

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TÜRK HUKUKUNDA VE AVRUPA İNSAN HAKLARI
MAHKEMESİ KARARLARINDA TRANSSEKSÜELLİK**



YÜKSEK LİSANS TEZİ

Başak ERYILMAZ

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK

AĞUSTOS 2017

ÖNSÖZ

Türk Hukukunda transseksüellik konusunda bir akademik çalışma yapma isteğim, temelde, bu konunun hukuk, tıp ve sosyoloji bilimlerini ilgilendirmesi ve benim de mesleğim olan hukukçuluğun yanı sıra tıp ve sosyoloji bilimlerine merakımdan kaynaklanmaktadır. Lisansüstü eğitimimin ilk yılında, konuyla ilgili yaptığım araştırmalar sırasında, transseksüellik ve hukuk konusunda, yurtiçinde ve yurt dışında yazılmış pek az eserin olduğunu üzümlere gözlemledim. Bu gözlem benim, bu meseleyi bir tez konusu olarak ele alma yönündeki kararımı güçlendirdi. Öte yandan, savcılık mesleğimin neredeyse doğal bir sonucu olarak ceza hukuku ve onun bir alt dalı olarak değerlendirilebilecek infaz hukuku alanlarındaki çalışmalarımın, transseksüellerin ceza hukuku ve infaz rejimindeki yerini ve sorunlarını tespit etmemde, bunlara bir ölçüde çözüm önerisi sunmamda olumlu katkısı olmuştur.

Bu çalışmanın ve lisansüstü eğitimimin başından sonuna kadar, yardımlarını esirgemeyen, çalışmayı tam anlamıyla oluşturup şekillendiren, fedâkâr, anlayışlı ve çok kıymetli hocam, tez danışmanım sayın Yrd. Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK'e;

Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk dersi boyunca “transların ikamet ve istihdamları” meselesindeki destekleri ve yol göstericilikleri nedeniyle sayın Doç. Dr. Zeynep Özlem ÜSKÜL'e;

Ceza Hukukuna bakış açımı yeni bir boyut kazandıran sayın Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ'ya;

Lisansüstü çalışma yapmam konusunda beni gayretlendiren ve tıp alanındaki kaynakları temin etmemde yardımcı olan, kıymetli ağabeyim Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Göğüs Cerrahi Anabilim Dalı Başkanı sayın Prof. Dr. Ufuk ÇAĞIRICI'ya;

III

Yaşamım boyunca attığım her adımda desteklerini esirgemeyen ve her başarımda gururlanan sevgili babam Muharrem ERYILMAZ'a;

Hayatı pahasına beni dünyaya getiren ve genetik mirasını bana aktaran, otuz yıl önce aramızdan ayrılan sevgili annem Pembe KAPLAN ERYILMAZ'ın aziz hâtırasına;

Varlığıyla hayatıma, boya kalemleriyle çalışma kâğıtlarıma renk katan, okuyan ve çalışan annesine minicik yüreği ile hep destek olan, yaşama sevincim ve sebebim, gurur kaynağım sevgili kızım Pembe İnci ŞAKTANLI'ya;

Minnet ve şükranlarımla.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
ÖN BÖLÜM: TEMEL KAVRAMLAR	4
I- TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA VE TÜRK CEZA HUKUKUNDA TRANSSEKSÜELLİK	9
A- TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA TRANSSEKSÜELLİK	9
1- 1988'e Kadarki Dönem	9
2- 1988-2001 Arası Dönem	9
3- 2001 Sonrası	10
B- TÜRK CEZA HUKUKUNDA TRANSSEKSÜELLİK	14
1- Mağdur Transseksüeller Açısından	14
2- Şüpheli, Sanık ve Hükümlü Transseksüeller Açısından	15
II-TÜRK YÜKSEK YARGISI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA TRANSSEKSÜELLİK	17
A- Yüksek Yargı Kararlarında Transseksüellik	17
1- Yargıtay Kararları	17
a- Bülent Ersoy Kararı	17
b- Cinsiyet Değişikliğine ve Bunun Tanınmasına İlişkin Diğer Kararlar	20

c- Lambda İstanbul Derneğinin Feshi Davası Kararı	23
d- Eşcinsellik ile İlgili Kararlar	25
2- Danıştay Kararları	26
a- Yetim Aylığı Kararı	26
b- Devlet Memurluğundan Çıkarma Kararı	27
3- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları	29
B- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları	29
1- Rees- Birleşik Krallık Davası	31
2- Cossey- Birleşik Krallık Davası	32
3- B.- Fransa Davası	32
4- X, Y ve Z- Birleşik Krallık Davası	33
5- Sheffield- Horsham- Birleşik Krallık Davası	34
6- Christine Goodwine- Birleşik Krallık Davası	34
7- Van Kück- Almanya Davası	35
8- Linda Grant- Birleşik Krallık Davası	36
9- Parry- Birleşik Krallık ve R. ve F.- Birleşik Krallık Davaları	36
10- L. – Litvanya davası	37
11- Schlumpf- İsviçre Davası	38
12- P. V. – İspanya Davası	38
13- P. – Portekiz Davası	39
14- Cassar - Malta Davası	39
15- Hämäläinen- Finlandiya Davası	39
16- Y. Y.- Türkiye Davası	40
17- D. Ç. – Türkiye Davası	44
18- A. P., Garçon ve Nicot- Fransa Davası	45

III- TRANSSEKSÜELLERE YÖNELİK HAK İHLALLERİNİN YOĞUN OLARAK GÖZLENDİĞİ İKİ ALAN: ÇALIŞMA HAKKI VE YERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ	48
A- Transseksüellerin Çalışma Hakkı Yönünden Karşılaşılan Sorunlar ...	48
1- Transseksüellerin Seks İşçiliği Meselesi	48
a- Nedenler	48
b- Yöntem	50
c- Değerlendirme	51
2- Genelev Mevzuatı Karşısında Seks İşçisi Transseksüellerin Durumu	51
a- Genel Kadın	51
b- Fuhuş Yerleri	52
c- Değerlendirme	52
B- Transseksüellerin İkametleri Konusunda Sorunlu Pratikler	54
1- 12 Eylül	54
2- Ülker Sokak	56
3- Eryaman	57
4- Değerlendirme	58
DEĞERLENDİRME VE SONUÇ	59

KISALTMALAR

AHM: Asliye Hukuk Mahkemesi

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AYİM: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

CD: Ceza Dairesi

DSM: The Diagnostic and Statistical Manuel of Mental Disorders

E: Esas

HD: Hukuk Dairesi

ICD: International Classification of Diseases

K: Karar

LGBT: Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans

LGBTT: Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Travesti, Transseksüel

LGBTİ: Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans, İnterseks

TCK: Türk Ceza Kanunu

ÖZET

Transseksüellik konusu Türkiye’de ilk kez 1981 yılında ses sanatçısı Bülent Ersoy’un cinsiyet değişikliği ameliyatı ile gündeme gelmiş ve o yıllarda henüz cinsiyet değişikliği konusunda yasal bir düzenleme bulunmadığından, sanatçının yeni cinsiyetinin hukuk düzenince tanınıp tanınmayacağı konusu, 1988 yılında Türk Medeni Kanunu’nda yapılan değişikliğe kadar, gündemde kalmıştır. 1988 yılına kadar transseksüellerin yeni cinsiyetleri hukuk düzenince tanınmadığından, hukuk karşısındaki durumları “kadın kılığında erkek ya da erkek kılığında kadın”dı. Hatta, transseksüeller bu şekilde tanımlandıktan sonra, içkili yerlerde çalışmalarına ilişkin bir yasak da birkaç yıl yürürlükte kalmıştı. 04/05/1988 tarih ve 3444 sayılı yasa ile Türk Kanunu Medenisi’nde yapılan değişiklik ile cinsiyet değişikliği yasal bir zemin kazanmış, transseksüellerin, hukuk düzenince yeni cinsiyetleri tanınmıştır. Yeni cinsiyetin hukuk düzeni içindeki yeri 1981’den 1988’e kadar süren yedi yıllık bir süreçte tartışıldığından, toplumsal algı, transseksüellikteki tek meselenin bu olduğu yönünde gelişmiştir. Öte yandan mesele, uzunca bir süre yalnızca Bülent Ersoy ismiyle tartışıldığından, farklı sosyal ve kültürel katmanların da benzer sorunları olabileceği düşüncesi gelişmemiştir. Bununla beraber, transseksüellerin yeni cinsiyetlerinin nüfusa tescil edilip edilemeyeceği meselesi, transseksüelliğin ya da transseksüellerin “ahlâkı-ahlâksızlığı” ekseninde tartışılıp değerlendirilmiştir. Bu yerleşik düşünceler nedeniyle önemli bir hususun göz ardı edilme tehlikesi ortaya çıkmıştır: Transseksüellerin cinsiyet değişikliklerinin nüfusa tescili dışındaki sorunları. Türkiye’de ve Avrupa’da trans hak mücadelesinin milâdını 1980’lerle ve yeni cinsiyetin nüfusa tescili ile başlatmanın yanlış olmadığı kanaatindeyiz. Bu ön kabulle, yeni cinsiyetin hukuken tanınması konusu trans hak mücadelesinin ilk aşamasıdır. Zaman içerisinde, bu mücadele başka hak ve özgürlük taleplerini de gündeme getirmiştir. Bu çalışmada, transseksüellik ve hukuk düzleminde kalınarak, tarihsel değişim ve gelişimler ile güncel sorunların ele alınması biçiminde bir plan yapılmıştır. Bu plan kapsamında, transseksüellerin çalışma hakkı ve yerleşme özgürlükleri, birbirleri ile iç içe olmaları sebebiyle özellikle incelenmiştir. Zira transseksüellerin mutlaka “ahlâksız” da oldukları yönündeki sosyal önyargı, onların çalışma hakkı ve yerleşme özgürlükleri üzerinde olumsuz etkiye neden olmaktadır. Transseksüellere yönelik ayrımcılık, onların toplumsal yaşamın ve çalışma

yaşamının dışına itilmesine neden olmakta ve bu dışlanmaya neden olan ve kendini “normal” ve “ahlâklı” olarak nitelendiren bireyler gibi olmalarına da engel olmaktadır. Başka bir deyişle transseksüelleri “ahlâksız” ve “anormal” kılan, ayrımcı ve dışlayıcı tutumun kendisidir. Çalışma kapsamında ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, trans bireylerin, trans kimlikleri nedeniyle en temel ihtiyaçlardan olan çalışma ve barınma ihtiyacı karşılanamamakta; trans bireylere neredeyse seks işçiliği dışında bir çalışma imkânı tanınmamakta; onlar için uygun görülen semtler dışında barınma imkanı sağlanmamaktadır. Bu çalışmanın temel düşüncelerinden biri, transseksüelleri, toplum nazarında “ahlâksız” kılan olgunun bizzat toplum olduğudur. Öte yandan transseksüellerin geçmişte yaşadıkları ve güncel hukuki sorunlarının, yalnızca Türkiye’ye özgü sorunlar olmadığı, benzer ve bazen aynı hukukî tartışmaların, neredeyse aynı zaman diliminde, Avrupa’da da yapıldığı, konu ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karar incelemelerinde görülecektir. Ayrıca geçmişten günümüze Türk Hukuku’nda transseksüellik meselesindeki değişim de incelenerek, Avrupa geneli ile paralel seyri olan bu konunun, Türkiye özelinde de ele alınması amaçlanmıştır. Türk hukuk düzeninde transseksüeller, yeni cinsiyetleri ile tanınıp muamele gördüklerinden, transseksüel kimlik nedeniyle değil fakat yeni cinsiyetleri ne ise, bu cinsiyete göre tanınmakta ve buna uygun bir hukuki durum tesis edilmektedir. Ancak, güncel hukuk uygulamalarında, transseksüel kimlik nedeniyle karşılaşılan en ciddi sorun infaz hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Cinsiyet geçiş aşamasını henüz tamamlamamış transseksüellerin tutuklu veya hükümlü sıfatıyla ceza infaz kurumlarına alınması durumunda, cinsiyet değişikliği sürecinin finansmanını ve tedavinin devamını zorlaştırmakta, hatta imkânsız hâle getirmektedir. Trans mahpusun yerleştirileceği koğu, burada trans-fobi nedeniyle şiddete maruz kalma ihtimali nedeniyle cezasının veya hakkındaki tedbirin, diğer mahpuslardan ayrı infazını zorunlu kılmaktadır. Çalışma kapsamında ayrıntılı sayısal verilerle de izah edileceği üzere, trans mahpus sayısının tüm Türkiye genelinde az olması, hatta bazen bir ilde bir trans mahpusa kadar bu sayının düşmesi, trans mahpusu zorunlu olarak bir tecrit ortamının içine sokmaktadır. Henüz hayata geçmediği için tüm yarar ve sakıncalarını ele almanın mümkün olmadığı, belli illerde LGBT cezaevleri veya belli cezaevlerinde LGBT koğuşları projesinin de, bu aşamada bile pek çok olumsuz yönü tartışılmaktadır. İzah olunan bu sorunları, kronolojik sırasıyla ve plan dahilinde ortaya koymayı amaçlayan bu çalışmada temel vurgu, anlatılan nedenlerle transseksüellerin çalışma hakkı ve yerleşme hürriyetleri,

transseksüellik konusundaki içtihatlar ve Türk hukukunda transseksüellik üzerine yapılmıştır.

Çalışmanın başlangıcında kavram tanımları yapılmış, ardından Türk hukukunda (ceza hukuku ve özel hukukta) transseksüellik meselesi ele alınıp, Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelenmiş ve transların çalışma hakkı ve yerleşme özgürlüklerine yönelik olarak 1980 yılından bu yana gerçekleşmiş ihlaller anlatılmış; nihai olarak da çalışma boyunca tespit edilen sorunlara çözüm önerileri sıralanmıştır.

Transseksüellik öncelikle ve çoğunlukla transvestizmle karıştırılan, kimi zaman aynı anlama geldiği düşünülen bir kavramdır. Bazen transvestizm, transseksüelliğin bir ön aşaması ve transseksüellik de transvestizmin nihai evresi gibi düşünülmektedir. Hatta bazen eşcinsellik dahi, transseksüelliğin bir ön koşulu olarak değerlendirilebilmektedir. Bu nedenle çalışmanın başlangıcında okuru, kavramsal açıdan bilgilendirmek amaçlanmıştır. Kavramsal açıklamalar yapılırken, transseksüellik kavramının tıbbî olarak bir hastalık olarak kabul edilmiş olması ve buna yönelik itiraz niteliğindeki görüşlere de yer verilmiştir. Bir görüşe göre transseksüelliğin bir hastalık olmadığı, dünya çapındaki hastalık kodlarından transseksüelliğin çıkarılması gerektiği ileri sürülmekte, transseksüelliğin tıpkı gebelik gibi, bir hastalık değil tıbbî bir durum olduğunun kabulü talep edilmektedir.

1988 yılındaki yasa değişikliği ile transseksüellerin yeni cinsiyetlerinin hukuk düzenince tanınması sağlanmış ve 2001 yılında yeni Türk Medeni Kanunu'nun kabulü ile cinsiyet değişikliğine ilişkin hukuki süreç de yeniden düzenlenmiştir. Bu yasal düzenlemelerin kronolojik değişiminin, 1988'e kadar, 1988-2001 arası ve 2001 sonrası biçiminde üç başlık altında izahının ardından, yasa metinlerinin uygulamadaki izdüşümleri ele alınmış, ortaya çıkan sorunlar ve oluşturulan çözümler ortaya konulmuştur. Bu bölümde, Bülent Ersoy kararı olarak adlandırılan Yargıtay kararı, bu Yargıtay kararına dayanak olan ilk derece mahkemesi kararı ve Bülent Ersoy özelindeki hukuki süreç, Türkiye'de transseksüellik mücadelesinin milâdı sayılabileceğinden, üzerinde durulmaya değer görülmüştür. Türk ceza hukuku kaynaklarında transseksüellik, ayrıca zikredilmiş bir konu değildir. Zira Türk Medeni Kanunu, cinsiyet değişikliği sürecini tamamlamış transseksüel bireyleri, yeni

cinsiyetleri ile kadın veya erkek olarak tanıyıp tanımladığından, ceza hukukunda da fail veya mağdurun transseksüel olması ayrıca bir düzenlemeye konu edilmemiştir. Bununla beraber, transseksüel kimlik ve transseksüel beden nedeniyle ceza hukuku alanında bazı sorunların yaşandığı da tespit edilmiştir. Bu sorunlar, mağdur transseksüeller ile şüpheli, sanık ve hükümlü transseksüeller açısından ve bu sıfatları nedeniyle ayrı ayrı ele alınmıştır. Bunlar arasında transseksüel mahpuslar ve cinsiyet değişikliğini henüz tamamlamamış, bu konudaki tıbbî ve hukuki süreçleri devam eden trans mahpusların yaşadığı sorunlar, ayrıca zikredilmeye değer görülmüştür.

Öte yandan transseksüellik, yaklaşık olarak 90'lı yıllardan itibaren, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de gündemine girmiş ve gündeminde kalmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi kapsamında usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası bir antlaşma olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve sözleşmeye dayanılarak ihdas edilen mahkemenin kararları da iç hukukta etki ettiğinden, Türk yüksek yargı kararlarının hemen ardından AİHM'in transseksüellik ile ilgili kararları da incelenmiştir. Türk yüksek yargı içtihatları derlenip incelenirken, eleştiriye açık kararların yanı sıra, trans hak ve özgürlüklerinin gelişimine olumlu katkı sunan kararların olduğu da gözlemlenmiştir. Ayrıca transseksüellik ile ilgili AİHM kararları incelendiğinde, Türkiye aleyhine pek az davanın mahkemeye taşındığı görülecektir. Bu davalar arasında Türkiye aleyhine ihlal kararı ile sonuçlanan bir dava bulunmamaktadır. Bunun nedeni Türkiye'nin, transseksüellik konusundaki temel iç hukuk düzenlemesini, Avrupa geneline nazaran erken sayılabilecek bir tarihte, 1988'de gerçekleştirmiş olmasıdır.

Yukarıda bahsedildiği üzere, transseksüellerin yeni cinsiyetinin hukuk düzeninde tanınması meselesinin çözülmesinin ardından, trans kimlikle ilgili başka hukuki ve sosyal talepler de gündeme gelmeye başlamıştır. Transseksüellik ve hukuk konusunda karşılaşılan sorunların temelinde bulunan transseksüelliğin “ahlâksızlık” ile birlikte düşünülmesi ön yargısının trans bireylerin çalışma hakkı ve yerleşme özgürlüğü üzerindeki sarsıcı etkileri gözlemlenerek, bu konu ayrı bir bölümde, örnekleri ile birlikte incelenmiştir.

Transseksüellik ve hukuk konusunda karşılaşılan sorunların temelinde transseksüelliğin “ahlâksızlık” ile birlikte düşünülmesi önyargısının bulunduğu temel

düşüncesi ile, bahsedilen bu hukuki sorunların, toplumsal algının değişiminin ardından aşılabileceği değerlendirilmiştir. Öte yandan, yürürlükteki hukuk karşısında, ihtiyaca cevap verebilecek düzenleme ve değişiklik önerileri ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın buna uygun lafzı da değerlendirilerek okuyucuya sunulmuştur.

Bu çalışmanın temel konusu, bir bütün olarak lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüeller (LGBT) olmamakla beraber; bu çalışmada transseksüelleri LGBT düzleminden koparmadan fakat yalnızca transseksüellerin hukuki sorunlarını ele alan bir inceleme yapılması hedeflenmiştir. Sorunlar, çözüm yolları ve hak talepleri anlamında bu grupların birbirlerine yaklaştığı ve birbirleri ile örtüştüğü pek çok nokta olsa da; her bir grubun kendine has sorun ve talepleri olduğu da aşîkârdır. Bu sebeple, bu çalışma kapsamında, yalnızca transseksüellik konusu ile yakın temas sağladığı, örtüştüğü ve bahsedilmesinin zorunlu görüldüğü noktalarda transvestizm ve eşcinsellik konularına da değinilmiştir. Transseksüellerin kendilerine has sorun ve taleplerin neredeyse tamamı hukuk ile bir biçimde ilişkilidir. Dolayısıyla transseksüel kimlik konusunun yalnızca sosyolojik veya tıbbî bir konu değil, aynı ve belki daha fazla ölçüde hukukî bir mesele olduğu düşünülmektedir. Buna rağmen, transseksüellik ve hukuk alanında yapılan çalışma sayısının az olduğu düşünülmektedir. Bir hukuki mesele olarak transseksüellik, bu kimlik özelindeki hukuk uygulamaları, konunun insan hakları bağlamında ele alınması, karşılaşılan sorunlar ve çözüm önerilerinin ele alınacağı bu çalışmanın, transseksüellik konusunda araştırma yapan, bilgi edinmek isteyen ve konuya ilgi duyanlara ışık tutması hedeflenmiştir.

RÉSUMÉ

Le sujet de la transsexualité est devenu un problème courant pour la première fois en Turquie en 1981 avec la chirurgie du changement de genre de l'artiste de la voix Bülent Ersoy et la question du nouveau genre de l'artiste qui ne serait pas reconnu comme un ordre juridique est restée à l'ordre du jour jusqu'à la Amendé dans le droit civil turc en 1988, puisqu'il n'y avait pas de règlement juridique sur les changements de genre dans ces années. Jusqu'en 1988, les nouveaux genres des transsexuels n'étaient pas reconnus par la loi, et la situation à l'œil de la loi était «L'homme habillé comme une femme ou une femme vêtue comme un homme». Même loin, les transsexuels ont été définis de cette façon, l'interdiction de leur travail dans la vente de boissons alcoolisées était restée en charge depuis plusieurs années. Avec l'amendement apporté dans la loi sur le droit civil turc avec la date du 04/05/1988 et le numéro 3444, les changements de genre ont gagné une base juridique et les transsexuels ont été reconnus de nouveaux genres dans l'ordre juridique. Comme le nouveau genre a été discuté dans la période de sept ans de 1981 à 1988, dans la perception sociale, il a évolué pour être le seul problème en transsexualité. D'autre part, puisque la question a été discutée sous le nom de Bülent Ersoy Pendant longtemps, la pensée n'a pas développé pour les différentes couches sociales et culturelles pourrait avoir des problèmes similaires. Cependant, la question de savoir si les nouveaux genres des transsexuels peuvent être enregistrés dans la population ou non a été discutée et évaluée sur la base de « La morale et l'immoralité » de la transsexualité ou des transsexuels. Le danger d'ignorer un point important est survenu à cause de ces pensées établies: les autres problèmes, à l'exception de l'inscription à la population des changements de genre des transsexuels. Nous considérons qu'il n'est pas faux de commencer le trans La lutte contre les droits en Turquie et en Europe avec les années 1980 et l'enregistrement du nouveau genre à la population. Cette acceptation préliminaire, qui est la reconnaissance juridique du nouveau genre, est la première étape de La lutte contre les droits de l'homme. Au fil du temps, cette lutte a amené d'autres demandes de droits et de libertés à l'ordre du jour. Dans cette étude, restant dans la transsexualité et le droit, un plan a été mis en place sous la forme de changements historiques et de développements avec des problèmes actuels Dans le cadre de ce plan, le droit des transsexuels au travail et la liberté de règlement ont été spécifiquement examinés parce qu'ils sont entrelacés.

