak uygulanmakta. Buna göre doğurgan bir XX çocuğa, bu doğurganlığını koruyabilmesi amacıyla, kadın cinsiyeti atanmakta ve bu kararda çocuğun dış genital yapısının görünümünün bir önemi bulunmamakta. Bu çerçevede XX çocuğun klitorisi standartlardan daha büyük bulunursa cerrahi müdahale ile küçültülmekte ve müdahalenin sonucu olarak çocuğun ileride tatmin edici cinsel ilişki yaşaması büyük oranda imkânsız hale gelmekte.<sup>14</sup>

## II. Bedensel Müdahalelerin AİHS Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Küçük yaşta bedensel müdahaleye maruz kalan interseks bireyler göz önünde bulundurulduğunda bu müdahalelerin rıza dışı gerçekleştirilen tıbbi tedavi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Özellikle dominant protokol kapsamında, interseks birey yaşı gereği fikir beyan edemeyecek konumdayken ve ebeveynlere tam bilgi verilmiyorsa, aydınlatılmış rızanın varlığından söz edilemeyeceği için, rıza dışı gerçekleştirilen tıbbi tedavi, küçüğün bedensel ve zihinsel bütünlüğü bağlamında değerlendirilecektir. Bu çerçevede AİHM, bireyin rızasının olmadığı en küçük bedensel müdahaleyi dahi özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Her ne kadar kişisel özerklik AİHS çerçevesinde açıkça ifade edilmese de 8. maddenin yorumlanmasında önemli bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>15</sup> Bu nokta Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğunu da hatırlatmakta fayda var. Dolayısıyla pozitif yükümlülük gereği devletin görevi interseks bireylere uygulanan rıza dışı tıbbi müdahaleleri engellemek olarak karşımıza çıkmakta olup aksi halde rıza dışı uygulanan tıbbi müdahaleler sözleşmeciler devletlerin sorumluluğunu doğuracaktır.<sup>16</sup>

Bedensel ve zihinsel bütünlüğün ihlalinin yanı sıra AİHM'in cinsiyet kimliğini, cinsel yönelimi ve cinsel yaşamı da Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirdiğini<sup>17</sup> ve ayrıca tıbbi müdahaleye maruz kalmak istemeyen interseks bireylerin fiili birlikliklerinin, AİHM'in kriterlerini sağladığı ölçüde, aile yaşamı kapsamında değerlendirileceğini belirtmek gerekir.

Aile yaşamı çerçevesinde ebeveynlerin velayet hakkının interseks çocuklara bedensel müdahale çerçevesinde incelenmesi yerinde olacaktır. Nitekim interseks çocuk açısından tıbben gereksiz bir müdahalenin gerçekleşmesini ebeveynin talep etmesi halini Sözleşmesel açıdan incelemek gerekir.

<sup>13</sup> A.e., s.90.

<sup>14</sup> *Human Rights and Intersex People*, s.20; Julie A. Greenberg, *a.g.m.*, s.93.

<sup>15</sup> Gülay Arslan Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, 1. Bası, Beta, 2011, s.84-85.

<sup>16</sup> “2013 yılında Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi Avrupa Konseyi üyesi devletlere hiç kimsenin, çocukluğu süresince, gereksiz, hayati olmaktan ziyade kozmetik tıbbi müdahaleye maruz kalmayacağını garanti altına almaları yönünde çağrıda bulunmuştur.” *Human Rights and Intersex People*, s.32.

<sup>17</sup> A.e., s.31-32.

Günümüzde artık ebeveynlerin bakım ve koruma yükümlülüğü olarak kabul edilen velayet hakkı bu çerçevede yalnızca ebeveyne hak vermekle kalmaz aynı zamanda ebeveyne çocuğa karşı sorumluluklar ve ödevler de yükler.<sup>18</sup> Bu çerçevede ebeveynlerin hakları ile çocuğun üstün yararı karşı karşıya kaldığında çocuğun üstün yararına öncelik verileceği açıktır. Bu kapsamda interseks çocuklara bedensel müdahalenin BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin maddeleri çerçevesinde incelenmesi halinde, söz konusu müdahalelerin ÇHS'nin maddelerini de ihlal eder nitelikte olduğu görülecektir.<sup>19</sup> Nitekim uygulanan tıbbi prosedür Sözleşme'nin 2, 3, 12 ve 16. maddelerini ihlal edebilecek uygulamalar içermektedir. Yukarıda açıklandığı üzere<sup>20</sup> XX ve XY kromozomlu küçükler için tıbbi prosedürlerde, cinsiyetin belirlenmesinde farklı koşulların etkili olması Sözleşme'nin cinsiyet temelinde ayrımcılık yapılamayacağına ilişkin 2. maddesinin ihlali niteliğindedir.<sup>21</sup>

ÇHS bağlamında problemlili olan bir diğer nokta ise interseks çocuklara uygulanan tıbbi müdahalelerde çocuğun üstün yararının ne ölçüde gözetildiğine ilişkindir. Nitekim Sözleşme'nin 3. maddesi çocuğun üstün yararını koruma altına almaktadır.<sup>22</sup> Sözleşme'nin 12. maddesi ise çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını koruma altına almaktadır. İnterseks çocukların bu konuda görüş belirtmeyecek kadar küçük yaşta, tıbben gerekli olmayan ve geri dönüşü olmayacak tıbbi müdahalelere maruz kalması bu maddenin ihlali sonucunu oluşturacaktır.<sup>23</sup> Son olarak Sözleşme'nin çocuğun özel yaşamına dair 16. maddesine değinmek gerekir.<sup>24</sup> İnterseks çocuklara yapılan müdahalelerin çocuğun doğurganlığını kaybetmesine veya ileride cinsel tatmine ulaşamamasına sebep olabileceği göz önünde bulundurulduğunda şu anki prosedürlerin bu maddeyi de ihlal edeceği açıktır.<sup>25</sup>

Sonuç olarak ÇHS'nin bir çok maddesini ihlal edebilecek nitelikte olan tıbbi prosedürlere ilişkin olarak, 2015 Şubat ayında, BM Çocuk Hakları Komitesi, interseks çocuklar üzerinde uygulanan tıbben gereksiz prosedürlerin geri dönüşü olmayan sonuçlara yol açtığını ve fiziki ve psikolojik bir çok soruna sebep olduğunu belirtmiş, çocuğun aydınlatılmış rızası olmaksızın yapılan müdahalelere dikkat çekerek, devletlere ihlallerin önlenmesine ilişkin çağrıda bulunmuştur.<sup>26</sup>

<sup>18</sup> Öncü, a.g.e., s.272.

<sup>19</sup> Julie A. Greenberg, a.g.m., s.93.

<sup>20</sup> Bkz.: yuk. Arada Bir Yaklaşım Modeli Başlığı altında yapılan açıklamalar, XX ve XY kromozomlu küçüklerde cinsiyet tayininde farklı kriterlerin dikkate alınması.

<sup>21</sup> Madde 2:1. Taraf Devletler, bu Sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasi, ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanır ve taahhüt ederler., (çevrimiçi), <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf>, 19.05.2017.

<sup>22</sup> Madde 3:1. Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

2. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

3. Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların; hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler., (çevrimiçi), <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf>, 19.05.2017.

<sup>23</sup> Madde 12: 1. Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırırlar.

2. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır., <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/137-160.pdf>, 19.05.2017.

<sup>24</sup> Madde 16:1. Hiçbir çocuğun özel yaşantısına aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz.

2. Çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.

<sup>25</sup> Julie A. Greenberg, a.g.m., s.92-94.

<sup>26</sup> Human Rights and Intersex People, s.33.

### III. İnterseks Bireylere İlişkin Yargı Kararları

İnterseks bireylerin maruz kaldıkları gereksiz tıbbi müdahalelere ilişkin henüz AİHM önüne giden bir dava olmamakla beraber intersekslerin maruz kaldıkları müdahaleler çeşitli yargı organları önünde tartışma konusu olmuştur. Günümüzde görünürlükleri artan ve talepleri ortaya çıkan interseks bireylerin AİHM önünde başvuru olması halinde Mahkeme'nin kararında etkili olabilecek kriterleri tespit etmek için diğer yargı makamlarının kararlarını incelemek yerinde olacaktır.

Yargı kararlarını incelemeye başlamadan önce üzerinde durulması gereken bir husus da yakın tarihte iki ülkenin interseks bireyler üzerinde uygulanan gereksiz tıbbi müdahaleleri yasaklamaya yönelik karar almış olmasıdır. İlk olarak 2015 yılında Malta interseks çocuklar üzerindeki gereksiz ameliyatları yasaklayan kanuni düzenlemeyi yaparak intersekslerin beden dokunulmazlığını korumaya alan ilk ülke olmuştur. Yasanın 14. maddesinin ilk fıkrasının “Tıp hekimlerinin veya diğer profesyonellerin, tedavi altına alınacak kişi aydınlatılmış rıza sağlayana kadar tedavisi ve/veya cerrahi müdahalesi ertelenebilecek küçüklere yönelik, herhangi bir cinsiyet atama tedavisi ve/veya cinsiyet karakteristiklerine ilişkin cerrahi müdahale yapmaları hukuka aykırıdır.” hükmü gereği interseks bireylerin maruz kaldığı tıbben gereksiz ameliyatlar yasaklanmıştır. Madde devamında ise çocuğun aydınlatılmış rızası doğrultusunda karar vermesi halinde tıp görevlilerinin çocuğun üstün yararını göz önünde bulundurarak karar vermeleri gerektiği vurgulanmıştır.<sup>27</sup> Malta'dan sonra Portekiz 2017 yılının Mayıs ayında interseks çocuklar üzerindeki bedensel müdahaleleri yasaklamaya hazırladığını duyurmuştur.<sup>28</sup>

#### A. Kolombiya Anayasa Mahkemesi Kararı

Mahkeme, 1999 yılında verdiği kararıyla, doktorların ve ebeveynlerin interseks çocuklara yapılacak olan tıbbi müdahaleye ilişkin yetkilerini kısıtlamıştır. Kararla, interseks bireyler korunması gereken azınlık olarak tanınmış olup ayrıca kararda kamu otoritelerinin, tıp camiasının ve toplumun diğer kesimlerinin interseks bireylere yaşam alanı açması gerektiği de vurgulanmıştır. Ayrıca kararla söz konusu ameliyatlara ilişkin standartlar belirlenmiş, buna göre öncelikle ebeveynlere çocuklarının durumu ve uygulanacak tıbbi prosedür ve sonuçları, bedensel müdahalenin ertelenmesi imkânı ve buna bağlı sonuçlar hakkında tam ve eksiksiz bilgi verilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede aydınlatılmış rıza veren ebeveynlerin rızası yazılı olmalı ve süreç içerisinde, belirli aşamalarda tekrarlanmalıdır. Ayrıca interseks çocuk tüm bu süreç içerisinde profesyonel olarak psikolojik destek almalıdır. Son olarak Mahkeme, çocuğun üstün yararının tespiti ve korunması için yasal ve medikal enstitülerin korunması yönünde de çağrı yapmıştır.<sup>29</sup> Mahkeme'nin bu kararını takriben ülkede gerekli enstitüler kurularak, çocukların gereksiz tıbbi müdahalelere maruz kalması engellenmeye çalışılmıştır. Bunun sonucu olarak 2008 yılında verilen bir başka kararda başvuru baba 5 yaşındaki interseks çocuğunu ameliyat ettirmek istemekte ancak Mahkeme'nin 1999 yılındaki kararı doğrultusunda sosyal hizmetler gerekli olmayan ameliyatın yapılmasına izin vermemektedir. Sonuç olarak Mahkeme önceki kararında da olduğu gibi, interseks çocuklara ilişkin ameliyatlarda çocuğun kendi kaderini tayin etme hakkının, ebeveynin bu yöndeki kararından daha üstün olduğuna karar vermiştir.<sup>30</sup>

#### B. Köln Bölge Mahkemesi Kararı

<sup>27</sup> Bkz.: “An Act for the recognition and registration of the gender of a person and to regulate the effects of such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person.”, yasanın tam metni için bkz.: [http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta\\_GIGESC\\_trans\\_law\\_2015.pdf](http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf), 20.05.2017.

<sup>28</sup> Bkz.: <http://www.kaosgl.org/sayfa.php?id=23829>, <http://www.pinknews.co.uk/2017/05/20/portugal-will-ban-surgeries-on-intersex-babies/>, 20.05.2017.

<sup>29</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-551/99, 02.08.1999, Julie A. Greenberg, **a.g.m.**, s.91-92.

<sup>30</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-912/08, 18.12.2008 **Human Rights and Intersex People**, s.49.

İnterseks birey olan davacı Christiane Völling 2007 yılında, 30 yıl önce kendisini rızası dışında ameliyat ederek yumurtalıklarını alan cerraha karşı dava açmıştır. Mahkeme kararında ameliyatı gerçekleştiren doktorun, davacının sağlığını ve kişisel özerkliğini bilerek ihlal ettiği sonucuna ulaşarak davacı Christiane Völling lehine 100.000 Euro tazminata hükmetmiştir.

Bu çerçevede Mahkemenin kararının önem arz ettiği iki noktaya değinmek gerekir. Bunlardan ilki dava konusu cerrahi müdahale davadan 30 yıl önce gerçekleşmiş olmasına rağmen Mahkeme söz konusu cerrahi müdahalenin sonuçlarının davacının hayatını etkilemeye devam ettiğinin tespitini yaparak gerçekleştirilen ameliyatı süregelen ihlal olarak kabul etmiştir. Bir diğer önemli husus ise Mahkemenin simgesel bir özre hükmetmek yerine tazminata hükmetmiş olmasıdır.<sup>31</sup>

### C. Avustralya Aile Mahkemesi Kararı

1979 yılında görülen C. ve D.'nin evliliği davasında<sup>32</sup>, davacı kadın eş, eşinin erkek olmadığı gerekçesiyle 12 yıllık evliliklerinin feshini talep etmektedir. Gerçekten de erkek eş XX kromozom yapısına sahip, kadın ve erkek cinsiyetlerinin özelliklerini bir arada taşıyan interseks bir bireydir. Erkek eş evliliği öncesinde göğüslerini aldırması ve genital organını erkek genital organı haline getiren bir dizi ameliyattan geçmiştir. Mahkeme her ne kadar erkek eş, erkek cinsiyetine dair özellikler taşıyor olsa da kromozom yapısının XX olduğunu tespit etmiş ve interseks bireylerin evlenme ehliyeti açısından ne kadın ne de erkek olduğuna hükmetmiştir. Bu çerçevede davacı kadın eşin fesih talebini kabul etmiştir. Her ne kadar eşlerden birisinin diğerinin cinsiyet karakteristiğine ilişkin birtakım olguları bilmiyor oluşu, diğer eşin durumunu saklamış olması boşanma sebebi olarak kabul edilebilir nitelikte olsa da Mahkeme'nin evliliğin baştan itibaren geçersiz olduğuna hükmetmesinin interseks bireylerin haklarını ihlal eder nitelikte olduğu açıktır. Nitekim 2003 yılındaki Attorney General v. Kevin davasında Mahkeme 1979 yılındaki içtihadını değiştirmiş ve transseksüellerin ve intersekslerin kendilerini tanımladıkları cinsiyetleri doğrultusunda evlenmelerinin mümkün olduğuna hükmetmiştir.<sup>33</sup>

### Sonuç

İnterseks bireylerin maruz kaldıkları tıbbi müdahaleler git gide daha fazla dikkat çekmekte ve eleştirilmektedir. Müdahalelerin interseks kişi çok küçük yaşta rıza dışında gerçekleşmesi, aydınlatılmış rıza hususunda büyük problemlerin mevcut olması ve söz konusu tıbbi müdahalelerin tıbben gereksiz nitelikte olması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi çerçevesinde sorunlu bir alan oluşturmaktadır. Nitekim söz konusu müdahaleler gereksiz ve ertelenebilecek nitelikte olmakla beraber yüksek bir hata payı da içermektedir. Üstelik hatalı olarak yapılan cinsiyet tayini doğrultusunda gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin kişinin yaşayacağı psikolojik travmanın yanında kısırılık ve tatmin edici cinsel ilişki yaşayamama gibi çok ciddi, geri dönülemez sonuçları da vardır.

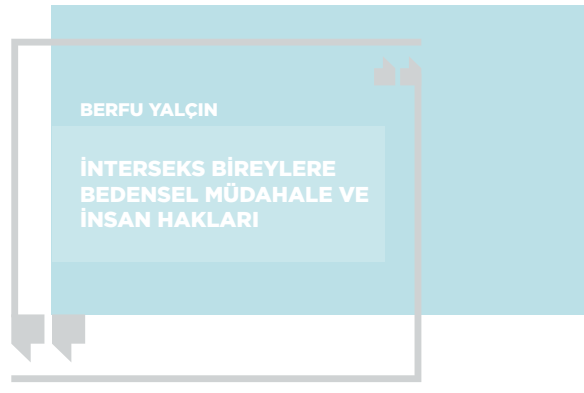
Ancak halen dünyanın birçok ülkesinde gereksiz olduğu bilindiği halde bu müdahalelerin uygulanmasına devam edilmektedir. Günümüzde yalnızca Malta interseks çocuklar üzerindeki gereksiz tıbbi müdahalelerin yasaklanmasına ilişkin yasal düzenleme yapmış Portekiz ise bu yönde yasal düzenleme yapacağını kamuoyuna duyurmuştur. Avrupa Komisyonu, Dünya Sağlık Örgütü, BM Çocuk Hakları Komisyonu ve birçok hükümet dışı örgüt interseks bireyler üzerindeki gereksiz tıbbi müdahalelerin insan haklarına aykırı olduğunu açıklamış bulunmaktadır.

Henüz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde interseks bireylere ilişkin bir başvuru yapılmamış olmakla birlikte dünya genelinde bu müdahalelerin insan haklarına aykırı olduğunun kabulüne başlanmış olması AIHM'e yapılacak olası bir başvuruda Mahkeme'nin kararının ne olabileceği konusunda ipucu vermektedir. Bu çerçevede interseks çocuklar üzerindeki gereksiz tıbbi müdahalelerin

<sup>31</sup>Kölner Landgericht, 25 O 179/07, 6 February 2008; A.e., s.50.

<sup>32</sup>In the marriage of C and D (falsely called C) (1979) FLC 90-636; bkz. Julie A. Greenberg, a.g.m., s.94

<sup>33</sup>Attorney General v. Kevin, Family Court of Australia (2003), 172 FLR 300; Bkz. Julie A. Greenberg, a.g.m., s.94.



engellenmesine yönelik yasal düzenlemeler yapılması, Kolombiya örneğinde olduğu gibi interseks çocuklara ve ebeveynlerine psikolojik destek vererek konu hakkında bilgilendirme yapacak nitelikte enstitülerin kurulması olası ihlallerin engellenmesi açısından oldukça önemlidir.

**BAŞAK ERDOĞAN  
NESLİ ŞEN ÖZÇELİK  
ATAGÜN MERT KEJANLIOĞLU**

**KADININ  
SOYADI SORUNUNDAN  
CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİNE:  
ÇÖZÜMSÜZ BİR ÇÖZÜM  
TEHLİKESİ**

## Özet

Medeni Kanun'un 40. maddesindeki nüfus sicilinde değişiklik yapılması için cinsiyet geçiş operasyonu olma şartı, yarattığı sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) A.P., Garçon ve Nicot kararında ortaya koyduğu gerekçeler doğrultusunda Anayasa'ya da aykırıdır. Fakat Anayasa Mahkemesinin son dönemlerde önüne giden norm denetimi başvurularında özellikle yürütmenin tepkisini çekebilecek hususlarda kendini kısıtlayan, hukuk devletini tehlikeye atan bir tutum benimsediği de Mahkemeye sık yöneltilen güncel bir eleştiridir.

Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) geçmişte AİHM'nin kararları ile çatışarak kadının evlendikten sonra önceki soyadını kullanmasını engelleyen hükmün iptalini reddettiği unutulmamalıdır. Yine AYM'nin bulduğu çözüm ise, ret kararını takip eden 3 sene içinde önüne gelen bir bireysel başvuru üzerine, ilgili hükmün Türkiye'ye karşı verilmiş olan AİHM kararları doğrultusunda ve Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS tarafından zımnen ilga edildiğini; bu nedenle Anayasa'daki kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ihlal edildiğini tespit etmek olmuştur. Nitekim bu tip durumlarda bireysel başvuru yolu hak ve özgürlüklerin korunması açısından iktidarın tepkisini daha az çeken bir yol olarak görülebilir. Fakat kadının soyadı sorunu özelinde gördüğümüz üzere normdan kaynaklı hak ihlallerinin bireysel başvuru kararları ile çözülmeye çalışılması, teorik olarak aksini savunmak mümkün olsa dahi, uygulamada yetersiz kalmaktadır.

Medeni hukuk doktrininde bu sorunun kadınlar lehine nihai olarak çözüldüğüne dair bir fikrin oluşmamış olması da bu çözümsüzlüğün çarpıcı bir örneğidir. Bu nedenle cinsiyet geçiş sürecine ilişkin sorunun kaynağı normun kendisi olduğundan, hak ihlallerinin normun iptali yolu kesin olarak ortadan kaldırılması en isabetli seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi bu hükmün iptalini esastan reddettiği için yasa değişmediği sürece 2028 yılına kadar bu sorunun çözülememesi tehlikesi mevcuttur.

## Giriş

Türk Medeni Kanunu (TMK) m.40'a ilişkin iki iptal talebini görüşen AYM bu iki hükümden birini iptal ederken diğerini iptal etmemiştir. AYM bu maddenin ilk fıkrasında yer alan cinsiyet geçiş operasyonuna izin verilmesi için üreme yeteneğinden yoksun olma şartını iptal etmiştir.<sup>1</sup> Bu hükmün iptali, AİHM'nin doğrudan bu şarta dair verdiği Y.Y./Türkiye kararının uygulanması adına önemli bir gelişmedir. Ancak AYM, m.40/f.2'deki nüfus sicilinde cinsiyet değişikliği yapılması için "cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması" şartının iptalini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına rağmen reddetmiştir.<sup>2</sup> Bu ret kararı, AYM'nin AİHM içtihatlarını, özellikle ilgili içtihat Türkiye'ye karşı değilse, norm denetiminde ne derece dikkate aldığına dair şüpheleri yeniden gündeme getirmektedir.

Bu çalışmada AİHM'nin konu hakkındaki içtihadına değinilecek, AYM'nin bu içtihadı dikkate almadan kendini sınırlama eğilimi doğrultusunda karar vermesinin sakıncaları açıklanacaktır.

## I. Cinsiyet Geçiş Ameliyatı Koşulunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) Aykırılığı

AİHM tarafından, üreme yetisini ortadan kaldıracak müdahalelerin cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için ön koşul olarak kabul edilmesi hususu başlı başına A.P., Garçon ve Nicot/Fransa kararında değerlendirilmiştir. Karara göre, Fransız hukukunda cinsiyet geçişinin hukuk düzenince tanınması "*dış görünüşün geri dönülmez bir biçimde değiştiği*"nin ispatlanmasına bağlı kılınmış;

\* Yazı, ilk olarak Kasım 2017 tarihinde yayınlanmak üzere teslim edilmiş daha sonra 2019 Nisan ayında yeniden gözden geçirilerek güncellenmiştir.

\*\* Araştırma Görevlisi, MEF Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

\*\*\* Araştırma Görevlisi, MEF Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

\*\*\*\* Araştırma Görevlisi, MEF Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> AYM E 2017/130, K 2017/165, 29 Kasım 2017.

<sup>2</sup> AYM E 2015/79, K 2017/164, 29 Kasım 2017.

böylece dolaylı bir “sterilizasyon” şartı getirilmiştir<sup>3</sup>. Mahkeme, kişilerin rıza göstermedikleri bir sterilizasyon sonucunda cinsiyet kimliklerinin tanınmasının AİHS m.8’e aykırılık oluşturacağına karar vermiştir<sup>4</sup>.