Parce que les préjugés sociaux que les transsexuels sont absolument «immoraux» ont un effet négatif sur leur droit au travail et la liberté de règlement. La discrimination à l'égard des transsexuels leur permet de sortir de la vie sociale et de la vie professionnelle et les empêche de devenir comme ceux qui causent l'exclusion et se caractérisent comme «normaux» et «morales». En d'autres termes, être transsexuels «Immoral» et « anormal »est l'attitude discriminatoire et isolante elle-même. Comme on l'examinera en détail dans le cadre de l'étude, les individus trans, en raison de l'identité transhérante, les besoins de travail les plus bas et le besoin d'hébergement ne peuvent être satisfaits; Les personnes trans sont presque incapables de travailler, sauf la prostitution; Il ne leur est pas permis de résider sauf les quartiers qui conviennent. L'une des principales considérations de cette étude, les transsexuels, le phénomène «immoral» aux yeux du fait de la société est parce que la société elle-même. D'autre part , Les problèmes juridiques actuels et antérieurs auxquels les transsexuels ont été confrontés, qui ne sont pas spéciaux pour la Turquie, des arguments juridiques identiques ou similaires sont discutés en Europe à peu près au même moment, sera vu dans les examens de la Cour européenne des droits de l'homme jugements pertinents Et aussi en examinant le changement de transsexualité dans le droit turc du passé au présent, qui est parallèle au général européen, vise à discuter en particulier de la Turquie. Les transsexuels dans le système juridique turc sont reconnus et traités selon leur nouveau genre, Et non à cause de leur identité transsexuelle, mais de leur nouveau genre, ils sont reconnus par ce genre et une situation juridique liée au statut est établie en conséquence. Cependant, dans la pratique actuelle de la loi, le problème le plus grave découlant de l'identité transsexuelle survient dans l'exécution Si les transsexuels qui n'ont pas encore terminé leur phase de transition entre les genres sont pris comme prisonniers ou condamnés, il est difficile, voire impossible, de financer le processus de changement de genre et de poursuivre le traitement. Le service à qui le prisonnier Trans sera placé nécessite, En raison de la possibilité d'exposition à la violence due à la transphobie, à l'exécution de la peine ou à la mesure séparément des autres prisonniers. Dans le cadre de l'étude qui s'explique par des données numériques détaillées, le nombre de prisonniers trans est peu répandu dans toute la Turquie, et parfois le nombre de prisonniers trans diminue à un dans certaines villes, ce qui entraîne nécessairement le trans prisonnier en L'environnement d'isolement. De nombreux aspects négatifs du projet des prisons LGBT ou de certains projets LGBT

dans certaines prisons, même dans cette étape, sont discutés, car il n'est pas possible de gérer tous les avantages et inconvénients car il n'est pas encore vivant. Dans cette étude, qui vise à révéler ces problèmes dans l'ordre et le plan chronologique, repose sur le droit au travail et les libertés d'établissement des transsexuels pour les raisons exposées, est préparé sur les opinions judiciaires sur la transsexualité et la transsexualité dans le droit turc.

Des définitions de concepts ont été faites au début de l'étude, puis la question de la transsexualité en droit turc (droit pénal et droit privé) a été examinée et les décisions des Cours suprêmes turques et de la Cour européenne des droits de l'homme ont été examinées et les violations qui ont eu lieu depuis 1980 en ce qui concerne le droit au travail et à la liberté d'établissement des transsexuelles ont été expliquées; Et finalement, les suggestions de solutions aux problèmes identifiés lors de l'étude ont été répertoriées.

La transsexualité est un concept souvent mélangé au transvestisme, et on pense souvent avoir la même signification. Parfois, le transvestisme est considéré comme une étape préliminaire de la transsexualité et de la transsexualité comme stade ultime du transvestisme. Parfois, même l'homosexualité peut être considérée comme une condition préalable à la transsexualité. Pour cette raison, au début de l'étude, l'objectif était d'informer le lecteur en termes conceptuels. Bien que des explications conceptuelles aient été faites, la notion de transsexualité a été acceptée comme une maladie médicale et l'objection à cette pensée ont été incluses. Selon une opinion, la transsexualité n'est pas une maladie, on prétend que la transsexualité devrait être retirée des codes de maladies de l'échelle mondiale, et il est demandé que la transsexualité soit une condition médicale, non une maladie, tout comme la grossesse.

Avec la modification de la loi en 1988, les nouveaux genres des transsexuels ont été reconnus en droit et, en 2001, l'adoption du nouveau Code civil turc a restructuré le processus légal lié à la modification du genre. Après avoir expliqué les modifications chronologiques de ces dispositions légales sous trois rubriques, jusqu'en 1988, entre 1988 et 2001 et après 2001, la projection des textes juridiques en

pratique a été discutée, Les problèmes qui surgissent et les solutions ont été avancés. Dans cette section, la décision de la Cour suprême, qui est appelée décision de Bülent Ersoy, la décision du tribunal de première instance fondée sur la décision de cette Cour suprême et le processus juridique dans le contexte de Bülent Ersoy, peut être accepté comme un point de départ de la contre la transsexualité en Turquie a été digne d'être considéré. La transsexualité dans les sources de droit pénal turc, n'est pas non plus un sujet mentionné. Parce que le Code civil turc, les personnes transsexuelles qui ont complété le processus, en conséquence, on reconnaît et définit avec leur nouveau genre en tant qu'homme ou femme, de sorte que la transsexualité de l'accusé ou de la victime n'a pas été soumise à une nouvelle réglementation dans le Code pénal turc. Cependant, on a également vu que certains problèmes sont Expérimentés dans le domaine du droit pénal en raison de l'identité transsexuelle et du corps transsexuel. Ces problèmes ont été traités séparément en raison de ses attributs, de transsexuelles victimes avec des suspects, du côté des accusés et des transsexuels condamnés. Parmi ceux-ci, en ce qui concerne les trans prisonniers Sont trop insistés. Parmi ceux-ci, les prisonniers transsexuels et les trans-prisonniers qui n'ont pas encore terminé leur changement de genre, et les problèmes dont les processus médicaux et juridiques dans ce domaine sont encore en cours, sont également dignes de mention.

D'autre part, la transsexualité a été à l'ordre du jour de la Cour européenne des droits de l'homme depuis les années 90 et est restée à l'ordre du jour. Depuis la Convention européenne des droits de l'homme, qui est un traité international promulgué conformément aux dispositions de procédure De l'article 90 de la Constitution de la République de Turquie et les décisions du tribunal créées sur la base du contrat affectent également la législation nationale, les décisions pertinentes de la CEDH sur les transsexuels ont été examinées immédiatement après les décisions de la Cour suprême turque. Alors que la Cour suprême turque a été rassemblée et examinée, il a été observé qu'en plus des jugements ouverts de la critique, il existe des décisions qui contribuent positivement au développement des droits et des libertés de transport. En outre, lorsque les jugements transsexuels de la CEDH pertinente sont examinés, On verra que peu de cas contre la Turquie ont été portés devant les tribunaux. Il n'y a pas de procès entre ces affaires qui a entraîné une Décision de violation contre la Turquie. La raison en est que la Turquie a réalisé le

règlement fondamental de droit interne sur la transsexualité sujet en 1988, à une date rapprochée par rapport au général européen.

Comme mentionné ci-dessus, suite à la résolution de la question de la reconnaissance du nouveau sexe des transsexuels dans l'ordre juridique, d'autres exigences juridiques et sociales liées à l'identité trans ont commencé à se manifester. Dans la racine des problèmes auxquels se heurte la Transsexualité Et les questions de droit, la transsexualité est considérée conjointement avec la pensée fondamentale des préjugés de la «morale», on a observé l'effet traumatique sur la liberté de travail et de règlement des individus Trans, ce problème est examiné dans une autre section avec les échantillons.

Dans la racine des problèmes auxquels sont confrontés les problèmes de la Transsexualité et du droit, la transsexualité est considérée conjointement avec le préjugé de la «morale», la pensée fondamentale, mentionne ces questions de droit, peut être surmontée après l'évolution de l'approche de la société. D'autre part, au visage De la loi actuelle, des suggestions du règlement et de l'amendement qui peuvent être répondues de manière nécessaire et l'énoncé de la Constitution de la République de Turquie sont également évaluées et présentées au lecteur en conséquence.

Le sujet principal de cette étude n'est pas d'être lesbien, gay, bisexuel, travesti et transsexuel (LGBT) dans son ensemble. Dans cette étude, il est destiné à examiner les seules questions de droit des Transsexuels sans extraire les transsexuels de la plate-forme LGBT. Il existe de nombreux points où ces groupes s'approchent et se chevauchent en termes de problèmes, de solutions et de demandes de droits; Il est également clair que chaque groupe a ses propres problèmes et demandes. Pour cette raison, dans le contexte de cette étude, on ne mentionne que les sujets de travestisme et d'homosexualité en cas de contact étroit, de chevauchement et de nécessité de mentionner avec transsexualité Les problèmes et les exigences spécifiques des transsexuels sont presque liés à la loi d'une certaine manière. Par conséquent, on pense que l'identité transsexuelle n'est pas seulement un problème sociologique ou médical, c'est une question juridique, la même et peut-être même plus. Néanmoins,

c'est pensait que le nombre d'études sur la transsexualité et le droit est peu élevé. Une question légale de la transsexualité, les demandes juridiques sur cette identité, examiner le sujet en termes de droits de l'homme, problèmes rencontrés et les suggestions de solutions seront traitées dans cette étude et vise à éclairer Les personnes qui font des recherches, essayent d'obtenir de l'information et s'intéressent à la transsexualité.



ABSTRACT

The subject of transsexuality became a current issue for the first time in Turkey in 1981 with the voice artist Bülent Ersoy's gender change surgery and the issue of the new gender of the artist that would not be recognized as a legal order remained on the agenda until the amendment made in the Turkish Civil Law in 1988 since there was no legal regulation on gender change in those years. Until 1988, transsexuals' new genders were not recognized by law, and the situation in the eye of the law was "Man dressed like a woman or a woman dressed like a man". Even far the transsexuals were defined in this way, a ban on their work in selling alcoholic drinks places had remained in charge for several years. With the amendment made in the law on Turkish Civil Law with the dated 04/05/1988 and numbered 3444, gender change has gained a legal basis and transsexuals have been acknowledged new genders in legal order. As the new gender has been discussed in the seven-year period from 1981 to 1988, in social perception, it has evolved to be the only issue in transsexuality. On the other hand, since the issue was discussed only under the name of Bülent Ersoy for a long time, the thought did not develop for the different social and cultural strata could have similar problems. However, the matter of whether transsexuals' new genders can be registered in the population or not has been discussed and evaluated on the basis of 'morality-immorality' of transsexuality or transsexuals. The danger of ignoring an important point has arisen due to these settled thoughts: The other problems, except the registration to the population of Transsexuals' gender changes. We consider that it is not wrong starting the trans rights struggle in Turkey and Europe with the 1980s and the registration of the new gender to population. This preliminary acceptance which is the legal recognition of the new gender is the first stage of the trans-rights struggle. Over time, this struggle brought other demands for rights and freedoms to the agenda. In this study, remaining within transsexuality and law, a plan has been made to handle in the form of historical changes and developments with current problems. Within the scope of this plan, the right of transsexuals to work and the freedom of settlement have been specifically examined because they are being intertwined. Because the social prejudice that transsexuals are absolutely "immoral" causes a negative effect on their

right to work and freedom of settlement. Discrimination against transsexuals' causes them to be pushed out of social life and working life and also prevents them from becoming like those who cause exclusion and characterize themselves as "normal" and "moral". In other words, being transsexuals "immoral" and "abnormal" is the discriminatory and isolating attitude itself. As will be examined in detail within the scope of the study, trans individuals, due to their trans identity, the most basic needs for work and the need for accommodation cannot be met; Trans individuals are almost not allowed to work except prostitution; It is not enabled for them to reside except the districts that are suitable for them. One of the main considerations of this study, the transsexuals, the "immoral" phenomenon in the eyes of the society fact is because society itself. On the other hand, the current and previous legal problems that transsexuals have faced, which are not special to Turkey, same or similar legal arguments are discussed in Europe at about the same time, will be seen in examines of the European Court of Human Rights relevant judgments. And also by examining the change of transsexuality matter in Turkish Law from past to present, which is parallel to the European general, is aiming to discuss in specific of Turkey. Transsexuals in the Turkish legal system is recognized and treated according to their new gender, and not because of their transsexual identity, but of their new gender, they are recognized by this gender and a legal situation related to status is established accordingly. However, in current law practice, the most serious problem arising from transsexual identity arises in the execution law. If transsexuals who have not yet completed their gender transition phase are taken as prisoners or convicted, it is difficult, even impossible, to finance the gender change process and to continue the treatment. The ward to which the Trans prisoner will be placed requires, as a reason of the possibility of exposure to violence due to transphobia, execution of the punishment or measure separately from the other prisoners. Within the scope of the study which will be explained by detailed numeric data's, the number of trans prisoners are few throughout the whole of Turkey, and sometimes the number of trans prisoner decreases to one in some cities, which causes necessarily the trans prisoner into an isolation environment. Many negative aspects of LGBT prisons project or certain LGBT wards project in certain prisons, even in this stage, are being discussed, since it is not possible to handle all the advantages and disadvantages as it is not alive yet. The main emphasis in this study, which aims to reveal these problems in chronological order and plan, is based on transsexuals' right to work and

settlement freedoms for the reasons stated, is prepared on judicial opinions on transsexuality and transsexuality in Turkish law.

Concept definitions were made at the beginning of the study, then the issue of transsexuality in Turkish law (criminal law and private law) was examined and the decisions of the Turkish Supreme Courts and the European Court of Human Rights were examined and the violations that have taken place since 1980 in relation to the right to work and freedom of settlement of transsexuals have been explained; And ultimately solution suggestions to the problems identified during the study was listed.

Transsexuality is a concept that is often mixed with transvestism, and is often thought to have the same meaning. Sometimes transvestism is considered as a preliminary stage of transsexuality and transsexuality as the ultimate stage of transvestism. Sometimes even homosexuality can be regarded as a precondition for transsexuality. For this reason, at the beginning of the study, the aim was to inform the reader in conceptual terms. While conceptual explanations have been made, the concept of transsexuality has been accepted as a medical illness and the objection to this thought has been included. According to one opinion, transsexuality is not a disease, it is claimed that transsexuality should be removed from world-wide disease codes, and it is demanded that transsexuality is a medical condition, not a disease, just like pregnancy.

With the amendment of the law in 1988, new genders of transsexuals were granted recognition in law, and in 2001, the adoption of the new Turkish Civil Code restructured the legal process related to gender change. After explaining the chronological changes of these legal regulations under three headings, until 1988, between 1988 and 2001 and after 2001, the projection of the legal texts in practice has been discussed, the problems that arise and solutions have been put forward. In this section, the decision of the Supreme Court, which is referred to as Bülent Ersoy's decision, the decision of the first instance court based on the decision of this Supreme Court and the legal process in the context of Bülent Ersoy, can be accepted as a beginning point of transsexuality struggle in Turkey has been worthy to be

considered. Transsexuality in Turkish criminal law sources, is also not a mentioned topic. Because the Turkish Civil Code, transsexual individuals who have completed the process of gender change, in according to recognize and define with their new gender as man or woman, so the transsexuality of the accused or the victim has not been subjected to further regulation in Turkish Penal Code. However, it has also been seen that some problems are experienced in the field of criminal law due to transsexual identity and transsexual body. These problems have been handled separately because of its attributes, victim transsexuals with suspects, from the side of accused and convicted transsexuals. Among these, on the matter of the trans prisoners are overemphasized. Among these, transsexual prisoners and trans-prisoners who have not yet completed their gender change, and the problems whose medical and legal processes in this area are still ongoing, are also worthy to mention.

On the other hand, transsexuality has been on the agenda of the European Court of Human Rights since about the 90's and has been remained on the agenda. Since the European Convention on Human Rights, which is an international treaty enacted in accordance with the procedural provisions of Article 90 of the Constitution of the Republic of Turkey, and the decisions of the court created on the basis of the contract also affect the national law, the relevant decisions of the ECHR on transsexuals have been examined immediately after the Turkish Supreme Court decisions. While Turkish Supreme Court has been gathered and examined, it has been observed that in addition to the open judgments of criticism, there are decisions that contribute positively to the development of trans rights and freedoms. Moreover, when transsexual judgments of relevant ECHR are examined, it will be seen that few cases against Turkey have been brought to court. There are no lawsuits between these cases which resulted in a decision of violation against Turkey. The reason for this is that Turkey realized the basic domestic law regulation on transsexuality subject in 1988, at an early date compared to European general.

As mentioned above, following the resolution of the issue of recognition of the new gender of transsexuals in the legal order, other legal and social demands related to trans identity have begun to come to the fore. In the root of problems that faced in the Transsexuality and Law issues, transsexuality is considered together

with "morality" prejudice basic thought, it has been observed the traumatic effect on Trans individuals freedom of work and settlement, this issue is examined in other section with the samples .

In the root of problems that faced in the Transsexuality and Law issues, transsexuality is considered together with "morality" prejudice basic thought, mentioned these questions of law, can be overcome after the changing the society approach. On the other hand, in the face of the current law, suggestions of the regulation and the amendment that can be answered in a necessary manner and the statement of the Constitution of the Republic of Turkey is also evaluated and presented to the reader accordingly.

The main subject of this study is not to be lesbian, gay, bisexual, transvestite and transsexual (LGBT) as a whole; In this study, it is targeted to examine the only Transsexuals' questions of law without extracting transsexuals from LGBT platform. Although there are many points where these groups approach and overlap with each other in terms of problems, solutions and rights demands; It is also clear that each group has its own problems and demands. For this reason, in the context of this study, it is only mentioned transvestism and homosexuality subjects in case of if close contact, overlapping, and necessity of mention is required with transsexuality. Transsexuals' special problems and demands are almost related with law in some way. Therefore, it is thought that transsexual identity is not only a sociological or medical issue, it is a legal matter, the same and perhaps even more. Nevertheless, it is thought that the number of studies on transsexuality and law is few. A legal matter of Transsexuality, the legal applications on this identity, examine the subject in terms of human rights, faced problems and solution suggestions will be handled in this study and targets to enlighten people who is researching, trying to get information and showing interest about the transsexuality .

GİRİŞ

Transseksüellik Türkiye'de ilk kez 1981 yılında, ses sanatçısı Bülent Ersoy'un Londra'da cinsiyet değişikliği ameliyatı olması ve bunu izleyen yıllardaki hukuki süreç ile görünür ve tartışılır hale gelmiştir. Ameliyatla kadın olan sanatçının, açtığı çeşitli davaların her defasında reddedilmesi ve yeni cinsiyetinin nüfusa kaydını sağlayamaması konusu basın tarafından halka Bülent Ersoy'un pembe nüfus cüzdanı alamaması başlığı ile sunulmuş ve yıllarca bu konu gündemde kalabilmiştir. Bülent Ersoy'un sanatı ile yakaladığı şöhreti, ameliyatına ve sonrasındaki sürece de etki etmiş ve sanatçının cinsiyet kimliği de aynı derecede ünlenmiştir. Mevcut cinsiyetinden hoşnut olmayan pek çok kişi, ameliyatla bu durumun değişebileceğini Bülent Ersoy sayesinde öğrenmiştir. Bu bakımdan Bülent Ersoy'un Türkiye'de transseksüel kimliğin milâdı olduğunu söylemek yanlış olmaz.

1988 yılına kadar cinsiyet değişikliği, fiilen var olsa da, hukuken tanınmış bir kurum değildi. Dolayısıyla, ameliyat sürecini tamamlamış bir transseksüel, yasalar karşısında eski cinsiyeti ile muamele görmekte idi. Yeni cinsiyetini nüfusa kaydettiremeyen transseksüeller, hukuki metinlerde, kadın kılığında erkek veya erkek kılığında kadın olarak adlandırılmaktaydı.

1988 yılına gelindiğinde Türk Kanunu Medenisi'nde yapılan değişiklik ile transseksüellerin yeni cinsiyetleri hukuk düzenince de tanınmış oldu. Bu yasal değişiklik ve devamında yasanın uygulama kabiliyetinin de doğup gelişmesi, transseksüellik konusundaki tüm sorunların çözüldüğü algısını da beraberinde getirdi. Zira ülkemizde transseksüellik, konunun milâdı sayılacak kişinin Bülent Ersoy olması sebebiyle, onun şahsına hasredilmiş bir mesele olarak algılandı. Bu yaygın toplumsal algı, transseksüellerin 1988'deki yasal değişiklik ile tüm haklarını elde ettikleri ve tartışılacak bir mesele kalmadığı düşüncesine de yol açmıştır. Oysa transseksüeller, yeni beden ve yeni kimlikleri ile yeni ve bambaşka bir varoluş mücadelesinin içine girmekteydiler: Transseksüel kimlikle yaşamak ve çalışmak. Bu nedenle bu çalışmada, kavramsal açıklamalar ve Türk hukuk uygulamasının kronolojik değişiminden hemen

sonra, ceza hukuku ve medeni hukuk uygulamalarında transseksüellik meselesi ele alınmıştır. Bu bahiste üzerinde en çok durulması gereken konulardan birisi, ceza hukukunun önemli bir alanı olan infaz hukuku ve infaz uygulamaları karşısında transseksüellerin hakları olacaktır. Ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Yüksek Mahkemelerinin (Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi) transseksüellikle ilgili içtihatlarına yer verilmiş ve Türkiye ve Avrupa'daki transseksüel kimlik ve hukuk uygulamaları seyrinin birbiri ile paralel ve aşağı yukarı aynı zaman dilimi içerisinde gerçekleştiğine işaret edilmiştir. Son olarak, yalnız transseksüellerin değil fakat her bireyin en önemli haklarından olan yerleşme ve çalışma hakları, bu haklar kapsamında yaşanmış sorunlar konusuna temas edilmiştir. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde ise, çalışma boyunca tespit edilen ve tartışılan konuların her biri sonuç kısmında yeniden, topluca ve çözüm önerileri ile birlikte ele alınmıştır.

Bu çalışmanın temel konusu, bir bütün olarak lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transseksüeller (LGBT) değildir; transseksüelleri LGBT düzleminden koparmadan fakat yalnızca transseksüeller ile ilgili bir inceleme yapılması amaçlanmıştır. Sorunlar, çözüm yolları ve hak talepleri anlamında bu grupların birbirlerine yaklaştığı ve birbirleri ile örtüştüğü pek çok nokta olsa da; her bir grubun kendine has sorun ve talepleri olduğu da gözlemlenmiştir. Bu sorun ve taleplerin neredeyse tamamı hukuk ile bir biçimde ilişkilidir. Dolayısıyla transseksüel kimlik konusunun yalnızca sosyolojik veya tıbbî bir konu değil, aynı ve belki daha fazla ölçüde hukukî bir mesele olduğu düşünülmektedir.

Bu çalışma temelde üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, Türk Medeni Hukuku ve Türk Ceza Hukukunda transseksüellik konuları ele alınacaktır. İkinci bölümde Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin transseksüellikle ilgili kararları incelenecek, üçüncü bölümde ise transseksüellere yönelik hak ihlallerinin yoğun olarak yaşandığı alanlardan ikisi, çalışma hakkı ve yerleşme özgürlüğü konusunda, yaşanmış ihlaller de anlatılarak incelenecek ve genel bir değerlendirmeye çalışma son bulacaktır.

Bir hukuki mesele olarak transseksüellik, bu kimlik özelindeki hukuk uygulamaları, konunun insan hakları bağlamında ele alınması, karşılaşılan sorunlar ve

özüm önerilerinin ele alınacağı bu çalışmanın, transseksüellik konusunda araştırma yapan, bilgi edinmek isteyen ve konuya ilgi duyanlara ışık tutması hedeflenmiştir.



ÖN BÖLÜM: TEMEL KAVRAMLAR

Transseksüellik meselesini ele almadan evvel, transseksüellik kavramından söz etmek, transseksüellikle sıklıkla karıştırılabilen transvestizmi açıklamak, bunların ardından cinsiyet ve cinsel yönelim konusundaki diğer kavramlara da değinmek ve çalışma boyunca sıklıkla değinilecek olan fuhuş ve seks işçisi tanımlarını ortaya koymak gerekmektedir. Zira uygulamada sıklıkla, özellikle transseksüel ve transvesti kavramlarının birbiri ile karıştırılmakta olduğu gözlemlenmiştir. Bu nedenle bu bölümde, çalışmanın temel kavramları kısaca açıklanmıştır.

Transvesti- Crossdresser

Transvesti (*Transvestite*), karşı cinse ait giyim eşyaları kullanmaktan zevk alan kişi, transvestizm (*transvestism*) ise, karşı cinse ait giyim eşyaları kullanma arzusu; “bu eğilimle belirgin cinsel sapıklık hali”¹ olarak tanımlanmıştır.

Bir başka tanıma göre transvestizm, geçici olarak karşı cinsten biri gibi yaşamak için o cinse ait giysilerin giyilmesidir. Daha kalıcı bir cinsiyet değişikliği özlemi veya bununla ilgili hormonal/cerrahi tedavi isteği yoktur. Bu terim Avrupa'da kullanılan “*crossdresser*” kavramına denk düşer ama ülkemizde daha çok transseksüellikle karıştırılmaktadır. Halk arasında travesti dendiğinde daha çok kadın kılığındaki erkekler akla gelse de travesti kelimesi aslında hem erkek hem de kadın için geçerlidir yani erkek kılığındaki kadınlar için de kullanılır.²

¹ Figen Gövsa Gökmen, **Temel Tıp Terimleri Sözlüğü**, İzmir, Güven & Nobel, 2001. s. 835

² Umut Güner, Pelin Kalkan, Yasemin Öz, Elif Ceylan Özsoy, Fırat Söyle, **Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 2011, s.21

Transseksüel

Transseksüel (*Transsexual*) ise, dış genital organları ameliyatla diğer cinsin cinsel organlarına çevrilmiş kişi; cinsiyet değiştirmiş kişi ve transseksüelizm (*transsexualism*) bir kimsenin dış cinsiyet organlarının karşı cinse benzetilmesi³ olarak tanımlanmıştır.

Bir diğer açıdan transseksüel, kendisini karşı cinse ait hisseden veya karşı cinse benzeme isteği duyan kişilere denir. Bu durum, hem erkek hem de kadın için geçerlidir. Yani kişi erkek olduğu halde kadın, kadın olduğu halde erkek olmayı isteyebilir. Kişi sıklıkla kendi cinsiyetinden rahatsızlık duyar ya da bunun uygun olmadığını düşünür ve bedeninin seçtiği cinsiyete uygun hale gelmesi için hormonal ve/veya cerrahi tedavi görmek ister veya görmüştür.⁴

Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından hazırlanıp yayımlanan Mental Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı'na (*The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, kısaca DSM*) göre transvestizm ve transseksüelizm birer mental bozukluk olarak sayılmıştır. Ancak bu hastalıkların sınıflandırılması DSM III ile DSM 5 arasında farklılık gösterir.⁵ Şöyle ki; DSM III'te psikoseksüel bozukluklar, mental bozuklukların bir alt ayrımı olarak karşımıza çıkar. Psikoseksüel bozukluklar temelde; cins kimliği bozuklukları, parafililer ve diğer psikoseksüel bozukluklar olarak üç ana başlıkta incelenmiş; transvestizm ve transseksüelizm de, cins kimliği bozuklukları içerisinde ele alınmıştır.⁶ DSM 5'te ise transvestizm, sadizm, mazoşizm, pedofili ve fetişizm gibi diğer hastalıklarla aynı başlık altında, Parafili (cinsel sapkınlık) olarak tanımlanmış; transseksüelizm ise Cinsel Kimliğinden Yakınma (Hoşnut Olmama) başlığı altında değerlendirilmiştir.⁷ Türkiye'de ruhsal hastalıkların teşhis ve tanımlanmasında ruh hekimleri tarafından DSM kriterleri esas alınmaktadır.⁸

³ Figen Gövsa Gökmen, **A.g.e.**

⁴ Umut Güner, Pelin Kalkan, Yasemin Öz, Elif Ceylan Özsoy, Fırat Söyle, **A.g.e.**, s. 22

⁵ DSM 5, Amerikan Psikiyatri Derneği tarafından yayımlanan en son tanı ölçütleri el kitabıdır.

⁶ Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı, **Mental Bozuklukların Sınıflandırılması**, Bornova, Tıp Fakültesi Yayın Bürosu, 1985, s. 357 (Yazarın notu: Bu eser, DSM III sınıflandırmasına göre hazırlanmıştır.)

⁷ Amerikan Psikiyatri Birliği, **Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı**, Beşinci Baskı (DSM-5), Tanı Ölçütleri Başvuru El Kitabı'ndan, çev. Köroğlu E, Hekimler Yayın Birliği, Ankara, 2013

⁸ Umut Güner, Pelin Kalkan, Yasemin Öz, Elif Ceylan Özsoy, Fırat Söyle, **A.g.e.**, s. 22

Dünya Sağlık Örgütü'nün hastalık tanı kataloğu olan ICD 10'da (*International Classification of Diseases*) da transseksüelizm bir hastalık olarak tanımlanmıştır. ICD 11'in ise 2017 yılında yayınlanması düşünülmektedir.⁹

Her ne kadar yaygın geçerliliği olan bu iki tıbbi kaynak, transvestizm ve transseksüelizmi bir hastalık olarak değerlendirmekte ise de, tıp dünyası ve sivil toplum kuruluşları bu konuyu tartışmaktadır. Zira trans bireyler, kendilerini "doğuştan böyle" olarak tanımlamaktadırlar. Cinsel kimliğinden hoşnutsuzluklarının, 4 yaşından 14 yaşına kadar değişen bir zaman diliminde farkına vardıklarını beyan etmektedirler.¹⁰ Öte yandan cinsel yönelim konusunda çalışma yapan Prof. Dr. Şahika Yüksel, transseksüelliğin güncel sınıflandırmada hastalık olarak tanımlandığını ancak bu tanım ve sınıflandırmaların zaman zaman değişikliğe uğrayabildiğini, transseksüelliğin bir hastalık değil, gebelik gibi tıbbi bir durum olduğunu belirtmektedir.¹¹

DSM-5'in hazırlık aşamasında, transseksüelizmin durumunun gözden geçirilmesi talep edilmiştir. Trans Kimliklerin Hastalık Tanımından Çıkarılması Uluslararası Ağı (*International Network for Trans Despathologization*), 2007 yılından beri tüm dünyada değişik şehirlerde gerçekleştirdiği eşzamanlı gösteriler ile cinsel kimlik bozuklukları kategorisinde bulunan transseksüelliğin hastalık tanımından çıkarılmasını, DSM'de ve ICD'de yani teşhis kılavuzlarında transların yer almamasını ve trans kişilerin sağlık haklarının güvence altına alınmasını talep etmektedir.¹²

LGBT

LGBT; Lezbiyen, Gey, Biseksüel ve Trans sözcüklerinin kısaltması olarak karşımıza çıkar; son yıllarda bu kısaltma LGBTİ olarak kullanılmaktadır zira "interseks" bireyler de hak arama ve örgütlenme anlamında LGBT bireyler ve sivil toplum örgütleri ile birlikte hareket etmeye başlamışlardır.

⁹ <http://www.who.int/classifications/icd/revision/en/> (son erişim tarihi: 07.01.2016)

¹⁰ Siyah Pembe Üçgen , **80'lerde Lubunya Olmak**, İzmir, 2012

¹¹ <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/22719921.asp> (son erişim tarihi: 07/01/2015)

¹² Trans Kimliklerin Hastalık Tanımından Çıkarılması Uluslararası Ağı : www.stp2012.info/old/tr (son erişim tarihi: 04.01.2015)

Eşcinsel, kendi cinsinden olanlara duygusal ve cinsel yönelim içinde bulunan kadın veya erkektir. Eşcinsel terimi, homoseksüel (*Homosexual*) kelimesinin Türkçe karşılığı olarak hem kadın eşcinseller hem de erkek eşcinseller için kullanılmakla birlikte günlük hayatta daha çok erkek eşcinselleri ifade ettiğinden erkek eşcinseller için “gey”, kadın eşcinseller için “lezbiyen” isimleri de kullanılır.¹³ Eşcinsellerin, biyolojik cinsiyetlerinden hoşnutsuzlukları sözkonusu değildir.

Biseksüel, duygusal ve/veya cinsel açıdan her iki cinse yönelebilen/ilgi duyan kadın veya erkeği ifade eder. Biseksüel bir kimse her iki cinse de aynı ölçüde ilgi duymayabilir ve bu ilginin derecesi zaman içinde değişebilir.¹⁴

Transgender

Transgender, cinsiyet geçiş sürecini tamamlamış ya da tamamlamamış; ancak biyolojik cinsiyetine ve görünümüne bir şekilde müdahale edenleri ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Türkiye’de fazla yaygınlık kazanmamış olan transgender terimi çoğunlukla hem transseksüeller ve travestileri hem de interseks kişileri kapsamaktadır. Türkiye’de LGBT örgütleri, "transgender" terimini karşılayacak şekilde "trans" adlandırmasını kullanmaktadır.¹⁵

İnterseks

İnterseks, fiziksel görünüş, genital organlar ve cinsel yaklaşım açısından hem erkek hem kadın özellikleri gösteren kişidir.¹⁶

Fuhuş

Fuhuş, eski dilde, haddini aşma, kötülük, namusa aykırı hareket¹⁷ olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca fuhuş, içinde bulunulan toplumun kurallarına uymayan bir

¹³ Yasemin Şafak, **Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans (LGBT) Öğrenciler ve Aileleri ile Çalışan Öğretmenler İçin Eğitim Broşürü**, Ankara, Ayrıntı Basımevi, 2014

¹⁴ Umut Güner, Pelin Kalkan, Yasemin Öz, Elif Ceylan Özsoy, Fırat Söyle, **A.g.e.**, s. 19

¹⁵ A.g.e.

¹⁶ Gövsa Gökmen, **A.g.e.** s. 472

¹⁷ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/sozluk.htm> (son erişim tarihi: 24/11/2014)

biçimde bir veya birkaç kişiyle para karşılığında cinsel ilişkide bulunma¹⁸ anlamıyla da sözlükteki yerini almıştır. Fahişe, hayat kadını¹⁹ demektir.

Seks İşçisi

Seks işçisi kavramı, fahişe kelimesine yüklenen aşağılayıcı, kadınlara özgü ve bu yüzden ayrımcılığa neden olan anlamı bertaraf etmek ve meseleyi emek kavramı ekseninde değerlendirilmek üzere ortaya atılıp benimsenmiş bir kavramdır.²⁰ Bu çalışmada fahişe ya da hayat kadını kavramlarının yerine, seks işçisi kavramı tercih edilerek kullanılacaktır.



¹⁸ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5472f1da35ec44.-80151600 (son erişim tarihi: 24/11/2014)

¹⁹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5472f1da35ec44.-80151600 (son erişim tarihi: 24/11/2014)

²⁰ Sabriye Dilek Demir, **Kadın Seks İşçiliğinin Hukuki Mevzuat Çerçevesinde İncelenmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 35

I- TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA VE TÜRK CEZA HUKUKUNDA TRANSSEKSÜELLİK

A- Türk Medeni Hukukunda Transseksüellik

1- 1988'e Kadarki Dönem

1988 yılına kadar, Türk Medeni Hukukunda ve genel olarak Türk Hukukunda cinsiyet değişikliğine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildi. 1988 yılında Londra'da cinsiyet değişikliği ameliyatı ile kadın olan Bülent Ersoy'un yeni cinsiyetini nüfus kaydına yansıtma talebi ile açtığı davalar nedeniyle transseksüellik, bir hukuki mesele olarak tartışılmaya başlanmıştır.²¹

2- 1988-2001 Arası Dönem

Aşağıda ayrıntıları ile anlatılacağı üzere, Bülent Ersoy'un cinsiyet değişikliğinin nüfus siciline işlenmesi talebiyle açtığı bir dizi dava ve bu davaların temyiz incelemesi neticesinde Yargıtay tarafından verilen tartışmalı kararların ardından; transseksüelliğin gittikçe görünür hâle gelmesinin de etkisi ile, bu konuda bir hukuki düzenleme yapmak zorunluluğu kabul edilmiş ve 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin “Doğum ve ölüm nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat olunur. Nüfus sicilinde kayıt bulunmaz veya mevcut kaydın doğru olmadığı tahakkuk ederse keyfiyet her hangi bir delil ile ispat olunabilir” şeklindeki 29. maddesine, 04/05/1988 tarih ve 3444 sayılı yasa ile birinci fıkradan sonra gelmek üzere “Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Bu konuda açılacak davalarda cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise, eşe de husumet yöneltir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur” hükmü eklenerek transseksüellik yasal bir temele yerleştirilmiştir.

²¹ Bkz: Syf. 16

Öncesinde var olan hukuki boşluğu doldurmasına ve uygulamadaki ihtiyaca cevap vermesine rağmen, 743 Sayılı Kanun'un 29/2. maddesi, öğretide pekçok eleştiriye maruz kalmıştır. Madde metninde, cinsiyet değiştiren kişinin evli olması hali de gözönüne alınarak bir düzenleme yapıldığından, öğretide, kısa süre için de olsa aynı cinsiyetten iki kişinin evli kalmasına imkân tanınmış olması; cinsiyet değişikliği ameliyatının ön koşullarının düzenlenmemiş olması ve son olarak da cinsiyet değişikliğinin konu ile ilgisiz olan “sağlığın ve ölümün ispatı” başlığı altında düzenlenmiş olması yönlerinden eleştiriler dile getirilmiştir.²² Tüm bu eleştirilere rağmen, Türkiye'nin, başta İngiltere ve Fransa olmak üzere pek çok Avrupa devletinden önce böyle bir yasal değişikliği hayata geçirmesinin, transseksüellik ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde açılan davalarda Türkiye aleyhine ihlal kararlarının bulunmamasına da katkısının olduğu kabul edilmelidir.

3- 2001 Sonrası

2001 yılı, 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin ilgası ile 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kabul edildiği yıldır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun getirdiği en önemli yeniliklerden biri, cinsiyet değişikliği hususunda, bir önceki düzenlemeye nazaran yapılan ayrıntılı düzenlemedir. Öte yandan, cinsiyet değişikliğine ilişkin düzenleme, kişisel durum sicilinin düzeltilmesi başlığı altına alınıp ayrı bir maddede (40. madde) düzenlenmekle, kanun yapım tekniğine uygun bir şekil de kazanmıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin gerekçesine yer vermekte fayda vardır:

“Bu madde yürürlükteki Kanunun 29 uncu maddesine 04/05/1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla eklenmiş olan ikinci fıkradan değiştirilmek suretiyle alınmıştır.

²² Yeşim M. Atamer, *İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eşcinsellere Yönelik Ayrımcılık ve Şiddet Sempozyumu, V. Oturum/ Travesti ve Transseksüellerin Sorunları*, İstanbul, 2003

Yürürlükteki Kanunun 29 uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince cinsiyet değişikliği dolayısıyla nüfus sicilinde gerekli değişikliğin yapılabilmesi için kişinin önceden cinsiyetini değiştirmesi, bu değişikliğin resmî 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 âdetâ bir onay makamı hâline getirmektedir. Bu durum, gelişigüzel cinsiyet değişiklikleri sonucu mahkemelerimizi, âdetâ 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 yaşını 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 bir 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.

Maddenin ikinci fıkrası, hâkimin iznine bağlı olarak cinsiyet değişikliğinin gerçekleştirilmesi hâlinde, bu hususun yine resmi sağlık kurulu raporuyla saptanması koşuluyla hâkimin cinsiyet değişikliği için nüfus sicilinde değişiklik kararı vermesini öngörmüştür”

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesi ise şu biçimde kaleme alınmıştır:

“Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin 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 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”

Görüldüğü üzere, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, cinsiyet değişikliği sürecinde “cinsiyet değiştirmeye izin” ve “nüfus sicilinde düzeltme” biçiminde iki ayrı aşamada mahkeme kararını ve mahkeme kararına esas olacak sağlık kurulu raporunu gerekli kılmaktadır. Cinsiyet değişikliğine iznin koşulları, kişinin onsekiz yaşını doldurmuş olması; evli olmaması; transseksüel yapıda olduğu, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunduğu ve üreme yeteneğinden sürekli yoksun olduğuna dair eğitim ve araştırma hastanesinden alınan sağlık kurulu raporunun bulunmasıdır. Sağlık kurulu raporu, cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin hem fiziksel (transseksüel yapıda olmak ve üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk) hem de ruhsal (cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması) durumunu belgelemelidir. Bu koşulları taşıyan izin talebinin mahkemece kabulünün ardından, yöntemince gerçekleştirilmiş ameliyatın

yine resmî sağlık kurulu raporu ile doğrulanması şartıyla mahkemece nûfus kaydında düzeltmeye karar verilecektir. Cinsiyet değişikliği ameliyatı sonrasında, nûfus sicilinde düzeltme davasına esas olacak sağlık kurulu raporunun, izin sürecinden farklı olarak, eğitim ve araştırma hastanesinden alınmasına gerek yoktur; kanun koyucu tarafından bu aşamada resmî sağlık kurulu raporu yeterli görülmüştür.²³

Mevcut düzenleme kapsamında, uygulamada bazı sorunların yaşanması ihtimali bulunmaktadır. Şöyle ki; mahkemeden alınmış bir izin olmaksızın, özellikle yurt dışında cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirdikten sonra, Türkiye'de yeni cinsiyetin nûfus siciline işlenmesi talepleri; nûfus sicilinin düzeltilmesi davasının ön koşulu olan mahkemece verilmiş izin kararı olmadığından reddedilecektir. Öğretide bu durumun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen “özel hayatın gizliliğine saygı” ilkesine aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmekte, Mahkeme'nin Christine Goodwine- Birleşik Krallık davası²⁴ örnek gösterilmektedir.²⁵ Bununla birlikte, Christine Goodwine- Birleşik Krallık davasında yeni cinsiyetin nûfus siciline işlenmemesi, Birleşik Krallık iç hukukunda buna izin veren bir düzenlemenin bulunmaması ve yine Birleşik Krallık iç hukukunda transseksüellerin evlenmelerine izin verilmemesi nedenleriyle başvurucunun sözleşmenin 8. ve 12. maddeleri ile güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğine karar verildiği belirtilmelidir. Türk hukukunda, yasal koşullar yerine getirilerek yapılan cinsiyet değişikliği ameliyatı sonrası yeni cinsiyet öncelikle nûfus sicilinde düzeltme yolu ile tanınarak, yeni cinsiyetin getirdiği ve gerektirdiği tüm medeni haklardan faydalanmaya da imkân tanınmaktadır. Yasal koşulları yerine getirmeyen başvurucunun, sözleşme güvencesinden yararlanmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Öte yandan, başka gerekçelerle ve somut olayın özelliklerine göre, Türk Medeni Kanunu'na göre izin şartını yerine getirmeden yapılan cinsiyet değişikliği ameliyatının ardından cinsiyet tahsisi talebinin kabulü söz konusu olabilecektir. Zira aşağıda, bazı özel durumlarda, cinsiyet değişikliğine izin kararı olmaksızın, cinsiyet tashihiinin mümkün olabileceğine ilişkin Yargıtay kararlarına değinilecektir.

²³ Üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartı ile ilgili olarak bkz: syf. 45 A. P., Garçon ve Nicot-Fransa Davası

²⁴ Bkz: syf. 34

²⁵ Atamer, **A.g.e.**

B- TÜRK CEZA HUKUKUNDA TRANSSEKSÜELLİK

1- Mağdur Transseksüeller Açısından

Bu çalışma kapsamında incelenen yargı kararları ve yargı kararları derlemesi içeren çeşitli yayınlardan, cinsiyet kimliği nedeniyle maruz kalınan suçların, hakaret, tehdit ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılmadan başlayıp, hırsızlık, yağma, cinsel taciz, cinsel saldırı, kasten yaralama ve kasten öldürmeye kadar varan, kişinin şeref ve saygınlığından başlayıp, malvarlığına, vücut ve cinsel dokunulmazlığına ve nihayet yaşam hakkını ihlale kadar ilerleyen eylemler olduğu gözlemlenmiştir. Bu bahiste, transseksüellerin; lezbiyen, gey, biseksüel ve travestilerden farklı bir durumu olduğunu söylemek mümkün değildir. Tüm LGBT bireyler gibi transseksüeller de, sırf cinsiyet kimlikleri nedeniyle ve özellikle seks işçisi olanların güvenli olmayan çalışma koşullarının da etkisiyle bu suçların mağduru oldukları düşünülmektedir.

Öte yandan, transseksüellere karşı işlenen suçların bir kısmı, eylemin niteliğine göre, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçu ile 216. maddesinde düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama suçlarına vücut verebilecekken, translara yönelik nefret söylemleri ile ilgili davalarda, bu kanaatin aksi yönde bazı kararlara rastlanılmıştır. Şöyle ki, translara yönelik nefret ve ayrımcılık söylemleri ile ilgili yapılan başvurularda, Anayasa Mahkemesi, söylemlerin ifade özgürlüğü kapsamında kaldığından bahisle Türk Ceza Kanunu'nun 122 veya 216. maddesindeki suçların oluşmadığına ilişkin yargı kararlarında ihlal bulunmadığına karar vermiştir.²⁶

Transseksüeller, kendilerine karşı işlenen suçlarda çeşitli nedenlerle hukuki başvuru dahi yapmamaktadır. Bunun en önemli nedenlerinden biri, cinsiyet kimlikleri ve yaptıkları iş nedeni ile inandırıcı olamayacaklarını düşünmeleridir. Bu durum, aşağıda çalışma koşulları bahsinde değinilecek olan "öğrenilmiş çaresizliğin" bir başka tezahürüdür. Mağdur transseksüellerin adalete erişimi konusunda kapsamlı bir araştırma yapılarak sorunların tespiti ve çözüm yollarının üretilmesi gerekmektedir.

²⁶ Anayasa Mahkemesi 2013/5356 Başvuru sayılı 08/05/2014 tarihli kararı

2- Şüpheli, Sanık ve Hükümlü Transseksüeller Açısından

15 Mayıs 2013 tarihi itibarıyla Türkiye'de 18 ayrı ceza ve tevkif evinde toplam 79 LGBT tutuklu ve hükümlünün bulunduğu, bu sayının yaklaşık 1/10'ünün tutuklu 9/10'unun ise hükümlü olduğu bilinmektedir. 2016 yılı itibarıyla bu sayı 137 olarak ifade edilmiştir. Öte yandan, 2013 yılı itibarıyla Türkiye'deki mahpusların 2/10'u tutuklu 8/10'u ise hükümlüdür.²⁷ Bu sayısal veriler karşısında LGBT mahpusların tutukluluk oranının genel mahpusların oranının yarısı kadar olduğunu söylemek mümkündür.

15 Nisan 2013 tarihi itibarıyla LGBT mahpusların 22'si adam öldürme, 30'u yağma, 14'ü hırsızlık, 6'sı uyuşturucu, 3'ü cinsel saldırı, 2'si konut dokunulmazlığını ihlal, 2'si başkasına ait kredi kartını izinsiz kullanma, 1'i kamu malına zarar verme, 1'i de yaralama suçları nedeniyle tutuklu veya hükümlüdür.²⁸ LGBT bireylerin mağduru ve faili oldukları suç tipleri arasında bir benzerlik görülmektedir. Bu benzerliğe, LGBT bireylerin çalışma ve yaşam koşullarının neden olduğu düşünülmektedir. Güvenli bir yaşam alanı ve çalışma ortamından yoksunluk, LGBTİ bireyleri, aynı ya da benzer suçların kimi zaman mağduru kimi zaman ise faili haline getirmektedir.

Cinsiyet geçiş sürecini hukuken ve fiilen tamamlamış bir transseksüelin tutukluluk veya hükümlülüğü halinde yeni cinsiyetine uygun bir infaz sürecine tâbi olacağına tereddüte yer yoktur. Trans kadın kadınlar koğuşuna, trans erkek erkekler koğuşuna alınacaktır. İnfaz aşamasında özellik ve önem arz eden mesele, cinsiyet geçiş sürecini henüz tamamlamamış transseksüellerin özel ihtiyaçları ve bu ihtiyaçlara cevap verebilecek bir infaz sisteminin olup olmadığıdır.