Sterilizasyonun cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için bir şart olarak aranması artık açıkça AİHS’ye aykırılık teşkil etmektedir<sup>5</sup>. Bu konuda AİHM’nin Türkiye’nin doğrudan taraf olduğu Y.Y./Türkiye kararında dolaylı olarak tespit ettiği husus, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğunluğunun aksine, bu şartın Türkiye’de cinsiyet geçişi operasyonunun ön koşulu olmasıdır<sup>6</sup>. AİHM, başvurucuya üreme yetisinden yoksunluk şartını sağlayacak imkânların tanınmamasını da AİHS m.8 ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>7</sup>. AİHM içtihadının vardığı nokta, cinsiyet geçiş ameliyatının herhangi bir noktada artık bireyin cinsiyet kimliğini belirlemesi ve nüfus kayıtlarını düzeltmesi için bir koşul olarak aranmayacağıdır.

AYM kararında ise, Mahkeme’nin cinsiyet geçiş ameliyatlarının herhangi bir nüfus kaydı değişikliğinden önce aranmasını kamu düzeni ve nüfus kayıtlarının kesin olması gerektiği gibi gerekçelere dayandırdığı görülmektedir.<sup>8</sup> Bu durumda, artık sadece üreme yetisinden yoksunluk cinsiyet geçişi için bir şart olarak aranmayacak, ancak cinsiyet geçişine yine mahkemeler karar verecek ve geçiş ameliyatı resmi sağlık kurulu raporları ile tespit edilmeden nüfus kayıtları değiştirilmeyecektir.

Günümüzde yeri olmayan bir anlayışın ürünü<sup>9</sup> olan bu koşulun hâlâ aranacak olması cinsiyet geçişi konusundaki mevcut düzenlemenin çağdaşlaşması önünde bir engel olmaya devam etmektedir. Özellikle de AYM’nin kararında yer verdiği “*belirli haklardan yararlanmak ya da yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla*” cinsiyet değişikliği yoluna başvurulması, cinsiyet geçiş ameliyatlarının zorluğu ve kişi üzerinde yaratacağı yan etkilerin ciddiyetini görmezden gelmektedir.

## II. Anayasa Mahkemesi’nin Kendi Kendini Sınırlama Eğilimi ve Sonuçları

Bu hükmün iptali istemine ilişkin AYM önünde yaşanan sorunsal, hükmün AİHS’ye aykırılığına rağmen Anayasa’ya uygun bulunmuş olmasıdır. Elbette ki iç hukuk düzeni açısından uluslararası antlaşmaların Anayasa’dan üstün olduğu söylenemez<sup>10</sup>. Anayasa m.90/son’un kanunlarla temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların çatışması durumunda uygulanacak bir çatışma kuralı olduğunun kabulü gerekir<sup>11</sup>. Fakat AYM, AİHS’nin maddelerini somutlaştıran AİHM içtihatlarını, çoğu zaman bir yorum aracı olarak kullanmakta, böylece Türkiye’nin aynı nedenle AİHM önünde mahkûm olmasını engelleyebilmektedir. Bir diğer deyişle, Anayasa AİHS’ye ve AİHM içtihatlarına

<sup>3</sup> Aranan diğer bir şart olan “transseksüel sendromunun varlığı” şartının ise somut olayda AİHS’i ihlal etmediğine hükmedilmiştir. *A P Garçon ve Nicot v Fransa*, B no 79885/12, 52471/13 ve 52596/13 (AİHM 6 Nisan 2017), paras 140-144.

<sup>4</sup> ibid paras 131 vd.

<sup>5</sup> Türk hukukunda bu şartın cinsiyet geçişine izin verilmesi değil, yeni cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması aşamasında aranması gerektiği hakkındaki görüşler mevcuttur. bkz. Nurullah Tekin, *Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi* (2009) 39 THD 97, 109-110; Gamze Turan Başara, *Türk Medeni Kanunu’nun 40’inci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları* (2012) 103 TBBD 245, 255-256. AİHM’nin yeni içtihadı karşısında bu görüşlerin yerindeliği tartışılabilir.

<sup>6</sup> *Y Y v Türkiye*, B no 14793/08 (AİHM, 10 Mart 2015), para 112.

<sup>7</sup> ibid para 122.

<sup>8</sup> n 2 paras 32- 35.

<sup>9</sup> Bu koşula getirilen eleştiriler için : Emre Cumalıoğlu, ‘Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu – Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Anayasa’ya Aykırı mıdır?’, [2016] 15(2), *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. İlhan Ulsan’a Armağan Cilt 1*, 16 ; Peter Dunne, ‘Commentary: YY v. Turkey, Infertility as a Precondition for Gender Confirmation Surgery’ (2015) 23 (4) *Medical Law Review* 646, 656; Yeşim M Atamer ve Z Damla Taşkın, *Transseksüellere İlişkin Hukuki Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Aykırı Hükümler ve Revizyon Önerileri* (2016) 42 (4) *YD* 719, 751-759.

<sup>10</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (16. Bası, Beta 2016) 514-515.

<sup>11</sup> Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (20. Baskı, Ekin 2016) 279.

uygun biçimde yorumlanabiliyorsa AYM çoğunlukla bunu tercih etmektedir. Bu nedenle uluslararası antlaşmaların AYM için destek ölçü norm olduğu genellikle kabul edilir<sup>12</sup>.

Ancak AYM'nin esas ölçü normu Anayasa'dır. Dolayısıyla Mahkeme AİHS ve AİHM içtihatlarını dikkate alsa da Anayasa'ya göre karar verir<sup>13</sup>. Bu durumsa AYM'nin bazen AİHM içtihatlarının aksi yönünde norm denetimi kararı vermesiyle sonuçlanabilmektedir. Nitekim 2011'de verilen TMK m.187'ye ilişkin karar bunun çarpıcı örneklerindedir.

Norm denetimi kararlarından farklı olarak bireysel başvuru kararlarındaysa, AYM uluslararası antlaşmaları, özellikle AİHS ve onun uzantısı olarak AİHM içtihatlarını, daha özenle dikkate alır; çünkü Anayasa m.148 uyarınca bireysel başvuru kapsamında kişiler, ancak AİHS ile Anayasa'nın ortak koruma alanında yer alan haklarının ihlalini ileri sürebilmektedir. Bu durum AYM'yi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin soyut nitelikteki Anayasa hükümlerini AİHM içtihatlarının ışığında yorumlamaya ve somutlaştırmaya teşvik etmektedir<sup>14</sup>.

Tam da bu nedenle AYM'nin ret kararı Mahkemenin son sözünü söylediği anlamına da gelmemektedir. Zira Mahkeme, aynı konu hakkında bireysel başvuruda farklı tutum benimseyebilmekte, bireysel başvuru yolunu bir kaçış olarak kullanabilmektedir; ama kadının soyadına ilişkin yaşanan karmaşanın gösterdiği üzere uygulamada ve doktrinde bu kararlara karşı dirençler mevcuttur.

#### A. Anayasa Mahkemesinin Kaçış Yolu Olarak Bireysel Başvuru

AYM anayasaya uygun yoruma işaret ederek bireysel başvuru kararlarıyla çözebileceğini düşündüğü sorunlar karşısında yargısal aktivizm eleştirilerine set çekme amacıyla iptal kararı vermekten kaçınabilmektedir<sup>15</sup>. Türk Ceza Kanunu m.299'da düzenlenen Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu hakkındaki ret kararı bunun örneklerindedir. İptali iktidarın tepkisini çekebilecek bu hükmü iptal etmekten kaçınmış, ilgili AİHM içtihadına dahi gönderme yapmamıştır<sup>16</sup>. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerine (OHAL KHK'ları) ilişkin olarak da Mahkeme 1991 yılından beri benimsediği içtihadından dönmüş ve bu KHK'ları denetleme yetkisinin olmadığına karar vermiştir<sup>17</sup>. Fakat AYM Başkanı Zühtü Arslan bir konuşmasında norm denetiminde iptal yetkilerinin olmadığını savunduktan sonra, bu KHK'lara karşı yargı yolunun açılmasının ve bireysel başvurunun etkili bir başvuru olarak görülmesinin önemine dikkat çekmiştir<sup>18</sup>. Bir konuşmadan yola çıkarak kesin bir hukuki görüşe elbette ulaşılamaz. Fakat Arslan'ın norm denetimine ilişkin temkinli konuşurken bireysel başvuru yoluna dikkat çekmesi AYM hâkimlerinin eğilimine dair ipuçları vermektedir. Bu eğilim, norm denetiminde AİHM içtihatlarının bireysel başvuruya göre daha az dikkate alınmasıyla birlikte ele alındığında, ilgili hükme dair iptal kararı çıkması olasılığını azaltmaktadır.

Öncelikle olası bir iptal kararına karşı yapılabilecek yargısal aktivizm eleştirilerini değerlendirelim. İlk olarak, OHAL KHK'larına ve Cumhurbaşkanı'na hakaret suçuna ilişkin iptal istemlerinin bağlamı farklıdır. Örneğin, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunda AİHM, kararlarında doğrudan yasa hükmünün sorunlu olduğuna işaret etmekten kaçınmaktadır<sup>19</sup>. Mahkemenin bu konuda verdiği en son karar olan Eon/Fransa kararında, AİHM yasanın kendisinin değil uygulamasının AİHS'ye uygunluğunu

<sup>12</sup> Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 13) 508-509; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (17. Basım, Yetkin 2017) 389-390.

<sup>13</sup> Özbudun (n 15) 390-391. Krş. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin 2000) 881-887.

<sup>14</sup> Abdurrahman Eren, 'Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri' (2016) 33 *Anayasa Yargısı* 231, 238.

<sup>15</sup> ibid 263.

<sup>16</sup> AYM E 2016/25, K 2016/186, 14 Aralık 2016.

<sup>17</sup> AYM E 2016/166, K 2016/159, 12 Ekim 2016.

<sup>18</sup> 'AYM Başkanı: OHAL KHK'larını denetleme yetkisine sahip değiliz.' (NTV, 25 Nisan 2017) <www.ntv.com.tr/turkiye/aym-baskani-ohal-khkklarini-denetleme-yetkisine-sahip-degiliz,jC4Wf3dIAUWGtdYF9Z1Mtg> ET: 5 Kasım 2017.

<sup>19</sup> Krş. Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz, 'TCK 299: Olmayan Hükmün Gazabı mı?' (*Bianet*, 3 Ekim 2015) <https://bianet.org/biamag/ifade-ozgurlugu/167994-tck-299-olmayan-hukmun-gazabi-mi> ET: 6 Kasım 2017. Hükmün yine de zımnen ilga edildiğine katılmakla birlikte, TMK m.40'taki aykırılığın netliğini vurgulamak istedik.

denetlediğini vurgulamaktadır<sup>20</sup>. Oysa cinsiyet geçişine ilişkin AİHM kararlarındaki ihlalin, sterilizasyon şartının yarattığı engelden kaynaklanmadığı söylenemez. Zira A.P., Garçon ve Nicot kararında AİHM, kişinin üreme yeteneğinden yoksun kalmasına neden olacak nitelikteki tıbbi müdahalenin nüfus kayıtlarında cinsiyet değişikliği için bir koşul olmasının Sözleşme'nin ihlaline neden olduğunu belirtmiştir. İptali istenen hüküm ise tam olarak bu koşuldur. Kararın Fransa'ya karşı verilmiş olması da TMK'deki bu hükmün AİHS'ye aykırı olmadığı anlamına gelmemektedir. AİHM'nin yorumu son derece açıktır. Türkiye'nin Sözleşme'nin gereğini yerine getirmesi için, doğrudan Türkiye'yi bağlayacak bir ihlal kararı beklemenin bir mantığı yoktur.

Karşılaştırma yapılabilecek diğer örnek olan Anayasa'nın OHAL KHK'larına karşı AYM'de iptal davası açılmayacağına dair hükmü karşındaysa AYM'nin denetim yapması durumunda – bu görüşe katılmasak dahi – yetkisini aştığı iddia edilebilir<sup>21</sup>. Fakat burada benzer bir kısıtlama yoktur. AİHM'nin mahkumiyet kurduğu m.8'in AİHM içtihatlarındaki kapsamının genişliği nedeniyle Anayasa'da birçok farklı maddeye karşılık geldiğini söylemek mümkünse de cinsiyet geçiş sürecine ilişkin bu TMK hükmü, AYM'nin 2016/15 sayılı kararında belirttiği üzere kişinin manevi varlığını korumasını ve geliştirmesi hakkını koruyan Anayasa m.17'nin kapsamındadır<sup>22</sup>.

Ayrıca burada AYM'ye yapılan klasik yargısal aktivizm eleştirilerinden farklı bir durum söz konusudur. Bu eleştirilerin odak noktası, devletle bürokratik eliti koruyan ve demokratik düzenle temel hakları sınırlandırıcı bir etki yaratmasıdır<sup>23</sup>. Buradaysa Mahkeme'nin temel hak ve özgürlükleri koruyucu bir eğilim benimsemesini gerektiren bir durum vardır.

Peki burada AYM'nin hükmün iptalindense sorunu bireysel başvuruyla çözerek başka bir menfaat gözeteceği söylenebilir mi? Bu soruya olumlu yanıt verilemez; ortada normun ayakta tutularak ve bireysel başvuru kararında anayasaya uygun yoruma işaret edilerek çözülebilecek bir sorun yoktur. AİHM kararının ihlal sebebi olarak hükmü işaret ettiği kadının soyadında yaşananlar bunun kanıtıdır. AYM, iptal davası ile önüne gelmesine rağmen iptal etmediği bu hükmün<sup>24</sup>, Mahkemelerce uygulanmasından dolayı önüne gelen bireysel başvurularda<sup>25</sup>, Anayasa m.90/son uyarınca ve AİHM'nin açık içtihadı<sup>26</sup> nedeniyle AİHS'nin m.8 ile bağlantılı olarak m.14, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m.23/4 ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi m.16/1-g tarafından zımnen ilga edildiğini tespit etmiş; başvurucunun hakkına getirilen sınırlamanın kanunilik şartını taşımadığına hükmetmiştir<sup>27</sup>. Dolayısıyla AYM normu ayakta tutmamış, Anayasa'ya uygun olduğunu iddia ederek iptal etmediği normun Anayasa uyarınca zımnen ilga edildiğine karar vermiştir. Neden Anayasa'nın ilgili uluslararası antlaşmalara uygun yorumlanarak normun iptal edilmediği ama bireysel başvuruda zımnen ilga tespitiyle yetinildiği sorusuna makul bir cevap verilememektedir.

Sonuçta AYM, hükmün Türk hukukunda var olmadığına karar vermişse de bireysel başvuru kararlarının norm denetimi kararlarından farklı olarak *inter partes* sonuçlar da doğurabilmesi<sup>28</sup> ve

<sup>20</sup> *Eon v Fransa* B no 26118/10 (AİHM, 14 Mart 2013), para 55.

<sup>21</sup> Kemal Gözler, *Kanun Hükümünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi (Ekin 2000)* 219–230.

<sup>22</sup> İHAS m.8 ile Anayasa m.17 arasındaki kapsam ortaklığı için bkz. AYM B No 2013/2187, 19 Aralık 2013 paras 24-28.

<sup>23</sup> Zühtü Arslan, 'Anayasa Mahkemesinin "Yorum Tekeli", Yargısal Üstünlük ve Demokrasi' in Serap Yazıcı et al (eds), Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II (Yetkin 2008); Ergun Özbudun, 'Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi' (2007) 62 (3) AÜSBF Dergisi 257, 264-265.

<sup>24</sup> AİHM'nin Ünal Tekeli/Türkiye kararının ardından TMK m.187'nin Anayasa'ya aykırılığı savıyla itiraz yoluna başvurulmuştur. AYM, iptal istemini reddetmiştir. Bkz. AYM E 2009/85, K 2011/49, 10 Mart 2011, AY m.152/son uyarınca kararın Resmi Gazete'de yayımından (21.10.2011) itibaren on yıl süresince hüküm, itiraz yoluyla iptal edilemeyecektir.

<sup>25</sup> AYM B No 2013/2187; AYM B No 2013/4439, 06 Mart 2014; AYM B No 2014/5836, 16 Nisan 2015.

<sup>26</sup> *Ünal Tekeli v Türkiye* B no 29865/96 (AİHM, 16 Kasım 2004); *Leventoğlu Abdülkadiroğlu v Türkiye* B no 7971/07 (AİHM, 28 Mayıs 2013); *Tuncer Güneş v Türkiye* B no 26268/08 (AİHM, 3 Eylül 2013); *Tanbay Tüten v Türkiye* B no 38249/09 (AİHM, 10 Aralık 2013).

<sup>27</sup> AYM B No 2013/2187, paras 44-47.

<sup>28</sup> Tolga Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme* (On İki Levha 2013) 663.

bireysel başvuru kapsamında norm iptalini sağlayan bir usulün olmaması<sup>29</sup> karışıklıklara yol açmaktadır. Bireysel başvuru kararları sonrasında yargının tutumu, evlenen kadının sadece önceki soyadını koruyabileceği yönünde değişmiştir; ama nüfus müdürlükleri zımni ilgayı dikkate almadan yasa hükmü uyarınca işlem yapmakta ve medeni hukuk doktrininde ilgili hükmün ilga edildiğine dair görüş birliği sağlanamamaktadır.

## B. Kadının Soyadına İlişkin Bireysel Başvuru Kararına Karşı Dirençler

AYM'nin zımnen ilga edildiğini tespit ettiği TMK m.187 uyarınca kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır. Bu emredici bir düzenlemedir, aksi kararlaştırılmaz. Ancak, bireysel başvuru kararları sonrasında bu hükümde açık bir değişiklik yapılmaması karşısında medeni hukuk doktrininde evlenen kadının soyadına ilişkin bir ortak kanıya varılamamıştır.

Bir taraftan AYM'nin bireysel başvuru kararındaki gerekçesinin bağlayıcı olduğundan hareketle, Anayasa m.90/son atfıyla uluslararası antlaşmalardaki hükümlerle çatışan TMK m.187 ve aynı yöndeki diğer düzenlemelerin zımnen ilga edildiği kabul edilerek, evlenmenin eşlerin soyadını değiştirmeyeceğinin savunulabileceği belirtilmektedir<sup>30</sup>.

Başka bir görüşe göre, Anayasa m.90/son düzenlemesinin çatışma halinde yargıya yalnızca uluslararası antlaşmayı uygulamak yönünde bir takdir yetkisi verdiği söylenebileceğinden ve bireysel başvuru kararlarının kanun hükmünü iptal etme gücü olmadığından<sup>31</sup> TMK m.187 zımnen ilga edilmemiştir ve hüküm nüfus dairesi nezdinde halen yürürlüktedir.

Diğer bir görüşe göre, TMK m.187'nin zımnen ilga edilmediği ancak emredici niteliğini kaybettiği söylenebilir, böylelikle eşler ortak bir aile soyadında anlaşamaz ve kadın yalnızca önceki soyadını kullanmak istediğini beyan etmezse hüküm Anayasa'ya uygun bir yorumla yedek hukuk kuralı olarak ayakta tutulabilecektir<sup>32</sup>.

Uygulamadaysa, aksi yöndeki yargı kararlarına karşın yasama organınca yeni bir düzenleme yapılmadığından nüfus müdürlüklerince TMK m.187 uyarınca evlenen kadının kendi soyadını kullanmasına izin verilmemektedir. Son durumda evlendikten sonra önceki soyadını kullanmaya devam etmek isteyen kadının, nüfus müdürlüğünü ve onun da hukuki durumuna etkili olması gerekçesiyle(?) eşini(!) davalı olarak göstererek dava açması ve mahkemeden önceki soyadını kullanabileceği yönünde karar alması gerekmektedir<sup>33</sup>.

## Sonuç

AİHM içtihadı ışığında, cinsiyet geçiş sürecinde “cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması” şartının aranmasının Anayasa m.17'ye aykırı olduğu 2017/164 sayılı kararın karşıoylarında ortaya konduğu üzere açık olsa da konu hakkında bir bireysel başvuru Mahkemeye intikal ederse Mahkeme'nin Anayasa m.90/son uyarınca hükmün zımnen ilga edildiğini kabul etme ve kanunilik şartının gerçekleşmemesi nedeniyle ihlal kararı olasılığı hâlâ

<sup>29</sup> Bu konudaki öneriler için bkz. Şirin (n 33) 284–296; Fazıl Sağlam, ‘Anayasa Şikâyeti – Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar’, Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (eds), *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler* (Metis 2012) 441–444.

<sup>30</sup> Başak Başoğlu, ‘“Adın Ne Değeri Var?” -Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi’ (2017) 15 (176) LHD 3881, 3900–3905.

<sup>31</sup> Serap Helvacı, ‘Son Yargı Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı’ Şebnem Akipek Öcal et al (eds), *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90 Yılı Uluslararası Sempozyumu* (Yetkin 2017) 771, 787–788; Bahar Öcal Apaydın, ‘Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümü Kavuşturulmuş Mudur?’ (2015) 6 (2) İÜHFD 425, 448.

<sup>32</sup> Burak Özen, ‘Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı’ (2016) MÜHF, Hukuk ve Kadın Sempozyumu (06 Mart 2015) 93, 100 vd.

<sup>33</sup> Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. Murat Oruç, ‘Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi’ (2016) 7 (27) TAAD 451, 461–462.

mevcuttur. AYM, bu kararı önüne gelen ilk bireysel başvuruda vermese bile bu konunun AİHM'ye taşınması durumunda çıkacak ihlal kararından sonra kadının soyadına ilişkin olayların gidişatının gösterdiği üzere kanunilik şartına dayanan bir ihlal kararı vermek zorunda kalacaktır. Bu ihlal kararının tüm mağduriyetleri sonlandıracak şekilde uygulanmasıyla kadının soyadına ilişkin yaşanan karmaşanın gösterdiği üzere, mümkün olamamaktadır<sup>34</sup>. Trans bireylerin mağduriyetlerinin sonlandırılması adına yasanın değiştirilmesi gerektiği, yasanın AYM tarafından iptalinin ise Anayasa m.152/f.4<sup>35</sup> nedeniyle 20 Mart 2028'e kadar mümkün olmadığı açıktır.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar ve Makaleler

Altıparmak K ve Akdeniz Y, 'TCK 299: Olmayan Hükümün Gazabı mı?' (*Bianet*, 3 Ekim 2015) < <https://bianet.org/biamag/ ifade-ozgurlugu/167994-tck-299-olmayan-hukmun-gazabi-mi> > Erişim Tarihi 6 Kasım 2017.

Arslan Z, 'Anayasa Mahkemesinin "Yorum Tekeli", Yargısal Üstünlük ve Demokrasi' in Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Fuat Keyman, *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, Cilt II (Yetkin 2008).

Atamer Y M ve Taşkın Z D, Transseksüellere İlişkin Hukuki Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Aykırı Hükümler ve Revizyon Önerileri (2016) 42 (4) Yargıtay Dergisi 719.

Başara G T, Türk Medeni Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları (2012) 103 TBB Dergisi 245.

Başoğlu B, "“Adın Ne Değeri Var?” – Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi' (2017) 15 (176) Legal Hukuk Dergisi 3881.

Cumalıoğlu E, 'Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu – Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Anayasa'ya Aykırı Mıdır?', [2016] 15(2), *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. İlhan Uluslan'a Armağan Cilt 1*, 16.

Dunne P, 'Commentary: YY v. Turkey, Infertility as a Precondition for Gender Confirmation Surgery' (2015) 23 (4) Medical Law Review 646.

Eren A, 'Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri' (2016) 33 Anayasa Yargısı 231.

Gözler K, *Kanun Hükümünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi* (Ekin 2000).

--, *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin 2000).

--, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (20. Baskı, Ekin 2016).

Göztepe Çelebi E, 'Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı' 33 Anayasa Yargısı (2016) 93.

Helvacı S, 'Son Yargı Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı' Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Sayın, Nesli Şen Özçelik (eds), *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90 Yılı Uluslararası Sempozyumu* (Yetkin Yayınları 2017).

Oruç M, 'Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi' (2016) 7 (27) TAAD 451.

<sup>34</sup> Bu konudaki öneriler için bkz. Ece Göztepe Çelebi, 'Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı' 33 Anayasa Yargısı (2016) 93.

<sup>35</sup> Anayasa m. 152/f.4: "Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."

Öcal Apaydın B, ‘Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?’ (2015) 6 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 425.

Özbudun E, ‘Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi’ (2007) 62 (3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 257.