Transseksüelizm, tanımlar bölümünde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere bir hastalık olarak tanımlandığından, cerrahi operasyon, psikiyatrik takip ve hormon kullanımı aşamaları da tedavi olarak değerlendirilecek ve tutuklu ya da hükümlünün bu ihtiyaçları sağlık ihtiyacı olarak görülüp çözüme ulaştırılacaktır. Cinsiyet değişim sürecinin maliyeti yüksek bir dizi takip ve operasyonu gerektirdiği göz önüne

²⁷ Hilal Başak Demirbaş, **Türkiye'de LGBTİ Mahpus Olmak**, İstanbul, Ceza İnfaz Sisteminde Sivil toplum Derneği, 2016. s. 27, 28

²⁸ A. g. e

alındığında, diğer tüm tutuklu ve hükümlüler gibi cezaevinde gelir elde etme imkânı ortadan kalkan bir transın, ameliyat ve hormon ilaçları için gerekli olan parayı kazanması mümkün olmamaktadır. Bu sorun şimdilik, konuyu takip eden sivil toplum kuruluşları eli ile çözülmeye çalışılmaktadır. Öte yandan, çeşitli nedenlerle, trans mahpusun bulunduğu cezaevi ve tedavisinin devam ettiği hastanenin bulunduğu şehirler birbirinden farklı olduğunda, tedavinin devamlılığı konusunda bir sorun meydana gelebilmektedir.

Cinsiyet geçiş sürecini hukuki ve fiili olarak tamamlamamış trans mahpusun sınıflandırılmasındaki ölçüt ne olacaktır? Hukuk düzeninin henüz erkek olarak tanıdığı bir trans kadının erkekler koğuşunda tutulması, gerek trans mahpus açısından gerekse onunla aynı koğuşta kalacak diğer mahpuslar açısından problem yaratacaktır. Bunlardan ilki ve en önemlisi trans mahpusun uğrayacağı homofobik/ transfobik şiddet olacaktır. Trans mahpusun bu şiddetten korunmasını sağlamak için, onu, diğer mahpuslardan ayrı tutmak gerekecektir. Fakat, trans tutuklu ve hükümlü sayısının bazen biri bile geçmediği cezaevlerinde bu durum ister istemez, trans mahpusun yalnızlığına ve sosyal ilişkilerinde gerilemeye neden olacaktır.

II- TÜRK YÜKSEK YARGISI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA TRANSSEKSÜELLİK

A- Yüksek Yargı Kararlarında Transseksüellik

1- Yargıtay Kararları

a- Bülent Ersoy Kararı

Ses sanatçısı Bülent Ersoy 1981 yılının sonlarında Londra'da cinsiyet değişikliği ameliyatı olmasının ardından nüfus kütüğündeki cinsiyet hanesinde yazılı olan erkek kaydının değiştirilmesini talep etmiştir. Mahkeme talebi kabul etmiş fakat Yargıtay bu kararı bozmuş, mahkeme de bozmaya uymuştur. Bülent Ersoy'un nüfus kütüğündeki cinsiyet kaydının değiştirilmesine ilişkin davalar, farklı yerlerde açılması nedeniyle dört kez Yargıtay'a gelmiş ve her defasında reddedilmiştir. 1982 yılındaki kararında Yargıtay cinsiyetin tespitinde dış görünüşün mü yoksa biyolojik gerçeğin mi esas alınacağı konusunun hekimlerce tespit edileceğini belirtmiştir. Bu Yargıtay ilamına esas ilk derece yargılamasının yapıldığı Fatih 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin dosyasında davacı Bülent Ersoy'u tıbbi açıdan transseksüel değil homoseksüel olarak tanımlayan hekim raporu nedeniyle Yargıtay cinsiyete ilişkin nüfus kaydının düzeltilmesi talebinin kabulüne ilişkin hükmü bozmuştur. Fatih 3. Asliye Hukuk Mahkemesi de bozmaya uymuştur.²⁹

Başka bir davada, davacının birkaç sene evvel homoseksüel ilişkiyi terk ettiği, kadın genital organlarına sahip olduğu, normal cinsel ilişkiden zevk aldığı ve ruhen ve bedenen bir kadın varlığına sahip olduğu yönündeki rapora rağmen davacının talebinin reddedildiği görülmektedir. Bu hükmün temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 1986/651 esas ve 1986/3256 sayılı kararını verecek, bir önceki içtihadında cinsiyet

²⁹ Bilge Öztan, Michael R. Will, **Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 43, Sayfa 227-268, Ankara, 1993

tespitini tıbbı bırakırken, bu hususun kendi tekelinde olduğunu belirterek, hekim raporlarını dikkate almayacaktır.

Kararda dikkat çekici hususlardan ilki, Adli Tıp Kurumu'nun hüküm mahkemesine sunduğu rapordur. Bu raporda, davacının dış görünümü itibarıyla tamamen kadın olduğu, vücudunun kadınlara özgü tüm özellikleri taşıdığı ve kendisini kadın olarak hissettiği davranışlarının da o yolda bulunduğu, geçirdiğı ameliyat sonucu erkeklik organının yok edildiğı, kadın olarak cinsel ilişkiyi başardığı ve bundan zevk duyduğu homoseksüel yaşantısını bir kaç yıldan beri terk ettiğı, bugünkü hali ile kadın olması lazım geldiğı belirtilmektedir.

Yargıtay öncelikle, davacı Bülent Ersoy'un özgür iradesi ile erkeklik organlarını yok ettirdiğı, psikolojik olarak kendini kadınlığa intibak ettirdiğı ve yapay yollarla vücudunu kadınlara özgü bir görünüme getirdiğini kabul etmiştir. Karardaki mesele, bu fiili durumun hukuk düzeni tarafından tanınıp tanınmayacağıdır. Yargıtay, kişinin cinsiyeti üzerindeki iradi müdahalesini, o tarihte yürürlükte bulunan Medeni Kanun'un 23. maddesi kapsamında, kişinin kendisinin bile feragat edemeyeceğı kişilik haklarına müdahale kapsamında ele almıştır.

Kararda, kişilerin cinsiyetleri üzerinde iradi değişiklikler yapabilmesinin kanuna karşı hile kapısını aralayacağı belirtilmiştir. Örneğin, eşinden boşanamayan bir kimsenin cinsiyet değiştirerek ve aynı cinsten kişilerin evli olamayacakları kuralına dayanarak evlilik bağıını ortadan kaldırma, askerlik yükümlülüğünden kaçma, kadınlara sağlanan erken emeklilik imkânından faydalanma gibi haksız yararlar sağlamaya imkân tanıma tehlikesinin varlığından söz etmiştir. Yargıtay, nüfus kaydının cinsiyet bölümündeki bir düzeltmenin ancak maddi bir hata veya doğuştan çift cinsiyetli olma durumunda mümkün olduğunu ifade etmiştir.

Davacının ruhsal ve bedensel durumu, artık erkek cinsiyetine geri dönüş ihtimalinin bulunmaması gibi sebepler ile cinsiyet değişikliğini talep edemeyeceğı bu kararda kesin bir dille ifade edilmiştir. Kararın dikkat çekici noktalarından biri de, bu belirlemeler yapılırken kararda geçen şu ifadedir: "Davacının, serbest iradesi ile vaki ameliyat yüzünden cinsiyetinin (erkekliğinin) gerektirdiğı imkânları yeniden elde

edemeyecek duruma gelmiş olması da vermek istediği amaca ulaşmasını haklı kılmaz." Görüldüğü gibi bu kararda, erkeklik bir imkân meselesi olarak algılanmıştır. Daha da ilginç husus "Yani kanun kişilik hakkına bizzat saldıran kimsenin, meydana getirdiği sonuca hukukta yeri olmayan bir çare bulmaya mecbur değildir. Herkes yanlış eylemlerinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. İşe, duygusal zeminde çözüm aramak doğru olamaz. Çünkü hukuk, hak karşısında ne kadar şefkatli ise, hata söz konusu olduğu hallerde de o derece müsamahasızdır. Erkekliğini yitirmiş ve fakat kadın da olamamış bir kimsenin çaresizliğine birlikte acınır, ama kanun bir yana itilerek imkân hazırlanamaz" ifadesidir. İradi cinsiyet değişikliği bir yanlış, cinsiyet düzeltilmesine müsaade edilmesinin bu yanlışla imkân hazırlama olduğundan söz edilmiş, davacının erkekliğini yitirmiş ve kadın dahi olamamış çaresiz ve acınası bir kimse olduğu vurgulanmıştır.

İlk derece mahkemesine Kocayusufpaşaoğlu tarafından sunulan mütalaa, dava kapsamında Medeni Kanun 1. madde anlamında bir kanun boşluğu olduğu tezine dayanmakta idi ve mevcut rapor sonuçları itibariyle bu boşluğun davacının talebi yönünde hâkim tarafından doldurulmasının gerekliliği üzerinde durulmaktaydı. Ancak Yargıtay, meri hukuk hükümlerine göre çözülebilecek bir uyuşmazlık bulunduğu ve kanun boşluğu bulunmadığını belirterek ve bu hususu ayrıntılı olarak gerekçelendirmeden, bu mütalaaaya itibar etmemiştir.

Karara biri usulden biri esastan olmak üzere iki üye muhalif kalmıştır. Esasa muhalif üyenin muhalefet şerhi, karardan çok daha uzun ve gerekçeli, daha bilimsel temellere dayalı, karşılaştırmalı hukuka da yer veren, yazıldığı dönem için son derece özgürlükçü bir bakış açısına sahiptir. Muhalif üye konuyu İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Sözleşmesi ekseninde ele alarak ilk derece mahkemesinin hükmünün bozulması gerektiği görüşünü dile getirmiştir.³⁰

Bülent Ersoy'un şahsında tüm transseksüellerin, ameliyat sonrası yeni cinsiyetlerinin hukuk düzeni tarafından tanınması için 1988'i beklemek gerekecektir. 04/05/1988 tarih ve 3444 sayılı yasa ile 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 29.

³⁰ Yargıtay 2. HD 27.03.1986 Tarih, 1986/651 E. ve 1986/3256 K.

maddesine 2. fıkra ilave edilerek cinsiyet değişikliği sonrasında bu durumun nüfus kayıtlarında da düzeltilmesi imkânı sağlanmıştır.

1988 yılındaki Medeni Kanun değişikliği, sahne yasağını da hükümsüz kılan bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Şöyle ki, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 11. maddesi ve 19 Mart 1981 tarihli İçişleri Bakanlığı Genelgesi'ne istinaden, bar, pavyon gibi içkili yerlerde kadın kıyafetiyle erkeklerin çalıştırılması yasaklanmıştı. Bülent Ersoy'a sahne yasağı olarak bilinen bu düzenlemeye dayanılarak valiliklerce çıkarılan emirler ile "kadın kılığındaki erkeklerin" içkili mekânlarda çalışmaları, sahneye çıkmalarının yasak olduğu belirtilmişti. Dönemin hukuk düzeni transseksüaliteyi tanımadığından, transseksüeller "kadın kılığında erkek" olarak değerlendirilmekteydi. Medeni Kanun'daki değişiklik sonrasında transseksüeller artık kadın kılığında erkek değil, hukuk düzenince de tanınmış kadınlar ya da erkekler durumuna gelmiştir.

b- Cinsiyet Değişikliğine ve Bunun Tanınmasına İlişkin Diğer Kararlar

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2009/19039 Esas ve 2010/20942 Karar sayılı ilamı, Almanya'da doğup büyüyen Türk vatandaşı davacının, Alman yasalarına uygun bir cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirdikten sonra, Türkiye'de açtığı cinsiyet ve isim değişikliği davasına ilişkindir. Alman yasaları gereğince, cinsiyet değişikliği ameliyatı yapıldıktan sonra, mahkeme tarafından bu değişim tasdik edilmektedir. Yerel mahkeme, Türk Medeni Kanunu uyarınca cinsiyet değiştirmeye izin kararı alınmadan cinsiyet değişikliğine karar verilemeyeceği, Türk hukukunda cinsiyet değişikliğine izin sürecine yaklaşık 2 yıllık bir tıbbî gözlem ve psikolojik tahlil sürecinin sonunda gelinebildiği, mevcut davanın kabulü halinde Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen yasal zorunlulukların bertaraf edileceği ve yurtdışında ameliyat olanlar ile Türkiye'de ameliyat olanlar arasında eşitsizlik meydana geleceği gerekçeleri ile davayı reddetmiştir. Anılan Yargıtay kararında, dava dilekçesinin, cinsiyet değişikliğine izin talebini de içerdiği, Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı tarafından tanzim edilen raporda Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinde belirtilen şartların oluştuğu tespit edildikten sonra davacının tıbben uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmiş olduğunun da tespit edildiği; bu durumda davacının izin talebi hakkında bir

karar vermek yerine nüfusta cinsiyet değişikliği talebinin reddine karar verilmesinin bozmayı gerektirir olduğu belirtilmiştir. Karar içeriğinde, her ne kadar dava dilekçesinde cinsiyet değişikliği yazılsa da, talebin izin olduğu, hâkimin, tarafların açıklamalarıyla bağlı fakat hukukî nitelendirmesi ile bağlı olmadığı hususu da zikredilmiştir.³¹

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2009/8179 Esas ve 2009/11096 Karar sayılı ilamı, özel bir hastanede cinsiyet değişikliği ameliyatı olan davacının, yeni cinsiyetinin nüfus siciline tescili, cinsiyet kaydının düzeltilmesi davasının reddine ilişkindir. Davacı hakkında 2005 yılında İzmir Asker Hastanesi'nce tanzim olunan raporda “ileri derecede psikoseksüel bozukluk (homoseksüalite, transseksüalizm, transvestizm)” tanısı konulduğu ve askerliğe elverişli olmadığına karar verildiği ve davacının bu rapordan sonraki bir tarihte özel bir hastanede cinsiyet değişikliği operasyonu geçirdiği anlaşılmaktadır. Bu halde, Türk Medeni Kanunu'nun 40/1. maddesi uyarınca davacının eğitim ve araştırma hastanesine sevk edilip transseksüel yapıda olup olmadığı, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olup olmadığı ve üreme yeteneğinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan ve davacının dilekçesinde esasen izin talep etmesi karşısında izin konusunda bir karar verilmesi gerekirken cinsiyet tashihi talebinin reddi şeklinde hüküm kurulması hususları bozma gerekçesi olarak ifade edilmiştir.³²

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, bu bahiste anılması gereken başka bir kararı da Almanya'da, yöntemine ve Alman iç hukukuna uygun bir biçimde cinsiyet değişikliği ameliyatı olan ve bu durumu Alman mahkemesince de tasdik edilmiş olan davacının, yerel mahkemeden, Frankfurt Hukuk Mahkemesi'nce verilen kararın Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 36-42. maddeleri gereğince tanınması talebine ilişkindir. Davacı 1967'de Türkiye'de doğmuş ve doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış, Türk nüfus siciline kayıtlı bir trans erkektir. Davacı, 1997 yılında Alman vatandaşlığına hak kazanmış ve aynı yıl Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 20. maddesine göre Türk vatandaşlığından çıkmıştır. Davacı cinsiyet değişikliği ameliyatını 1998 yılında Almanya'da geçirmiştir. Yerel mahkemece davacı Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'ne sevk edilmiş ve burada Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesindeki

³¹ Yargıtay 2. HD 13.12.2010 Tarih, 2009/19039 E. ve 2010/20942 K.

³² Yargıtay 2. HD 08.06.2009 Tarih, 2009/8179 E. ve 2009/11096 K.

koşulları taşıdığı belgelenmiştir. Yerel mahkeme davayı, davacının 1997 yılında Türk vatandaşlığından çıktığı, tanıma talebine konu yabancı mahkeme kararının bu tarihten sonra verildiği ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 36. maddesinin Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi imkânı verdiğinden ve davacının halihazırda Türk vatandaşı olmadığı gerekçeleriyle, reddine karar vermiştir. Daire temyiz incelemesi neticesinde, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için ilamın tarafının Türk vatandaşı olmasına gerek bulunmadığı, taraflar Türk olmasa bile hukuki menfaatlerinin bulunması koşuluyla yabancı ilamın tenfiz veya tanınmasını isteyebilecekleri, öte yandan doğumla Türk vatandaşlığını kazananların, Türk vatandaşlığından çıkmış olsalar dahi 5203 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28. maddesinde sayılan haklar (seçme, seçilme, kadroya dayalı kamu hizmetinde bulunma, vb.) dışındaki haklardan yararlanmaya aynen devam edeceklerine dair âmir hüküm karşısında, davanın reddine karar verilmesini usul ve yasaya aykırı bularak ilk derece mahkemesinin izah olunan kararını bozmuştur.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, kanun yararına bozma yolu ile daireye intikal eden bir davada, cinsiyet değişikliğine izin talebine ilişkin davada, davacının adli sicil kaydı ve aranılan şahıslardan olup olmadığına ilişkin kayıtları getirtilmeden ve izin talebine rağmen cinsiyet tashihine karar verilmesinin bozma nedeni olacağını belirtmiştir.³³

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi ise, 2013/19541 E 2014/5550 K ve 2015/23063 E ve 2016/3697 K sayılı iki ayrı ilamında, Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinde belirtilen koşulların kısmen bulunmadığına ilişkin Eğitim ve Araştırma Hastanesi anabilim dallarından alınmış raporlara dayanılarak cinsiyet değişikliği talebinin reddine karar verilmesini usul ve yasaya aykırı bulmamıştır. Her iki kararında da daire, anabilim dalı raporunun Medeni Kanun'un 40. maddesi anlamında bir sağlık kurulu raporu olmadığını vurgulamıştır.³⁴

Bu bahiste son olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2005/17485 Esas ve 2006/1343 Karar sayılı ilamından bahsetmek gerekecektir. Ancak bu karardan bahsetmeden evvel, kadından erkeğe transseksüellik sürecinin ameliyat aşamalarından

³³ Yargıtay 2. HD 04 .10.2011 Tarih, 2010/11100 E. ve 2011/14833 K.

³⁴ Yargıtay 18. HD 27.03.2014 Tarih, 2013/19541 E. ve 2014/5550 K., Yargıtay 18. HD 02.03.2016 Tarih, ve 2015/23063 E. ve 2016/3697 K.

kısaca bahsedilmesi gerekli görülmüştür. Zira kadından erkeğe transseksüellik, tersine nazaran daha uzun ve zor bir ameliyat dizisini beraberinde getirir. Erkekten kadına transseksüellik ameliyatı tek aşamalıdır. Aynı operasyonla erkek genital organları alınır ve ameliyat edilen şahsın vücut dokusundan elde edilen bir vajina ameliyatla kişinin vücuduna sabitlenir. Vajina, kişinin penis dokusu, bacak ya da kas dokusu, barsak segmenti veya testis cildi kullanılarak oluşturulabilir.³⁵ Trans erkeklerin ameliyatları ise sırasıyla şu üç aşamadan oluşur: Göğüslerin alınması (mastektomi); rahim ve yumurtalıkların alınması ve penis oluşturulması.³⁶

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2005/17485 Esas ve 2006/1343 Karar sayılı ilamı, kadından erkeğe transseksüel olan davacının, kadın genital organlarını ameliyatla aldırıp fakat henüz penis oluşturma ameliyatı olmadan cinsiyet değişikliğine izin verilmesi hususunda açtığı davanın, ilk derece mahkemesince son ameliyatı olmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin kararının temyiz incelemesine ilişkindir. Yargıtay bu kararında, davacıya, penis ameliyatı olması için imkân ve süre tanınmadan davanın reddini hukuka aykırı bularak hükmün bozulmasına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme bu kararı ile, davacı her ne kadar cinsiyet değişikliği ameliyat dizisini tamamlamamış olsa da, yerel mahkemenin kesin hüküm ile cinsiyet değişikliğinin tescili yolunu kapatmayıp, davacıya, ameliyatlarını tamamlaması için süre vererek cinsiyet değişikliğinin tescili imkânını sağlaması gerektiğini vurgulamıştır.³⁷

c- Lambda İstanbul Derneğinin Feshi Davası Kararı

Lambda İstanbul Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Travesti, Transseksüel Kadın ve Erkekler Arası Dayanışma Derneği'nin fesih talebine ilişkin davada ilk derece mahkemesi, dernek adı ve amaçlarının kanuna ve ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle derneğin feshine karar vermiş; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi bu hükmün temyiz incelemesinde 2008/4109 E ve 2008/5196 K sayılı ilamında; cinsel kimlik veya yönelimin kişilerin kendi istemleri ile seçtikleri bir olgu olmadığı, doğuştan veya yetiştirilme tarzından kaynaklanan ve kişilerin istemeden karşılaştıkları bir olgu olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla, Yargıtay, bu açıdan hukuka ve ahlaka aykırı bir durum tespit

³⁵ http://www.kozmetikcerrahi.com/estetik_cinsiyet.htm (Son Erişim Tarihi: 26.12.2014)

³⁶ Aras Güngör, **Öteki Erkekler**, Sel Yayıncılık, İstanbul; Temmuz 2013, s. 185

³⁷ Yargıtay 2. HD 13 .02.2006 Tarih, 2005/17485 E. ve 2006/1343 K.

etmemiştir. Yargıtay'a göre, derneğin amaçlarının ahlaka aykırılığından söz edebilmek için derneğin toplum geneli tarafından kabul edilen ahlak kurallarına aykırı amaçlarla kurulduğunun belirlenmesi, amacı gerçekleştirmek üzere yapılan çalışmaların da bu yönde olduğunun tespiti gerekmektedir. Derneğin amacı genel olarak LGBTT kişileri arasında birlik ve dayanışmanın güçlendirilmesi ve toplumun bir parçası olarak var olduklarının kanıtlanmasıdır. Yargıtay'a göre, toplum genelinde ahlaksızlık olarak nitelenen olgu, LGBTT olma ve bu sözcükleri kullanma değil, bu kişilerin yaşam tarzı ile diğer kişileri LGBTT'ye özendirici ve teşvik edici hareketlere yönlendirmesidir. Dernek tüzüğünde böyle bir amaçtan söz edilmemektedir. Kanunlarımızda da LGBTT'lerin örgütlenerek birik ve dayanışmalarını sağlamak amacıyla dernek kuramayacaklarına ilişkin bir hüküm yoktur. Bu nedenlerle, Yargıtay, LGBTT'lerin dernek kurma özgürlüğüne sahip olduklarını vurgulayarak yerel mahkemenin kararı bozulmuştur.³⁸

Yüksek mahkeme içtihadı olması bakımından emsal niteliği bulunan ve özgürlükler lehine alınan tavrın da bir göstergesi olan bu karar; LGBT bireylerin hak mücadelesine ciddi bir katkı sunmuştur. Ancak yüksek mahkeme anılan kararında "toplum genelinde ahlaksızlık olarak nitelenen olgu, LGBTT olma ve bu sözcükleri kullanma değil, bu kişilerin yaşam tarzı ile diğer kişileri LGBTT'ye özendirici ve teşvik edici hareketlere yönlendirmesi" ifadesi ile toplumun yaygın yanlışına subjektif bir kriterle katkıda bulunmuştur: Özendiricilik ve teşvik edicilik. Özendiricilik ve teşvik ediciliğin sınırı nedir? LGBT bireyler sosyal ve siyasal hayatta "görünmez" olarak mı özendirici ve teşvik edici olmaktan kurtulacaktır? Yoksa LGBT bireylerin toplum yaşamında bu kimliklerini saklamadan yer almaları özendirici ve teşvik edici kabul edilecek midir? LGBT bireyler toplumun kendilerine uygun gördüğü, müzik, dans ve seksle örülü gece hayatı dışında iş bulup, iş kuramayacak mıdır? Okullarda, hastanelerde, diğer kamusal kurumlarda LGBT bireyler istihdam edilmeyecek midir? Yargıtay'ın toplum genelini baz alarak ve toplumun ahlaksızlık nitelendirmesini özendiricilik ve teşvik edicilik çerçevesinde tanımlaması, beraberinde pek çok soruyu akıllara getirmektedir. Bu eleştirilerle birlikte, bu içtihadın, LGBT bireylerin varoluş mücadelesine hukuki zeminde meşruiyet sağladığı da söylenmelidir.