– –, *Türk Anayasa Hukuku* (17. Basım, Yetkin 2017).

Özen B, ‘Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı’ (2016) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk ve Kadın Sempozyumu (06 Mart 2015) 93.

Sağlam F, ‘Anayasa Şikâyeti – Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar’, Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (eds), *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler* (Metis 2012).

Sağlam İ, Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme (2004) 8 Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 455.

Şirin T, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme* (On İki Levha 2013).

Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (16. Bası, Beta 2016).

Tekin N, Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açından Değerlendirilmesi (2009) 39 Terazi Hukuk Dergisi 97.

## **Mahkeme Kararları**

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

AYM E 2017/130, K 2017/165, 29 Kasım 2017

AYM E 2015/79, K 2017/164, 29 Kasım 2017

AYM E 2016/25, K 2016/186, 14 Aralık 2016

AYM E 2016/166, K 2016/159, 12 Ekim 2016

AYM E 2009/85, K 2011/49, 10 Mart 2011

AYM B No 2013/2187, 19 Aralık 2013

AYM B No 2013/4439, 06 Mart 2014

AYM B No 2014/5836, 16 Nisan 2015

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

*A P Garçon ve Nicot v Fransa*, B no 79885/12, 52471/13 ve 52596/13 (AİHM, 6 Nisan 2017)

*Eon v Fransa* B no 26118/10 (AİHM, 14 Mart 2013)

*Leventoğlu Abdülkadiroğlu v Türkiye* B no 7971/07 (AİHM, 28 Mayıs 2013)

*Tanbay Tüten v Türkiye* B no 38249/09 (AİHM, 10 Aralık 2013)

*Tuncer Güneş v Türkiye* B no 26268/08 (AİHM, 3 Eylül 2013)

*Ünal Tekeli v Türkiye* B no 29865/96 (AİHM, 16 Kasım 2004)

*Y Y v Türkiye*, B no 14793/08 (AİHM, 10 Mart 2015)

### **Yargıtay Kararları**

Yargıtay 18. HD E 2014/18452, K 2015/7159, 30 Nisan 2015

MERT KOÇAK

DEVLETİN İKİLİ CİNSİYET  
SİSTEMİNİ YENİDEN  
ÜRETME ARACI OLARAK  
“YASAL CİNSİYET” ve  
CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİ

## Özet:

Bu makale cinsiyet geçiş sürecine sosyolojik bir bakış açısı sağlamak amacıyla, şu sorunun cevabını aramakta; devlet hangi amaçla ötekileştirilmiş cinsel kimliklerin yasallaşmasını kabul eder? Sorunun cevabı ise Tey Meadow'un "yasal cinsiyet" kavramında yatmaktadır. Meadow'a göre devlet cinsel kimliklerin yasallaşma sürecine iştigal eder çünkü amacı bu kimlikleri sınırlı bir kaynağa dönüştürüp, kademeli biçimde bireylere tahsis etmektir. Tahsis etme kriteri olarak da, ikili cinsiyet sisteminin devamlılığı esas alınır. Türkiye'de, cinsiyet geçiş sürecinin "yasallaşması" özellikle "cinsiyet değiştirme ameliyatı" kriterine dayalıdır. Bu kriter yasal cinsiyeti – kimlikte kadın veya erkek olarak tanımlanmayı – vajina veya penis sahibi olmak üzerinden, ikili cinsiyet sistemi içinde kurar. Başka bir deyişle, yasallaşma sürecinin kendisi (cis)heteronormatifleşme üzerinden tanımlanır. Bu durumda cinsel kimliklerini (cis)heteronormatifliğin sınırları içerisinde yaşamayan, yaşamak istemeyen, yaşayamayan trans bireyler, yasal cinsiyetin dışına tutulmuş olurlar. Bu bağlamda da yasallaşmayla gelen haklardan yararlanamazlar.

14 Haziran 2017 tarihinde, Anayasa Mahkemesi (AYM), Edirne 1. Asliye ve Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemelerinin başvuruları sonucunda, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) cinsiyet geçiş sürecini düzenleyen 40. maddesini, esastan inceleme kararı almıştı. Somut norm denetimi denen bu mekanizma, hâkimin dava taraflarından birinin Anayasa'ya aykırılık itirazını 'makul' ve 'yerinde' bulmasıyla ve mahkeme dosyasını AYM'ye göndermesiyle harekete geçiyor.

Yapılan başvurularda, AYM'nin bu maddede yer alan iki konuyu ele alması istenmişti: cinsiyet geçiş sürecinde "üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk" şartı ve kimlik değişikliği için "tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı" şartı. AYM bu şartların, Anayasa'nın kişinin kanun önünde eşitliğini düzenleyen 10. maddesiyle, kişinin dokunulmazlığını düzenleyen 17. maddesiyle ve özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesiyle çelişip çelişmediğini inceledi ve kararını 21 Kasım 2017 tarihinde açıkladı. Bu karara göre yukarıda bahsedilen birinci şartın, Anayasa'nın 13., 17., ve 20. maddelerine aykırı bulunduğu ve iptaline karar verirken, ikinci şartta Anayasa'ya aykırılık tespit edilmediğini belirtti.

Bu kararın önemi, AYM'nin zorunlu kısırlaştırma şartının iptali için sunduğu gerekçede ve "cinsiyet değiştirme ameliyatının" cinsiyet geçiş sürecinin şartı olmaya devam etmesine sebebiyet vermesinde yatmaktadır. AYM'nin verdiği gerekçe, kararda kullanılan ifadeler, şöyle özetlenebilir; cinsiyet değiştirme ameliyatının "doğal sonucu olarak" bireyin üreme yeteneğinden sürekli biçimde "yoksun kalacağı kuşkusuz" olduğundan, bu ameliyat öncesinde başka bir müdahalenin şart koşulması Anayasa'nın yukarıda belirtilen maddelerine aykırı bulunmuştur. Bu şartın iptali, inkâr edilmeyecek bir şekilde, trans bireylerin gereksiz, pahalı, acılı ve hayati tehlike taşıyan tıbbi müdahalelere maruz bırakılmalarının önünü kapar. Fakat, özellikle geçiş sürecinin yasal olarak sonuçlanması halen daha "cinsiyet değiştirme ameliyatı" şartına bağlı olduğu için, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun kalma hali, cinsiyet geçiş sürecinin bir parçası olarak kalmıştır/kalmaya devam etmektedir.

Bireye seçim hakkı tanımayan, bireyin beden bütünlüğüne saldırıyı meşru kılan ve bireyin özel hayatına karışmanın önünü açan bu yasa maddesinin hukuki incelemesini, Avukat Sinem Hun daha önceden yapmıştır.<sup>1</sup> Okumakta olduğunuz bu makale ise, TKM'nin 40. maddesini ve AYM'nin kararını, devletin cinsel kimlikleri – özellikle translığı – (cis)heteronormatif bir çerçeveye oturtma çabasının dışı vurumu olarak ele alacaktır.

\* Yazı, ilk olarak Kasım 2017 tarihinde yayınlanmak üzere teslim edilmiş daha sonra 2019 Nisan ayında yeniden gözden geçirilerek güncellenmiştir.

\*\* PhD adayı, Central European University

<sup>1</sup> Sinem Hun, 'Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Somut Norm Denetimine Tabiyken: Trans Geçiş Sürecinde 'Bekletmeler'in Trans Öznelliklere Etkisi' (2015) 73 Ankara Barosu Dergisi 311.

Devlet, cinsiyet geçiş sürecini sıkı kanuni ve medikal denetimlere tabi kılarak, cinsel kimliklerin yasallaşması sürecini (cis)heteronormatif kontrol mekanizması haline getirir. Bu yüzden bu makale, söz konusu yasa maddesini trans bireylerin cinselliklerini disiplin etmenin bir aracı olarak ele alıp, sosyolojik bir analiz yapmayı amaçlamakta. Bu doğrultuda, cinsel kimliğin yasal olarak tanınması sürecini anlamak için ilk adım devletin bu sürece hangi amaçla ortak olmayı kabul edeceğini incelemek olabilir.

Devletin yasal olarak cinsel kimlikleri sadece belli koşullar altında tanınması tam olarak neyi ifade eder? Bu soruyu başka bir şekilde, temellendirerek soracak olursak; devlet niye trans kimliğinin yasal olarak kabulünü “üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk” şartına dayandırmıştı? Ve diğer belli başlı şartlar halen niye vardır? Bu soruların cevabını verebilmek için Tey Meadow’un “yasal cinsiyet”<sup>2</sup> kavramından yararlanacağım. Meadow devletin yasal cinsiyet kategorileri oluşturarak cinsiyeti sınırlı bir kaynak haline getirdiğini söyler. Yasal cinsiyet devletin belirlediği sınırlar içerisinde hareket etmeyi kabul edebilecek bireylere bahsedilen sınırlı bir kaynak halini alır. Yasal cinsiyete ulaşım kısıtlandığı için aynı zamanda, bu yasallaşmanın getirdiği haklara ulaşım da kısıtlanmış olur.

Zorunlu kısırlaştırma ve “cinsiyet değiştirme ameliyatı” tartışmasına geri dönecek olursak, devletin yasal düzlemde cinsel kimlikleri tanımmasının en önemli sebepleri şunlardır; (1) devlet tanımladığı cinsel kimlikler üzerinden insanların cinselliklerini kontrol altına alırken, (2) bir yandan da cinsel kimliklere dayanarak yapılan hak iddialarının yayılmasını ve daha kapsayıcı olmasını engellemektir. Diğer bir deyişle, bu iki uygulama, ilk olarak, devletin trans bireylerin cinselliklerini disiplin etmesi yöntemidir. Devlet trans bireylere zorunlu ödünleşme sunar; trans geçiş süreci, trans bireylerin bedenleri ve üreme yetenekleri üzerindeki haklarının kısıtlanması ile beraber gelir. İkinci olarak da böyle bir ödünleşme sistemi koyarak yasal olarak geçiş sürecini tamamlamak isteyen insan sayısını azaltarak bu süreç üzerinden hak iddialarının önüne geçmeye çalışır. Makalenin sonuç kısmı olarak, devletin bu anlayışına karşı hangi sosyal politikalar üretilebilir sorunun cevabını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin benzer konulardaki kararlarına bakarak verilecektir.

Tey Meadow yasal cinsiyet kavramını, cinsiyetin aslında ilişkisel olduğunu, ve devletle olan etkileşiminden ayrı düşünülmeceğini göstermek amacıyla ortaya atar. Ona göre yasal cinsiyet kategorileri ikili cinsiyet sisteminin devamlılığını sağlar. Meadow’un amacı yasal cinsiyetin sadece bireylerin sahip olduğu özellikler olduğu algısını kırmaktır. Ona göre yasal cinsiyet aynı zamanda devlet tarafından yönetilen bir tahsis edilme sürecidir. Başka bir deyişle, devlet cinsiyet anlayışını düzenleyen projelere iştirak ederek (bu makale için cinsiyet geçiş projesi), kendisini bu projelerin iktidar odağı haline getirir ve belli başlı kişilerin cinsel kimlik performanslarını meşru kılarak, diğerlerinin kabul görmesini engeller. Bu durumda cinsel kimlikler soyut ve sınırlı bir kaynak halini alır ve devlet tarafından yasalar aracılığıyla kontrol edilip, dağıtılır. Böylece sadece ikili cinsiyet sistemini tehdit etmediği düşünülen kişiler – cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak isteyen trans bireyler – ve cinsel kimlikler sadece bu temsiliyet altında yasallaşır. Sonuç olarak da kısıtlı sayıda trans bireyler, yasallaşma ile gelen hakları elde edebilir. Burada çok önemli bir not düşmek isterim. Bu argümanım, hiçbir şekilde, cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak isteyen ve olan trans bireylerin (cis)heteronormatifliği yeniden ürettiği anlamına gelmemektedir. Trans kimliğinin her temsiliyet şekli ve trans aktivizminin her direniş biçimi ikili cinsiyet sistemini bize sorgulatabilir ve direniş noktaları açabilir. Burada vurgulamak istediğim nokta, devletin yasal cinsiyeti – kimlikte kadın veya erkek olarak tanımlanmayı – vajina veya penis sahibi olmak üzerinden tanımladığı ve böylece kadın/erkek ikililiğini normatif yasal düzlemde yeniden yarattığı ve koruduğudur.

TMK’nın 40. maddesinde ve bu maddenin pratiğe döküldüğü noktalarda yapacağımız gözlemler de bu savı destekliyor olacak. Bu yüzden ki, cinsel kimliklerin yasallaştırılma sürecine girdikleri her

<sup>2</sup> Tey Meadow, “A ROSE IS A ROSE”: On Producing Legal Gender Classifications’ (2010) 24 Gender & Society 814.

zaman ve mekânda sorulması gereken iki soru vardır. Kabul görerek, yasallaştırılan cinsel kimlik temsiliyetleri kimleri kapsayıp kimleri dışarda bırakıyor ve eşitsizliğine sebep oluyor? Ve yasallaştırma süreci ikili cinsiyet sisteminin devamını sağlıyor mu? TMK'nın 40. maddesinin, 2017'deki değişiklikten önce, trans kimliğinin yasal olarak kabul edilmesi için öne sürdüğü kriterleri inceleyerek başlayalım. Böylece yasal cinsiyeti Türkiye bağlamında kavramsallaştırmış olacağım. Söz edilen kanun maddesi şu şekilde formüle edilmiştir:

“Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”

Maddenin üslubu trans kimliğinin yasallaşmasını altı farklı yasal ve medikal kriterin yerine getirilmesine bağlıyor. En kapsayıcı ve diğer kriterlerin yerine getirilip getirilmediğini ölçecek olan kriter, mahkemeyi cinsiyet “değişiminin” gerekliliğine inandırmak. Mahkemeler sunulan “kanıtların” geçerliliğini belirleme gücünü elinde bulundurarak, cinsiyetin normatif sınırlarını çizer ve kendilerini bu sınırlar içinde konumlandırabilen ve konumlandırmak isteyen bireylerin cinsel kimlikleri “yasallaşır” ve belli başlı haklara erişimleri sağlanır. Bu normatif sınırların büyük bir kısmı diğer beş kriter ile çizilmiştir. Yasal yollarla çizilen normatif cinsiyetin bekçiliğini ise yasanın pratiğe döküldüğü zaman ve mekanlardaki kurumlar ve bu kurumların çalışanları yapar.

Beş kriter sırasıyla, on sekiz yaşını doldurmuş olma, evli olmama, bireyin translığının medikal psikolojik yollarla “kanıtlanması”, bireyin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunması ve cinsiyet “değiştirme” ameliyatı olarak belirtilmiştir. Her adım trans olmayı belirli kalıplara oturtup, bu kimliğe “ulaşımı” zorlaştırır. On sekiz yaş sınırının tahmin edilebilir dört fonksiyonu vardır. Birincisi birey on sekiz yaşına girene kadar, yasal cinsiyet geçiş sürecine başlayamaz ve bu da sürecin uzamasına sebep olur. İkincisi, bu süre zarfında trans bireyler, ancak cinsiyet geçiş süreci sonrasında elde edebilecekleri haklardan yararlanamazlar. On sekiz yaş sınırı ile yasal bir boşluk yaratılarak, trans bireyler korunmasız bırakılırlar. Üçüncüye, bu yasal boşlukta yaşayan trans bireylerin, telkinden fiziksel şiddete kadar geniş bir yelpazeden “fikir değiştirme” taktiklerine maruz bırakılmalarıdır. Dördüncü ve daha normatif olan fonksiyon ise reşit olmayanın “masumluğunu” korumaktır. Lee Edelman'ın dediği gibi, (cis)heteronormatif düzenin kendi varlığını koruması ve varlığının devamlılığını sağlaması için son savunma hattı “çocuk” figürü ve “çocuk masumluğu” kavramıdır<sup>3</sup>. Bir başka deyişle, reşit olanlar “özel hayatlarında” ne yaparlarsa yapabilirler (bu savunma hattının itilmiş halidir), ama cinselliklerini “kamusal” alanda sergileyemezler çünkü genç yaşta çocuklar kolaylıkla “kötü” etkilenebilirler. Bu tartışmayla çocukların ne olursa olsun (cis)heteronormatif bir düzen içinde büyütülmesi gerektiği vurgulanır. Tabii bu süreç içinde çocukların cinsellikleri heteroseksüellik üzerinden tanımlanır, bu tanımlara uymayanlar da bedelini psikolojik ve fiziksel şiddete maruz kalarak öder. Bu yüzden, yasal cinsiyet geçiş süreci için konan on sekiz yaş sınırı aslında (cis)heteronormatif düzenin devamını sağlama amaçlıdır.

Evli olmama kriteri ise translığı kadın-erkek ikililiği üzerinden tanımlayarak translığın farklı hallerini göz ardı eder. Bir trans kadının, na-trans bir kadınla evli kalmayı isteyebileceği gerçeği tamamen göz ardı edilir. Trans bireyler böyle bir evliliğin getirebileceği yararlılardan mahrum edilirken, aynı zamanda da boşanmanın ihtimal kötü etkilerine maruz kalabilirler. “Transseksüel yapıda” olmanın medikal

<sup>3</sup> Lee Edelman, ‘The Future Is Kid Stuff: Queer Theory, Disidentification, and the Death Drive’ (1998) 6 Narrative 18.

psikolojik olarak kanıtlanma süreci ise Michel Foucault’un biyoiktidar üzerine yaptığı çalışmalarından esinlenen büyük bir literatür aracılığı ile yorumlanabilir. Ama bu kısa makalede sadece en önemli iki noktaya değinmek istiyorum. Birincisi, TMK’nın 40. maddesi translığı patolojik bir vaka haline getirerek, belli başlı gözlemlenebilen davranışların translığın vazgeçilmez parçası olduğuna olan inançları artırır ve bu davranışları sergilemeyenlerin, translığı sorgulanabilir hale gelir. İkincisi ise 6 ay ile 2 sene arasında değişebilen psikiyatrik gözlem süreci<sup>4</sup>, trans bireylerin daha önceden bahsettiğim yasal boşluğun içinde daha uzun süre korunmasız kalmalarına sebep olur. Kaldırılan üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olma ve halen var olan cinsiyet değiştirme ameliyatı kriteri, trans bireyleri zorunlu ödünleşmeye iter. Cinsel kimliklerinin yasal olarak kabul edilmesi için, bedenlerine istemedikleri bir müdahaleyi devlet zoruyla yaptırmak zorunda kalabilirler. Bu uygulamanın kabul edilemez öjenik alt yapısı vardır; toplumun dışlanmış bir grubunu zorunlu kısırlaştırmaya tabi kılarak, “çoğalmalarını” engellemek. Bu çiğ öjenik amaca ek olarak, devlet cis(heteronormatif) aile yapısının da korumak ister.

Normatif yasal tanımlamaların getirdiği engellere ek olarak, sistematik olarak trans bireylerin önüne yapısal sorunlar da çıkar: her adımla birlikte gelen bekleme süresi, artan ikna edilmesi gereken insan sayısı, çözülmesi gereken bürokratik sorunlar, gerekli yasal işlemleri yapmanın maliyeti ve uzun süreli beklemenin manevi yükü. Bu yüzdendir ki, yasal kriterlerin kendi içlerindeki kısıtlayıcı ve dışlayıcı öğelerini tartıştıktan sonra, bu kriterlerin usulen ve pratikte farklı trans kimlik temsil yeteneklerini nasıl yok saydığından da bahsetmek gerekir. Burada önemli olan nokta yasallaşmanın doğrudan “profesyonelleşme” getirdiğini varsaymamaktır. Bir uygulamanın yazıya dökülerek yasallaşması, bu yasayı hayata geçirecek politikaların ve pratiklerin kesin bir suretle belirlendiği ve takip edildiği anlamına gelmez. Hatta tam olarak yasal sürecin gündelik hayata geçirildiği noktalardaki belirsizlikler cinsiyetin ve cinselliğin kontrol edilmesini kolaylaştırır. SPoD’un hazırladığı kapsayıcı cinsiyet geçiş kılavuzunda da belirtildiği üzere, cinsiyet sürecinin yasal adımları henüz belli bir hukuki standarda bağlanmamıştır<sup>5</sup>. Hukuki standart eksikliği, trans bireyleri doktorların, hakimlerin, ve diğer devlet memurlarının kişisel ve politik görüşlerine tabi kılar. Bir başka deyişle, yasal cinsiyet değiştirme için atılan her bürokratik adımda, trans bireyler kişilerin transfobisiyle uğraşmak zorunda kalabilirler. Aynı zamanda karşılaştıkları önyargı ve ayrımcılık sonucu, işlem süresi artabilir. Bu yüzden, yasaların uygulamaya geçtiği her zaman ve mekanda, bu uygulamaları hayata geçiren doktorlar, hakimler ve diğer devlet memurları, trans bireylerin cinselliklerinin disiplin edilmesinin ve yasal cinsiyetin inşasının bir parçası olur.

Bu noktada hukuki standart eksikliğinin, farklı dayanışma ve direniş yolları açabileceği ihtimalini de düşünmek gerekir. Hukuki standartların var olması, trans bireylerin daha geniş haklara sahip olduğu, bu hakların daha kapsayıcı olduğu (sadece “cinsiyet değiştirmiş” bireylerin değil) ve beden bütünlüklerinin garanti altına alındığı yasal sistemlerde yararlı olabilir. Bu durumda trans bireyler yasalar aracılığıyla elde ettikleri haklarından, hukuki standartlaşmayla beraber, daha hızlı ve memurların bireysel transfobisinden nispeten azade bir şekilde yararlanabilirler (kurumsal transfobinin olmadığını var sayarak). Başka bir deyişle, hukuki standartlaşma, yasaların ayrımcı ve transfobik olmadığı bir düzlemde yararlıdır.

Yasaların şu anki haliyle, hukuki standart eksikliği belli noktalarda direniş ve dayanışma yoluyla açabilir. Örneğin, hastaneler ve bireysel doktorlar hedef alınarak, cinsiyet geçiş sürecine dair eğitimler verilebilir ve trans bireyler için “kurtarılmış” bürokratik bölgeler yaratılabilir. Böylece yasal süreçler hızlandırılabilir, ve aynı zamanda trans bireylerin psikolojik ve fiziksel şiddete maruz kalma ihtimalleri azaltılabilir. Bu demek oluyor ki, hukuki standart eksikliği, yasaların uygulamaya geçirildiği noktalarda

<sup>4</sup> SPoD, *Cinsiyet Geçiş Kılavuzu* (1st edn, 2017) 15.

<sup>5</sup> ibid 27.

trans bireylerin yararı için kullanılacak çatlaklar da yaratabilir. Şu anki transfobik ve dışlayıcı yasaların hukuki standartlaşma ile daha etkili bir şekilde uygulanması, bu tür çabaların önüne geçebilir.

Yasal cinsiyetin devletler tarafından nasıl kontrol mekanizması olarak kullanabileceği üzerine yapılan bu tartışmanın ardından, sorulması gerek bir soru daha var. Peki cinsel kimliklerin yasallaşma sürecinin daha eşitlikçi ve kapsayıcı olma şansı var mı? Bu soruyu tartışmak için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) iki kararını inceleyeceğim; YY-Türkiye ve A.P., Garçon ve Nicot- Fransa. 2015'te AİHM, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesini, cinsiyet geçiş sürecindeki zorunlu kısırlaştırma ilkesiyle ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>6</sup> 8. madde özel hayata saygı hakkını düzenlemektedir. Bu karardan üç önemli çıkarım yapılabilir. İlk olarak, AİHM, Mersin Bölge Mahkemesi cinsiyet “değiştirme” ameliyatına izin vermesine rağmen, YY'nin başvurusunu kabul etmiştir. Bu kararın arkasında, YY'nin 6 yıl boyunca bekletilmesi yatıyor. AİHM, YY'nin uzun süre beklemekten zarar gördüğünü belirtmiştir. Bu kadar, yukarıda bahsettiğim beklemenin maddi ve manevi etkilerini ortaya koyar niteliktedir. AİHM arzu edilen cinsiyet geçiş ameliyatının bu kadar uzatılmasının önüne geçebilecek bir karar sağlamıştır. İkinci olarak, AİHM Goodwin-Birleşik Krallık davasında<sup>7</sup> verdiği kararı burada da yenileyerek, trans bireylerin kişisel gelişime, ve fiziksel ve ahlaki güvenliğe erişim haklarının olduğunu belirtmiştir. Bu kararın önemi ise, trans bireyleri salt medikal psikolojik nesnelere olarak görüp, cinsiyet geçiş sürecini “hastalığı” kanıtlama sürecine döndüren yasalara bir alternatif oluşturmasında yatmaktadır. Bu kararlar bireyin ihtiyaçları odak noktası haline getirilmiş, ve bireyin güvenliğine öncelik verilmiştir. Son olarak, AİHM Türkiye'nin “üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk” şartı için mücbir sebepler sağlayamadığı gibi bu şartın meşru bir amacının olduğunu da kanıtlayamadığını belirtmiştir. Ek olarak, AİHM trans bireylerin geçiş sürecinin yasal olarak kabul görmesinde, ameliyatın gerekliliğini sorgulayan açıklamalarda bulunmuş, ve trans bireyleri kısırlaştırılmaya maruz bırakmadan kimlik değişikliği yapan ülkelere bahsetmiştir. Bu açıklamaların hepsi, zorunlu kısırlaştırmanın ve “cinsiyet değişim ameliyatının” yasal cinsiyetin bir parçası olması gerekmediğini gösteren niteliktedir.

2017 yılında AİHM, Fransa'nın da aynı şekilde zorunlu kısırlaştırma kriteriyle, AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>8</sup> AİHM bu kararında daha kesin açıklamalarda bulunmuş, zorunlu kısırlaştırmayı bireyin kimliğine ve fiziksel bütünlüğüne direkt karışma olarak almıştır. Ayrıca mahkeme 8. maddeyi bireylerin cinsel kimlik haklarının temeli olarak almıştır. AİHM aldığı kararı desteklemek amacıyla, cinsiyet değişim sürecinde zorunlu kısırlaştırmaya karşı gelen bir çok uluslararası organizasyonun ismini vermiştir. Son olarak mahkeme tüm trans bireylerin kısırlığa yol açacak ağır ilaç tedavisi veya cerrahi operasyon geçiremeyeceğini veya geçirmek istemeyeceğini kabul etmiştir. Daha da önemlisi, mahkeme bazı bireylerin gerekli yasal değişiklikleri yapabilmek için, istememelerine rağmen ilaç tedavisi veya operasyon geçirdiklerinden bahsediyor, ve bu durumun da insan vücudunun bütünlüğüne ve kişinin özel hayatına saldırı teşkil ettiğini belirtiyor. Yukarıdaki kararda olduğu gibi, AİHM yasaların farklı cinsel kimlik temsiliyetlerine eşitlikçi bir şekilde yaklaşılmasının önünü açacak bir karar vermiştir.

Sonuç olarak, AYM'nin TMK'nin 40. maddesini esastan incelerken, emsal karar olarak kullanabileceği birçok yasal metin bulunmaktaydı. Bu metinler trans bireylerin beden bütünlüğünü koruyarak, yani bireyleri zorunlu kısırlaştırmaya maruz bırakmadan da, cinsiyet geçiş sürecinin yasal olarak tamamlanabileceğini kanıtlar niteliktedir. Ayrıca bu metinler, cinsiyet geçiş sürecini patolojik bir medikal araştırma objesi olmaktan çıkarıp, insan olmanın gerekliliği haline getirerek, cinsel kimliklerin yasallaşmasının belli bir düzeyde daha eşitlikçi ve kapsayıcı olabileceğini göstermiştir. Tabi bu tür metinleri de eleştirel olarak ve tüm detaylarıyla okumak ve ona göre desteklemek gerekir. Örneğin

<sup>6</sup> YY-Türkiye App. No. 14793/08 (ECtHR, 10 Mart 2015).

<sup>7</sup> Goodwin-Birleşik Krallık (2002) 35 EHRR 18.

<sup>8</sup> A.P., Garçon ve Nicot- Fransa App. No. 79885/12, 52471/13 ve 52596/13 (ECtHR, 6 Nisan 2017).

MERT KOÇAK

DEVLETİN İKİLİ CİNSİYET  
SİSTEMİNİ YENİDEN  
ÜRETME ARACI OLARAK  
“YASAL CİNSİYET” ve  
CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİ

AİHM A.P., *Garçon ve Nicot-Fransa* kararında, Fransa'nın bireylerin “transseksüelliğini” anlamak amacıyla sağlık muayenesinden geçirilebileceklerini, ve bu kararın Fransa'nın takdir payı içerisinde olduğuna belirtmiştir. Genital bölge muayenesinin de içine girdiği bu takdir payı, transfobik, psikolojik ve fiziksel şiddetin önünü açabilir.

GONCA ÜNAL

**YASAL CİNSİYETE GEÇİŞ SÜRECİ  
ve CİNSİYET DEĞİŞTİRME  
OPERASYONLARININ  
ULUSLARARASI HUKUK  
AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Özet:**

Bu makale cinsiyet geçiş sürecine sosyolojik bir bakış açısı sağlamak amacıyla, şu sorunun cevabını aramakta; devlet hangi amaçla ötekileştirilmiş cinsel kimliklerin yasallaşmasını kabul eder? Sorunun cevabı ise Tey Meadow'un "yasal cinsiyet" kavramında yatmaktadır. Meadow'a göre devlet cinsel kimliklerin yasallaşma sürecine iştirak eder çünkü amacı bu kimlikleri sınırlı bir kaynağa dönüştürüp, kademeli biçimde bireylere tahsis etmektir. Tahsis etme kriteri olarak da, ikili cinsiyet sisteminin devamlılığı esas alınır. Türkiye'de, cinsiyet geçiş sürecinin "yasallaşması" özellikle "cinsiyet değiştirme ameliyatı" kriterine dayalıdır. Bu kriter yasal cinsiyeti – kimlikte kadın veya erkek olarak tanımlanmayı – vajina veya penis sahibi olmak üzerinden, ikili cinsiyet sistemi içinde kurar. Başka bir deyişle, yasallaşma sürecinin kendisi (cis)heteronormatifleşme üzerinden tanımlanır. Bu durumda cinsel kimliklerini (cis)heteronormatifliğin sınırları içerisinde yaşamayan, yaşamak istemeyen, yaşayamayan trans bireyler, yasal cinsiyetin dışına tutulmuş olurlar. Bu bağlamda da yasallaşmayla gelen haklardan yararlanamazlar.

14 Haziran 2017 tarihinde, Anayasa Mahkemesi (AYM), Edirne 1. Asliye ve Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemelerinin başvuruları sonucunda, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) cinsiyet geçiş sürecini düzenleyen 40. maddesini, esastan inceleme kararı almıştı. Somut norm denetimi denen bu mekanizma, hâkimin dava taraflarından birinin Anayasa'ya aykırılık itirazını 'makul' ve 'yerinde' bulmasıyla ve mahkeme dosyasını AYM'ye göndermesiyle harekete geçiyor.

Yapılan başvurularda, AYM'nin bu maddede yer alan iki konuyu ele alması istenmişti: cinsiyet geçiş sürecinde "üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk" şartı ve kimlik değişikliği için "tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı" şartı. AYM bu şartların, Anayasa'nın kişinin kanun önünde eşitliğini düzenleyen 10. maddesiyle, kişinin dokunulmazlığını düzenleyen 17. maddesiyle ve özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesiyle çelişip çelişmediğini inceledi ve kararını 21 Kasım 2017 tarihinde açıkladı. Bu karara göre yukarıda bahsedilen birinci şartın, Anayasa'nın 13., 17., ve 20. maddelerine aykırı bulunduğu ve iptaline karar verirken, ikinci şartta Anayasa'ya aykırılık tespit edilmediğini belirtti.

Bu kararın önemi, AYM'nin zorunlu kısırlaştırma şartının iptali için sunduğu gerekçede ve "cinsiyet değiştirme ameliyatının" cinsiyet geçiş sürecinin şartı olmaya devam etmesine sebebiyet vermesinde yatmaktadır. AYM'nin verdiği gerekçe, kararda kullanılan ifadeler, şöyle özetlenebilir; cinsiyet değiştirme ameliyatının "doğal sonucu olarak" bireyin üreme yeteneğinden sürekli biçimde "yoksun kalacağı kuşkusuz" olduğundan, bu ameliyat öncesinde başka bir müdahalenin şart koşulması Anayasa'nın yukarıda belirtilen maddelerine aykırı bulunmuştur. Bu şartın iptali, inkâr edilmeyecek bir şekilde, trans bireylerin gereksiz, pahalı, acılı ve hayati tehlike taşıyan tıbbi müdahalelere maruz bırakılmalarının önünü kapar. Fakat, özellikle geçiş sürecinin yasal olarak sonuçlanması halen daha "cinsiyet değiştirme ameliyatı" şartına bağlı olduğu için, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun kalma hali, cinsiyet geçiş sürecinin bir parçası olarak kalmıştır/kalmaya devam etmektedir.

Bireye seçim hakkı tanımayan, bireyin beden bütünlüğüne saldırıyı meşru kılan ve bireyin özel hayatına karışmanın önünü açan bu yasa maddesinin hukuki incelemesini, Avukat Sinem Hun daha önceden yapmıştır.<sup>1</sup> Okumakta olduğunuz bu makale ise, TKM'nin 40. maddesini ve AYM'nin kararını, devletin cinsel kimlikleri – özellikle translığı – (cis)heteronormatif bir çerçeveye oturtma çabasının dışı vurumu olarak ele alacaktır.

\* Yazı, ilk olarak Kasım 2017 tarihinde yayınlanmak üzere teslim edilmiş daha sonra 2019 Nisan ayında yeniden gözden geçirilerek güncellenmiştir.

\*\* PhD adayı, Central European University

<sup>1</sup> Sinem Hun, 'Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Somut Norm Denetimine Tabiyken: Trans Geçiş Sürecinde 'Bekletmeler'in Trans Öznelliklere Etkisi' (2015) 73 Ankara Barosu Dergisi 311.

Devlet, cinsiyet geçiş sürecini sıkı kanuni ve medikal denetimlere tabi kılarak, cinsel kimliklerin yasallaşması sürecini (cis)heteronormatif kontrol mekanizması haline getirir. Bu yüzden bu makale, söz konusu yasa maddesini trans bireylerin cinselliklerini disiplin etmenin bir aracı olarak ele alıp, sosyolojik bir analiz yapmayı amaçlamakta. Bu doğrultuda, cinsel kimliğin yasal olarak tanınması sürecini anlamak için ilk adım devletin bu sürece hangi amaçla ortak olmayı kabul edeceğini incelemek olabilir.

Devletin yasal olarak cinsel kimlikleri sadece belli koşullar altında tanınması tam olarak neyi ifade eder? Bu soruyu başka bir şekilde, temellendirerek soracak olursak; devlet niye trans kimliğinin yasal olarak kabulünü “üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk” şartına dayandırmıştı? Ve diğer belli başlı şartlar halen niye vardır? Bu soruların cevabını verebilmek için Tey Meadow’un “yasal cinsiyet”<sup>2</sup> kavramından yararlanacağım. Meadow devletin yasal cinsiyet kategorileri oluşturarak cinsiyeti sınırlı bir kaynak haline getirdiğini söyler. Yasal cinsiyet devletin belirlediği sınırlar içerisinde hareket etmeyi kabul edebilecek bireylere bahsedilen sınırlı bir kaynak halini alır. Yasal cinsiyete ulaşım kısıtlandığı için aynı zamanda, bu yasallaşmanın getirdiği haklara ulaşım da kısıtlanmış olur.

Zorunlu kısırlaştırma ve “cinsiyet değiştirme ameliyatı” tartışmasına geri dönecek olursak, devletin yasal düzlemde cinsel kimlikleri tanımalarının en önemli sebepleri şunlardır; (1) devlet tanımladığı cinsel kimlikler üzerinden insanların cinselliklerini kontrol altına alırken, (2) bir yandan da cinsel kimliklere dayanarak yapılan hak iddialarının yayılmasını ve daha kapsayıcı olmasını engellemektir. Diğer bir deyişle, bu iki uygulama, ilk olarak, devletin trans bireylerin cinselliklerini disiplin etmesi yöntemidir. Devlet trans bireylere zorunlu ödünleşme sunar; trans geçiş süreci, trans bireylerin bedenleri ve üreme yetenekleri üzerindeki haklarının kısıtlanması ile beraber gelir. İkinci olarak da böyle bir ödünleşme sistemi koyarak yasal olarak geçiş sürecini tamamlamak isteyen insan sayısını azaltarak bu süreç üzerinden hak iddialarının önüne geçmeye çalışır. Makalenin sonuç kısmı olarak, devletin bu anlayışına karşı hangi sosyal politikalar üretilebilir sorunun cevabını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin benzer konulardaki kararlarına bakarak verilecektir.

Tey Meadow yasal cinsiyet kavramını, cinsiyetin aslında ilişkisel olduğunu, ve devletle olan etkileşiminden ayrı düşünülmeceğini göstermek amacıyla ortaya atar. Ona göre yasal cinsiyet kategorileri ikili cinsiyet sisteminin devamlılığını sağlar. Meadow’un amacı yasal cinsiyetin sadece bireylerin sahip olduğu özellikler olduğu algısını kırmaktır. Ona göre yasal cinsiyet aynı zamanda devlet tarafından yönetilen bir tahsis edilme sürecidir. Başka bir deyişle, devlet cinsiyet anlayışını düzenleyen projelere iştigal ederek (bu makale için cinsiyet geçiş projesi), kendisini bu projelerin iktidar odağı haline getirir ve belli başlı kişilerin cinsel kimlik performanslarını meşru kılarak, diğerlerinin kabul görmesini engeller. Bu durumda cinsel kimlikler soyut ve sınırlı bir kaynak halini alır ve devlet tarafından yasalar aracılığıyla kontrol edilip, dağıtılır. Böylece sadece ikili cinsiyet sistemini tehdit etmediği düşünülen kişiler – cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak isteyen trans bireyler – ve cinsel kimlikler sadece bu temsiliyet altında yasallaşır. Sonuç olarak da kısıtlı sayıda trans bireyler, yasallaşma ile gelen hakları elde edebilir. Burada çok önemli bir not düşmek isterim. Bu argümanım, hiçbir şekilde, cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak isteyen ve olan trans bireylerin (cis)heteronormatifliği yeniden ürettiği anlamına gelmemektedir. Trans kimliğinin her temsiliyet şekli ve trans aktivizminin her direniş biçimi ikili cinsiyet sistemini bize sorgulatabilir ve direniş noktaları açabilir. Burada vurgulamak istediğim nokta, devletin yasal cinsiyeti – kimlikte kadın veya erkek olarak tanımlanmayı – vajina veya penis sahibi olmak üzerinden tanımladığı ve böylece kadın/erkek ikililiğini normatif yasal düzlemde yeniden yarattığı ve koruduğudur.

TMK’nın 40. maddesinde ve bu maddenin pratiğe döküldüğü noktalarda yapacağımız gözlemler de bu savı destekliyor olacak. Bu yüzden ki, cinsel kimliklerin yasallaştırılma sürecine girdikleri her

<sup>2</sup> Tey Meadow, “A ROSE IS A ROSE”: On Producing Legal Gender Classifications’ (2010) 24 Gender & Society 814.

zaman ve mekânda sorulması gereken iki soru vardır. Kabul görerek, yasallaştırılan cinsel kimlik temsiliyetleri kimleri kapsayıp kimleri dışarda bırakıyor ve eşitsizliğine sebep oluyor? Ve yasallaştırma süreci ikili cinsiyet sisteminin devamını sağlıyor mu? TMK'nın 40. maddesinin, 2017'deki değişiklikten önce, trans kimliğinin yasal olarak kabul edilmesi için öne sürdüğü kriterleri inceleyerek başlayalım. Böylece yasal cinsiyeti Türkiye bağlamında kavramsallaştırmış olacağım. Söz edilen kanun maddesi şu şekilde formüle edilmiştir:

“Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”

Maddenin üslubu trans kimliğinin yasallaşmasını altı farklı yasal ve medikal kriterin yerine getirilmesine bağlıyor. En kapsayıcı ve diğer kriterlerin yerine getirilip getirilmediğini ölçecek olan kriter, mahkemeyi cinsiyet “değişiminin” gerekliliğine inandırmak. Mahkemeler sunulan “kanıtların” geçerliliğini belirleme gücünü elinde bulundurarak, cinsiyetin normatif sınırlarını çizer ve kendilerini bu sınırlar içinde konumlandırabilen ve konumlandırmak isteyen bireylerin cinsel kimlikleri “yasallaşır” ve belli başlı haklara erişimleri sağlanır. Bu normatif sınırların büyük bir kısmı diğer beş kriter ile çizilmiştir. Yasal yollarla çizilen normatif cinsiyetin bekçiliğini ise yasanın pratiğe döküldüğü zaman ve mekanlardaki kurumlar ve bu kurumların çalışanları yapar.

Beş kriter sırasıyla, on sekiz yaşını doldurmuş olma, evli olmama, bireyin translığının medikal psikolojik yollarla “kanıtlanması”, bireyin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunması ve cinsiyet “değiştirme” ameliyatı olarak belirtilmiştir. Her adım trans olmayı belirli kalıplara oturtup, bu kimliğe “ulaşımı” zorlaştırır. On sekiz yaş sınırının tahmin edilebilir dört fonksiyonu vardır. Birincisi birey on sekiz yaşına girene kadar, yasal cinsiyet geçiş sürecine başlayamaz ve bu da sürecin uzamasına sebep olur. İkincisi, bu süre zarfında trans bireyler, ancak cinsiyet geçiş süreci sonrasında elde edebilecekleri haklardan yararlanamazlar. On sekiz yaş sınırı ile yasal bir boşluk yaratılarak, trans bireyler korunmasız bırakılırlar. Üçüncüye, bu yasal boşlukta yaşayan trans bireylerin, telkinden fiziksel şiddete kadar geniş bir yelpazeden “fikir değiştirme” taktiklerine maruz bırakılmalarıdır. Dördüncü ve daha normatif olan fonksiyon ise reşit olmayanın “masumluğunu” korumaktır. Lee Edelman'ın dediği gibi, (cis)heteronormatif düzenin kendi varlığını koruması ve varlığının devamlılığını sağlaması için son savunma hattı “çocuk” figürü ve “çocuk masumluğu” kavramıdır<sup>3</sup>. Bir başka deyişle, reşit olanlar “özel hayatlarında” ne yaparlarsa yapabilirler (bu savunma hattının itilmiş halidir), ama cinselliklerini “kamusal” alanda sergileyemezler çünkü genç yaşta çocuklar kolaylıkla “kötü” etkilenebilirler. Bu tartışmayla çocukların ne olursa olsun (cis)heteronormatif bir düzen içinde büyütülmesi gerektiği vurgulanır. Tabii bu süreç içinde çocukların cinsellikleri heteroseksüellik üzerinden tanımlanır, bu tanımlara uymayanlar da bedelini psikolojik ve fiziksel şiddete maruz kalarak öder. Bu yüzden, yasal cinsiyet geçiş süreci için konan on sekiz yaş sınırı aslında (cis)heteronormatif düzenin devamını sağlama amaçlıdır.

Evli olmama kriteri ise translığı kadın-erkek ikililiği üzerinden tanımlayarak translığın farklı hallerini göz ardı eder. Bir trans kadının, na-trans bir kadınla evli kalmayı isteyebileceği gerçeği tamamen göz ardı edilir. Trans bireyler böyle bir evliliğin getirebileceği yararlılardan mahrum edilirken, aynı zamanda da boşanmanın ihtimal kötü etkilerine maruz kalabilirler. “Transseksüel yapıda” olmanın medikal

<sup>3</sup> Lee Edelman, ‘The Future Is Kid Stuff: Queer Theory, Disidentification, and the Death Drive’ (1998) 6 Narrative 18.

psikolojik olarak kanıtlanma süreci ise Michel Foucault'un biyoiktidar üzerine yaptığı çalışmalarından esinlenen büyük bir literatür aracılığı ile yorumlanabilir. Ama bu kısa makalede sadece en önemli iki noktaya değinmek istiyorum. Birincisi, TMK'nın 40. maddesi translığı patolojik bir vaka haline getirerek, belli başlı gözlemlenebilen davranışların translığın vazgeçilmez parçası olduğuna olan inançları artırır ve bu davranışları sergilemeyenlerin, translığı sorgulanabilir hale gelir. İkincisi ise 6 ay ile 2 sene arasında değişebilen psikiyatrik gözlem süreci<sup>4</sup>, trans bireylerin daha önceden bahsettiğim yasal boşluğun içinde daha uzun süre korunmasız kalmalarına sebep olur. Kaldırılan üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olma ve halen var olan cinsiyet değiştirme ameliyatı kriteri, trans bireyleri zorunlu ödünleşmeye iter. Cinsel kimliklerinin yasal olarak kabul edilmesi için, bedenlerine istemedikleri bir müdahaleyi devlet zoruyla yaptırmak zorunda kalabilirler. Bu uygulamanın kabul edilemez öjenik alt yapısı vardır; toplumun dışlanmış bir grubunu zorunlu kısırlaştırmaya tabi kılarak, "çoğalmalarını" engellemek. Bu çiğ öjenik amaca ek olarak, devlet cis(heteronormatif) aile yapısının da korumak ister.

Normatif yasal tanımlamaların getirdiği engellere ek olarak, sistematik olarak trans bireylerin önüne yapısal sorunlar da çıkar: her adımla birlikte gelen bekleme süresi, artan ikna edilmesi gereken insan sayısı, çözülmesi gereken bürokratik sorunlar, gerekli yasal işlerimi yapmanın maliyeti ve uzun süreli beklemenin manevi yükü. Bu yüzdendir ki, yasal kriterlerin kendi içlerindeki kısıtlayıcı ve dışlayıcı öğelerini tartıştıktan sonra, bu kriterlerin usulen ve pratikte farklı trans kimlik temsilietlerini nasıl yok saydığından da bahsetmek gerekir. Burada önemli olan nokta yasallaşmanın doğrudan "profesyonelleşme" getirdiğini varsaymamaktır. Bir uygulamanın yazıya dökülerek yasallaşması, bu yasayı hayata geçirecek politikaların ve pratiklerin kesin bir suretle belirlendiği ve takip edildiği anlamına gelmez. Hatta tam olarak yasal sürecin gündelik hayata geçirildiği noktalardaki belirsizlikler cinsiyetin ve cinselliğin kontrol edilmesini kolaylaştırır. SPoD'un hazırladığı kapsayıcı cinsiyet geçiş kılavuzunda da belirtildiği üzere, cinsiyet sürecinin yasal adımları henüz belli bir hukuki standarda bağlanmamıştır<sup>5</sup>. Hukuki standart eksikliği, trans bireyleri doktorların, hakimlerin, ve diğer devlet memurlarının kişisel ve politik görüşlerine tabi kılar. Bir başka deyişle, yasal cinsiyet değiştirme için atılan her bürokratik adımda, trans bireyler kişilerin transfobisiyle uğraşmak zorunda kalabilirler. Aynı zamanda karşılaştıkları önyargı ve ayrımcılık sonucu, işlem süresi artabilir. Bu yüzden, yasaların uygulamaya geçtiği her zaman ve mekanda, bu uygulamaları hayata geçiren doktorlar, hakimler ve diğer devlet memurları, trans bireylerin cinselliklerinin disiplin edilmesinin ve yasal cinsiyetin inşasının bir parçası olur.

Bu noktada hukuki standart eksikliğinin, farklı dayanışma ve direniş yolları açabileceği ihtimalini de düşünmek gerekir. Hukuki standartların var olması, trans bireylerin daha geniş haklara sahip olduğu, bu hakların daha kapsayıcı olduğu (sadece "cinsiyet değiştirmiş" bireylerin değil) ve beden bütünlüklerinin garanti altına alındığı yasal sistemlerde yararlı olabilir. Bu durumda trans bireyler yasalar aracılığıyla elde ettikleri haklarından, hukuki standartlaşmayla beraber, daha hızlı ve memurların bireysel transfobisinden nispeten azade bir şekilde yararlanabilirler (kurumsal transfobinin olmadığını var sayarak). Başka bir deyişle, hukuki standartlaşma, yasaların ayrımcı ve transfobik olmadığı bir düzlemde yararlıdır.