³⁸ Yargıtay 7. HD 25.11.2008 Tarih, 2008/4109 E. ve 2008/5196 K.

d- Eşcinsellik ile İlgili Kararlar

Transseksüellikle doğrudan ilgisi olmasa da, Yargıtay'ın çeşitli kararlarında eşcinsellik hakkındaki görüşleri incelenmeye değer bulunmuştur. Öte yandan, Türkiye'de trans hak mücadelesinin, eşcinsel hak mücadelesi ile birlikte ve birbiri içinde yürütülmesi de, bu bahiste eşcinsellikle ilgili kararlardan bazılarının anılmasını zorunlu kılmıştır.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 2011/21831 Esas ve 2013/11006 Karar sayılı ilamına bakıldığında, "sanıktan ele geçen bilgisayarda doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara (oral ve anal yoldan cinsel ilişkilere) ilişkin görüntülerin bulunduğu anlaşılmaması karşısında, sanığın TCK'nın 226/4. maddesi uyarınca cezalandırılması yerine, dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraatine karar verilmesi"nin kanuna aykırı görüldüğünden bahisle, ilk derece mahkemesinin beraate ilişkin hükmü bozulmuştur. Yargıtay, bu ve buna benzer kararlarında oral ve anal yoldan cinsel ilişkiyi doğal olmayan yoldan ilişki saymaktadır. Oral ve anal ilişki, yalnızca bir eşcinsellik meselesi olmayıp, heteroseksüel ilişkilerde de söz konusu olabilmektedir. Gerek eşcinsel, gerek hereoseksüel ilişkilerde anal ve oral ilişkinin, doğal olmayan yol kabul edilerek müstehcenlik suçunun oluştuğunu söyleyebilmek, izaha muhtaçtır.³⁹

5237 sayılı TCK'nın müstehcenlik başlıklı 226. maddesinin 4. fıkrası şu şekildedir: Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu maddenin gerekçesinde ise neredeyse kanun metni bütünüyle tekrarlanarak "Dördüncü fıkra göre; şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin üretilmesi, ülkeye sokulması, satışa arzı, satışı, nakli, depolanması, başkalarının kullanımına sunulması veya

³⁹ Yargıtay 14. CD 05.11.2013 Tarih, 2011/21831 E. ve 2013/11006 K.

bulundurulması fiilleri suç oluşturmaktadır. Bu hükümle, belirtilen içerikte olan ürünler açısından mutlak bir yasak getirilmiştir" ifadelerine yer verilmiştir.⁴⁰ Bağlayıcı olmasa da yol gösterici niteliği tartışmasız olan kanun gerekçesinde de "doğal olmayan yol"dan ne anlaşılması gerektiği veya bununla ne anlatılmak istendiği açıklanmamıştır. Böylesi sübjektif bir kavramın ceza yasasında vücut bulması ceza normunun kanuniliği ilkesinin varlığını da tartışmaya açacaktır. Erkek eşcinsellik için yegâne cinsel ilişki yolu olan anal ilişkinin doğal sayılmamasının kaynağı ve referansları da tartışmaya açık bir konudur.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2009/27672 Esas ve 2010/28528 Karar sayılı ilamı ise, eşcinselliği gerekçe gösterilerek iş akdi feshedilen davacının açtığı işe iade davasına ilişkindir. Davacının, eşcinselliğin iş akdinin feshi için haklı bir neden teşkil etmeyeceği iddiasıyla açtığı işe iade davası ilk derece mahkemesince reddedilmiş, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de anılan bu kararla ilk derece mahkemesinin red kararını onamıştır.⁴¹ Bu kararın, aşağıda incelenecek olan Danıştay 10. Dairesi'nin 1997/4706 E ve 1993/5536 K sayılı ilâmı ile paralel olduğu söylenebilir.

2- Danıştay Kararları

a- Yetim Aylığı Kararı

Danıştay 10. Dairesi, 1992/4706 esas ve 1993/5536 karar sayılı ilamı; erkekten kadına transseksüel olan davacının, ölen babasından kendisine yetim aylığı bağlanmasına ilişkin talebinin Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'nce, 5434 sayılı kanunda, transseksüeller için açık bir hüküm olmaması sebebiyle reddinin iptali istemi ile Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin davacının talebinin kabulüne ilişkin hükmünün temyiz incelemesine ilişkindir.⁴²

⁴⁰ www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc (Son Erişim Tarihi 26.12.2014)

⁴¹ Yargıtay 9. HD 11.10.2010 Tarih, 2009/27672 E. ve 2010/28528 K.

⁴² Danıştay 10. Dairesi 27.12.1993 Tarih, 1992/4706 E. ve 1993/5536 K.

Davacı ameliyat sonucu kadın olmuş ve mahkemece cinsiyeti kadın olarak değiştirilerek bu durum nüfusa tescil edilmiştir. Yargı kararı ile kadın olan davacının kadınlara tanınan tüm haklardan yararlanma hakkının olması gerekmektedir. Ölen babasından dolayı kendisine yetim aylığı bağlanmasını talep eden davacının, erkekken cinsiyet değiştirerek kadın olan kız çocuklarına yetim aylığı bağlanacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle talebinin reddedilmesi Danıştay’ca yerinde görülmemiş, yetim aylığı bağlanabilmesi için gerekli koşullara sahip olan davacıya yetim aylığı bağlanmamasında hukuka uygunluk görülmemiştir.⁴³

Karar, verildiği tarih itibariyle hak ve özgürlüklerden yana ve cesur olarak nitelendirilebilir zira, Yargıtay’ın tartışmalı Bülent Ersoy kararından yalnızca beş yıl sonra verilmiştir. Bu karar, trans kadın olarak toplumsal yaşama adapte olma sürecinde, hak sahibi bireye az da olsa bir maddi katkı sağlamakta ve yetim aylığı ile birlikte devletin sağlık imkânlarından da faydalanma hakkını bireye sunmaktadır.

b- Devlet Memurluğundan Çıkarma Kararı

Cinsel yönelimi nedeniyle kamu görevinden çıkarılan bireyler hakkında açılan davalarda Danıştay yakın zamana kadar bireyler aleyhine karar vermiştir. Kamu görevinde bulunan bireylerin cinsel kimlikleri sebebiyle kamu hizmetinden dışlanmalarının, farklı uygulama ve işlemlere tabi tutulmalarının gerekçesi, genellikle Devlet Memurları Kanunu’nun 125. maddesinin (a) bendindeki “*devlet memurluğuna yakışmayan tutum ve davranışlarda bulunma*” hükmü olmaktadır.⁴⁴ Devlet memuru olan davacı hakkında, idare tarafından, eşcinsel olduğu gerekçesiyle disiplin soruşturması başlatılmış, soruşturma neticesinde davacının eşcinsel olmasının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125. maddesinin (a) bendini ihlal ettiği gerekçesiyle memuriyetten çıkarma cezasının uygulanmasına karar verilmiştir. Davacı bu idari işlem hakkında ilk derece mahkemesine iptal davası açmış ve ilk derece mahkemesi de idari işlemi hukuka uygun bularak davayı reddetmiştir. Red kararının temyiz incelemesinde, Danıştay 12. Dairesi, davacının eşcinsel ilişkisinin disiplin suçu teşkil ettiği

⁴³ Mehmet Tarhan, Sezen Yalçın, **LGBT Davaları AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları**, Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, Punto Baskı, İstanbul, 2012

⁴⁴ Züleyha Keskin, **Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesi**, AÜHF Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014, S. 144

gerekçesiyle devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmesine ilişkin ilk derece mahkemesi kararını hukuka aykırı bulmayarak onamıştır.⁴⁵

Eşcinsellerin istihdamı konusunda bu tür içtihatlar, yalnızca eşcinselleri değil, LGBT bireylerin tamamını iş bulma veya iş kurma konusunda umutsuzluğa sürüklemekte; özellikle trans bireyler fuhuş ve eğlence sektörü dışında iş imkânlarının olmadığını dile getirmektedirler.⁴⁶ Bu öğrenilmiş çaresizliğin temelinde sivil toplumun ve kamu gücünü kullanan otoritelerin tavrı ile işlem ve eylemlerinin payının çok büyük olduğu sonucuna ulaşmak zor görünmemektedir.

Bununla beraber Danıştay, eşcinsel devlet memurlarının, cinsel yönelimleri nedeniyle memuriyetten çıkarılması konusunda, eşcinseller açısından umut verici bir içtihat değişikliğine yönelmiştir. 2014 yılındaki bir kararda, eşcinsel devlet memurlarının bu nedenle uğradıkları disiplin soruşturmaları nedeniyle aldıkları memuriyetten çıkarma cezaları aleyhine açılan iptal davaları ve ilk derece mahkemesince verilen red kararları, Danıştay tarafından hukuka aykırı görülerek bozulmuştur. Bu bağlamda, Danıştay 12. Dairesi'nin 2011/ 750 Esas ve 2014/ 7169 Karar sayılı ilâmından bahsetmek gerekecektir. Bu kararda davacının öğretmen olarak görev yaptığı ve eşcinsel olduğu, bu nedenle hakkında disiplin soruşturması başlatılıp sonuçlandırılarak, eşcinsel olduğu sübut bulan davacı öğretmen hakkında memuriyetten çıkarma cezasının uygulandığı, bu idari işlem aleyhine ilk derece mahkemesinde açılan iptal davasının da reddedildiği ve davanın temyiz incelemesi için Danıştay 12. Dairesi'ne tevzi edildiği anlaşılmaktadır. Daire, disiplin soruşturması kapsamında alınan ifade ve savunmalardan, davacının eşcinselliğinin sübut bulduğunu ancak, öğretmen olan davacının, cinsel yönelimini okul içinde öğrencilerine yansıttığına veya okul dışında öğrencileri ile eşcinsel ilişkiye girdiğine dair herhangi bir iddia veya delil bulunmadığını tespit etmiştir. Davacının, iş yaşamına yansıtmadığı ve özel hayatı kapsamında kalan eşcinsel yönelimi gerekçe gösterilerek memuriyetten çıkarılması şeklindeki idari işlemin, Anayasa'nın 10. maddesi ile düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesine ve 20. maddesinde zikredilen özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile güvence altına alınan özel heyete

⁴⁵ Danıştay 12. Dairesi 18.01.2000 Tarih, 1999/5783 E. ve 1999/2585 K.

⁴⁶ Selin Berghan, **Lubunya Transseksüel Kimlik ve Beden**, İstanbul, Metis, 2007

saygı ve 14. maddesi ile korunan ayrımcılık yasağına aykırı olduğu gerekçesi ile, memuriyetten çıkarma cezası şeklindeki idari işlemin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴⁷

3- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin (AYİM) eşcinsel ilişkide bulunan davacıların Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ilişkisinin kesilmesinde davanın reddine ilişkin kararlarından bahsetmek gerekecektir.

AYİM 1. Dairesi 1998/888 Esas ve 1999/482 Karar sayılı ilamında, anal ilişki "gayri tabii mukarenet" olarak anılmış ve bu davranışın "yüz kızartıcı, disiplin bozucu ve Silahlı Kuvvetlerin itibarını sarsacak şekilde ahlak dışı bir hareket" teşkil ettiğine hükmetmiştir.⁴⁸

Yargıçlar, hiç şüphesiz, içinde bulundukları toplumdan yetişmiş, onun davranış kalıplarını ve ahlaki değerlerini almış kişilerdir. Bu kararda AYİM, toplumun genel değer yargıları ve ahlaki kabullerinin dışına çıkmayan ve bu bakımdan çok da şaşırtıcı olmayan bir karar vermiştir. Yukarıda incelediğimiz, eşcinsel istihdamı ile ilgili Yargıtay ve Danıştay kararları, Yargıtay'ın Bülent Ersoy hakkındaki kararı da bu bahiste yer alabilecek niteliktedir. Toplumun ve genelde mahkemelerin, özel olarak bu başlık için AYİM'in bakış açısı, Silahlı Kuvvetler mensubiyetinin bir erkek işi olduğu, eşcinselliğin de erkeklik dışı ve doğal olmayan bir hal olduğudur. Ayrıca mahkemeler, mutlak surette eşcinselliği ahlak dışı kabul etme eğilimindedirler. Hatta Silahlı Kuvvetler uygulaması, eşcinselliği, çok eski bir uluslararası tasnife göre (DSM III) hastalık kabul ederek, askerlikten elverişsizlik nedeni saymaktadır.

B- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

80'li yılların, dünyada cinsiyet değişikliği ameliyatlarının yaygınlaştığı bir dönem olduğunu söylemek mümkündür. Bu yaygınlık, hukuk düzenini ilgilendiren talepleri de

⁴⁷ Danıştay 12. Dairesi 07.11.2014 Tarih, 2011/ 750 E. ve 2014/ 7169 K.

⁴⁸ AYİM 1. Dairesi 11.05.1999 Tarih, 1998/888 E. ve 1999/482 K.

beraberinde getirmiştir. Ancak, dünya toplumunun yeni tanıştığı bu duruma ilişkin ilk hukuki tepkilerin, bugünkü gözle bakıldığında yanlış yerde durduğunu gözlenmiştir. Bu bakımdan, Türkiye ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihat seyri açısından birbiri ile benzerlik göstermektedir.

1986 tarihli Rees- Birleşik Krallık ve 1990 tarihli Cossey- Birleşik Krallık kararlarında AİHM, transseksüel olan başvuruçuların sözleşme ile güvence altına alınan haklarının ihlal edilmediğine karar vermiş, ihlal iddiası yöneltilen hususlarda devletlerin düzenleme yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir.

1992 yılına gelindiğinde mahkeme B.- Fransa davasında transseksüel başvuruçunun sözleşme ile güvence altına alınan hakkının ihlal edildiği kararını vermiş, Cossey- Birleşik Krallık davasından sonraki bu içtihat değişikliğini Fransız ve İngiliz iç hukuklarındaki farklılığa dayandırmıştır.

Birleşik Krallık aleyhine olan bir diğer başvuru 1998 tarihli Sheffield-Horsham davasıdır. Burada mahkeme, başvuruçuların hakkının ihlal edilmediğine karar vermiş olsa da Rees ve Cossey Davalarından farklı olarak, transseksüellik meselesinin gördüğü toplumsal kabul karşısında sözleşmecî devletlerin bu alanı sürekli inceleme altında bulundurmaları gerektiğini kaydetmiştir.

2002 yılına gelindiğinde AİHM, Christine Goodwine- Birleşik Krallık davasında, başvuruçunun 8 ve 12. maddelerle güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.

2012 yılında karara bağlanan Genderdoc-M- Moldova davası; LGBT'leri bilgilendirmek ve yardım etmek amacıyla bir sivil toplum örgütü olan başvuruçunun, bu amaç kapsamında yapmayı planladığı gösterinin yasaklanması ile ilgili ihlal iddiasına ilişkindir ve AİHM bu davada başvuruçunun 11 (toplantı ve dernek kurma özgürlüğü), 13 (etkili başvuru hakkı) ve 14 (ayrımcılık yasağı). madde ile korunan haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin, transseksüellik konusundaki en güncel kararı, 2017 tarihli A. P., Garçon ve Nicot- Fransa Davası'nda verdiği karardır. Bu kararda Mahkeme, transseksüellerin yeni cinsiyetinin nüfus kaydına tescili için, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının aranmasını Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulmuştur.

Görüldüğü gibi AİHM'in 1986'dan günümüze kadarki kararları, transseksüeller ve onların hakları lehine değişen bir çizgidedir ve ilk içtihatları, transseksüel başvuruçuların aleyhine olacak şekildedir.

1- Rees- Birleşik Krallık Davası

Başvuruçunun iç hukuktaki taleplerinin ve bu taleplere aldığı cevapların seyri, Bülent Ersoy'un yeni cinsiyetine Türk yargısınca verilen tepki ile ve bu konudaki seyir ile benzerlik taşımaktadır.

Başvuruçucu Rees, kadın olarak dünyaya gelmiş ancak erken yaşlarda kendisini erkek gibi hissetmeye başlamış ve erkek gibi davranmıştır. 28 yaşındayken transseksüelliğin tıbben kabul edilmiş bir durum olduğunu öğrenince hormon tedavisi görmeye başlamıştır. 32 yaşında başvuruçunun ameliyatla göğüsleri ve kadınlık organları alınmış ve ameliyat giderleri devlet tarafından karşılanmıştır. Başvuruçunun yeni cinsiyetine uygun olarak isim değişikliği de yapılmış, yeni ismiyle pasaport almıştır. Ancak pasaportunda erkek cinsiyeti kaydedilmemiştir. 1980 yılında başvuruçunun avukatı, nüfus kütüğü yazımında bir hata bulunduğu gerekçesiyle resmi talepte bulunmuş, bu talebe, başvuruçunun psikolojik bakımdan erkek cinsiyetinde olduğuna dair bir hekim mütalaası da eklemiştir. Bu başvuruyu alan ilgili resmi makam, hekim mütalaasının yalnızca ruhen erkek olduğu, diğer yönlerden (kromozomal, gonadal ve görünüm) başvuruçunun erkek olduğuna dair bir kayıt içermediğinden ve nüfus kütüğünde bu anlamda bir hata bulunmadığından talebi reddetmiştir. Mahkeme, davalı devletin, bireyin nüfus kaydındaki cinsiyetle ilgili bilgisini değiştirmemesini veya orjinal bilgilerden farklı içeriğe ve niteliğe sahip doğum belgesi vermemesini özel yaşama saygı hakkına bir müdahale olarak görmemiştir. Ayrıca mahkeme, davalı devletin, mevcut kişisel durumunun kanıtlanmasını sağlamak için yeni bir belge veya mevcut doğum kütüğünü değiştirme gibi pozitif bir yükümlülüğünün bulunmadığı sonucuna varmıştır. Ancak Mahkeme, transseksüellerin so-

runlarının ciddiyetinin ve kendilerinde yol açtığı sıkıntının bilincinde olduğunu kaydederek özellikle bilimsel ve toplumsal gelişmeler ışığında gerekli uygun tedbirlerin incelenmeye devam edilmesini tavsiye etmiştir.⁴⁹

2- Cossey- Birleşik Krallık Davası

Başvurucu Cossey'nin Birleşik Krallık iç hukuku ve AİHM önündeki talepleri Rees'ten çok da farklı değildir. Başvurucu erkekten kadına transseksüel olarak yeni cinsiyetinin nüfus kayıtlarında düzeltilerek tanınması talebinin Britanya makamlarınca kabul edilmemesi üzerine 8 ve 12. maddelerin ihlaline dayalı olarak başvurmuştur.

Mahkeme, Rees davasındaki gerekçelere benzer şekilde, 8 ve 12. maddeler anlamında ihlalin bulunmadığına karar verirken, her iki kararda da, cinsiyet değiştirme ameliyatı ile kişilerin, yeni cinsiyetlerinin gerektirdiği üreme yeteneklerine sahip olamamalarını, yeni cinsiyete tam olarak geçmiş olamayacağı şeklinde yorumlamaktadır. Cinsiyet değişikliği ameliyatları sonrasında erkekten kadına transseksüeller rahim ve yumurtalığa, kadından erkeğe transseksüeller erbezine sahip olamadıklarından mahkeme, dış görünüş, genital organlar ve ruhsal olarak hissedilen cinsiyet ne olursa olsun, transseksüelleri yeni cinsiyetlerine tam olarak geçmiş saymamıştır.⁵⁰

3- B.- Fransa Davası

AİHM, transseksüellerin tanınması ile ilgili olarak bu davada ilk kez 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Erkekten kadına transseksüel B., Fransız mercilerinin nüfus kaydındaki statüsünü talep ettiği şekilde değiştirmediklerinden şikayetçi idi. AİHM, başta Birleşik Krallık ve Fransız medeni hal sistemlerindeki farklılıklar olmak üzere, bu B. davasını Rees – Birleşik Krallık ve Cossey – Birleşik Krallık davalarından ayıran etkenleri göz önünde bulundurmuştur. Birleşik Krallık'ta doğum belgelerinin değiştirilmesinin önünde büyük engeller mevcutken, Fransa'da bu belgelerin kişilerin

⁴⁹ AİHM, Rees- Birleşik Krallık (Başvuru No: 9532/81), 17.10.1986

⁵⁰ AİHM, Cossey- Birleşik Krallık (Başvuru No: 10843/84), 27/09/1990

hayatı boyunca güncellenmesi hedeflenmektedir. AİHM Fransa’da pek çok resmi belgede “transseksüel bireyin yasal cinsiyeti ile görünürdeki cinsiyeti” arasında farklılık görüldüğünü, aynı duruma sosyal güvenlik belgelerinde ve bordrolarda da rastlandığını kaydetmiştir. AİHM bu davada başvuranın nüfus kaydının değiştirilmemesinin “gündelik yaşamında kendisini özel hayata saygı hakkına uygun olmayan bir duruma düşürdüğüne” karar vermiştir.⁵¹ Zira Britanya iç hukuku, transseksüellere isim değişikliği ve yeni cinsiyetlerine uygun ön ad (Mr, Mrs) alma ve bunu sonradan düzenlenen belgelerde kullanma hakkı tanımaktayken, nüfus kütüğünde cinsiyet bilgisinin değişimini engellemekteydi ve bu engelin aşılması da iç hukukta kanun düzeyinde bir değişikliğin yapılmasına bağlıydı. Halbuki Fransa’da bahse konu bu davada başvurucuya Rees ve Cossey’e tanın haklar kadarı bile tanınmadığı ve Fransız nüfus kayıtlarına ilişkin yasal düzenlemelerin Britanya’daki kadar katı olmadığını belirlemiştir.

4- X, Y ve Z- Birleşik Krallık Davası

1997 tarihli bu davada kadından erkeğe transseksüel olan birinci başvuran X, bir kadın olan ikinci başvuran Y ile düzenli ve sürekli bir birliktelik sürdürmektedir. Üçüncü başvuran Z ise, ikinci başvuranın, yapay dölleme yoluyla dünyaya gelen çocuğudur. Başvuranlar X ve Z arasındaki ilişkinin yasal olarak tanınmamasının, Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edilmesine yol açtığını ileri sürmüşlerdir.

Her ne kadar Mahkeme, Sözleşme’nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edilmediği sonucuna varsa da, transseksüel birey ile partnerinin çocuğu arasında bir aile hayatının mevcut olduğunu kabul etmiştir ve bunu “X, doğumundan bu yana her bakımdan Z’nin “babası” gibi hareket etmiştir. Bu koşullar altında Mahkeme, üç başvurayı birbirine bağlayan fiili aile bağının olduğu kanaatindedir” şeklinde ifade etmiştir.⁵²

⁵¹ AİHM, B.- Fransa (Başvuru No: 13343/87), 25.03.1992

⁵² AİHM, X., Y., ve Z.- Birleşik Krallık (Başvuru No: 21830/93), 22.04.1997

5- Sheffield- Horsham- Birleşik Krallık Davası

1998 tarihli bu kararı ile mahkeme, her ne kadar başvurunun haklarının ihlal edilmediği sonucuna varmış olsa da, öncelikle transseksüelliğin karmaşık bilimsel, hukuki, ahlaki ve sosyal sorunlara yol açmaya devam etmekte olduğunu ve bu bağlamda Yüksek Sözleşmeciler Taraflar arasında genel paylaşım gören bir yaklaşımın mevcut bulunmadığını belirtmiş; bununla birlikte transseksüellik olgusunun giderek daha fazla toplumsal kabul görmesi ve ameliyat olan transseksüellerin karşılaştıkları sorunların giderek daha fazla kabullenilmesi bağlamında Yüksek Sözleşmeciler Tarafların bu alanı sürekli inceleme altında bulundurmaları gerektiğini kaydetmiştir.⁵³

Bu karar, AİHM'in transseksüel bireylerle ilgili içtihatlarını değiştireceğinin ilk sinyali olarak değerlendirilebilir.

6- Christine Goodwine- Birleşik Krallık Davası

2002 tarihli Büyük Daire kararı ile Mahkeme, transseksüel evliliklerin şartlarını ve formalitelerini belirleme yetkisinin devlete ait olmakla birlikte hiçbir gerekçenin transseksüellerin evlenme hakkından yararlanmalarını engellememesi gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁴

Goodwine- Birleşik Krallık davasında başvuru, cinsiyet değişikliği durumunun hukuki olarak tanınmamasından ve özellikle de iş, sosyal güvenlik, emeklilik ve evlenme hakları bakımından kendisine gösterilen muameleden şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir; zira transseksüellerin toplum tarafından kabullenilmesi ve ameliyatla cinsiyet değiştirenlerin, yeni cinsel kimliklerinin hukuki olarak tanınması konusunda, uluslararası bağlamda açıkça artış gösteren bir eğilim mevcuttur. Mahkeme, başvurunun cinsiyet değişikliğinin hukuki olarak tanınması karşısında, kamu yararını olumsuz etkileyecek kayda değer etkenler bulunmadığından bahisle; sözleşmede belirtilen adil denge kavramının bu davada başvuranın lehine olduğu sonucuna vardığını

⁵³ AİHM, Sheffield, Horsham- Birleşik Krallık (Başvuru No: 22985/93), 30.07.1998

⁵⁴ AİHM Büyük Daire, Christine Goodwine- Birleşik Krallık (Başvuru No: 28957/95), 11.07.2002

belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 12. maddesinin (evlenme ve aile kurma hakkı) ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Büyük Daire'nin Christine Goodwin kararının ardından, Birleşik Krallık, transseksüellerin cinsiyetlerinin tanınmasına yönelik olarak bir sertifika başvuru sistemi getirmiştir.