Yasaların şu anki haliyle, hukuki standart eksikliği belli noktalarda direniş ve dayanışma yolu açabilir. Örneğin, hastaneler ve bireysel doktorlar hedef alınarak, cinsiyet geçiş sürecine dair eğitimler verilebilir ve trans bireyler için "kurtarılmış" bürokratik bölgeler yaratılabilir. Böylece yasal süreçler hızlandırılabilir, ve aynı zamanda trans bireylerin psikolojik ve fiziksel şiddete maruz kalma ihtimalleri azaltılabilir. Bu demek oluyor ki, hukuki standart eksikliği, yasaların uygulamaya geçirildiği noktalarda

<sup>4</sup> SPoD, *Cinsiyet Geçiş Kılavuzu* (1st edn, 2017) 15.

<sup>5</sup> ibid 27.

trans bireylerin yararı için kullanılacak çatlaklar da yaratabilir. Şu anki transfobik ve dışlayıcı yasaların hukuki standartlaşma ile daha etkili bir şekilde uygulanması, bu tür çabaların önüne geçebilir.

Yasal cinsiyetin devletler tarafından nasıl kontrol mekanizması olarak kullanabileceği üzerine yapılan bu tartışmanın ardından, sorulması gerek bir soru daha var. Peki cinsel kimliklerin yasallaşma sürecinin daha eşitlikçi ve kapsayıcı olma şansı var mı? Bu soruyu tartışmak için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) iki kararını inceleyeceğim; YY-Türkiye ve A.P., Garçon ve Nicot- Fransa. 2015'te AİHM, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesini, cinsiyet geçiş sürecindeki zorunlu kısırlaştırma ilkesiyle ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>6</sup> 8. madde özel hayata saygı hakkını düzenlemektedir. Bu karardan üç önemli çıkarım yapılabilir. İlk olarak, AİHM, Mersin Bölge Mahkemesi cinsiyet “değiştirme” ameliyatına izin vermesine rağmen, YY'nin başvurusunu kabul etmiştir. Bu kararın arkasında, YY'nin 6 yıl boyunca bekletilmesi yatıyor. AİHM, YY'nin uzun süre beklemekten zarar gördüğünü belirtmiştir. Bu kadar, yukarıda bahsettiğim beklemenin maddi ve manevi etkilerini ortaya koyar niteliktedir. AİHM arzu edilen cinsiyet geçiş ameliyatının bu kadar uzatılmasının önüne geçebilecek bir karar sağlamıştır. İkinci olarak, AİHM Goodwin-Birleşik Krallık davasında<sup>7</sup> verdiği kararı burada da yenileyerek, trans bireylerin kişisel gelişime, ve fiziksel ve ahlaki güvenliğe erişim haklarının olduğunu belirtmiştir. Bu kararın önemi ise, trans bireyleri salt medikal psikolojik nesnelere olarak görüp, cinsiyet geçiş sürecini “hastalığı” kanıtlama sürecine döndüren yasalara bir alternatif oluşturmasında yatmaktadır. Bu kararlar bireyin ihtiyaçları odak noktası haline getirilmiş, ve bireyin güvenliğine öncelik verilmiştir. Son olarak, AİHM Türkiye'nin “üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk” şartı için mücbir sebepler sağlayamadığı gibi bu şartın meşru bir amacının olduğunu da kanıtlayamadığını belirtmiştir. Ek olarak, AİHM trans bireylerin geçiş sürecinin yasal olarak kabul görmesinde, ameliyatın gerekliliğini sorgulayan açıklamalarda bulunmuş, ve trans bireyleri kısırlaştırılmaya maruz bırakmadan kimlik değişikliği yapan ülkelere bahsetmiştir. Bu açıklamaların hepsi, zorunlu kısırlaştırmanın ve “cinsiyet değişim ameliyatının” yasal cinsiyetin bir parçası olması gerektiğini gösteren niteliktedir.

2017 yılında AİHM, Fransa'nın da aynı şekilde zorunlu kısırlaştırma kriteriyle, AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>8</sup> AİHM bu kararında daha kesin açıklamalarda bulunmuş, zorunlu kısırlaştırmayı bireyin kimliğine ve fiziksel bütünlüğüne direkt karışma olarak almıştır. Ayrıca mahkeme 8. maddeyi bireylerin cinsel kimlik haklarının temeli olarak almıştır. AİHM aldığı kararı desteklemek amacıyla, cinsiyet değişim sürecinde zorunlu kısırlaştırmaya karşı gelen bir çok uluslararası organizasyonun ismini vermiştir. Son olarak mahkeme tüm trans bireylerin kısırlığa yol açacak ağır ilaç tedavisi veya cerrahi operasyon geçiremeyeceğini veya geçirmek istemeyeceğini kabul etmiştir. Daha da önemlisi, mahkeme bazı bireylerin gerekli yasal değişiklikleri yapabilmek için, istememelerine rağmen ilaç tedavisi veya operasyon geçirdiklerinden bahsediyor, ve bu durumun da insan vücudunun bütünlüğüne ve kişinin özel hayatına saldırı teşkil ettiğini belirtiyor. Yukarıdaki kararda olduğu gibi, AİHM yasaların farklı cinsel kimlik temsiliyetlerine eşitlikçi bir şekilde yaklaşılmasının önünü açacak bir karar vermiştir.

Sonuç olarak, AYM'nin TMK'nin 40. maddesini esastan incelerken, emsal karar olarak kullanabileceği birçok yasal metin bulunmaktaydı. Bu metinler trans bireylerin beden bütünlüğünü koruyarak, yani bireyleri zorunlu kısırlaştırmaya maruz bırakmadan da, cinsiyet geçiş sürecinin yasal olarak tamamlanabileceğini kanıtlar niteliktedir. Ayrıca bu metinler, cinsiyet geçiş sürecini patolojik bir medikal araştırma objesi olmaktan çıkarıp, insan olmanın gerekliliği haline getirerek, cinsel kimliklerin yasallaşmasının belli bir düzeyde daha eşitlikçi ve kapsayıcı olabileceğini göstermiştir. Tabi bu tür metinleri de eleştirel olarak ve tüm detaylarıyla okumak ve ona göre desteklemek gerekir. Örneğin

<sup>6</sup> YY-Türkiye App. No. 14793/08 (ECtHR, 10 Mart 2015).

<sup>7</sup> Goodwin-Birleşik Krallık (2002) 35 EHRR 18.

<sup>8</sup> A.P., Garçon ve Nicot- Fransa App. No. 79885/12, 52471/13 ve 52596/13 (ECtHR, 6 Nisan 2017).

GONCA ÜNAL

YASAL CİNSİYETE GEÇİŞ SÜRECİ  
ve CİNSİYET DEĞİŞTİRME  
OPERASYONLARININ  
ULUSLARARASI HUKUK  
AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

AİHM *A.P.*, *Garçon ve Nicot-Fransa* kararında, Fransa'nın bireylerin "transseksüelliğini" anlamak amacıyla sağlık muayenesinden geçirilebileceklerini, ve bu kararın Fransa'nın takdir payı içerisinde olduğuna belirtmiştir. Genital bölge muayenesinin de içine girdiği bu takdir payı, transfobik, psikolojik ve fiziksel şiddetin önünü açabilir.

**EZEL BUSE SÖNMEZCAK**

**TRANS BEDENLERİN  
'SOYUT ÇIPLAKLIĞI':  
İNSAN HAKLARININ ÖZNESİNE  
CİNSİYET GEÇİŞ  
SÜREÇLERİ ÜZERİNDEN  
ELEŞTİREL BİR BAKIŞ**

## Özet:

Eldeki çalışma, insan haklarının evrenselliği ilkesini egemenlik, iktidar ve vatandaşlık kuramları çerçevesinde tartışmaya açarak hukuk felsefesinin en önemli sorularından birine, insan haklarının öznesinin kim olduğu sorusuna yönelik interdisipliner bir yaklaşım ortaya koyabilmeyi hedeflemektedir. Bu bağlamda çalışmada insan haklarının iddia edildiği üzere zamandan ve mekandan bağımsız olarak tüm insanlar için evrensel olup olmadığı, bir diğer ifadeyle belirli bir öznesinin bulunup bulunmadığı, eğer bir öznesi var ise bu öznenin vatandaşlık statüsü ile olan ilişkisinin ne olduğu ve vatandaşlığın insan haklarının korumasından yararlanmada bir kriter olup olmadığı, vatandaşlığın haricinde -eğer varsa- diğer kriterlerin devlet tarafından ne şekilde belirlendiği, devletin bu belirleme sürecindeki rolünün egemenlik kuramı çerçevesinde nasıl analiz edilebileceği ve nihayetinde devletin belirlediği insan hakları özne gruplarının dışında kalanlar için insan haklarının yine de bir koruma sağlayıp sağlayamayacağı sorularına yanıt aranacaktır. Söz konusu teorik çerçeve, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 2016 yılında karara bağlanan ve Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesinde yasal cinsiyet geçiş süreci için şart kılınan 'üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma' kriterinin bireyin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinde yer bulan özel hayata saygı hakkını ihlal edip etmediğinin tartışıldığı Y.Y. Türkiye başvurusu baz alınarak somutlaştırılacaktır. Bu bağlamda, devletin kendi tanımladığı kadın ve erkek bedenleriyle örtüşmeyen beden -rahmi olan bir erkek veya penisli bir kadın-Arendt'in deyişiyle dünyanın korumaya değer hiçbir şey bulmadığı 'soyut bir çıplaklık' mıdır yoksa insan haklarının korumasından yararlanmaya layık görülen bir hak öznesi olabilecek midir?

## 1. İnsan haklarının öznesi var mı?

### 1.1. İnsan haklarını gökyüzünden yeryüzüne indirmek

Genellikle insan hakları teriminin zamandan ve mekândan bağımsız olarak, her insanın sırf insan olduğu için sahip olduğu varsayılan özgürlük, eşitlik ve adalet gibi kavramları çevreleyen ahlaki standartlara gönderme yaptığı varsayılır. Bu varsayımın temelsiz olduğu söylenemez, zira insan haklarının evrenselliği iddiası insan hakları söyleminin tam merkezinde yer alan, adeta kurucu bir unsurdur. Uluslararası insan hakları hukukunun kilometre taşı denebilecek İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin tam da bu vurguyla başlaması şaşırtıcı değildir: "Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar".

Sanırım hepimiz devletlerin temel koruma sağlamakla yükümlü oldukları birtakım genel geçer hakların varlığı gibi bir fikrin 1940'lar öncesinde söz konusu dahi olmadığı konusunda hemfikir olabiliriz. Bu çerçevede, öncesinde böyle bir kavramsallaştırma dahi yokken ne oldu da 1940'larda bir anda insanlar 'özgür ve eşit' doğmaya başladılar? Cevap basit: insan hakları, İkinci Dünya Savaşında yaşanan zulme karşı Avrupa'da gelişen kolektif Hobbesçu bir korkunun eseri idi. Bu nedendir ki, insan hakları, kendi söyleminin aksine evrensel eşitlik veya adalet kavramlarına yapılan bir vurgudan ziyade, olası diktatörlük tehditlerine karşı geliştirilmesi amaçlanan politik bir gereksinimden ortaya çıkmıştır ve tam da bu nedenle, ortaya çıkışı tamamen belirli tarihi gelişmelere verilen bir cevaptan fazlası değildir. Bu çerçevede, insan hakları hukuku, devletlerin rızaları çerçevesinde katılım sağladıkları bir uluslararası hukuk dalıdır; evrensel adalet veya eşitlik gibi muğlak kavramların bayrağı değil.

Bu iddia insan haklarını itibarsızlaştırmak olarak yorumlanmamalı. Aksine, vadettiği korumayı neden ve nasıl sağlayamadığını analiz edebilmek için gökyüzünden yeryüzüne yani bir takım muğlak ahlaki standartlara gönderme yapan felsefi bir kavram olmaktan pozitif hukuk zeminine indirilmeli ve her zaman tarihi bağlamı içinde kavranmalıdır. Uluslararası hukukun bir dalı olmanın sonucu olarak devletler insan hakları sözleşmelerini imzalayıp imzalamamakta ya da sözleşmelerde belirtilen yükümlülükleri sınırlamakta tamamen özgürdür. Dahası, taraf oldukları insan hakları sözleşmelerinden çekilmekte de tamamen özgürdür. Bu çerçevede, ülkesindeki savaştan kaçan bir mülteci, sırf geldiği ülke Mülteci Sözleşmesine coğrafi şerh koymuş olduğu için kendisini evrensel olduğuna yani sırf insan olmaktan ötürü sahip olduğuna inandığı insan haklarından mahrum bir şekilde 'misafir' veya

'Müslüman kardeş' olarak tanımlanırken bulabilir. Geldiği ülke coğrafi şerhi kaldırmaya karar vermedikçe haklı itirazları -sırf insan olduğu için haklara sahip olduğu gibi- maalesef ki verili uluslararası insan hakları hukuku düzeninde yankı bulamayacaktır. Jeremy Bentham'ın dediği gibi, "Gerçek haklar gerçek yasalardan gelir", düşsel kavramlardan değil.

## 1.2. İnsan hakları – vatandaşlık hakları?

Gerçekten de insan hakları, devletçe tanımlanır ve devlet tarafından uygulanır. Bir başka deyişle, "insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar" velev ki vatandaşı oldukları devlet öyle olduklarını söyleyen insan hakları sözleşmelerine taraf olmayı kabul etmiş olsun. Bu çerçevede, insan hakları her insanın sadece insan olduğu için doğuştan sahip oldukları haklar değil, daha ziyade, 'kalifiye olmanız gereken vatandaşlık hakları'dır.<sup>1</sup>

Arendt'in ustaca ifade ettiği gibi, "Artık hiçbir devletin yurttaşı olmayan insanlar ortaya çıktığında, devredilemez olduğu varsayılan insan haklarının uygulanabilir olmadığı görüldü".<sup>2</sup> Arendt'in meşhur tespitiyle devam edebiliriz: "Bir insanın varsayımsal varlığına dayandırılan insan hakları kavramsallaştırması, -hali hazırda insan olmaları dışında- diğer bütün niteliklerini ve özel ilişkilerini gerçekten yitirmiş olan insanlarla karşılaştığı anda tuzla buz olmuştur. Dünya, insan olmanın soyut çıplaklığında kutsal hiçbir şey bulamamıştır."<sup>3</sup> Arendt 'soyut çıplaklık'la 2. Dünya Savaşı sırasında ülkelerinden göç etmek zorunda kalan ve bir anda kendilerini yersiz yurtsuz bulan mültecilerin durumuna gönderme yapıyordu. 'Hak-sızlar' olarak tanımladığı bu devletsiz mülteciler, vatandaş olma statülerini yitirip 'sadece insan' haline geldiklerinde kendilerini en basit haklarından mahrum bırakılmış halde buldular. Dolayısıyla bu bizi insanın sadece insan olduğu için sahip olduğu varsayılan haklar ile vatandaşlık hakları arasında bir ayırım olduğu gerçeğine<sup>4</sup> götürür ki, Arendt'in 'haklara sahip olma hakkı' kavramsallaştırması, insan hakları ve vatandaşlık hakları arasındaki bu göz ardı edilemez eşige işaret eder.

Her ne kadar teorisini mülteci sorunu bağlamında vatandaşlık ve insan hakları dilemması üzerine kurmuş olsa da Arendt'in 'haklara sahip olma hakkı' sadece mültecileri değil, toplumun çeperlerine sürülmüş tüm özneleri eşit olarak kapsar.<sup>5</sup> Bu çerçevede, vatandaşlık her ne kadar haklara sahip olmada birincil hukuki statü olma özelliğini korusa da, açıktır ki tek statü değildir. Kişi, ulusal hukuk uyarınca vatandaş olmasına rağmen yine de siyasal, sosyal veya hukuki olarak 'görünmez' olabilir<sup>6</sup>; tıpkı verili vatandaşlık tanımına uymayan cinsiyet geçiş sürecindeki trans bireylerin hukuken 'görünmez' olması gibi. Bir başka deyişle, vatandaş olmanız insan haklarının öznesi olduğunuz anlamına gelmez, aynı zamanda devletin özgürce tanımladığı vatandaşlık kategorilerine pürüzsüz şekilde sığabiliyor olmanız da gerekli.

## 2. Vatandaşlarının bedenlerini tanımlayan egemen olarak devlet: Y.Y. Türkiye Kararı

### 2.1. Kararın özeti

Ağustos 2016'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("Mahkeme"), başvurunun cinsiyet geçiş ameliyatına izin verilmesine ilişkin talebinin Türkiye makamlarınca başvurunun üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin

\* Yazı, yazar tarafından Kasım 2017 tarihinde yayınlanmak üzere teslim edilmiş olup, yapılan açıklamalar bu tarih itibarıyla geçerlidir.

\* Avukat, İstanbul Barosu. PhD adayı, Koç Üniversitesi, Kamu Hukuku Doktora Programı

<sup>1</sup> Stephen Hopgood, "The Endtime of Human Rights" in Lettinga & van Troost (eds), *Debating the Endtimes of Human Rights* (Amnesty International Netherlands 2014) 18.

<sup>2</sup> Hannah Arendt, *Totaliterizmin Kaynakları-2: Emperyalizm* (İletişim 2016) 298.

<sup>3</sup> Arendt, 309.

<sup>4</sup> Jaques Ranciere, "Who is the Subject of the Rights of Man?" (The South Atlantic Quarterly 2004) 298.

<sup>5</sup> Nanda Oudejans, "The Right to Have Rights as the Right to Asylum" (Netherlands Journal of Legal Philosophy 2014) 7.

<sup>6</sup> Alison Kesby, *The Right to Have Rights as a Place in the World*, (Oxford University Press 2012), 21.

("Sözleşme") 8. Maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğine karar verdi.<sup>7</sup> Bu karar, Mahkemenin kendisinin de belirttiği üzere, ulusal hukuklardaki zorunlu sterilizasyon şartının tartışılmasına olanak sağlaması bakımından Mahkemenin önündeki ilk fırsat olma özelliğini taşımaktadır (para 61-62).

Sözleşmenin 8. Maddesi aile ve özel hayata saygı hakkını düzenlemektedir. Fakat 8. Madde mutlak bir hak değildir ve kapsamı istisnalarına bağlıdır. Bu çerçevede, özel hayata saygı hakkının kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla müdahale edilebilecektir, fakat bu halde söz konusu müdahalenin 'demokratik bir toplumda gerekli olması' ve yasayla öngörülmüş olması gerekmektedir.

Bilindiği üzere, cinsiyet geçiş sürecini düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi 3 basamaklı bir işlemler zinciri şeklinde kurgulanmıştır. Buna göre, kişi öncelikle mahkemenin 'cinsiyet değişikliğine' ilişkin izin verilmesini isteyecek, iznin alınmasını müteakip cinsiyet geçiş ameliyatına girecek ve bu ameliyatın gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde kendisine yeni kimlik kartı verilmesini talep edebilecektir. Ne var ki ameliyata izin verilebilmesi için kişinin 18 yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; 'transseksüel yapıda' olması, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu sağlık kurulu raporuyla belgelemesi gerekmektedir.

Kararda Mahkeme öncelikle kurulu içtihadına gönderme yaparak cinsel kimlik, isim, cinsel yönelim ve cinsel hayat gibi kavramların, Sözleşmenin 8. Maddesi tarafından korunan kişisel alana girdiğini ve bu çerçevede transseksüellerin kişisel gelişim ile fiziksel ve ruhsal bütünlük haklarının güvence altına alındığını tekrarlamıştır (para 56-58). Bu bağlamda Mahkeme, başvurunun talebinin reddedilmesinin cinsiyet kimliği ve kişisel gelişim hakkına yönelik inkar edilemez sonuçlar doğurduğundan bahisle, özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir (66).

Müdahalenin tespitinden sonra Mahkeme, müdahalenin 'kanunla öngörülüp görülmediğini' ve yukarıda belirtilen meşru amaçlara ulaşmak için ve 'demokratik bir toplumda gerekli' olup olmadığını analiz etmiştir. Medeni Kanun'un 40. Maddesi müdahalenin yasal zemini olarak tespit edildikten sonra, Mahkeme cinsiyet geçiş sürecine yönelik cerrahi müdahalelere ilişkin sınırlamaların, kamu menfaatinin korunması yönünden meşru amaç taşıdığını ve bu çerçevede devlet denetimine tabi tutulabileceğini ifade etmiştir (76-79). Ne var ki Mahkeme başvurunun talebinin reddedilme sebebi olan üremeden sürekli yoksunluk şartının Sözleşme kapsamında meşru amaç taşıyıp taşımadığını değerlendirmemiş, "bu konu hakkında ayrıntılı karar vermenin gerekli olmadığını" belirtmiştir (80).

Bununla birlikte, Mahkeme, cinsiyet geçiş ameliyatına girmek isteyen bir kişinin, neden ameliyat *öncesinde* üreme yeteneğinden yoksun olması şartının arandığını 'anlayamamıştır' (116). Bir başka ifadeyle, her ne kadar Hükümet üreme yeteneğinden yoksun olma şartının tıbbi sterilizasyonu gerektirmediğini savunmuşsa da (91), Mahkeme, başvurunun sterilizasyon ameliyatı haricinde, biyolojik olarak üreme yeteneğine sahip olması durumunda sürekli biçimde üreme yeteneğinden yoksunluk şartını nasıl yerine getireceğini 'anlayamamıştır' (118). Dolayısıyla Mahkeme, söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli görülemeyeceğine ve 8. Maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir (121-122).

## 2.2. Devletlere bırakılan açık kapı

Her ne kadar Mahkeme Y.Y. Türkiye davasında 8. Maddenin ihlaline karar verdiyse de, Mahkemenin yürütmüş olduğu metodoloji göz önüne alındığında, bu kararın, yasal cinsiyet geçiş süreçlerinde devletlerin iç hukuklarında aradıkları üreme yeteneğinden yoksunluk şartının Sözleşmenin 8.

<sup>7</sup> Y.Y. v Türkiye App no 14793/08 (ECHR, 24 August 2016).