Ayrıca aynı gün Büyük Daire tarafından verilen I. - Birleşik Krallık kararında da mahkeme, benzer şekilde, Sözleşme'nin 8 ve 12. maddelerinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

7- Van Kück- Almanya Davası

Başvuran, cinsiyet değiştirme masraflarının kendisine geri ödenmesi talebiyle özel bir sağlık sigortası şirketine karşı açtığı ve Alman mahkemeleri önünde gerçekleşen yargılamaların adil olmadığı konusunda şikâyetle bulunmuştur. Başvuran, şikâyet konusu kararların, özel hayatına saygı hakkını ihlal ettiği kanısına varmıştır. Mahkeme, Sözleşme'nin 6/1 maddesinin (adil yargılanma hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Alman mahkemelerinin, tıp konusunda uzman bir bilirkişiden bilgi talep etmeleri gerekmekteydi. Temyiz Mahkemesi'nin, başvuranın durumuna ilişkin nedenlere atıfta bulunması hususunda; cinsiyet değiştirme ameliyatı olma kararında keyfi veya değişken bir durum söz konusu olmamakla beraber; Temyiz Mahkemesi bu kararı verdiğinde başvuran zaten söz konusu ameliyatı geçirmiştir. Yargılamalar bütünüyle değerlendirildiğinde, adil yargılanma hakkının gerekliliklerini yerine getirmemiştir. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Cinsiyet kimliğinin, kişinin özel hayatının en mahrem özelliklerinden biri olması nedeniyle; başvuranın, tedavinin tıbbi anlamda gerekli olup olmadığını kanıtlamaya davet edilmesi, haksız bir eylemdir. Bir taraftan sigorta şirketinin menfaatleri, diğer taraftan bireyin menfaatleri arasında adil bir denge kurulamamıştır.⁵⁵

⁵⁵ AİHM, Van Kück- Almanya (Başvuru No: 35968/97), 12.09.2003

8- Linda Grant- Birleşik Krallık Davası

Başvurucu Linda Grant, 68 yaşında, erkekten kadına transseksüeldir. Başvuru, cinsiyet değişikliğinin hukuki olarak tanınmaması ve diğer kadınlara 60 yaşından itibaren ödenmeye başlanan emekli maaşının kendisine verilmemesinin ihlale neden olduğu iddiasına dayanmaktadır. Mahkeme 2006 tarihli bu kararında, Christine Goodwine kararına da atıf yaparak başvurucunun benzer durumda olduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme, Sözleşmenin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Devamında mahkeme şu hususları kaydetmiştir: “Hükümetin, yeni bir mevzuat kabul edilmesini gerektiren Christine Goodwine kararını icra etmek için bazı adımlar atmak durumunda olmasına rağmen; sürecin başvuranın mağdur statüsünü askıya alabilme imkânı sunduğu söylenemez. Christine Goodwine kararının ardından, ameliyat geçiren transseksüellerin cinsiyet değişikliğinin tanınmaması için herhangi bir gerekçe kalmamıştır. Başvuran ilgili tarihte bu tür bir tanıma usulünden faydalanamayacak durumda olup kendisine ön yargıyla yaklaşıldığını öne sürebilirdi. Başvuranın mağdur statüsü, 2004 tarihli Cinsiyetin Tanınması Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte sona ermiş; cinsiyetinin yerel düzeyde hukuki olarak tanınması için bir usul ortaya konmuştur. Sonuç olarak başvuran, Christine Goodwine kararının ardından, yetkililerin başvuranın talebini yürürlüğe koymayı reddettiği 5 Eylül 2002 tarihinden itibaren, cinsiyetinin hukuki olarak tanınmaması nedeniyle mağdur olduğunu ileri sürebilir. Söz konusu cinsiyetinin tanınmaması durumu, özel hayata saygı hakkının ihlaline neden olmuştur.”⁵⁶

9- Parry- Birleşik Krallık ve R. ve F.- Birleşik Krallık Davaları

Başvuranlar evli ve çocuk sahibidirler. Her iki davada da çiftlerden biri cinsiyet değiştirme operasyonu geçirmiş ve evli olduğu eşinden ayrılmamıştır. 2004 yılında Cinsiyetin Tanınması Kanunu’nun çıkarılmasıyla birlikte, cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren başvuranlar cinsiyetin tanınmasına ilişkin sertifika almak üzere başvuruda bulunmuşlardır; ancak evliliklerini sonlandırmadıkları için bu sertifikayı alamamışlardır. Başvuranlar özellikle Sözleşme’nin 8. maddesi (özel ve aile hayatına saygı hakkı) ve 12. maddesi (evlenme hakkı) kapsamında, evliliklerini sonlandırmaksızın, kazanılmış cinsi-

⁵⁶ AIHM, Linda Grant- Birleşik Krallık (Başvuru No: 32570/03), 23.08.2006

yetlerinin yasal olarak tanınmasının mümkün olmadığından şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme başvuruların kabul edilemez (açıkça dayanaktan yoksun) olduğunu beyan etmiştir. İngiliz hukuku kapsamında eşcinsel evliliğe izin verilmemesi nedeniyle, başvuranların evliliklerini sonlandırmaları istenmiştir. Birleşik Krallık cinsiyet değiştiren bireylerin yasal olarak tanınmasını sağlamıştır ve başvuranlar ilişkilerine, hemen hemen bütün hak ve yükümlülükleri kapsayan medeni birliktelik yoluyla devam edebilirler. Mahkeme, Christine Goodwine kararını müteakip, bu yeni sistem getirildiğinde; kanun koyucunun, sayıca az da olsa evli transseksüeller bulunduğu farkında olmakla birlikte, eşlerden birinin cinsiyetin tanınması usulünden yararlanması durumunda evliliğin devamına ilişkin bir hüküm koymayı tercih etmediğini kaydetmiştir. Mahkeme, bu denli az sayıda evlilik için istisna yapılma zorunluluğunun bulunmadığına hükmetmiştir.⁵⁷

10- L. – Litvanya davası

2007 tarihli bu dava, bir transseksüelin cinsiyet değiştirme ameliyatı olması ve cinsiyet kimliğinin resmi belgelerde değiştirilmesi için uygulanabilir bir mevzuatın olmaması ile ilgilidir. Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesinin (insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin yasaklanması) ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, başvuranın anlaşılabilir derecede sıkıntı ve üzüntü yaşamış olmasına rağmen; içerisinde bulunduğu koşullar bu denli kötü değildir. İstisnai ve hayatını tehdit eden koşulların mevcut olması halinde, ilgili kişiler bu hüküm kapsamına dahil edilir. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Litvanya hukuku, transseksüellere yalnızca cinsiyetlerini değil, aynı zamanda hukuki statülerini değiştirme hakkı tanımaktadır. Ancak tam cinsiyet değiştirme ameliyatını düzenleyen bir kanun olmaması nedeniyle, kanun boşluğu bulunmaktadır. Bu kanun boşluğu başvuranın özel hayatı ve gerçek kimliğinin tanınması konusunda, başvuranı belirsizliğin ortaya çıkardığı sıkıntı içerisine sürüklemiştir. Kamu sağlığı hizmetindeki ekonomik çekinceler, transseksüellerin haklarının Medeni Kanun kapsamında uygulamaya geçirilmesi konusunda yaşanan bazı gecikmeleri haklı gerekçelere dayandırabilir; ancak bu gecikmeler dört yılı aşmamalıdır. İlgili kişilerin oldukça sınırlı sayıda olduğu dikkate alındığında; ekonomik yükler,

⁵⁷ AIHM, Parry- Birleşik Krallık (Başvuru No: 4297/05) ve R. Ve F.- Birleşik Krallık (Başvuru No: 35748/05), 28.11.2006

olması gerektiğinden daha ağır olmayacaktır. Bu nedenle Devlet kamu menfaati ve başvuranın hakları arasında adil bir denge kuramamıştır.⁵⁸

11- Scumpf- İsviçre Davası

2009 yılındaki bu kararda başvuru 67 yaşında ve İsviçre iç hukukuna göre cinsiyet değişikliği ameliyatının sigorta şirketi tarafından karşılanması için geçmesi gereken 2 yıllık süreyi beklemeden ameliyat olmak istemesi ve bu masraflarının da sigortası tarafından karşılanması talebinin reddi biçiminde seyreden iç hukuk sürecinde, başvuru kişinin sübjektif durumu, yani ilerlemiş yaşı nedeniyle bu bekleme süresinin başvuruya uygulanmasının cinsiyet değiştirme özgürlüğüne engel olacağı kanaatiyle özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁹

12- P. V. – İspanya Davası

Bu dava, cinsiyet değiştirmeden önce 1998 yılında eşinden bir erkek çocuğu dünyaya gelen, erkekten kadına transseksüel başvuru ile ilgilidir. Başvuru 2002 yılında eşinden ayrılmıştır. Başvuru, cinsiyet değiştirme işlemi sonrasındaki duygusal kararsızlığının, o sırada 6 yaşında olan oğlunu rahatsız etme riski bulunduğu gerekçesiyle; mahkemenin oğlula görüşmelerini kısıtlamasından şikayetçi olmuştur. Mahkeme Sözleşme'nin 14. maddesiyle (ayrımcılık yasağı) bağlantılı olarak 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme, görüşme kısıtlamasının, başvuru kişinin transseksüel olmasından kaynaklanmadığını tespit etmiştir. Mahkemeye göre, başvuru kişinin yaşadığı geçici duygusal kararsızlık dikkate alındığında; İspanya mahkemelerince getirilen bu kısıtlamanın gerekçesi, çocuğun refahıdır. Bu nedenle, çocuğun, babasının yeni cinsiyetine yavaş yavaş alışmasını sağlayacak aşamalı bir düzenleme yapılmıştır.⁶⁰

⁵⁸ AİHM, L.- Litvanya (Başvuru No: 27572/03), 11.09.2007

⁵⁹ AİHM, Scumpf- İsviçre (Başvuru No: 29002/06), 05.06.2009

⁶⁰ AİHM, P. V.- İspanya (Başvuru No: 35159/09), 30.11.2010

13- P. – Portekiz Davası

2011 yılına ait bu kararda başvuru, doğumunda kayıtlara erkek olarak geçirilmiş, yetişkinlik döneminde cinsiyet değiştirme tedavisi görmüş ve ameliyat olmuştur. Başvuru, yeni cinsiyetinin hukuk düzenince tanınmadığından ve ayrıca konuyla ilgili mevzuat bulunmadığından şikâyetçi olmuştur. Bu dava, bu konuyla ilgili olarak Portekiz hakkında açılan ilk davadır. Mahkeme, sözleşmenin 37. maddesi uyarınca, başvuranın yerel mahkemeler önündeki hukuki olarak tanınma talebi başarıyla sonuçlandığı için davayı kayıttan düşürmüştür.⁶¹

14- Cassar- Malta Davası

Başvuru, Malta hukukuna göre transseksüellerin evlilik sözleşmesi de dahil olmak üzere hiçbir medeni haktan faydalanamadığı ve transseksüellerin yeni cinsiyetlerinin hukuk düzenince tanınmadığından şikâyetçi olmuştur. Başvuran haklarının ihlal edildiği hususunda etkin bir hukuk yolu bulunmaması ve bu nedenle özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile evlenme haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Mahkeme, 2013 tarihli bu kararında, davalı devlet ve başvuran arasında mahkeme dışı bir çözüme varıldığını kaydederek; davayı sözleşmenin 37. maddesi uyarınca kayıttan düşürmüştür.⁶²

15- Hämäläinen- Finlandiya Davası

Başvuru 1963 yılında erkek olarak dünyaya gelmiş ve 1996 yılında bir kadınla evlenmiştir. Çift 2002 yılında çocuk sahibi olmuştur. Başvurucuya 2006 yılında transseksüel tanısı konulmuş ve başvuru 2009 yılının Eylül ayında erkekten kadına cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmiştir.

12 Haziran 2007 tarihinde başvuru, yerel nüfus müdürlüğünden cinsiyetinin kadın olarak onaylanmasını ve fiili durumunu artık yansıtmadığı için, erkek kimlik numarasının

⁶¹ AİHM, P.- Portekiz (Başvuru No: 56027/09), 06.09.2011

⁶² AİHM, Cassar- Malta (Başvuru No: 1046/12), 30.07.2015

rasının kadın olarak değiştirmesini talep etmiş, 19 Haziran 2007 tarihinde yerel nüfus müdürlüğü başvurusunun talebini reddetmiştir.

Transseksüeller Yasası'nın 1. ve 2. maddelerine göre, böyle bir statünün onaylanması için kişinin evli olmaması ya da eşinin, evliliğin kayıtlı birlikteliğe (*rekisteröity parisuhde, registrerat partnerskap*) ⁶³ dönüştürülmesine rıza göstermesi gerektiğine karar vermiştir. Başvurucunun eşi, boşanmanın dinî inançlarına aykırı olacağı ve kayıtlı birlikteliğin evliliğin sağladığı tüm güvenceleri sağlamaması nedenleri ile evliliklerinin kayıtlı birlikteliğe dönüştürülmesine rıza göstermemiş ve bu nedenle başvurusunun yeni cinsiyeti nüfus kütüğüne kaydedilememiştir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme, edinilmiş cinsiyetin hukuki olarak tanınmasının ön koşulu olarak, evliliğin medeni birlikteliğe dönüştürülmesi gereğinin yersiz olmadığını tespit etmiştir. Zira bu durum, hemen hemen evliliktekiyle benzer olan ve eşcinsel çiftlere hukuki koruma sağlayan gerçek bir seçenektir. Bu iki yasal konsept arasındaki küçük farklılıklar, Devletin 8. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüğü açısından, Finlandiya hukuk sisteminin yetersiz olduğu kanısına varılmasını sağlayamaz. Ayrıca bu dönüşüm, başvuranın aile hayatı üzerinde herhangi bir etki yaratmayacaktır. Zira, başvuranın kızı üzerindeki babalık hakkını veya çocuğun bakımı, korunması ve gözetimi hususundaki sorumluluklarını etkilemeyecektir. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 12. maddesi (evlenme hakkı) bakımından ayrıca bir husus ortaya çıkmadığı ve 8. ve 12. maddelerle bağlantılı olarak 14. Maddenin (ayrımcılık yasağı) ihlal edilmediği kanısına varmıştır. ⁶⁴

16- Y. Y.- Türkiye Davası

Başvurucu, 1981 doğumlu olup nüfus kaydında cinsiyeti kadın olarak belirtilmiş transseksüel bir kişidir. Başvurucu, kendi ifadesine göre, gençlik çağından itibaren, anatomik cinsiyeti ile çatışan erkek cinsiyetine ait olduğunu hissettiğinin farkına

⁶³ Kayıtlı birliktelik ya da medeni birliktelik: Evliliğe benzeyen ve bazı ülkelerde resmî olarak tanınan, çiftlere evliliğe benzer bazı hak ve yükümlülükler veren bir birliktelik türüdür. Eşcinsel veya heteroseksüel çiftler için mümkündür.

⁶⁴ AİHM, Hämäläinen- Finlandiya (Başvuru No: 37359/09), 16.07.2014

varmıştır. Başvurucunun, Mersin Asliye Hukuk Mahkemesi'ne 30 Eylül 2005 ve 5 Mart 2013 tarihlerinde açtığı iki ayrı dava bulunmaktadır.

Başvurucu, Medeni Kanun'un 40. maddesine dayanarak, cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmesine izin verilmesi amacıyla 30 Eylül 2005 tarihinde, Mersin Asliye Hukuk Mahkemesi'ne (AHM) başvurmuştur. Dava dilekçesinde, başvurucunun avukatı, müvekkilinin gençlik çağından bu yana kendisini bir kadın olarak değil bir erkek olarak hissettiğini, bu sebeple çocukluğundan itibaren psikolojik takip altında tutulduğunu ve 19-20 yaşlarına doğru intihar etme girişiminde bulunduğunu belirtmiştir.

Ayrıca başvurucunun avukatı, müvekkilinin güncel biyolojik kimliğinin, ait olmayı istediği cinsiyet ile çatıştığını belirtmiş ve müvekkilinin kendi içsel algısı ile fiziksel özellikleri arasında bir denge kurmasına imkân verilmesi için cinsiyet değiştirmenin gerekliliğini ileri srmştır. Avukat, başvurucuyu çocukluğundan beri muayene etme imkânı bulan doktorların, cinsiyet değiştirme ameliyatını tavsiye ettiklerini ve müvekkilinin 24 yaşından beri hayatını bir erkek olarak sürdürdüğünü, dört yıldır bir kadınla birliktelik yaşadığını ve ailesi ile sosyal çevresinin kendisini bir erkek olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Avukat, müvekkilinin, cinsiyet değiştirme ameliyatı için İnönü Üniversitesi Psikiyatri Bölümü'nde bir yıldan beri tedavi gördüğünü eklemiştir.

Başvurucunun yakınları AHM'de dinlenmiş, yakınları da başvurucunun iddiası ile aynı doğrultuda beyanlarda bulunmuştur.

AHM, ayrıca, başvurucunun tedavi gördüğü hastanenin baştabibinden, başvurucunun transseksüel olup olmadığına, akıl sağlığının korunması için cinsiyet değiştirmenin gerekli olup olmadığına ve üreme yetisinden sürekli biçimde yoksun olup olmadığına ilişkin mahkemeye bilgi vermesini talep etmiştir.

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ TIP FAKÜLTESİ'NDEN BİR KOMİTE, başvurucunun transseksüel olduğu sonucuna varan bir psikiyatri raporu düzenlemiştir. Bu raporda ayrıca, psikolojik açıdan ilgilinin hayatının geri kalan kısmını erkek kimliği ile sürdüreceği kanısına varılmıştır. Söz konusu fakültenin kadın hastalıkları ve doğum bölümünden bir

komite, Y.Y.'nin fenotipinin kadın olduğuna ve transseksüel olduğuna dair bir rapor düzenlemiştir. AHM bu raporları yeterli görmeyerek, başvurucunun cinsiyet değiştirmesinin gerekli olup olmadığına ve üreme yetisinden sürekli yoksun olup olmadığına ilişkin bilgi talebini yinelemiştir. İnönü ve Çukurova Üniversiteleri, başvurucunun kadın üreme organları olması nedeniyle üreme yetisinden yoksun olmadığına dair rapor düzenlemişlerdir.

AHM, çeşitli bilirkişi incelemelerinin sonuçlarına dayanarak, başvurucunun sürekli biçimde üreme yetisinden yoksun bulunmadığı ve dolayısıyla talebinin Medeni Kanun'un 40. maddesinin gereklerinden birine cevap vermediği gerekçesiyle cinsiyet değiştirme izni verilmesine ilişkin talebi reddetmiştir.

Başvurucu kararı temyiz etmiş, Yargıtay ise, ilk derece mahkemesinin, delil unsurlarının değerlendirilmesinde herhangi bir yanlışlık yapmadığı kanısına vararak, kararı onamıştır. Başvurucunun avukatının karar düzeltme talebi de benzer gerekçelerle reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru meseleyi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşımıştır.

Başvurucunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki davası devam ederken, 5 Mart 2013 tarihinde Medeni Kanun'un 40. maddesine dayanarak, cinsiyet değiştirme ameliyatı için kendisine izin verilmesi talebiyle, yeniden Mersin Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurmuştur. Dava dilekçesinde başvurucunun avukatı, müvekkilinin gençlik döneminden beri kendisini bir kadın olarak değil erkek olarak kabul ettiğini, bu sebeple çocukluk döneminden beri psikolojik tedavi gördüğünü ve psikolojik olarak hayatının geri kalanını erkek kimliğiyle sürdürmesinin uygun olduğunun sağlık raporlarıyla tespit edildiğini belirtmiştir. Başvurucunun avukatı ayrıca, güncel biyolojik kimliğinin, ilgilinin ait olmayı istediği cinsiyetle uyuşmadığını belirtmiştir. İlgilinin psikolojik ve fiziki bütünlüğünün korunması için cinsiyet değişikliğinin gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Avukat ayrıca, Y.Y.'nin iki göğsünün de ameliyatla 27 Mart 2012 tarihinde alındığını (*mastektomi*) ve ilgilinin testosteron oranını artırmak amacıyla iki farklı hormon ilacı kullandığını ifade etmiştir. Müvekkilinin ressam- dekoratör olarak kardeşinin şirketinde çalıştığını, düzenli olarak spor salonuna gittiğini ve bir erkek fiziği görünümüne sahip olduğunu belirtmiştir. Avukat, müvekkilinin şu anda 32

yaşında olduğunu, halen kendisini erkek olarak kabul ettiğini, belirli bir yaştan sonra tanıştığı arkadaşlarının kendisini sadece bir erkek olarak tanıdığını ve nüfus cüzdanında yazılı olan ismi kullanmadığını ileri sürmüştür. Başvurucunun avukatı, müvekkilinin, fiziki görünümüne ve hissettiği kimliğe uygun olmak için tehlikeli sonuçları olan tüm yollara başvurduğunu eklemiştir. Başvurucu, özellikle günlük hayatta kamu kurumlarına kimlik belgelerini vermesi gerektiğinde, küçültücü ve aşağılayıcı muamelelere maruz kalmış ve dış görünüşüyle kimlik belgesi üzerinde belirtilen cinsiyet arasında farklılık olması sebebiyle birçok defa zorluklarla karşılaşmıştır. Başvurucunun avukatı, nüfus kaydında cinsiyetinin değiştirilmesi için gerekli resmi işlemlere izin verilmesini, cinsiyet değiştirme talebinin kabul edilmesini, cinsiyet değiştirme ameliyatına girmesine izin verilmesini ve AHM önünde yürütülen yargılamanın gizliliğini talep ederek dilekçesini sonlandırmıştır.

İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde görevli psikiyatlardan oluşan bir komite, başvuranın muayene edilmesinin ve anamnez alınmasının ardından, başvurucunun transseksüel olduğu ve akıl sağlığının korunmasının, cinsiyet değiştirme ameliyatının yapılmasıyla mümkün olacağı anlaşılan bir sağlık raporu düzenlemiştir. Bu raporda ayrıca, ilgilinin üreme yetisinden sürekli olarak yoksun olup olmadığı konusunun açıklığa kavuşturulması için bilirkişi incelemesinin yapılması gerektiği belirtilmiştir.

İnönü Üniversitesi Tıp Merkezi'nin Adli Tıp Birimi'ne bağlı bir komite, 6 Mayıs 2013 tarihinde adli tıp raporu düzenlemiştir. Bu raporda, adli tıp biriminin yapmış olduğu incelemede başvurucunun cinsiyet değiştirmeyi istediğini beyan ettiği, geçmişte daha önce bu anlamda girişimlerde bulunduğunu ancak hukuken reddedildiği, bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurduğu ve davasının bu başvuru itibarıyla yeniden görüldüğü belirtilmiştir. Raporda ayrıca, sağlık muayenesinde başvuranın erkek fenotipli olduğu (dış görünüm özelliklerinin tümü), sakalının ve bıyığının bulunduğu, göğüs dokularının cerrahi olarak alındığı ve bu ameliyata bağlı bir tedavinin devam ettiği, kollarında ve bacaklarında erkeksi kılların bulunduğu, hormon tedavisi gördüğü, nüfus cüzdanının renginden utandığı ve bu nedenle cüzdanına yerleştirmeden önce dış yüzeyini kapladığı ve son olarak başvurucunun cinsiyet değiştirmenin kendisi için zorunlu olduğunu ifade ettiği belirtilmiştir. Raporda bunlardan farklı olarak, kan testi sonuçlarında, gördüğü hormon tedavisine bağlı olduğu

düşünülen yüksek bir oranda testosteron hormonu çıktığı açıklanmıştır. Başvuranın üreme yeteneğinden yoksun olmadığı kanısına varılmıştır. Söz konusu raporun sonuç kısmı aşağıdaki gibidir:

- “1. Transseksüeldir,
2. Cinsiyet değiştirme ameliyatı, akıl sağlığının korunması açısından gereklidir,
3. (kadın doğası gereği) üreme yeteneğinden yoksun değildir (...) ”

Mersin AHM, başvurucunun talebini haklı bulmuş ve talep edilen cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirilmesine izin vermiştir. AHM, karar gerekçesinde, sunulan delil unsurları ve raporlar bakımından, Medeni Kanunun 40. maddesinin 2. fıkrasında açıklanan koşulların gerçekleştiği ve dolayısıyla talebin kabul edilmesi gerektiği gerekçesiyle, başvurucunun transseksüel olduğu, akıl sağlığının korunması için cinsiyet değiştirme ameliyatının gerekli olduğu, başvurucunun tarafın tanıklarının verdikleri ifadelere göre, başvurucunun her bakımdan bir erkek gibi yaşadığının ve durumundan dolayı acı çektiğinin anlaşıldığı kanaatine varmıştır. Ardından bu karar kesinleşmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucunun 30 Eylül 2005 tarihinde Mersin Asliye Hukuk Mahkemesi'ne açtığı ve reddedilip temyizde kesinleşen davasına ilişkin başvuru hakkında, nihai olarak, başvurunun, sözleşmenin 8. maddesi bağlamındaki şikayete ilişkin kısmının kabul edilebilir olduğuna ve geri kalan kısmının kabul edilemez olduğuna; sözleşmenin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁵

17- D. Ç. – Türkiye Davası

Cinsiyet değiştirme ameliyatı henüz gerçekleştirilmemiş transseksüel bir birey olan başvuran, cezaevinde bulunmaktadır. Başvuranın acilen tedavi edilmesi gerektiğini açıkça gösteren tıbbi delillere rağmen, Adalet Bakanlığı yetkililerinin, cinsiyet değişikliği masraflarını karşılamayı reddettiği hususunda şikayette bulunmuştur. Mahkeme, başvuruyu 15 Kasım 2013 tarihi itibarıyla Türk Hükümeti'ne tebliğ etmiş ve Sözleşme'nin 3. (insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin yasaklanması) ve 8. maddesi

⁶⁵ AİHM, Y. Y.- Türkiye (Başvuru No: 14793/09), 10.03.2015

(özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) uyarınca taraflara sorular yöneltilmiştir. Kararın incelenmesinde; başvurucunun 2010 yılından itibaren cinsiyet değişikliği ameliyatı ve yüz bölgesindeki kılların yok edilmesine yönelik epilasyon işleminin masraflarının devlet tarafından karşılanmasını talep ettiği, 2014 yılında ameliyat ve öncesindeki hormon tedavisi masraflarının devlet tarafından karşılandığı ancak epilasyon giderlerinin karşılanmadığı, başvurucunun, dört yıl süren bir talep ve yazışma sürecinin sonunda ameliyat ve hormon tedavisi masraflarının karşılanmaması nedeniyle şikayetçi olduğu anlaşılmıştır. Başvurucunun, şikayetine konu olaylar, cezaevi idaresi ile, cinsiyet değişikliği ve buna bağlı tıbbi ve estetik işlemlerin yerine getirilmesine ilişkin yaptığı ve tıbbi işlemlerin gecikmesinde sakınca bulunmasına rağmen uzun zamana yayılan yazışmalardır. Başvurucunun, bu idari işlem ve eylemler aleyhine Türk mahkemelerinde açmış olduğu dava bulunmamaktadır.

Mahkeme, 9 Mart 2017 tarihinde, başvurucunun uzun süreye yayılan idari işlemler karşısında Türkiye’de idari yargıda dava açmasının, başarılı bir hukuk yolu olamayacağını kaydetmekle beraber, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruyu etkin bir yol olarak kabul ederek, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yapılmamış olması nedeniyle iç hukuk yollarının tüketilmediğini gerekçe göstererek başvurunun kabul edilebilir olmadığına karar vermiştir.⁶⁶

18- A. P., Garçon ve Nicot- Fransa Davası

Mahkeme’nin 6 Nisan 2017 tarihli bu kararından bahsetmeden evvel, davalı devlet Fransa’nın iç hukukunda cinsiyet değişikliğinin şartlarından bahsetmek faydalı olacaktır. Fransız Medeni Hukuku, yeni cinsiyetin nüfus kaydına işlenmesini, kişinin transseksüel yapıda olduğunun ve bedensel durumun eski cinsiyete geri döndürülemeyeceğinin ispatına bağlamıştır. Bu durumların ispatı halinde asliye hukuk mahkemesi, yeni cinsiyetin nüfusa tesciline karar verecektir.

Fransız hukukundaki “bedensel durumun eski cinsiyete geri döndürülemeyeceğinin ispatı” şartı Türk medeni hukukundaki “üreme yeteneğinden

⁶⁶ AİHM, D. Ç.- Türkiye (Başvuru No: 10684/13), 09.03.2017

sürekli olarak yoksunluk” şartı ile benzeşmektedir. Hatta Mahkeme, aşağıda ele alınacağı üzere, Fransız hükümetinin aksi savunmasına rağmen, bedensel durumun eski cinsiyete geri döndürülemezlik koşulunun, hormonal veya cerrahi müdahale ile kısırlaştırmaya denk düştüğünü kabul etmiştir.

Başvurucu A. P.’ye 2006 yılında transseksüel sendromu teşhisi konulmasının ardından başvuru, hormon tedavisi ile birlikte cinsiyet değişikliği sürecine girmiştir. Başvurucu 2008 yılında Tayland’da geçirdiği ameliyatın ardından hakkında düzenlenen tıbbi raporla birlikte ve bu raporları destekleyen beyanlarıyla 2009 yılında cinsiyet değişikliği için yasal başvuruda bulunmuş ancak Fransız mahkemesi, bedensel değişimin geri döndürülemezliği hususunun kanıtlanmadığına karar vererek başvuru, psikiyatrik, endokrinolojik ve jinekolojik konsültasyona tâbi tutulmasına karar vermiştir. Başvurucu A. P. Böyle bir incelemeyi reddetmiş ve yerel mahkeme de yasal şartların yerine getirilmediği gerekçesiyle başvuru, cinsiyet değişikliğinin tanınması talebini reddetmiştir.

İkinci başvuru Garçon’un, genital ameliyat ve hormon tedavisinin ardından yerel mahkemeye yaptığı yeni cinsiyetinin tanınması talepli başvuru, transseksüel sendromunun varlığını ispata yarar yeterli tıbbî belgenin mahkemeye sunulmamış olması ve başvuru, “yaşanmış tecrübe” olarak adlandırdığı beyanlarının da ispata yeterli olmadığı gerekçesi ile, reddedilmiştir.

Üçüncü başvuru Nicot’un, herhangi bir tedavi görmeden fakat kendisini yıllardır kadın olarak gördüğü ve tanımladığı hususuna dayanarak yaptığı cinsiyet değişikliği talebi de Fransız mahkemesince, başvuru, “gerçek” bir transseksüel olup olmadığını değerlendirmeye yeterli tıbbî kanıt yokluğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

A. P., Garçon ve Nicot’un, izah edilen hukuki süreçler üzerine Mahkeme’ye yaptıkları başvuruda mahkeme öncelikle “bedensel dönüşümün geri döndürülemezliği” meselesine değinmiştir. Fransız hükümeti, her ne kadar geri döndürülemezlik şartının her zaman kişinin kısırlaştırılmasına yol açan bir cerrahi müdahale veya hormon tedavisini gerektirmediğini savunsa da Mahkeme, bunun fiilen cerrahi veya hormonal kısırlaştırmaya karşılık geldiğini kabul etmiştir. Öte yandan Mahkeme, başvuru, başvuru, başvuru

şikayetçi oldukları cinsiyet değişikliği şartlarını her zaman uyulması zorunlu olmayan şartlar olarak öngören Fransa'nın, bireylerin özel hayatına saygı gösterme konusundaki yükümlülüğünü yerine getirdiğinin altını çizmiştir. Bununla beraber, başvuruya konu olaylarda Mahkeme, davalı devletin, başvurucuların genel çıkarları ve hakları ile takdir yetkisi arasında adil bir denge kurmakta başarılı olamadığına ve bu şekilde Sözleşme'nin 8. maddesi ile güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme bu kararında, her ne kadar, cinsiyet değişikliğinin tanınması için kısırlaştırma şartı konusunda Avrupa'da görüş ve uygulama birliği olmamasına rağmen, kısırlaştırma meselesinin, bireyin medenî statüsü ve hassas ahlakî ve etik konularla ilgili olduğu ve bireyin özel kimliğinin varlığını tehlikeye düşürdüğü kanaatini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, Fransa'nın da aralarında bulunduğu birçok Avrupa devleti ve uluslararası örgütün, yasal cinsiyet tanıma kapsamında kısırlaştırma şartını kaldırma eğilimine de dikkat çekmiştir. Yine de mahkeme, bireylerin transseksüel yapıda olduklarının ispatı koşulunu ve bunun sağlanmasına yönelik olarak devletin tıbbî inceleme talep etme yetkisini, Avrupa geneli ve uluslar arası insan hakları örgütlerinin bu konuda kısırlaştırma şartında olduğu kadar katı olmadıkları ve transseksüellik sendromunun ispatı şartının bireyin cinsiyet değişikliğinde hataya düşmemesini garanti ettiği gerekçesiyle onaylamıştır.

Türk hukukunda da, cinsiyet değişikliğinin nüfusa tescilinin şartlarından birinin “kişinin üreme yeteneğinden sürekli yoksun olduğuna ilişkin” tıbbî raporun mahkemeye sunulma şartının varlığı göz önüne alındığında, bu kararın Türk hukukunda da etki doğuracağı açıktır.⁶⁷

⁶⁷ AİHM, A. P., Garçon ve Nicot- Fransa (Başvuru No: 79885/12, 52471/13 ve 52596/13), 06/04/2017

III- TRANSSEKSÜELLERE YÖNELİK HAK İHLALLERİNİN YOĞUN OLARAK GÖZLENDİĞİ İKİ ALAN: ÇALIŞMA HAKKI VE YERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Transseksüellik meselesinin hukuki yönleri ele alınırken, konunun insan hakları hukukuna temas etmesi düşüncesi ile, bu çalışmada, transseksüellerin çalışma hakları ve yerleşme özgürlüklerine değinilecek, bu hak ve özgürlük özelinde yaşanan ihlaller “sorunlu pratikler” başlığında ele alınacaktır. Transseksüel bireyler açısından yapılabilecek en net tespit, onların yoğun bir toplumsal dışlanmaya maruz kaldıklarıdır. Bunun nedeninin, trans bireylere yönelik “ahlaksızlık” algısı olduğundan söz edilmişti. Bu algıya, transların, bu bölümde ayrıntılı olarak izah edileceği şekilde seks işçiliği dışında bir seçeneklerinin neredeyse bulunmamasının sebep olduğunu belirtmek yanlış olmaz. Bu seçeneksizlik, trans bireylerin “ahlaksız” yaşamlarını toplum içinde sürdürmelerine engel olmakta, bu sorun ilk olarak transların yerleşimleri konusunda kendini göstermektedir. Transseksüellerin çalışma hakları ve yerleşme özgürlükleri konusunda kaydedilecek olumlu aşamalar, çalışma boyunca üzerinde durulan “ahlaksızlık” algısı meselesini çözmeye katkı sunacaktır. Bu nedenlerle çalışma hakkı ve yerleşme özgürlüğü konusundaki sorunların ortadan kaldırılması veya büyük ölçüde azaltılmasının, diğer sorunların da çözümünü kolaylaştıracağı düşünülmüş ve çalışma ve yerleşme konuları üzerinde özellikle durulmuştur.

A- Transseksüellerin Çalışma Hakkı Yönünden Karşılaşılan Sorunlar

1- Transseksüellerin Seks İşçiliği Meselesi

a- Nedenler

Bu çalışmanın hazırlık döneminde, seks işçisi travesti ve transseksüellerin çeşitli gazete ve dergilerde yayımlanmış pek çok röportajı; seks işçisi travesti ve transseksüeller hakkında medyada yer bulan pek çok haber, yazı ve makale

incelenmiştir. Bunlardan genel olarak çıkarılan sonuç ise, trans bireylerin dar anlamda, fuhşa zorlanmadıklarıdır. Fiziksel cebir ile veya borçlandırılarak ve aslında bu konuda bir iradeleri olmadığı halde fuhuş yaptırılması, dar anlamda zorlamak olarak yorumlanmıştır. Ancak meseleye geniş açıdan bakılırsa, trans bireyler için fuhuş, para kazanmak, hayatını sürdürmek için tek çaredir. Zira, henüz ameliyat olmadıkları dönemde, fakat o zamanki biyolojik cinsiyetleri ve dış görünüşlerine göre hemcinsleri kabul edilen kişilerle ilişkileri olduğu öğrenilen transların işlerine son verildiği Selin Berghan'ın görüşmecilerinin anlatımlarında ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, çoğu zaman dış görünüşleri itibarıyla cinsel yönelimlerini saklamaları trans bireylere nazaran daha kolay olan eşcinseller dahi, eşcinsellikleri nedeniyle kamu veya özel sektördeki işlerinden atılmış ve eşcinsellik nedeniyle işten çıkarma eyleminin pek çok mahkeme kararıyla hukuka uygun bulunduğu gözlemlenmiştir.⁶⁸ Bu açıdan da geniş anlamda trans bireylerin fuhşa zorlandığı söylenebilir. Bir başka deyişle toplum, translara başka bir şans verseydi, bugün transların yaygın olarak fuhuş yapıyor olmaları, fuhuş ve trans kavramlarının içiçeliği ve birbirini çağrıştırmaları tartışılmıyor olabilirdi. Bu bağlamda olmak üzere Cansel, 80'lerde Lubunya Olmak konulu anlatımında, sadece hayatta kalmak için bile çok çile çektiklerini, fuhuştan tiksindiğini, kendisine iş verilse asla fuhuş yapmayacak olduğunu, uzunca bir süredir temizliğe gittiğini, yevmiyesine göre idare ettiğini ve birikiminin olmadığını ifade etmiştir.⁶⁹

Trans bireylerin çok büyük bir kısmının seks işçiliği yapmasının nedeni, fuhuş veya eğlence sektörü dışında bir iş imkânının kendilerine verilmemesi kadar, trans bireylerin de kendileri için böyle bir şansın olmadığına inanmalarıdır. Aslında, trans bireylerin, toplum ve devlet nazarında uğradıkları ayrımcılık, fuhuş dışında bir iş yapabileceklerine olan inançlarını yitirmelerine neden olmuştur. Öte yandan, fuhuş bir sektör olarak düşünülürse, bu sektörde, müşteriler tarafından, özellikle travestilere yönelik yoğun bir talep olduğu bizzat kendilerince dile getirilmektedir.⁷⁰ Kısaca trans fuhuş meselesi, trans bireylerin sırf bu kimlikleri nedeniyle iş bulamamaları ve fuhuş sektöründe trans bireylere yönelik talepten doğmuştur, denilebilir.

⁶⁸ Mehmet Tarhan, Sezen Yalçın, **A. g. e.** s. 144

⁶⁹ Siyah Pembe Üçgen, **80'lerde Lubunya Olmak**, İzmir, 2012, s. 119

⁷⁰ Selin Berghan, **Lubunya Transseksüel Kimlik ve Beden**, İstanbul, Metis, 2007.

b- Yöntem

Trans bireylerin erkekten kadına transeksüel olanları, genelevlerde çalışabilmekte, bunun dışında seks işçisi trans bireyler "otostop" denilen yöntemle, yol kenarında müşteri bekleyip bularak da bu işi yapabilmektedirler. Öte yandan, transların otostopa nazaran daha güvenli buldukları yöntem de kulüplerde çalışmaktır. Gece Kulübünde trans, kulüpte konsomatris olarak çalışıp, burada anlaştığı müşterisi ile kulüpten çıkarak otelde veya evinde ilişkiye girip kulübe geri dönmektedir. Belli bir süre içerisinde geri dönmemesi hâlinde ise arkadaşları ya da kulüp sahibi/ işletmecisi başına bir şey geldiği düşüncesi ile kulüp dışına çıkan transı arar. Otostopta ise, kaçırılma, cinsel saldırı, yağmalanma, yaralanma ya da öldürülme riski daha yüksektir. Kulüpte devamlı müşteri durumu olabilirken, otostopta ilk kez tanıdığı kişinin arabasına binerek gitmek trans bireyler için her zaman daha yüksek risk oluşturmaktadır. Nitekim, otostop yöntemiyle çalışan pek çok seks işçisi travesti ve transeksüel, müşteri olarak anlaştığı kişiler tarafından cinsel saldırı ve yağmaya uğradıklarını, çeşitli röportaj ve görüşmelerde dile getirmişlerdir.⁷¹

Seks işçiliğinde müşteriden kaynaklanan risk meselesi: "Kulüp ve barlarda çalışanlar, gece onbir gibi buralarda müşteri beklemeye başlar. Kulüp ortamında, müşteri birini seçmeden önce hepsi kendini müşteriye beğendirmek için masaların etrafında dans ederek dolaşır. Müşterilerin masaya çağırdığı kişi "kons" (konsomasyon)⁷² yaptıktan sonra, ücrette anlaşılırsa müşteriyi evine götürür ve daha sonra tekrar kulübe döner. En geç bir saat içinde geri dönmüş olmaları gerekir. Bir saat içinde dönmeyenler, hemen telefonla aranır. Bu durum kulübün sürekli müşteri çekmesini sağlamanın bir yolu olduğu kadar, güvenlik açısından da bir önlem olarak düşünülmüştür. Bir saat içinde dönmeyen birinin, özellikle de birden fazla müşteri ile çıkmışsa, kaçırılmış olma ihtimalinin çok yüksek olduğunu belirttiler. Böyle bir ihtimal olduğunda, kendisine cep telefonuyla ulaşılmaya çalışılır. Eğer kaçırılmışsa ve nerede olduğu öğrenilebilirse, yardıma gidilir; öğrenilemezse kaçırılan genellikle tecavüze,

⁷¹ A. g. e.

⁷² Konsomasyon: Gazino, bar, kulüp gibi eğlence mekanları jargonunda, burada çalışan kadınların, müşterilerin masalarına giderek onlara eşlik etmesi.

gaspa, darba veya hepsine maruz kalabilir. Ancak yine de kulüpte çalışmak, diğer alternatiflere göre daha güvenli olarak değerlendiriliyor."⁷³

c- Değerlendirme

Yaygın kanının aksine fuhuş, özellikle translar açısından bir kolay para kazanma yöntemi olmayıp, can güvenliğinin tehlikede olduğu mecburi istikamettir. Trans birey, bu kimliği nedeniyle aile ve toplum dışına itildiğinde, meslek veya zanaat sahibi olsa dahi, bununla iştigal edemeyip diğerleri gibi, yaşamını devam ettirebilmek için seks işçiliği yapmak zorunda kalmaktadır. Toplum tarafından cinsel yönelimleri nedeniyle zaten kabul görmeyen translar, işleri ve o işe yapışmış "ahlâksızlık" etiketi nedeniyle bir kez daha toplum dışına itilmektedirler. Bu iki aşamalı dışlama, transları birbirine her alanda kenetlenmeye zorlamaktadır; aynı veya yakın yerlerde yaşama, birlikte işe gidip gelme, sokağa birlikte çıkma gibi. Aileden ve toplumdan, cinsel yönelim ve meslek nedeniyle dışlanmışlık, bunun zorunlu sonucu olan kenetlenme, bir aradalık, toplu yaşamın gettolaşması, güvenli çalışma ortamının genelevle sınırlı kalması gibi sorunlara neden olmaktadır.

2- Genelev Mevzuatı Karşısında Seks İşçisi Transseksüellerin Durumu

19/04/1961 tarih ve 10786 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü (kısaca Genelev Tüzüğü olarak bahsedilecektir), genel kadınlar, genelevler, birleşme yerleri, tek başına fuhuş yapılan evler ve fuhuş yerleri tanımlarına 15, 16, 17, 18 ve 19. maddelerinde yer vermiştir.

a- Genel Kadın

Anılan tüzüğe göre "genel kadın", başkalarının cinsi zevklerini menfaat karşılığı temin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlara denir. Bu tanım karşısında, tüzüğün, erkeklerin menfaat karşılığı cinsel

⁷³ A. g. e.

ilişkiye girmelerini tanımadığı belirtilmelidir. Öte yandan yine aynı tüzük, menfaat karşılığı lezbiyen ilişkiyi de kapsamına almamaktadır.

b- Fuhuş Yerleri

Genel kadınların bir arada oturarak fuhuş yaptıkları veya bu maksat için toplandıkları yerlere "genelev" ismi verilir. Tüzüğün bu tanımından yola çıkılarak, tüzüğün kapsamında olan genelevlerin yalnızca (genel) kadınların çalıştığı ve kadınların erkeklerle cinsel ilişkiye girdiği yerler olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Fuhuş maksadıyla muhtelif kimselere kısa müddetler için açık bulundurulan kapalı yerlere "birleşme yeri" denir. Tüzüğün bu tanımına göre birleşme yeri, legal bir genelev olmayıp, fiilen bu maksatla kullanılan veya kullandırılan her türlü kapalı yerdir. Kapalı yerin bina vasfında olmasına gerek yoktur. İçinde fuhuş yapılmak şartıyla, örneğin, bir karavan da bu tüzük kapsamında birleşme yeri sayılacaktır.

Fuhuşu tek başına yapan kadınların ikametgâh edinip içinde fuhuş yapmayı itiyat ettikleri yerlere "tek başına fuhuş yapılan ev" denir. Bu tanıma göre tek başına fuhuş yapılan yer, genelev olarak tescilli olmayan, fakat (tüzükteki tabiri ile) bir patrona da bağımlı olarak çalışmayıp, tek başına fuhuş yapan kadının, hem ikamet ettiği hem de fuhuş yaptığı evdir. Genelev dışında tek başına fuhuş yapan kadın, fuhuşu ikametgâhı dışında bir yerde yapıyor ise yine tek başına fuhuş yapılan yerden söz edilemeyecektir.

Tüzükte geçen "fuhuş yerleri" tabiri; genelev, birleşme yerleri ve tek başına fuhuş yapılan evleri kapsar. Tanımdan açıkça anlaşılacağı üzere fuhuş yeri, mekan anlamında bir üst ve kapsayıcı bir terim olarak karşımıza çıkmaktadır.

c- Değerlendirme

Genelev Tüzüğü'nün genel olarak incelenmesi ve tüzüğün genel dilinden, fuhuşun, tamamen rızaya dayalı olarak ve ancak kadınlar tarafından ve bir başka erkekle olmak şartıyla yapılabilecek bir eylem olduğu ve bu eylemin de bir "sanat" olarak ifade

edildiği anlaşılmaktadır. Sanat sözcüğü, diğer anlamlarının yanı sıra; zanaat⁷⁴ anlamına da gelmektedir ve tüzükte bu anlamıyla kullanıldığı söylenebilir. Zira meslek, "belli bir eğitim ile kazanılan sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında para kazanmak için yapılan, kuralları belirlenmiş iş"⁷⁵ olarak tanımlanmıştır. Zanaat ise TDK Sözlüğü'ne göre "insanların maddeye dayanan gereksinimlerini karşılamak için yapılan, öğrenimle birlikte deneyim, beceri ve ustalık gerektiren iş, sınaat" tir. Kanaatimizce seks işçiliği, ne meslek, ne de zanaattir. Seks işçiliği, temelde ve büyük ölçüde kadınların, bunun yanında erkeklerin, trans bireylerin; belki de toplumun hiçbir gruba ve hiçbir alanda bu denli yoğun yöneltmediği bir aşağılama, bir hor görme, bir mecbur bırakma hadisesidir. Seks işçiliği "girilen" değil, "düşülen" bir kötü yol; fahişelik, orospuluk gibi diğer anlamlarıyla bir hakaret sözcüğü; tüm bunların sonucu olarak da bir dışlama mekanizmasıdır.