Maddesinin direkt bir ihlali olduğu anlamına geldiği kanaatinde değilim. Nitekim kararda kullanılan metodoloji, Mahkemenin dört Hakimi tarafından karara düştükleri ayrık görüş şerhinde haklı şekilde eleştirilmiştir. Gerçekten de Mahkeme, bir metodoloji sorunu olarak sterilizasyon şartının Sözleşme kapsamında belirtilen meşru amaçlarla uygun olup olmadığını tartışmamıştır. Y.Y. Kararında Mahkeme, genel olarak cinsiyet geçiş sürecindeki cerrahi müdahalelerin, kamu menfaatinin korunması amacıyla devlet denetimine tabi tutulabileceğini ifade etmiş ve fakat, zorunlu sterilizasyon anlamına gelen üreme yeteneğinden yoksun bulunma şartının Sözleşme kapsamında meşru bir amaca hizmet edip etmediğini tartışmayı, Hükümetin bu konuda hiçbir argüman sunamamış olmasına rağmen, 'gereksiz' bulmuştur. Halbuki, olaya konu başvurunun temelinde, başvurucunun talebinin başvurucunun üreme yeteneğinden yoksun bulunmadığı için reddedilmiş olması yatmaktadır. Bir başka deyişle, Mahkeme, yalnızca müdahalenin, yani cinsiyet değiştirme ameliyatı için izin verilmemesinin orantısız olduğuna karar vermiş fakat cinsiyet geçiş ameliyatının ön koşulu olarak üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının 8. Maddenin ihlali olup olmadığı hakkında karar vermemiştir.<sup>8</sup> Dolayısıyla, Mahkemenin üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının kendisinin başlı başına meşru amaç taşıyıp taşımadığına bakmaksızın, söz konusu şartın *cinsiyet geçiş ameliyatından önce* aranması gereken bir koşul olması nedeniyle ihlal anlamına geldiğini belirtmesi, kanaatimce devletlere söz konusu zorunlu müdahaleleri iç hukuklarında 'yeterince zeki' bir şekilde düzenledikleri takdirde meşrulaştırabileceklerini gösteren bir açık kapı niteliğindedir ve Mahkeme sterilizasyon şartının kendisinin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığına ilişkin derinlikli bir analiz yapma fırsatını Y.Y. Türkiye başvurusunda bile isteye kaçırmış görünmektedir.<sup>9</sup>

### 2.3. Rahimli bir erkek – penisli bir kadın?

Schmitt, "Egemen, istisnaya karar verendir" demişti.<sup>10</sup> Zira yasa koymak yetmez, yasanın kapsamı ve sınırı istisnadır; bu haliyle yasayı tanımlayan da istisnadır ve istisna olmaksızın yasa işlevsizdir. Agamben, bayrağı daha da ileri taşır: "Egemen, kararlaştırılmayana konumlandırana ve dışarı ile içeri, dışlama ve içleme arasındaki belirsizlik eşiğini belirleyendir".<sup>11</sup> İşte bu dışarı ile içeri arasındaki belirsizlik eşiği, politikanın bedenler üzerinden yeniden üretildiği ve Agamben'in 'çıplak hayat'ının yaşandığı yerdir. 'Çıplak hayat'a bırakılan ve burada tehdit edilen kişi, hukuk tarafından terk edilmiş kişidir.<sup>12</sup> Gerçekten de, 'çıplak hayat', Arendt'in deyimiyle 'insan olmanın soyut çıplaklığı'nın mekanıdır ki, Ranciere'in ifade ettiği gibi, Arendt burada 'beden'in kendisini bulur.<sup>13</sup>

Kanaatimce, Y.Y. Türkiye kararı insan haklarının vatandaşlık ve daha büyük resimde de egemenlik kuramı çerçevesinde tartışılabilmesi için oldukça önemli bir hukuki zemin sunmaktadır. Öncelikle, her ne kadar Mahkeme ihtilafı -doğal olarak- kendi hukuki kaynağı olan Sözleşme ve özel hayata saygı hakkı çerçevesinde incelemişse de, karar bize kişinin insan haklarından yararlanmada karşılaştığı bir zorluktan daha fazlasını görme fırsatı sunuyor. Gerçekten de cinsiyet geçiş süreçlerine müdahaleler, özel hayata saygı hakkından çok daha önce, devletin tanımladığı vatandaşlık kalıplarına girip girmeme ve dolayısıyla doğrudan doğruya hukuki varoluş ve hukuki tanınma ile ilgilidir. Doğumuyla atanan cinsiyette yaşamadığını farketmiği an kişinin devlet gözündeki varlığı, doğurma veya üreme yeteneğini rızası hilafına bir kenara bırakmasına bağlıdır. Bir başka deyişle, kişi, rahmi olan bir erkek olarak devlet nazarında hukuki tanınma dahi göremeyecektir. Bedenleri kontrol ederek egemenliğinin sağlamasını yapan devlet, bireylere sadece iki cinsiyet kategorisinde vatandaş olma hakkını tanır. Sadece doğurma yeteneğine sahip olanlar kırmızı kimlik ve sadece üreme yeteneğine sahip olanlar mavi kimlik alabilecektir. Ulusal kimlik kartı, kişinin hukuki varlığının ve tanınmasının tek göstergesi

<sup>8</sup> Y.Y. v Türkiye App no 14793/08 (ECHR, 24 August 2016) Concurring Opinion of Judges Keller and Spano para 11.

<sup>9</sup> Y.Y. v Türkiye App no 14793/08 (ECHR, 24 August 2016) Concurring Opinion of Judges Lemmens Joined by Kuris Para 4.

<sup>10</sup> Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat* (Dost 2005) 13.

<sup>11</sup> Giorgio Agamben, *Kutsal İnsan Egemen İktidar ve Çıplak Hayat* (Ayrıntı 2001) 39.

<sup>12</sup> Agamben, 40.

<sup>13</sup> Ranciere, 298.

olduğuna göre, sadece devletin belirlediği yapıdaki bedenler, yani rahimli kadınlar ve penisli erkekler vatandaş olarak addedilebilecektir. Aksi halde, rahmi olan bir erkek veya penisli bir kadın belirsizliğin eşiğine bırakılmış, 'çıplak hayat'a terk edilmiş bir kişiden fazlası olamayacaktır. Rahimli erkek bedeni, Arendt'in deyişiyile 'dünyanın kutsal hiçbir şey bulamadığı insanlığın soyut çıplaklığı'nın ta kendisi haline gelmiştir. Gerçekten de, vatandaş olmanın bir adım ötesinde, burası, verili vatandaşlık tanımına uymayan kişinin, hukuken varlığının tanınmadığı ve dolayısıyla insan haklarının öznesi olmaya layık görülmediği yerdir.

#### 2.4. İnsan hakları: Ne seninle ne sensiz

Bu çalışmada Holmes'un deyişiyile, geriye kayda değer bir şeyler kalıp kalmadığını görmek için insan haklarının evrenselliği iddiasına 'kinik bir asit' dökmek istedim.<sup>14</sup> Esasen evrensel eşitliğe ve insan onuruna vurgu yapan bir insan hakları fikrinin en baştan çürük olduğunu iddia eden Arendt'e katılmıyorum değilim. Gerçekten de, bu düşüncenin egemen devletler arasında var olan anlaşmalara göre işleyen uluslararası hukukun sahasını aştığı bir gerçek.<sup>15</sup> Egemen ulus-devletlerin tek oyun kurucu oldukları uluslararası hukuk düzeninde, insan hakları insanın insan olduğu için sahip olduğu hakları imleyebilecek gibi görünmüyor. Dahası, insan haklarının öznesi olabilmek için vatandaş olmak dahi yetmeyebilir: cinsiyet geçiş sürecinde hukuki varlığının yegane göstergesi olan yeni kimlik kartına kavuşmayı yıllarca bekleyen kişi, egemen devlet tarafından içeri ile dışarı veya kadın ile erkek arasındaki belirsizlik eşiğine terkedilmiş ve trans bedeniyle hukuken 'görünmez' kılınmış olabilir.

Peki tüm bu iç karartıcı tabloda yine de kayda değer bir şeyler yok mu? Bence var. İnsan haklarını savunmaktan vazgeçme ya da Kapur'un ifadesiyile 'insan haklarını istemezlik etme'<sup>16</sup> lüksümüzün olduğu kanaatinde değilim. Fakat insan haklarının açmazlarını doğru analiz edebilmek için öncelikle oyun-kurucusunun 'güvenli sözcüğü' olan egemenlik bağlamını iyi analiz etmemiz gerek. Hopgood ile bitireceğim: Hopgood insan hakları ve -büyük harflerle- İnsan Hakları arasında bir ayrım yapar: İnsan Hakları uluslararası mahkemelerin veya dünyanın hemen her yerinde 'büyük paralar'la büyük kampanyalar yürüten insan hakları örgütlerinin sembolize ettiği ana-akım politika ve eylemlilik pratiklerine gönderme yaparken, -küçük harflerle- insan hakları, eksenine dayanışmayı alarak örgütlenen yerel hareketleri imler<sup>17</sup>. Zannediyorum ki -küçük harfle- insan haklarını yatay düzlemlerde güçlendirmeye devam etmeliyiz ve işte iyi haber: LGBTI bireyler bu mücadelede fazlasıyla deneyimliler.

<sup>14</sup> Holmes, Jr., "The Path of the Law" (Harvard Law Review Vol 10 1897) 462.

<sup>15</sup> Arendt, 307.

<sup>16</sup> Ratna Kapur, "Human Rights in the 21st Century: Take a Walk on the Dark Side" (Sydney Law Review Vol28 665) 682.

<sup>17</sup> Hopgood, 13.

SİNEM HUN

TRANS GEÇİŞ SÜRECİNDE  
'BEKLETMELER'İN  
TRANS ÖZNELİKLERE ETKİSİ

## Giriş:

Bu kısa yazıda, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 40. Maddesinde yer alan ve "cinsiyet değiştirme" olarak adlandırılan trans geçiş sürecindeki normatif kurallara ve bu kuralların aslında süreci nasıl güçleştirdiğine değineceğim. İlk bölümde, Madde 40'ı parçalara ayırarak maddeye daha tanımlayıcı (*descriptive*) bir yerden bakacağım. İkinci bölümde ise bu şartları/bekletmeleri eleştirel hukuk üzerinden değerlendireceğim. Bu bölümde, her ne kadar ibare Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2017 tarihli kararıyla iptal edilmişse de zorunlu kısırlaştırma şartına da bakacağım. Sonuç bölümünde ise, 2013-2015 yılları arasında Ankara'da faaliyet gösteren ve sadece trans geçiş süreci çalışan Trans Danışma Merkezi Derneği'nin verilerinden yararlanarak uygulayıcı aktörlerden olan hâkimlerin konuyla ilgili algısına değinip, trans geçiş adaletiyle ilgili üç önemli önerimi paylaşacağım.

## I- Medeni Kanun Madde 40: Nedir, Neyi Düzenler?

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesi "cinsiyet değiştirme" olarak bilinen "işlemi" düzenler. Madde şu şekildedir:

*"Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemeye cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve [üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu<sup>1</sup>] bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.*

*Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemeye nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir."*

Dolayısıyla, bu maddeye göre "cinsiyetini değiştirmek" isteyen kimsenin 18 yaşından büyük olması, bekâr olması, transseksüel yapıda olması ve tıbbi gerekliliklere uygun bir genital organ ameliyatı geçirmiş olması gerekir. Bu şartlardan hiçbiri seçimlik değildir; yani başvuru bu şartların hepsini dava sonuçlanıncaya kadar yerine getirmekle yükümlüdür ve ancak bu şekilde hâkim, başvuruçunun nüfus kütüğündeki cinsiyet hanesinin değiştirilmesine karar verebilir.

Öte yandan, kanunun "cinsiyet değişikliği" olarak ifade ettiği "hukuki işlem" aslında basit bir işlemden ziyade adeta bir "işlemler zinciri", yani bir süreçtir ve bu süreç "engeller, inan(dır)malar, kişisel kanaatlere dayalı bekletme veya geçiş izinleriyle" doludur. Sürecin soru işaretleriyle dolu tarafı ise "cinsiyet değiştirme" olarak adlandırılan trans geçiş sürecinin, her başvuru için ayrı ayrı sonuç vermesidir. Bunun nedenini yargılama eyleminin uygulayıcı aktörlerinin keyfilğine, ikili cinsiyet sistemini yorumladıkları kültürel havzalarına ve devletin trans bedeni "sonuna kadar" kontrol altına alıp, heteronormatif düzene uydurma isteğine bağlayabiliriz. Bu öyle bir istektir ki, örneğin, başvuruçunun bedenini kısırlaştırır, cinsiyet kimliğine uygun gördüğü bir cinsel organı vücuduna adeta "monte eder" ya da trans bireyi ayrımcılığın çok yüksek olduğu psikiyatrik süreçlerden geçmeye zorlar.

## II- Engeller ve Bekletmeler: Eleştirel Hukuk Yönünden Maddenin Eleştirisi:

\* Yazarın notu : Bu yazının ilk versiyonu, 11-12 Haziran 2015'te İstanbul Politikalar Merkezi'nde düzenlenen 'Bekletmeler' konferansı için hazırlanan tebliği esas alınarak yazılmıştır. Daha sonra, 2017 sonrasındaki hukuki değişiklikler göz önüne alınarak 30.03.2019 tarihinde SPoD Akademi için düzenlenmiştir.

\*\* Avukat, İstanbul Barosu

<sup>1</sup> Hükmün 1. fıkrasında yer alan ' ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu' ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2017 tarihli E:2017/130, K:2017/165 sayılı kararı ile iptal edilmiştir (Resmi Gazete tarihi: 20.03.2017, sayı:30366). Ancak bu ibarenin kaldırılması, zorunlu kısırlaştırma şartını ortadan kaldırmış olsa da, ameliyat zorunluluğunun devam etmesi kısırlık şartının dolaylı da olsa yürürlükte olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, ibarenin iptali pratiğin değiştiği anlamına gelmemektedir.

Trans beden için ilk bekleme yaş ile başlar. Türkiye'deki medeni hukuk prosedüründe 18 yaş, zaten dava açma ehliyetine işaret etmektedir: Kişi, medeni haklarıyla ilgili birçok davayı 18 yaşından önce açamaz. O halde TMK'nin 40. Maddesinde açıkça ve ayrıca 18 yaş yazmasının altında ne yatabilir? Bu noktada, Madde 40'in gerekçesine bakmak, kanun koyucunun niyetini "okumak" bakımından ilgi çekicidir. İlgili kısım şu şekildedir:

*"...Değişiklik için aranan diğer önemli koşul, kişinin on sekiz yaşını doldurmuş olması ve evli bulunmamasıdır. Henüz cinsiyeti yönünden bir değişiklik zorunluluğu bulunmayan ya da böyle bir zorunluluğun olup olmadığı **belli olmayan kişilerin bu yola başvurmalarının önlenmesi** bakımından en az on sekiz yaşın doldurmuş olması koşulu aranmış, bunun yanında bu kişinin evli olmaması koşulu da getirilmiştir."*

Gerekçede de görüleceği üzere devletin 18 yaş ısrarı, dava açma ehliyeti kaygısından çok farklıdır: Burada, açıkça, trans bireyi 18 yaşına gelinceye kadar vazgeçirme çabası, yolun kendine özgü zorluklarının trans bireyin gözünü korkutacağına dair umut ve trans bireyin "aklının erip" vazgeçmesi durumunda da ona yeterli süreyi tanıma niyeti vardır.

İkinci bekleme, sürecin en önemli unsurlarından olan psikiyatrik tanı koymada yaşanır. Psikiyatrik tanı, teknik olarak, "cinsiyet değiştirme" davası olarak da adlandırılan davanın kabul edilmesi için gerekli olan şartlardan biridir. Psikiyatrik tanının konma süresi, dosyadan dosyaya değişiklik göstermesine rağmen, en az altı aydır. Öte yandan, trans başvuru bu hizmete, Türkiye'deki tüm eğitim ve araştırma hastanelerinde erişemez. Trans başvuru, gerekli ve yeterli hizmeti hızlı ve herhangi bir ayrımcılığa uğramadan almaları çok nadirdir. Kaldı ki bu konuda daha hassas, bilinçli ve hızlı hizmet verdiği bilinen eğitim ve araştırma hastanelerinde de zaman zaman ayrımcılık vakıalarına rastlanmaktadır.

Devlet, psikiyatrik tanı konmasından, esasen, trans bireyin bedeninin "*transseksüel yapıdadır, ameliyat olması zorunludur*" şeklinde 'damgalanmasını' anlamaktadır. Bireyin transseksüel yapıda olup olmadığının doktor tarafından "tespiti" yoluna gidilmesi, translignin (*transgenderlignin*) "hastalaştırılması" anlamına da gelmektedir. Bu noktada tıbbın, tıp etiğini çiğneme pahasına, söz konusu damgalama halini ve kullanılan yöntemleri sorgulamadan hukuk ile "kirli" bir iş birliğine gittiğini de görmek gerekir.

Üçüncü bekle(t)me ise devletin trans bedeni *transeksüelleştirmek* isteğiyle doğrudan ilgilidir: Kanun koyucunun, trans geçiş sürecinin ancak genital organ ameliyatı ile tamamlanacağına hatta "taçlanacağına" dair güçlü bir kanısı vardır. Hâlbuki, kişinin kütüğündeki cinsiyet hanesini değiştirmek istemesiyle, böylesi bir talebin karşılanması için herhangi bir ameliyatın zorunlu kılınması trans bireyin özel hayata saygı hakkının ihlali anlamına gelir: Hiçbir beden, ikili cinsiyet sisteminde kadınlık ve erkeklik üzerinden kodlanan beden kılıflarına girmeye ve sırf bu kılıfları giymek için tıbbi operasyonlara tabi tutulmaya zorlanamaz. Nitekim, Haziran 2015'te Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, geçiş sürecindeki başvuru erkeğin, ameliyat şartının anayasaya aykırı olduğu iddiasını hâkli bularak Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş ve Mahkeme'den ibarenin iptalini talep etmiştir. Ancak, üreme yeteneğinden yoksunluk ibaresi ve ameliyat şartını aynı anda değerlendiren Anayasa Mahkemesi, sadece zorunlu kısırlaştırma uygulamasının iptaline karar vermiş ve ameliyat şartına yönelik itirazı ise 'transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaksızın nüfus sicilindeki cinsiyetini değiştirilebileceğinin ve bu suretle biyolojik cinsiyetinden farklı bir cinsiyete sahip olabileceğinin hukuksal anlamda kabul edilmesinin hukuk düzeni bakımından yaratacağı sorunlar ve bu durumun toplum düzenine olumsuz yansımaları da göz önünde bulundurularak getirilen kural, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkı ile özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına ölçsüz bir

sınırlama niteliği taşımadığı gibi kamu düzeninin korunması amacını taşıyan kuralda demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık da bulunmamaktadır<sup>2</sup> diyerek reddetmiştir.

Dolayısıyla, Mahkeme her ne kadar üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartını 20.03.2018 tarihinde 'kişinin beden bütünlüğüne orantısız müdahale' anlamına geldiğini açıklayarak iptal ettiğini duyurmuş olsa da ameliyat şartının yerine getirmek zorunda olan her trans birey doğal olarak üreme yeteneğinden yoksun kalacaktır ve kalmaktadır. Nitekim verdiği kararda da Anayasa Mahkemesi, bu niyetini açıkça ortaya koymuş ve üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartını, trans başvurusu özümlenen gereksiz operasyonel bir yük olarak değerlendirmiştir. Keza kanun koyucu da TMK'nin 40. Maddesinde "sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olma" halinden bahsetmiş; ama bu şartın nasıl yerine getirileceğini ve bu şarttan ne anlaşılması gerektiğini ne kanunun gerekçesinde ne özel bir kanunda ne de bir tüzükte belirtmişti. Öyle ki bu yönsüzlük ve belirsizlik hali "acaba sadece kısır translar mı dava açabilirler?" dedirtmekteydi.

Değişiklikten önceki ve sonraki uygulamaya bakıldığında ise trans başvuru sahiplerinin, herhangi bir soru sormaksızın veya itirazda bulunmaksızın "kendiliğinden" üreme haklarından vazgeçtiklerini görmekteyiz. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra dahi trans bireylerin üreme haklarının nasıl korunacağı, sağlık sisteminin ve hizmetlere erişimin nasıl çeşitlendirileceği ve trans bedenlere özgülenmiş yumurta ve sperm dondurma, taşıyıcı annelik veya tüp bebek uygulamalarına ücretsiz erişime dair hiçbir tartışmayı açmamalarını acaba sadece Türkiye'deki yoğun transfobiye bağlayabilir miyiz? Nedeni her ne olursa olsun, buradan bir kere daha hatırlatmak gerekir ki Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının doğal bir sonucu olarak, cinsiyet değiştirme davası açan bir trans başvuru, artık, üreme haklarının korunmasını hâkimden talep edebilir ve bu konuda, örneğin, yumurta veya spermlerinin dondurulması için tedbir kararı alınmasını mahkemeden talep edebilir. Bu türden tartışmaların yapıldığını ve hukuk pratiklerinin çoğaldığını umarız önümüzdeki dönemde daha sık görebiliriz.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında da atıf yaptığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AIHM) Y.Y. - Türkiye kararı ile transların yasal tanınmalarının önündeki tüm operasyonel şartların kaldırmasına hükmettiği A.P, Garcon ve Nicot- Fransa kararını bir kere daha hatırlamakta fayda vardır: 2006 yılında Mersin'de açtığı geçiş süreci davası, 'üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk' şartını yerine getirmediği için reddedilen Y.Y, yerel mahkemenin aleyhe kararını önce temyiz eder; temyiz talebi de reddedilince AIHM'e başvurur. AIHM ise Nisan 2015'te geçiş süreci ile ilgili çok önemli bir karar vererek, trans bireylerin temel haklarından olan yasal tanınma hakkının bir takım tıbbi operasyonlara bağlamanın bir hak ihlali olduğuna dolaylı bir şekilde karar verir<sup>3</sup>. AIHM, konuyla ilgili açık ilke ve standardı ise 2017 tarihli A.P, Garcon ve Nicot- Fransa kararında netleştirir: Tanınma hakkı hiçbir şekilde tıbbi operasyonlara bağlanamaz. Aksine her türlü düzenleme hak ihlali anlamına gelir<sup>4</sup>.

### Türkiyeli Hakimler ve Trans Adaleti Mümkün mü?

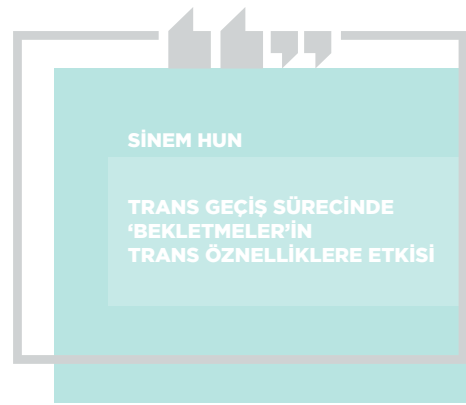
Bu son bölümde ise, başat uygulayıcı aktör olan hâkimin kültürel havzası ve keyfiliğinin süreci, trans başvuru aleyhine veya lehine nasıl değiştirebildiğine kısaca değinilecek ve trans geçiş adaletinin nasıl sağlanabileceğine dair üç önemli önerme yapılacaktır.

Trans Danışma Merkezi Derneği 2013 yılında Ankara'da kurulmuş bir dernek olup, sadece geçiş süreci çalışmaktaydı; ancak Dernek, çeşitli nedenlerden 2015 yılı itibariyle çalışmalarına son vermek

<sup>2</sup> Anayasa Mahkemesi, E: 2015/79, K: 2017/164, 29.11.2017. (Resmi Gazete tarihi: 20.03.2018, sayı:30366), <http://kararlar.yeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0c609e7e-58be-45f4-97b0-470caa6f3777?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

<sup>3</sup> Y.Y- Türkiye, başvuru numarası:14793/08, 2016. Ayrıca bkzn: <https://strasbourgobservers.com/2015/04/24/the-y-y-v-turkey-case-and-trans-individuals-gender-recognition/>

<sup>4</sup> A.P, Garcon ve Nicot - Fransa, başvuru numaraları: 79885/12, 52471/13, 52596/13, 6 Nisan 2017.



durumunda kalmıştır. Dernek, kapanmış olmasına karşın, trans geçiş süreci ve adalete erişim konusunda istatistik veri tutup, raporlama yapan ender derneklerden olmuştur. Derneğin, Ocak 2015 itibariyle izlediği 56 “cinsiyet değiştirme” davası üzerinden elde ettiği veriler, hâkim tavrı ve algısını anlamak açısından oldukça enteresandır<sup>5</sup>: Bu verilere göre, hâkimlerin %77’si TMK 40. Maddenin “olmazsa olmaz” olarak gördüğü koşulların bazılarını uygulamayarak başvuru lehine karar verirken, geriye kalan %23’lük kısım, maddeyi olduğu gibi “sert ve dar” bir biçimde yorumlamayı tercih etmiştir<sup>6</sup>. Bu veriden yola çıkarak, uygulayıcı aktörlerin, yani hâkimlerin de maddenin öngördüğü şartları “adil” ve “insani” bulmadıkları çıkarımında bulunabiliriz.

O halde Türkiye’de insan haklarına uygun bir trans geçiş adaleti nasıl sağlanabilir?

Öncelikle, yukarıda değinilen beklenteleri ya ortadan kaldırmak ya da temel haklar çerçevesinde “aklılaştırmak” gerekir. Bu konuda sunulabilecek üç önemli öneri şunlar olabilir:

-Dünya’da geniş ölçeklerde kampanyası da yapılan, *transeksüalite*’nin hastalık olarak değil, bir varoluş biçimi olarak kabul edilmesi, psikiyatrik süreçlerin trans bireyi, ailesi ve çevresini güçlendirici hizmetler olarak yeniden dizayn edilmesi ve bu hizmetlere erişimde ayrımcılığın ortadan kaldırılması;

-Geçiş sürecinin 18 yaş sınırından ve medeni halden bağımsız olduğunun algılanması ve tüm kamunun bu süreçteki çatışmaları minimuma indirmek için trans birey ile tam ve bütüncül bir iş birliğine girmesi;

-Sürecin bir parçası olarak dayatılan genital organ ameliyatı şartlarının derhal kaldırılması ve bunların yerine trans başvurusunun beyanı ve iradesiyle at başı giden yasal tanıma sistemine geçilmesi<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Bu veriler, Anayasa Mahkemesi’nin 20.03.2017 tarihinde açıklanan ‘üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının’ iptali kararından önce toplanmış olduğundan sahadaki durum ve rakamların değiştiği öngörülmektedir. Ancak, bu konuda yapılan yeni bir saha çalışması olmadığı için herhangi bir istatistik veri paylaşmak ne yazık ki mümkün değildir.

<sup>6</sup> Daha fazla bilgi için: [www.t-der.org](http://www.t-der.org) sitesi ziyaret edilebilir.

<sup>7</sup> Aslında bu son öneride, son beş yılda dünyada çok önemli gelişmeler yaşanmaktadır. 2017 yılı itibariyle, dünyada 16 ülke beyan usulüne dayalı tanıma sistemine geçmişken, 9 ülkede de yasal düzenlemeler ve çalışmalar devam etmektedir. Türkiye’nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi’ne üye 45 ülkeden 12’si beyan usulünü kabul etmiş ve herhangi bir tanı konma şartı aramamaktadır. Özellikle Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde yürütülen yoğun kampanyacılık, lobicilik ve savunuculuk çalışmaları göz önüne alındığında bu sayının önümüzdeki yıllarda artması kaçınılmazdır. Daha fazla bilgi için bkz: [www.tgeu.org](http://www.tgeu.org)

HATİCE DEMİR

TRANS ERKEKLERİN  
CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİNİN  
HUKUK PRATİĞİNDEKİ  
YANSIMALARI

## Özet:

Aşağıdaki yazıda kanun maddesini açıklamak/ eleştirmek gibi işlere girişmeden, trans erkekler özelinde cinsiyet değişikliği ameliyatı izni (TMK 40/1) ve nüfus kayıtlarında cinsiyet hanesinin değiştirilmesi (TMK 40/2) davalarında pratikte karşılaşılan sorunlara ve avukatların kendilerine danışan trans erkeğin geçiş davasına bakmaya karar verdikten sonra aşama aşama hangi hususlara dikkat etmesi gerektiğine değinmeye çalışacağım. Transseksüellerin cinsiyet geçiş davaları aynı kanun maddesiyle düzenlenmiş olmasına rağmen trans kadınların ve trans erkeklerin dava sürecinin pratikte birtakım farklılıklar içermesinden ötürü, trans kadınların süreci aşağıdaki yazının konusu dışında kalacaktır.

## Giriş

Transseksüellerin geçiş davaları Türk Medeni Kanunu 40. maddesinde düzenlenmiş olup, bu maddenin geçmişi Bülent Ersoy Kanunu diye anılan düzenlemeye dayanmaktadır. Esasında yasa koyucunun gerek "Bülent Ersoy Kanunu" diye anılan düzenlemeyi gerekse bu düzenlemenin günümüzdeki yansıması olan TMK 40. maddeyi yaratma kaygısı, trans kadınların cinsiyet geçişine dair toplumsal talebi karşılamaktır. Dolayısıyla kanun maddesinin trans erkeklerin geçiş sürecini tam olarak kapsamadığı, pratikte yaşanan bazı sorunlarla ortaya çıkmaktadır. Aşağıdaki yazının temel gayesi hem LGBTİ+ aktivistlerine hem de alanda çalışan avukatlar başta olmak üzere tüm hukukçulara trans erkeklerin cinsiyet geçiş davalarında sık karşılaşılan sorunları açıklamak ve önleyici tavsiyelerde bulunmaktır.

### 1. Dava ikamesi öncesine dair notlar

TMK 40. maddeye dayalı dava(lar) açıldıktan sonra çıkabilecek sorunlara geçmeden önce, cinsiyet değişikliğine izin davasının trans öznenin geçiş sürecinin hangi aşamasındayken ikame edilmesi gerektiği hususuna değinmekte fayda görüyorum. Trans erkeklerin geçiş sürecinin hukuku ilgilendiren boyutu, esasında trans erkeğin bir eğitim araştırma hastanesinde psikiyatriden randevu almasıyla başlamaktadır. Trans erkek davacı, davasını hastane sürecinin en başında açabileceği gibi, psikiyatrinin kendisini dava açmaya yönelttiği tarihte de açabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus gerek izin davası gerek geçiş davasında, davanın temelini oluşturan sağlık kurulu raporunun hangi sürede hazırlanabileceğidir. İstanbul'daki hastanelerde psikiyatri uzmanları çoğunlukla trans erkeğin endokrine sevkinden itibaren 6 ay geçmesini ve 6 aylık hormon kullanımı sonrası dava için gerekli olan sağlık kurulu raporunu düzenleyeceklerini söylemektedirler. Kişinin sürecini devam ettirdiği hastanenin psikiyatri uzmanı, bu raporun ne kadar sürede hazırlanabileceğine ilişkin danışanını genellikle yönlendirir. Davanın sürüncemede kalmaması ve duruşmanın ertelenmemesi bakımından, trans erkeğin hangi hastanede sürecini devam ettireceğine ve o hastanenin sağlık kurulu raporunu nasıl oluşturduğuna, ortalama ne kadar sürede temin edebileceğine ilişkin bilgi sahibi olmakta yarar vardır.

\*Yazı, yazar tarafından Kasım 2017 tarihinde yayınlanmak üzere teslim edilmiş olup, yapılan açıklamalar bu tarih itibarıyla geçerlidir.

\*\*Avukat, İstanbul Barosu, SPoD Hukuk Danışmanı

Nihayetinde bazen davayı açıp mahkemenin sevk müzekkeresiyle hastane sürecini başlatmak zaman kazanmaya ve hastanedeki bürokrasiyi daha hızlı aşmaya yol açsa da bazen psikiyatrik sürecin tamamlanmasını ve psikiyatrin "dava sürecini başlatabilirsin" komutunu beklemek dosyanın sürüncemede kalmaması açısından faydalı olabilmektedir.

Yine dava açılışı sonrasına geçmeden önce hatırlatmayı faydalı gördüğüm bir husus, trans geçiş süreci davalarında avukata çıkarılacak vekaletnamenin özel yetkili vekaletname olması gerektiğidir. Zira HMK madde 74'ün "Davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren haller" başlığı altında düzenlediği "Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; ... hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez." maddesi gereğince, vekaletnameye açıkça "cinsiyet geçiş ve isim davaları" yahut "nüfusa karşı açılacak davalar" vb. şekillerde özel yetkiyi ekletmek gerekmektedir.

## 2. Dava sürecine dair notlar

### 2.1. Görevli ve Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

#### 2.1.1. "Cinsiyet Değişikliğine İzin" Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme

Cinsiyet değişikliğine izin davası, TMK 40/1 maddesinde düzenlenen, kişinin cinsiyet değişimi için olması gereken ameliyatlara mahkemenin izin vermesi talepli davadır. Trans erkek geçiş davalarında bu izin mastektomi (meme aldırma) ve histerektomi (rahim aldırma) ameliyatlarını kapsamaktadır. Translar Türkiye'de özel hastanelerde mastektomi ameliyatını mahkemenin izin kararı olmaksızın da yaptırabilirken, rahim operasyonu için muhakkak mahkeme kararı aranmaktadır.

Cinsiyet değişikliğine izin davasında yetkili mahkeme davacının yerleşim yeri mahkemesi olup, görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olmasına rağmen pratikte dosyalar sulh hukuk mahkemeleri ve asliye hukuk mahkemeleri arasında gidip gelebilmektedir. Bu kafa karışıklığının sebebi, izin davasının hasımsız bir dava mı olduğu yoksa Nüfus Müdürlüğü'nün davalı olduğu bir çekişmeli dava mı olduğu yönünde fikir birliğinin olmamasındandır. Her ne kadar Yargıtay bu konuda görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğunu ve Nüfus Müdürlüğü'nün davalı olarak gösterilmesi gerektiğini belirtmişse de özellikle dosyayı başından atmak isteyen hakimler tarafından yine de görevsizlik kararıyla dosyadan el çekilebilmektedir. Bu durum, transların cinsiyet kimlikleri yüzünden sürekli mağdur olma ve fobiye maruz kalma ihtimalleri sebebiyle kaybedecek zamanları olmaması göz önüne alındığında, davacıların telafisi imkânsız mağduriyetlerine yol açtığından muhakkak dava dilekçesine Yargıtay içtihatları eklenmeli, gerek görülürse hakimle tensip hazırlanmadan görüşülmelidir.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Dava, davacının cinsiyet değişikliğine izin istemine ilişkindir.5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 36. maddesinin 1/a bendinde, nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davalarının düzeltmeyi isteyen şahısların yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılacağı hükme bağlanmıştır. Davacının talebinin çekişmesiz yargı kapsamında olmadığı, adı geçen Kanun maddeleri uyarınca asliye hukuk mahkemesinde görüleceği Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25/12/2013 gün ve 2013/18-464 E. - 2013/1698 K. sayılı ilâmiyle da benimsenmiş olup, bu nedenle 5490 sayılı Kanunun 36/1-a ve b maddesi kapsamında olan uyuşmazlığın asliye hukuk mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, E. 2015/16222 K. 2016/5 T. 11.1.2016.

### 2.1.2. "Nüfus Sicilinde Cinsiyet Hanesinin Düzeltilmesi" Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme

Cinsiyet hanesinin düzeltilmesi davası TMK 40/2 maddesinde düzenlenen, davacının nüfus cüzdanında "kadın" olarak belirtilen cinsiyetinin "erkek" olarak düzeltilmesi talepli davadır. Bu davada da yetkili mahkeme davacının yerleşim yeri mahkemesi olup, görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Yine bu davada da Nüfus Müdürlüğü davalı olarak gösterilmelidir. Yukarıda bahsettiğimiz karışıklık burada talebin direk Nüfus Müdürlüğü'ne yöneltilmiş olmasından dolayı pek yaşanmamaktadır.

### 2.2. TMK 40/1 ve TMK 40/2 Maddelerine Dayanan Davaların Birlikte Açılması Hakkında

Bilindiği üzere görevli ve yetkili mahkemenin aynı olduğu ve taleplerin birbirine bağlı olduğu davaların tek dava dilekçesiyle açılması davacıyı fazladan dava açılış masrafı ödeme külfetinden kurtarmaktadır. Burada da bu iki davanın birlikte açılmasında ve dava dilekçesinin sonuç kısmında öncelikle cinsiyet değişikliğine izin kararının verilmesi ve devamında dosyanın bekletilmesi, davacının ameliyat sonrası raporuyla geldiğinde dosyanın tekrar işleme alınması ve bu defa kimlikteki cinsiyet hanesinin değiştirilmesine karar verilmesini talep etmekte bir sakınca yoktur. Fakat pratikte izin kararı alındıktan sonra hastanelerin yoğunluğundan dolayı ameliyat sürecinin uzaması ihtimali ve/veya hâkim tarafından dosyanın tefrik edilmesi halinde cinsiyet hanesinin değiştirilmesi dosyasının sürüncemede kalması sebebiyle bu yolu tavsiye etmediğimi belirtmek isterim.

### 2.3 TMK 40/1 ve TMK 40/2 Maddelerine Dayanan Davalarda Sağlık Kurulu Raporu ve Devamındaki Gelişmeler Hakkında

#### 2.3.1 "Cinsiyet Değişikliğine İzin" Davasında Sağlık Kurulu Raporu

Cinsiyet değişikliğine izin davasında, hâkim tensip zaptıyla davacıyı bir Eğitim Araştırma Hastanesine sevk etmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, davacının zaten süreç takibinin yapıldığı ya da süreci için tercih ettiği bir hastane varsa dava dilekçesinde bu belirtilmeli ve özellikle o hastaneye sevk istenmelidir. Bu talep, davacının başka bir hastanede süreci en baştan tanımadığı doktorlarla yürütmesi sakıncasını ortadan kalkacaktır. Yine bu noktada karşılaşılabilecek bir sorun, hâkimin davacıyı Adli Tıp Kurumu'na sevk etmesi olabilir. Maalesef ki pratikte hakimlerin bu tip davalarda tecrübesiz ve/veya önyargılı olması böyle basit hatalara sebep olmakta ve davacının boş yere zaman kaybetmesine yol açabilmektedir. Böyle bir durumda muhakkak ara karardan rücu talep edilmeli ve kanun maddesi hatırlatılarak eğitim ve araştırma hastanesine sevk istenmelidir. Zira TMK 40/1 maddesi "bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporu" ifadesiyle sürecin eğitim ve araştırma hastanelerinde yürütülmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir.

Mahkeme hastaneye yazdığı sevk yazısında "davacının transseksüel yapıda olup olmadığını, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olup olmadığını ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunup bulunmadığının bir sağlık kurulu raporuyla belgelenmesini" istemelidir. Sevk müzekkeresi davacı tarafından elden alınıp sürecini takip eden psikiyatri uzmanına götürülmekte ve sağlık kurulu raporu psikiyatristin yönlendirmesiyle toplamda 6 bölümün uzman hekimlerinin kontrolü ve

imzasıyla şekillenmektedir. Raporunda muhakkak davacının transseksüel yapıda olduğu ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğu belirtilmelidir. Sevk müzekkeresinde sorulan "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunup bulunmadığı" sorusuna raporda "üreme yeteneğinden GEÇİCİ olarak yoksundur" şeklinde cevap verilmektedir. Bunun sebebi, davacının henüz yumurtalık ve rahim aldırma ameliyatını olmamış olması ve hormon kullanımının üreme yeteneğinden geçici yoksunluk yaratıyor olmasıdır. Pratikte raporun bu kısmı hakimlerin kafasının karışmasına sebep olabilir. Bu durum hâkimde tereddüt yaratırsa, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluğun ancak rahim ve yumurtalık aldırma ameliyatından sonra gerçekleşebileceği ve zaten huzurdaki davanın da bu ameliyata izin verilmesi için açıldığı; şu aşamada hormon kullanımıyla ancak GEÇİCİ yoksunluğun belgelenebileceği hâkime anlatılmalıdır.

### 2.3.2 "Nüfus Sicilinde Cinsiyet Hanesinin Düzeltilmesi" Davasında Sağlık Kurulu Raporu

Cinsiyet değişikliğine izin davasının kabulü sonrası yumurtalık ve rahim aldırma ameliyatını olarak gelen trans erkek, cinsiyet hanesinin düzeltilmesi davasında yine ilk davadaki gibi tensiple eğitim araştırma hastanesine sevk edilir. Burada da süreç yukarıda anlattığımız gibi şekillenmektedir. Bu defa mahkeme sevk müzekkeresinde davacının "amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini, üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olup olmadığını" sormaktadır. **Pratikte trans erkeklerde cinsiyet geçiş davalarının en zorlayıcı kısmı bu noktada başlamaktadır.** Bazı mahkemelerce kanun maddesindeki "amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı" ifadesi, davacının penis yaptırması gerektiği ve dolayısıyla penis ameliyatını da olmuş olması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır. Bu yorum esasında cinsiyet kimliğinin cinsel organla doğrudan ilişkili olduğu şeklindeki dikatomik ve geri kalmış fikre dayanmaktadır.

Elimizdeki eser sayıda karardan anladığımız üzere Yargıtay davacının yumurtalık ve rahmini aldırdıktan sonra penis ameliyatı olmamış olmasını davanın reddi sebebi saymamakta, davacıya penis yaptırmak için süre verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Fakat penis ameliyatı olmak istemeyen ya da koşullardan dolayı olamayan trans erkeğin, yumurtalık ve rahim aldırma ameliyatından sonra hala kimlikteki cinsiyet hanesinin değiştirilmemesi hukuka ve hakkaniyete sığmamaktadır. Kaldı ki kanun lafzındaki "amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı" ifadesinden penis yapma zorunluluğu çıkarılması zorlama bir yorumdur. Bu sebepten ne Yargıtay'ın bahsi geçen geçmişte kalmış kararı ne de hakimlerin tavırları umutsuzluk yaratmamalıdır.

Davacı trans erkeğin penis ameliyatı olması şartını arayan mahkemelerin çoğunun, penis ameliyatının zorlukları hakkında fikir sahibi olmadığı unutulmamalıdır. Burada hâkime penis ameliyatlarının devlet hastanesinde yapılırsa dahi bıçak parası adı altında çok yüksek meblağlara mal olduğu, Türkiye'de penis ameliyatı yapacak uzman bulmanın güçlüğü, yapılan az sayıdaki penis ameliyatlarının çoğu zaman başarılı sonuçlanmadığı, penis ameliyatı sonrası kişilerde kalıcı hasarlara sebep olabileceği anlatılmalıdır. Bu açıklamalar örnek ameliyat fotoğraflarıyla desteklenmeli; kişilerin bu ameliyat sonrası maruz kaldıkları hasarın da ayrıca psikolojik travmalara da sebep olabileceği hatırlatılmalıdır. Ayrıca penis ameliyatı olmanın üremeden sürekli yoksunlukla bir ilgisi olmadığı; histerektomi ameliyatı sonrası zaten davacının hormon kullanmayı bıraksa dahi

HATİCE DEMİR

TRANS ERKEKLERİN  
CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİNİN  
HUKUK PRATİĞİNDEKİ  
YANSIMALARI

artık üreyemeyeceği de hâkime açıklanmalı, gerekirse alanda çalışan uzman hekimlerden bu konuda görüş alınarak dava dosyasına sunulmalıdır. Bütün bu açıklamalara ek olarak elbette AİHM içtihatlarının ilgili kısımları da dosyaya eklenmelidir.<sup>2</sup>

Değinmeden geçemeyeceğim bir nokta ise, Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesi hakiminin cinsiyet geçiş ameliyatlarında “üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk” şartının anayasaya aykırılığının incelenmesi için Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvurudur. Bu başvuru gerek translar gerek alanda çalışan hukukçular gerekse de tüm insan hakları aktivistleri için çok büyük önem taşımaktadır. Başvurunun kabulü halinde cinsiyetin beyan usulü ile tanınmasını mümkün kılacak yasal düzenlemelerin önü açılacaktır. Yine dava sürecinde nüfus kayıtlarında cinsiyet hanesinin değişikliği için penis ameliyatı şartı arayan hâkime bu başvuru da hatırlatılarak davanın kabulüne karar verilmesi talep edilmelidir.

Maalesef ki trans erkeklerin geçiş davaları ülkemizde hala bir standarda oturmduğundan aslında her dava dosyası hem dosyaya bakan hâkim hem de dosyayı yürüten avukat için yeni bir deneyimdir. Bu deneyimi inşa sürecinde transfobi ve bilgisizlik bazen yıldırıcı boyutlara ulaşsa da profesyonellikten taviz vermeden yapılan aktivizmin, sonuç menfi olsa dahi hukuk tarihinde bir iz bırakacağı unutulmamalıdır.

<sup>2</sup> AİHM içtihatları çerçevesinde trans geçiş süreci başlı başına başka bir yazının konusu olabileceğinden burada ayrıntılarına girilmemiştir.

HİLAL BAŞAK DEMİRBAŞ

DEVLETİN İKİLİ CİNSİYET  
SİSTEMİNİ YENİDEN  
ÜRETME ARACI OLARAK  
“YASAL CİNSİYET” ve  
CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİ

## Özet

Türkiye’deki hapishaneler Türk, Sünni, heteroseksüel ve sağlam kişilere göre inşa edilmiş yapılardır. Bu kurgunun içerisinde yer alamayan öznelerin ihtiyaçları ya görünmezdir ya da her an ihlal edilmeye açıktır. Söz konusu lezbiyen, gay, biseksüel, trans ve interseksler (LGBTİ) olduğunda ise anayasal bir korumanın olmayışı yapısal sorunlarla birlikte birçok ayrımcılığa ve kötü muameleyle ortam hazırlar. Bu yazıda Ceza İnfaz Sisteminde Sivil Toplum Derneği (CİSST)/Türkiye Hapishane Çalışmaları Merkezi (TCPS)’nin<sup>1</sup> hapisteki LGBTİ’lere ilişkin çalışmaları esas alınarak, Türkiye hapishanelerindeki LGBTİ mahpusların genel durumu, trans mahpusların cinsiyet geçiş süreçlerini başlatıp devam ettirebilmelerinin yasal koşulları ve süreçte yaşanan sorunlar tartışılacaktır. Trans geçiş sürecine dair bazı uluslararası yasal düzenlemeler aktararak konuya ilişkin önerilerde bulunulacaktır.

## Giriş

Türkiye’de LGBTİ’ler, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliklerinden kaynaklı eğitim, çalışma hayatı, sağlık ve sosyal hizmetlere erişim konusunda sorunlar yaşamakta, anayasal korumanın olmaması sebebiyle de birçok ayrımcılık ve kötü muamele ile karşılaşmakta, hak ihlallerine maruz kalmaktadırlar. LGBTİ’lerin dışarıda yaşadıkları tüm problemler söz konusu hapishaneler olduğunda da katlanarak yaşamaya devam etmektedir. Oysaki cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği açıkça tanımlanmasa da Anayasanın 10. Maddesi ve Türkiye Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzükte<sup>2</sup> içerilen herkesin kanun önünde eşit olduğuna dair vurgu, ayrımcılık yaşanmasının önünde engeldir. Yogyakarta İlkeleri’nde bahsedildiği gibi “özgürlüğü kısıtlanan herkese insanca ve insan kişiliğinden ayrılmaz haysiyetine saygıyla davranılmalıdır. Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği, herkesin haysiyetinin tamamlayıcı bir parçasıdır.”<sup>3</sup>

## I. LGBTİ Mahpuslar ve Cinsiyet Geçiş Süreci

Türkiye hapishanelerindeki LGBTİ mahpuslardan bahsettiğimizde tüm öznelere eşit şekilde ulaşmanın mümkün olmadığını öncelikle belirtmek gerekir. Hapishanelerde sorunları ve sayıları öğrenilebilen mahpuslar ağırlıklı olarak trans kadınlar ve eşcinsel erkeklerdir. Bu duruma sebep olan temel unsur hapishaneye giriş aşamasında yerleştirmeyi etkileyen görünürlüktür. Türkiye hapishanelerinde trans kadınlar, cinsiyet geçiş sürecini tamamlayıp resmi kadın kimliğine sahip olmadıkları sürece kadın hapisanesine yerleştirilmemektedir. Erkek hapishanelerine götürülen trans kadın ve açık kimlikli eşcinsel erkekler de, heteroseksüel erkeklerle aynı koşullara konmamaktadır. Bununla birlikte cinsiyet geçiş sürecini tamamlayarak resmi erkek kimliği almış olmayan trans erkekler kadın hapishanelerine yerleştirilmektedir.

Hapishanelerde ayrımcılık, şiddet, aşağılanma ve cinsel tacize en çok maruz kalan gruptan biri LGBTİ mahpuslardır. Ulusal mevzuatta LGBTİ mahpusların özel ihtiyaçlarına yönelik bir politika

\* Yazı, yazar tarafından Kasım 2017 tarihinde yayınlanmak üzere teslim edilmiş olup, yapılan açıklamalar bu tarih itibarıyla geçerlidir.

\*\* Ceza İnfaz Sisteminde Sivil Toplum Derneği / Türkiye Hapishane Çalışmaları Merkezi Yönetim Kurulu Üyesi.

Değerli katkıları için İdil Aydınoglu’na teşekkür ederim.

<sup>1</sup> CİSST/TCPS hapishanelerindeki LGBTİ’lerin durumunu mektuplaşma aracılığı ile takip etmekte, yaşanan hak ihlallerini çeşitli kurumlara yaptığımız insan hakları başvuruları ile asgariye indirmeye çalışmakta, güncel verilere ve bilgilere ulaşmak için bilgi edinme başvuruları yaparak alanın bilgisini üretmekte, LGBTİ ve insan hakları odaklı çalışan STÖ’ler ve aktivistlerle sorunların çözümü için işbirliği yapmakta, politika yapıcılarına iletmekte ve ilgili kurumlar ile hapishane idareleriyle çalışma yollarını açmaya çalışmaktadır.

<sup>2</sup> “Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kurallar hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefi inanç, milli ve sosyal köken ve siyasi veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanır. Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onuru kırıcı davranışlarda bulunulamaz” <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/04/20060406-1.htm> Erişim Tarihi: 6.11.17

<sup>3</sup> <http://www.yogyakartaprinciples.org/principle-9/> Erişim Tarihi: 6.11.17

olmamasının yanı sıra idari personel, ceza infaz memurları ve sosyal çalışmacıların eğitimine dönük program oldukça yetersizdir.<sup>4</sup>

Hapishanelerin durumuna ilişkin güncel ve sayısal verilere ulaşmak zorken konu LGBTİ mahpuslar olduğunda bu durum daha da güçleşmektedir. Sıklıkla yapılan bilgi edinme başvuruları ve soru önergeleri ile sınırlı da olsa LGBTİ mahpusların sayılarına ve hangi hapishanelerde olduklarına dair bazı bilgilere ulaşılmıştır. Örneğin 2014 yılında CİSST/TCPS'in bilgi edinme başvurusuna verilen cevapta Türkiye hapishanelerinde 95 LGBTİ mahpus olduğu bilgisine ulaşılmışken, 20 Ocak 2016 tarihinde Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'ne yapılan ziyarette bu sayının 137 olduğu söylenmiştir. 2016 ve 2017 yıllarında yapılan bilgi edinme başvurularında da Türkiyeli LGBTİ mahpusların kaçının hangi hapishanelerde tutulduğu, yabancı uyruklu LGBTİ mahpusların sayısı ve hangi hapishanelerde tutulduğu sorulmuş fakat sorular cevapsız bırakılmıştır. 14 Kasım 2018 tarihinde TBMM İnsan Hakları Komisyonu toplantısında Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürü Şaban Yılmaz 200'e yakın LGBTİ mahpus olduğunu ve bir transın cinsiyet geçiş ameliyatını yaptırdıklarını söylemiştir.<sup>5</sup> Edinilen verilerde trans mahpusların özgün durumlarına ilişkin soruların yanıtız bırakılması bu konularda mekanizmaların yaratılmasının önünde bir engeldir.

Trans mahpusların erkek/kadın hapishanelerine yerleştirilmeleri birçok yapısal sorunu beraberinde getirir.<sup>6</sup> Bu sorunlara ek olarak hapishanenin yarattığı sınırlılık ve prosedürlerin işleyişi cinsiyet geçiş sürecine başlayan veya devam ettirmek isteyen mahpuslar için yıpratıcı olabilmektedir. Trans mahpuslar, hapishanede kaldıkları dönemde cinsiyet geçiş sürecinin başlatılması, önceden başlamış olanların sürecine devam edebilmesi, estetik masraflarının karşılanması ve hormon ilaçlarına erişim gibi konularda sıkıntılar yaşayabilmektedir.

Çeşitli tarihlerde yapmış olduğu bilgi edinme başvurularında CİSST/TCPS, Türkiye Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevlerinde hormon kullanan kaç LGBTİ mahpus olduğunu ve kullandıkları hormon ilaçlarının isimlerini sormuştur. Bu başvuruların bazıları cevapsız bırakılırken bazılarında "Söz konusu başvuruda talep edilen bilgiler özel bir çalışma, araştırma ve inceleme gerektirdiğinden yerine getirilmemiştir" denmiştir. Ayrıca cinsiyet geçiş süreci için talepte bulunan ve sürecini başlatan kaç trans mahpus olduğu, hangi kurum ve kuruluşlara nasıl başvurabilecekleri ve kaç tutuklu ve hükümlünün kaldığı süre zarfında ameliyatını tamamladığı sorulduğunda aynı gerekçelerle ya yanıt verilmemiş ya da Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesinde yer alan hüküm ile cevaplandırılmıştır.<sup>7</sup> Ek olarak "Ceza İnfaz Kurumları'nda bulunan hükümlü ve tutukluların sağlıklarının korunmasının, teşhis ve tedavilerinin yapılmasının ve sağlığa erişim hakkının kolaylaştırılması ve korunmasının çağdaş infaz anlayışının temel unsurlarından olduğu açıktır" sözleriyle belirtilmiştir.

Bakanlık cevaplarında mahpus transların dışarıdaki translarla aynı haklara sahip olduğunu belirtmiş fakat hapishaneler özelinde bu hakların nasıl uygulanacağı hakkında diğer bir deyişle prosedürler ve başvuru dilekçeleri gibi konularda detaylı bilgilendirme yapmamıştır. Bu durum hapishanede geçiş

<sup>4</sup> Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, özel ihtiyaçları olan mahpuslarla ilgili olarak son yıllarda çalışmalar yürütmeye başlamıştır. Son olarak 2015 yılında basılı yayın haline getirilen YARDM adlı çalışmada LGBTİ mahpuslara da kısmen yer verilmiştir. Bu girişimler olumlu olsa da bu çalışmaların henüz yetersiz olması ve STÖ'leri bu sürece dahil etme konusundaki eksiklik nedeniyle eleştirilmiştir.

<sup>5</sup> <http://www.pembehayat.org/haberler/detay/1973/tbmm-insan-haklari-komisyonursquonda-mahpus-lgbtirsquoler-brifingi> Erişim Tarihi: 16.11.18

<sup>6</sup> LGBTİ mahpusların özel ihtiyaçlarına daha ayrıntılı bakmak için bkz: Demirbaş, Hilal Başak, "Türkiye Hapishanelerinde LGBTİ Mahpus Olmak", TCPS Kitaplığı, İstanbul, 2016.

<sup>7</sup> "Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olur cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyat gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmelerinin yapılmasına karar verilir."

sürecine başlamak isteyen mahpusa hapisane personelinin ne gibi yönlendirmeler yapacağını bilmediğini de ortaya koymaktadır. Geçiş sürecine ilişkin trans mahpusların insan hakları ve LGBTİ alanında çalışan derneklere başvuru içerikleri ve yoğunluklarından da anlaşılacağı gibi hapisane idarelerinin ve sosyal çalışmacıların konu özelinde bilgilerinin yetersiz ve yönlendirebilecekleri kanalların sınırlı olduğunu söylemek mümkündür.

Trans hükümlüler ve tutuklular hapisanede cinsiyet geçiş sürecini başlatmak için çeşitli aşamalardan geçmektedir. Hükümlü trans mahpuslar kendilerine atanacak vasi ile hukuki süreci yürütebilmekte, tutuklular ise avukatlarına hapisaneye düzenli gelen noterler aracılığı ile vekâlet verebilmektedir.<sup>8</sup> Bununla birlikte vasi, dava açarak süreci yürütebileceği gibi avukata vekâlet vererek işlemleri devredebilmekte, trans mahpusun kimsesi yoksa hapisane idaresine başvuruda bulunarak Baro'dan atanan avukat ile sürecini yürütebilmektedir.

Avukatlardan ve LGBTİ mahpuslardan gelen bilgiye göre süreç şu şekilde işlemektedir: geçiş sürecini başlatmak isteyen trans mahpus, öncelikle durumunu hapisanenin revir doktoruna aktarmakta, hormon kullanmaya başlamakta<sup>9</sup>, revir doktoru hastanelerin psikiyatri servisine mahpusun sevkini yapmakta ve psikiyatri bölümü gerekli tetkiklerden sonra çeşitli anabilim dallarından alınan imza ile sağlık raporu hazırlamaktadır. Bu raporlarda geçiş süreci için bir engel görülüyorsa hapisane reviri doktoru ve kurum müdürlüğü, durumun aktarıldığı bir yazı yazarak mahpusun Sağlık Kurulu'na çıkmasını sağlamaktadır. Trans mahpusun ameliyat masrafları "ruh sağlığı açısından cinsiyet değişikliği ameliyatı zorunludur" kararı verilmesi dahilinde devlet tarafından karşılanır. Aksi takdirde tüm masrafların mahpus tarafından karşılanması beklenilmektedir.

CİSST/TCPS'e gelen mektupların bazılarında, cinsiyet geçiş ameliyatı için sağlık raporu alması ve prosedürleri tamamlamasına rağmen Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nden gelen ret cevabından bahsedilmiştir: "Cinsiyet geçiş ameliyatının yapılması işleminin hayati öneme haiz olup olmadığı, gerekli tıbbi müdahalenin yapılmadığı takdirde infaz süresince yaşantısı için tehlike durumu oluşturup oluşturmadığı hakkında sağlık kurulu raporu alınarak Genel Müdürlüğe gönderilmesi (...)" "Hayati öneme haiz olması" tanımının belirsiz olduğunu ve sağlık raporu verecek kurulun inisiyatifini öncelediğini söylemek mümkündür. Tahliyesine az süre kalan trans mahpuslara sıklıkla verilmesi de bu cevabın tartışılması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Türkiye hapisanelerinde tutulan hiçbir insanın doktorunu, tedavi veya operasyon tarihini, daha da önemlisi ilacını belirleyebilme hakkı yoktur. Hangi tarihte, hangi hastaneye sevk edilmişse oraya gitmek ve hangi ilaç yazılmışsa onu kullanmak zorundadır. Bu yaptırım trans mahpuslar için daha da yakıcı sorunlara yol açmaktadır. Mahpuslar, geçiş süreçlerine dair hiçbir bilgisi olmayan doktorlarla yüz yüze gelmekte<sup>10</sup> epilasyon ve silikon gibi bazı sağlık ihtiyaçları "estetik" olarak görüldüğü için karşılanmamakta<sup>11</sup>, sağlık masraflarını kendilerinin karşılaması beklenmekte, hatta seçme hakları tanınmadığı için yan etkileri olan hormon ilaçlarını kullanmak zorunda kalabilmektedir.

Maddi imkânlardan yoksun olan trans mahpuslar hapisanelerinin bulunduğu şehirlerdeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Kurumları'na başvurarak maddi destek talep edebilmekte fakat aldıkları

<sup>8</sup> "Türkiye Hapisanelerinde Cinsiyet Geçiş Süreci", **Cinsiyet Geçiş Kılavuzu** içinde, Der. Fırat Söyle, Hilal Başak Demirbaş, Seven Kaptan ve Sinem Hun, Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, İstanbul, 2017, S.37.

<sup>9</sup> Gelen mektuplarda bazı trans mahpusların gereğinden fazla hormon ilacı temin edebildiğini bazılarının ise ihtiyacı olduğu halde hormon kullanmasına izin verilmediğini görmekteyiz. Hapishaneden hapisaneye, doktordan doktora bu uygulamalar değişebilmektedir.

<sup>10</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki hapisane ve hastane arasında yapılan sevk işleminde trans mahpuslar sıklıkla güvenlikten sorumlu jandarmalar tarafından kötü muameleye maruz kalabilmektedir.

<sup>11</sup> Yapılan insan hakları başvurularında bu durum Ceza ve İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün "Hükümlülerin sağlık giderleri" başlıklı 120nci maddesinin üçüncü fıkrasında; "Herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tâbi olmayan hükümlünün, estetik amaçlı veya kurumdaki yaşantısının devam ettirmesine engel oluşturmaya şikâyetiyle ilgili tedavi giderleri kendisi tarafından karşılanır" hükmü ile açıklanmıştır.

maddi desteklerin sınırlı ve tek seferlik olması estetik masrafları ve epilasyonun karşılayamaz. Bu sebeple trans mahpuslar ihtiyaçlarını hapisanede kendi imkânları ile karşılamak zorunda kalmaktadır.

Türkiye’de trans bireylerin cinsiyet geçiş ameliyatlarını mahpus oldukları sürede yapabilmelerinin önu 2014 yılında açılmıştır. Bu ilk örnekte, hapisanede cinsiyet geçiş sürecine başlayan trans kadın çeşitli derneklerin desteği ve bireysel başvurularının neticesinde Bülent Ecevit Üniversitesi ve Marmara Üniversitesi’nde mahkum koğuşu açtırmış ve ameliyat olarak kadın hapisanesine sevkini sağlayabilmiştir. Bu süreçte, trans mahpus dışarıdaki transların olanaklarından faydalanamamıştır: Konu hakkında bilgi sahibi olan ruh sağlığı uzmanlarından ve LGBTİ derneklerinden bilgi ve destek alamamış, bireysel ve grup terapilerine katılamamıştır. Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü’nün yayınlamış olduğu 2016 yılındaki raporda<sup>12</sup> 1065 kanuni kadronun 675’inin dolu olduğu ve 297 mahpusa 1 psikolog düştüğü görülmektedir. Bu rakamlar günümüzde de trans mahpusların psikolojik destek ve danışmanlık alma imkânını tartışmalı kılmaktadır.

2017 Kasım ayı bilgilerine göre CİSST/TCPS’in mektuplaştığı trans mahpusların 38’i geçiş sürecinin çeşitli aşamalarındaki kişilerdir.<sup>13</sup> Gelen başvurular, geçiş sürecine dair bilgilendirme ve yönlendirme, silikon ve epilasyon, maddi yardım ve isim değiştirme dava talepleri olarak sıralanabilir. Mektuplaşılan trans mahpuslardan siyasi olanların ve hapisane kapasitesi gibi çeşitli gerekçelerle tekli hücrede tutulanların cinsiyet geçiş ameliyatını yaptırmalarının en önemli sebebi yaşadıkları tecrittir. Cinsiyet geçiş süreçlerini tamamlamaları resmi kimliklerini alarak diğer mahpuslar gibi kadın/erkek koğuşlarında kalmalarına ve aynı haklardan yararlanmalarına olanak sağlayacaktır. Yine ağırlaştırılmış müebbet translar cinsiyet normlarına uyduklarında -iyi halli olmaları koşuluyla- diğer mahpuslarla aynı havalandırmaya çıkabilecek ve havalandırma süreleri uzayabilecektir.<sup>14</sup> Diğer taraftan bu süreçlerin sorunsuz yürütüldüğünü söylemek de mümkün değildir.<sup>15</sup>

## II. Uluslararası Örnekler ve Öneriler

Trans mahpusların koşullarına dair uluslararası düzenlemelere bakıldığında, Avrupa Birliği’ne bağlı kurumların mevzuatlarında bu konuya ilişkin açık, eşitleyici ilkelerin olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca Kanada ve İskoçya’da benzer ilkeler uygulamaya konmuş olmakla birlikte, ABD’nin konuya ilişkin programlarının yetersiz olduğu söylenebilir.

Avrupa Konseyi’ne üye devletler tarafından taraf olunan 1965 yılında yürürlüğe giren Türkiye’nin de imzacısı olduğu Avrupa Sosyal Şartı’nın<sup>16</sup> 11. maddesi: “Herkes, ulaşılabilecek en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılacak her türlü önlemden yararlanma hakkına sahiptir” biçiminde düzenlenmiştir. Dünya Sağlık Örgütü’nün tanımına göre sağlık; fiziksel, zihinsel ve toplumsal refaha referans vermektedir. Yalnızca hastalığın veya sakatlığın yokluğu değildir.<sup>17</sup> Sağlık hizmetleri herkes tarafından erişilebilir olmalıdır ve Madde 11 dezavantajlı grupların sağlık haklarını kullanmalarını engelleyecek şekilde yorumlanamaz. Sağlık hizmetlerine erişim hakkı, sağlık hizmetlerinin maliyetinin, kısmen de olsa, toplum (devlet) tarafından bir bütün olarak ele alınmasını gerektirir. Bu, aynı zamanda, sağlık bakımının maliyetinin, birey için aşırı derecede ağır bir yükü

<sup>12</sup> Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü 2016 Yılı Faaliyet Raporu, [http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/raporlar/2016\\_faliyet\\_raporu.pdf](http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/raporlar/2016_faliyet_raporu.pdf) Erişim Tarihi 8.11.2017

<sup>13</sup> 38 trans mahpusun sadece 4’ü trans erkektir.

<sup>14</sup> 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 13.12.2014, Madde 25/c: “Risk ve güvenlik gerekleri ile iyileştirme ve eğitim çalışmalarında gösterdiği gayret ve iyi hâle göre; hükümlünün, açık havaya çıkma ve spor yapma süresi uzatılabileceği gibi kendisi ile aynı üniteye kalan hükümlülerle temasta bulunmasına sınırlı olarak izin verilebilir.”

<sup>15</sup> Mektuplaştığımız bir trans kadın cinsiyet geçiş sürecini tamamlaması ve kadın hapisanesine sevk edilmesine rağmen bir süre müşahede odasında tek başına tutulduğunu, kadınların koğuşuna aylar sonra geçtiğini belirtmiştir.

<sup>16</sup> Avrupa Sosyal Şartı, <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf>, Erişim Tarihi: 8.11.2017.

<sup>17</sup> <http://www.who.int/about/mission/en/>, Erişim Tarihi: 8.11.2017.

temsil etmemesini gerektirir. Bu nedenle, hastaların, özellikle de toplumun en dezavantajlı kesimlerinden gelen kişilerin mali yükünü azaltmak için adımlar atılmalıdır.<sup>18</sup>

Avrupa Hapishane Standartlarının<sup>19</sup> temel ilkeleri ikinci maddesinde “özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler, kendilerini mahkûm eden ya da tutuklayan bir karar ile hukuken ellerinden alınmayan bütün haklarını muhafaza ederler”, dördüncü maddesinde de “kaynakların eksikliği, mahpusların insan haklarını ihlal eden cezaevi koşullarını mazur gösteremez” denmektedir. Bu bağlamda kişilerin hapsedilmeleri halinde de sağlık hakkına sahip oldukları ve sağlık hakkı kapsamına giren geçiş sürecini gerçekleştirebilme haklarını korudukları kabul edilmelidir. Ayrıca Avrupa Konseyi standartlarına göre “mevzuatta ve uygulamada sağlık alanlarında cinsiyete dayalı yeniden tahsis tedavisine ve eşit muamele uygulanmasına erişim sağlanması” gerekmektedir. İnsan hakları komiserliği “cinsiyet değiştirme prosedürlerini, örneğin hormon tedavisinin, ameliyat ve psikolojik destek gibi transseksüel kişilerce ulaşılabilir yapılmasını ve bunların sağlık sigortası tarafından karşılanmasını” önermiştir.<sup>20</sup>

Kanada Cezaevi Sistemi trans mahpusların ayrımcılığa maruz kalmamaları için kurumsal politikalarını nasıl giyinmek istedikleri, hangi zamirleri ve ismi kullanmak istedikleri ve hangi hapishanelerde kalmak istedikleri yönünde genişletmiştir. Trans mahpusların diğer mahpuslarla aynı korumaya ve sağlık hizmetlerine erişebilmelerini taahhüt etmiştir.<sup>21</sup> Diğer taraftan İskoçya Hapishane Hizmetleri Birimi (Scottish Prison Service) ve İskoçya Eşitlik Ağı (Scottish Equality Network) Hapishanede Toplumsal Cinsiyet Kimliği ve Cinsiyet Geçiş Politikası'nı düzenlemiş ve yürürlüğe koymuştur. Ulusal Sağlık Hizmeti (*National Health Service*) işbirliğinde yürütülen bu çalışma ile mahpuslara dışarıda da erişebilecekleri sağlık hizmetlerine eşit bir hizmet programı düzenlenmiştir.<sup>22</sup>

Yukarıda örneklenen ilkeler ışığında düzenlemelerinin yetersiz olduğu söylenebilecek olan Amerika Birleşik Devletleri, 30 eyalette trans mahpusların hapishaneye girmeden önce tanı konulması zorunluluğuna ilişkin şartı kaldırmış ve hapishaneye girdikten sonra da hormon kullanabilme ve geçiş sürecini başlatabilme imkânını mahpusa vermiştir.<sup>23</sup> Bir diğer gelişmeye Kaliforniya'da rastlamak mümkündür. Ömür boyu hapis cezası alan Shiloh Heavenly Quine'in dava süreci ile birlikte ABD hapishanelerindeki trans mahpusların cinsiyet geçiş operasyonuna başvurmaları konusunda standartlar belirlenmiş ve San Francisco'da gerçekleşen ameliyat sonrasında ABD hapishanelerinde devletin finanse ettiği ilk cinsiyet geçiş operasyonu yapılmıştır.<sup>24</sup> ABD'deki Sylvia Rivera Hukuk Projesi isimli grup sağlık hizmetlerine ve cinsiyet geçiş süreci konusunda bilgiye erişemeyen düşük gelirli beyaz olmayan LGBTİ mahpuslara hukuki destek vermektedir.<sup>25</sup>

## Sonuç

Yukarıda örneklenen uluslararası düzenlemeler ışığında Türkiye özelinde atılması gereken adımlara dair önerileri şu şekilde özetlemek mümkündür:

<sup>18</sup> [https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/n\\_warner\\_ilga-europe.pdf](https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/n_warner_ilga-europe.pdf), Erişim Tarihi: 8.11.2017.

<sup>19</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Hakkında Rec (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı

<sup>20</sup> Transgender Persons And The Right to Protection of Healt Under Article 11 of the Social Charter, [https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/n\\_warner\\_ilga-europe.pdf](https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/n_warner_ilga-europe.pdf), ILGA EUROPE, S:10.

<sup>21</sup> <http://www.cbc.ca/beta/news/politics/federal-prisons-csc-transgender-inmates-1.3909504>, Erişim Tarihi: 8.11.2017.

<sup>22</sup> Algan, Ayşegül, *LGBTİ, Yabancı Uyruklu ve Engelli Mahpuslar İçin Uluslararası İyi Örnekler ve Öneriler*, **Hapishanede Engelli, Yabancı, LGBTİ Olmak** içinde, Der. Zeynep Alpar, TCPS Kitaplığı, İstanbul, 2015. S:203.

<sup>23</sup> Leff, Lisa, U.S. Prison Officials OK Hormone Treatments for Trans Inmates, <https://www.dallasvoice.com/u-s-prisons-officials-hormone-treatments-trans-inmates-1091438.html>, Erişim Tarihi: 8.11.2017.

<sup>24</sup> <https://lgbthapiste.wordpress.com/2017/11/01/hapishanede-cinsiyet-gecis-operasyonunu-karsilayan-ilk-eyalet-kaliforniya-oldu/>, Erişim Tarihi: 8.11.2017.

<sup>25</sup> Algan, Ayşegül, *LGBTİ, Yabancı Uyruklu ve Engelli Mahpuslar İçin Uluslararası İyi Örnekler ve Öneriler*, **Hapishanede Engelli, Yabancı, LGBTİ Olmak** içinde, Der. Zeynep Alpar, TCPS Kitaplığı, İstanbul, 2015. S:204.

- LGBTİ mahpusların hapisanelerde yaşadıkları hak ihlallerinin önlenmesinin yolu koruyucu politikaların oluşturulması ve ceza infaz sürelerinin insan onuruna uygun bir şekilde yaşamalarına yönelik stratejiler geliştirilmesi ile mümkündür.
- Hapishanelerin bilgiye erişim yollarının açılması ve LGBTİ ve insan hakları alanında çalışan derneklerin ürettiği çözümler ile Bakanlıkla ortak çalışmalar yürütmek yaşanan ayrımcılık, kötü muamele ve hak ihlallerini asgariye indirecektir.
- LGBTİ mahpusların hapisaneye giriş aşamasında cinsel yönelim ve cinsiyet kimliklerini diğer mahpuslarla paylaşıp paylaşmayacağı mahpusun tercihine bırakılmalı ve yerleştirme yapılırken mahpusun kaygıları ve görüşleri göz önünde bulundurulmalıdır.
- Trans mahpusların dışarıda erişebildikleri sağlık hizmetlerine hapsoldükleri süre içerisinde de erişmeleri sağlanmalı, cinsiyet geçiş süreçlerini hapisanede başlatabilmeli, başlatanlar ise sonuçlandırabilmelidir.
- Ayrıca cinsiyet geçiş süreci içerisindeki trans mahpusların uzman doktorların kontrolünde hormon ilaçlarına erişebilmelerinin ve ruh sağlığı hizmetinden faydalanabilmelerinin yolları açılmalıdır.