Genelev Tüzüğü'ne göre, artık cinsiyet değişimi sürecini tamamlamış seks işçisi bir trans- kadın, genel kadın olarak tanımlanabilir ve tüzük kapsamındaki genelevlerde çalışması mümkündür. Yine bu yasal düzenleme, trans kimliği üzerinden değil, kadın cinsiyet kimliği üzerinden değerlendirilmektedir.⁷⁶ Öte yandan, biyolojik olarak erkek olup da travesti olan bireylerin, tüzük kapsamında değerlendirilmeleri mümkün gözükmemektedir.

Her ne kadar bu tüzük 1961 tarihli olsa da, 70'li yıllarda, İstanbul'da Abanoz Sokak'taki genelevlerde travesti ve transeksüellerin yoğun olarak çalıştığı belirtilmektedir.⁷⁷ Ayrıca günümüzde de "illegal" travesti genelevlerinin var olduğu bilinmektedir.⁷⁸

Ülker Sokak ve Eryaman olaylarından sonra translara yönelik nefret cinayetlerinin arttığı, çeşitli platformlarda ve çeşitli vesilelerle dile getirilmektedir. Bu iddianın gerçeklik payının olması mümkündür. Çünkü 1996'ya kadar Ülker Sokak ve civarında,

⁷⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5458cfc9b20947.18772952

⁷⁵ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5458cfc9b20947.18772952

⁷⁶ Aslı Zengin, **İktidarın Mahremiyeti İstanbul'da Hayat Kadınları, Seks İşçiliği ve Şiddet**, Metis, İstanbul, 2011, s.33

⁷⁷ Siyah Pembe Üçgen , **80'lerde Lubunya Olmak**, İzmir, 2012

⁷⁸ <http://www.milliyet.com.tr/content/dosya/escinsel/escinsel04.html> (son erişim tarihi: 23.12.2014)

2006'ya kadar Eryaman'da bir arada yaşayan İstanbul ve Ankara transları, buralardan taşınıp çeşitli semtlere dağılmalarının ardından, tehlike anında birbirlerine sağladıkları dayanışma ve yardımlaşmadan yoksun kalmışlardır. Bu bakımdan genelevde çalışmak, trans bireyler açısından, en azından can güvenliğinin bulunduğu bir ortam olarak düşünülmektedir. Fakat bir bütün halinde trans bireylerin çalışma yaşamlarına ilişkin sorunların can güvenliğine, bu sorunun çözüm yolunun da genelevde çalışmaya indirgenmesi, şüphesiz ki yüzeysel bir yaklaşım olarak kalmaya mahkûmdur.⁷⁹

B- Transseksüellerin İkametleri Konusunda Sorunlu Pratikler

1- 12 Eylül

12 Eylül 1980 askeri darbesi ve sonrasındaki süreç, trans bireyler açısından, hem ikamet, hem istihdam sorunlarını doğurmuştur. İkamet ve istihdamla birlikte ve belki bunların öncesinde bu dönemde trans bireylerin temel sorunu kimliklerinin hukuki anlamda kabul edilmesi olmuştur.

12 Eylül darbesi dönemi translara yönelik uygulamalar, Bülent Ersoy ile özdeşleştirilmiş ve adeta onun şahsına hasredilmiştir. Bunda, Bülent Ersoy'un cinsel kimliğini hukuk düzenine kabul ettirme mücadelesinin ve bu mücadelenin basında sıklıkla yer almış olmasının payının olduğu düşünülmektedir. Öte yandan, transseksüel kimliği ile toplumun huzuruna çıkmış ilk kişi de Bülent Ersoy'dur. Onun içinden geçtiği hukuki süreç ve bu sürecin yarattığı yankı, transseksüelliğin hukuk düzenince de tanınmasına önayak olmuştur.

Transseksüellerin yeni cinsiyetlerinin hukuk düzenince tanınmaması sonucunu doğuran bu süreç, 1980'lerin ilk yarısında Türkiye'de transseksüellerin çalışma hayatlarını doğrudan etkilemiştir. 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 11. maddesi ve 19 Mart 1981 tarihli İçişleri Bakanlığı Genelgesi'ne istinaden, bar, pavyon gibi içkili yerlerde kadın kıyafetiyle erkeklerin çalıştırılması yasaklandı. Bülent Ersoy'a sahne yasağı olarak bilinen bu düzenleme ile "kadın kılığındaki erkeklerin" içkili mekânlarda çalışmaları, sahneye çıkmaları yasaklanmıştır. Her ne kadar ameliyatla

⁷⁹ Tespit edilen sorunlar kapsamında kalıcı ve köklü çözüm önerileri için bkz. aş. s. 59

cinsiyet değiştirmiş olsalar da, erkekten kadına transseksüeller, kadın cinsiyetinde kabul edilmediklerinden hukuki olarak statüleri travestiler gibi "kadın kılığında erkek" olarak görölmekte idi. Anılan bu yasak ile transseksüeller de dahil olmak üzere tüm transların, çalışma hayatı legal alanda sonlandırılmıştır.

Transseksüellerin yeni cinsiyetlerinin hukuk düzeni tarafından tanınabilmesi için 1988 yılını beklemek gerekecektir. Bülent Ersoy'un şahsında tüm transeksüellerin, ameliyat sonrası yeni cinsiyetlerinin hukuk düzeni tarafından tanınması 1988'de mümkün olmuştur. 04/05/1988 tarih ve 3444 sayılı yasa ile 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 29. maddesine 2. fıkra ilave edilerek cinsiyet değişikliği sonrasında bu durumun nüfus kayıtlarında da düzeltilmesi imkânı sağlanmıştır.⁸⁰

İstanbul transları, çalışma yasağının ardından İstanbul'dan ayrılarak, denetimin daha az olduğu kentlere çalışmak için gideceklerdir.⁸¹ İstanbul'da kalmaya direnen trans bireyleri ise başka bir sorun beklemektedir: Eskişehir'e gönderilme.

Transseksüellerin ikametleri sorunu araştırılırken ilk göze çarpan nokta, bu sorunun Türkiye'de ilk kez Ülker Sokak'la başlayan bir mesele olmadığıdır. Esasen ilk büyük trans ikameti meselesi, 12 Eylül askeri darbesi sonrasında, İstanbul'daki travesti ve transseksüellerin toplanıp, zorla saçlarının kesilerek, trenlere bindirilip Eskişehir'e gönderilmesi şeklinde yaşanmıştır.⁸² O yıllarda henüz LGBT hakları, sivil toplum kuruluşları gibi konular dillendirilip tartışılmadığı ve hayata geçirilemediğinden; darbe dönemindeki ikametgâh uygulamaları hakkında çok da fazla doküman yoktur. Bu konudaki kaynaklar, o dönemi yaşayan transların anlatımlarından ibarettir. Darbe dönemi yaşanan transların ikametgâhı sorunu olayını, Ülker Sokak ve Eryaman'dan ayıran husus, saikidir. 12 Eylül döneminde İstanbul translarının saçlarının kesilerek Eskişehir'e sürgün edilmesi, kanaatimizce, Ülker Sokak ve Eryaman'daki gibi bir rant meselesi değil, darbe yönetiminin bir sterilizasyon çabasıdır. Zira transseksüellik ve transvestizm, ilk kez o dönemde görünür hale gelmiştir.

⁸⁰ Öztan/ Will, Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 43, Sayfa 227-268, Ankara, 1993

⁸¹ Siyah Pembe Üçgen , **A. g. e.**

⁸² <http://bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/109982-12-eylul-treninde-transseksuellere-adi-hic-anilmadi> (son erişim tarihi: 25.11.2014)

Görüldüğü üzere, 1980 askeri darbesi sonrasında transseksüellere yönelik bir zorunlu ikamet- sürgün ve çalışmaktan men uygulaması hayata geçirilmiştir. Bu dönemden sonra iki önemli olay, 1996 Ülker Sokak (İstanbul) ve 2006 Eryaman (Ankara) olaylarıdır.

2- Ülker Sokak

1996'da İstanbul, Habitat-II İnsan Yerleşimleri Zirvesi'ne hazırlanırken, Beyoğlu-Cihangir'de Ülker Sokak'ta sivil inisiyatif olduğunu belirten ve sokakta bina mülki olan ancak burada ikamet etmeyen Güngör Gider isimli kadının önderliğindeki bir grup, Ülker Sokak'ın translardan "temizlenmesi" gerektiğine vurgu yapan bir mücadele içine girmiştir. Bu mücadele esnasında Ülker Sokak'ta oturan transların evleri taşlanmış, trans bireyler sokakta şiddete maruz bırakılmış ve hatta evleri yakılmıştır. Nihayet Ülker Sokak olayları, burada ikamet eden çok sayıda travesti ve transseksüelin, bu şiddet ve baskıya yenik düşerek sokağı terk etmesi, yani başka semtlere taşınması ile son bulmuştur. Ülker sokak ile ilgili olarak taranan anlatımlara bakıldığında, transların maruz kaldığı bu şiddetle alakalı olarak yasal başvuruların sonuçsuz kaldığı ya da o dönemki uygulamalar karşısında hiç yasal başvuru yapılamadığı görülmektedir. KAOS GL Derneği Hukuk Sekreteri Avukat Yasemin Öz, Ülker Sokak olaylarında trans bireylere yönelik saldırıların emniyet tarafından engellenmediğini ve saldırganlar hakkında yargıya intikal edip sonuçlanan bir kovuşturma olmadığını belirtmiştir.⁸³ Öte yandan, Pınar Selek'in araştırması esnasında, kendisine "siz travesti ve transseksüellerin sokaktan kovulmasını uygun bulmadığınıza göre, gelişen bu olaylara karşı nasıl tavır aldınız" sorusuna Ülker Sokak'ta ikamet eden bir tiyatro sanatçısının cevabı "Hiçbir şey yapmadım. Buna benim gücüm yetmeyecektir. Ev sahibim Güngör'ün grubunda, hepsi de polisle iç içe, kesin kazanacaklar. Boşu boşuna kendime sorun çıkarmanın bir anlamı olmayacak" cevabını vermiştir.⁸⁴ Dönemin Beyoğlu Emniyet Müdürlüğü, Ülker Sokak'ta translara yönelen "sivil" baskı grubuyla işbirliği içinde yahut paralel biçimde hareket etmemiş olsa da; sokak sakinlerinde mahalleli ve polisin "iç içe" olduğu algısı oluşmuştur. Bu algının sokakta ikamet eden translarda oluşmadığını söylemek mümkün

⁸³ Yasemin Öz, "Ahlâksız"ların Mekânsal Dışlanması, KAOS GL Dergisi, 2009 (<http://www.kaosgl.com/sayfa.php?id=2949>) (Son Erişim Tarihi: 25/11/2014)

⁸⁴ Pınar Selek, *Maskeler Süvariler Gacılar Ülker Sokak: Bir Alt Kültürün Dışlanma Mekânı*, Ankara, Ayizi Kitap, 2014. s. 119

değildir. Öte yandan, dönemin Beyoğlu Ekipler Amiri Süleyman Ulusoy kendisi ile yapılan mülakatta "Bakın, hep iftira atıyorlar. Bunlar çok yalan söyler. Utanacakları bir şey kalmamış çünkü. Yani bunlardan her şey beklenir. Bir bayanın en önemli şeyi nasıl ki namusuysa, erkeğinki de erkekliğidir. Biri kendi cinsinden birinin altına yatarsa ondan dürüstlük bekleyemezsiniz. Biz onlardan yılmadık. Onlar bölgeyi terk ettiler. Kalanlar ise fuhuş yapmayanlar. Toplumun gelenek ve göreneklerine uyum gösterirlerse orada kalabilirler. Onlar da bizim insanımız. İnsan hakları savunucuları bize karşı çıkıyor. Düşünün bir aileyi, fuhuş yapılan bir binada oturuyorlar... Nereye gidecekler? Hayır, o kadar geniş bir özgürlük tanınmaz. Her şeyin bir sınırı vardır. Birinin özgürlüğünün başladığı yerde diğeri biter. Ülker Sokak'taki Demet'lerin evlerini de temizleyecektim. Tayinim çıktı. 1996'da Habitat oldu. Halkın ve yeni müdürün referansıylayla burada çalışmam istendi. Zaten haksız bir tayin olayım vardı. Onore edilmiş oldum. Gece 23.00'da göreve başladım. Görevi alır almaz gece hemen Ülker'e gittim. Sivil kıyafetle ve başıma başlık geçirerek. Sokakta normal vatandaşın söz hakkı kalmadığını duymuştum. Sokağa girer girmez, beni eskilerden birisi tanıdı. Ve hemen kaçtı. Sanırım diğerlerine de haber verdi ve hepsi içeri girdiler. 13, 14, 15 numaraların pencerelerinden üçer dörder sarkıyorlardı. Bakkalın aşağısında durup biraz gözlemledim. Bu sefer hepsi tanıdı ve içeri girdi. Olay böyle başladı ve diğer sokaklardaki kararlılığımızla sürdü. Şimdiki durumu zaten biliyorsunuz"⁸⁵ demiştir. Bu beyanlardan en azından dönemin Beyoğlu Ekipler Amiri'nin, sokaktaki (kendi tabiriyle) normal vatandaşın lehine fakat transların ise aleyhine bir tutum takındığı anlaşılmaktadır.

3- Eryaman

Ankara'daki travesti ve transseksüellerin yoğun olarak yaşadığı Eryaman'da varlığı resmi olarak teyit edilmemiş ancak sözlü anlatımlarda sıkça dile getirilen "balyoz timi" adı verilen bir grup eli ile; 2006 öncesinde şehrin dışında ve pek de talep görmezken, 2006'ya gelindiğinde "popüler" olan bu semtteki translara yönelik şiddet eylemleri ve bu şiddet neticesinde transların semtten taşınmak zorunda kalmaları, "Eryaman Olayları" olarak anılmaktadır. LGBT hakları ve mücadelesinin 2006'ya gelindiğinde; öncesine nazaran daha etkin ve sesi duyulur olması gözönüne alındığında,

⁸⁵ Pınar Selek, **A.g.e.**, s. 144

şüphesiz ki, Eryaman olayları basında ve yazılı materyallerde daha çok yer bulmuştur. Ayrıca 2006 yılında, 1996'ya nazaran LGBT hak mücadelesi ve örgütlülük pratiği anlamında hatrı sayılır bir yol katedilmiş, LGBT dernekleri faaliyetlerine başlamış ve bu konuda küçümsenmeyecek bir farkındalık da yaratmışlardı. Bu defa Eryaman'daki translara yönelik şiddet olayları suç duyurularına konu edilmiş, birbirinden ayrı olarak savcılık ve mahkemelere yansıyan bu olayların toplu ve sistematik bir şiddet hareketi olduğu ve bunun bir örgüt faaliyeti kapsamında işlendiği de Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2007/250 Esas ve 2008/246 karar sayılı ilamı ile kabul edilmiştir.⁸⁶

4- Değerlendirme

Gerek Eryaman, gerekse Ülker Sokak, civardaki diğer semtlere kıyasla emlak değeri yükselmemiş semtlerdi. Bu değer azlığına, transların bu semtlerde yoğun olarak ikamet etmelerinin neden olduğu düşünülmekte idi. Yukarıda da nedenlerine değinildiği üzere, seks işçiliği ve transseksüellik iç içe geçmiş ve neredeyse birbirinden ayrı olarak düşünülemeyen iki kavram haline gelmiş olduğundan, transların yoğun olarak ikamet ettikleri semtlerin birer fuhuş merkezi olarak anılması da bu düşünceye bir doğruluk payı kazandırmaktadır. Transların bu semtlerden gönderilmesi ile hem semtlerin translardan "arındırılması" hem de süregelen bir "ahlaksızlığa" son verilerek semtin değer kazanması hedeflenmiştir.

Bu sorunlu pratiklerin esas nedeni, toplumun translara karşı takındığı dışlayıcı tutum ve yine translara yönelik "ahlaksızlık" algısıdır. Şiddet kullanmaya kadar varabilen bu tutum ve algı nedeniyle, travesti ve transseksüeller, çevreden kendilerine yönelecek şiddet ve benzeri tehlikeyi engellemek veya minimize etmek için bir arada yaşamayı tercih etmektedirler. Dışlayıcı tutum ve ahlaksızlık algısına sahip toplumun, transların bir arada yaşadığı semtleri tercih etmemeleri kaçınılmazdır. Translar aleyhine gelişen bu döngü, kanaatimizce, sorunu çözmeye değil, yeni sorunların yaşanmasına neden olacaktır.

⁸⁶ Anılan yerel mahkeme kararı, Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 2010/30949 E 2013/22065 K sayılı ilamı ile, tebligat eksiklikleri sebebi ile iade edilmiş ve temyiz incelemesi hâlen devam etmektedir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Transseksüellik meselesinin hukuki düzlemdeki ilerleyiş şekli ve kronolojisinin, bu çalışmada örnek yargı kararları ile de izah edildiği üzere, Türkiye ve Avrupa genelinde benzer olduğu gözlemlenmiştir. Gerek Türkiye'de gerekse Avrupa'da seksenli yıllar ile birlikte görünür hale gelen transseksüellik meselesine legal düzlemde bir hukuki karşılık oluşturulması için aşağı yukarı doksanlı yılları beklemek gerekecekti. Bununla beraber, transseksüelliğin hukuki kabulüne imkân sağlayan iç hukuk düzenlemelerini Türkiye'nin diğer pek çok Avrupa devletinden önce gerçekleştirdiğini söylemek yanlış olmaz. Bu açıdan bakıldığında, AİHM önündeki davalardan Türkiye aleyhine en az ihlal kararı verilen konulardan biri transseksüellik ile ilgili davalardır. AİHM'de görülen transseksüellikle ilgili davalarda diğer sözleşmecî devletlerle kıyaslandığında Türkiye aleyhine ihlâl kararlarının daha az sayıda olduğu görülmektedir.

Transseksüellik günümüzde, medeni hukuk açısından bir sorun olmaktan çıkmış; transseksüellerin yeni cinsiyetleri hukuki karşılık bulmuş, transseksüeller yeni cinsiyetleri ile hukuki kabul görmüş olsalar da; transseksüellik her yönüyle toplum nazarında ve hukuk düzeni açısından, Türkiye uygulamasında özellikle ceza hukuku açısından hala "netameli" bir konu olarak algılanmaktadır. Bu çalışmada özel olarak incelenen yerleşme özgürlüğü ve çalışma hakkı, yalnız transseksüellerin değil, şüphesiz tüm bireylerin, yaşam hakkından sonra gelen en önemli hak ve özgürlüklerindendir. Birey yaşam hakkını ve beden sağlığını öncelikle barınma ve bunları sürdürecektir bir çalışma yaşamı ile kullanacak ve koruyacaktır. Bu nedenle transseksüelliğe ilişkin en önemli sorunların başında istihdam ve barınma gelmektedir. Çalışmamız kapsamında da bahsedildiği üzere transseksüellerin fuhuş ve eğlence sektörü dışında iş bulabileceklerine olan inançları yokluk derecesine yakın bir zayıflıktadır. İstihdam sorunu transseksüelleri fuhuş yapmaya yönlendirdikçe, toplumda fuhuş ve transseksüellik ayrılmaz iki kavram olarak görülmekte ve bu şekilde transseksüelliğe yüklenen "ahlâksızlık" da kaynağını "fuhuş" tan almaktadır.

Transseksüellerin barınma ve istihdam sorunlarının çözümü, bu konudaki sosyal ve ekonomik pek çok sorunun çözümünü de sağlamış olacaktır. Bu çalışma kapsamında değinilen sorunlu pratikler de barınma, istihdam, ahlâk ve toplumsal kabul noktalarında düğümlenmektedir. Trans bireylerin, toplum nazarında kabul görmüş iş alanlarına yönelebilmesi, bu konuda imkân tanınması, onların barınma sorunlarını da kendiliğinden çözebilecektir.

Şüphesiz ki, bu çalışma kapsamında mümkün olduğunca izah edilmeye çalışılan, trans bireylere yönelik taşınmaya mecbur bırakılma, sürgün hadiseleri; bir anayasal hak olan yerleşme hürriyetine aykırılık teşkil eder. Kişi hakları, devletin nitelikleri ve görevleri hakkındaki anayasal düzenlemeler göz önüne alındığında, trans bireylerin insan onuruna uygun yaşama ve çalışma alanlarına sahip olması için herhangi bir yasal engel bulunmadığı gibi devletin bu konuda bir anayasal görevi yani mecburiyeti de vardır. Cinsiyet değişikliği ameliyatının sağlık sigortaları tarafından karşılanması, trans bireylerin özellikle nefret suçlarından mağduriyetlerinin önüne geçilmesi için tedbirler alınması, güvenli ortamlarda yaşamaları ve çalışmaları için gerekli tedbirlerin alınması, suç mağduriyeti sonrası hukuki ve psikolojik yardım, transların fuhuş dışında bir alanda çalışmalarının kolaylaştırılması ve teşviki, fuhuş sektöründe çalışanların ise güvenliğinin sağlanması gibi hususlar trans bireylerin hakkı olduğu kadar devletin de ödevidir.

Yasa normu düzeyinde yapılacak birkaç değişiklik ve buna bağlı olarak oluşturulacak düzenleyici işlemler ile, trans bireylerin istihdam, barınma ve diğer sorunlarına hukuki bir çözüm getirilmiş olacaktır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, devletin böyle bir çözümü oluşturması ve sürdürmesine izin vermekte, hatta bunu devlete bir yükümlülük olarak yüklemektedir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın başlangıç metninde "her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu"ndan bahsedilmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin "sosyal bir hukuk devleti" olduğu zikredilmekte; devletin temel amaç ve gö-

revleri başlıklı 5. maddesiyle ise "(...) kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak"la devlet görevli kılınmaktadır. Anayasa ile teminat altına alınmış kanun önünde eşitlik ilkesi, 10. maddede "Kişi dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" 17. maddede, konut dokunulmazlığı 21. maddede, yerleşme ve seyahat hürriyeti 23. maddede zikredilmiştir.

Anayasa'nın bu âmir hükümleri karşısında, transseksüeller ve genel olarak LGBT bireyler için, sırf bu kimlikleri nedeniyle istihdam ve barınma önceliği/ avantajı/ kontenjanı tanınmasını beklemenin, bu konuda kanun koyucunun düzenleme yapmasını talep etmenin, hukuk düzeninin sınırları içinde kalan, meşru ve haklı bir talep olduğunu söylemek güç değildir.

Şüphesiz ki toplumsal yaşamda sorun ve dezavantaj doğuran yaklaşımların engellenmesi ve ortadan kaldırılmasında, hukuki düzenlemeler tek başına yeterli olmayacaktır. Dolayısıyla, hukuku uygulayacak olan insan unsurunu gözardı etmek, gerçeklerle bağdaşır görülmemektedir. İstihdam ve barınmaya yönelik bahsi geçen düzenlemelerin ötesinde ve öncesinde, toplumun her kesim ve katmanının, translara yönelik ayrımcılık olarak tanımlanacak davranışlardan kaçınması için gerekli eğitim tedbirlerini almak da elzemdir. Başta hukuk, güvenlik, eğitim ve sağlık profesyonelleri olmak üzere, kamu ve özel sektör yönetici ve çalışanlarının ayrımcılık yasağı ve LGBT bireyler konusunda bilgilendirilmesi, hukuku hayata geçirecek insan unsurunun hukuku etkin ve arzu edildiği şekli ile uygulamasına imkân verecektir. Zira bu çalışmada, transseksüellere ve ilgili olduğu ölçüde eşcinsellere yönelik olarak ve haklarını kısıtlayıcı sonuçlar doğuran yargı kararlarının, kamusal uygulamaların ve diğer işlem ve davranışların temelinde, toplumun bu meseleye bakış açısının yattığı kabul edilmesi gereken bir gerçektir.

KAYNAKÇA

A- Kitaplar ve Makaleler

Amerikan Psikiyatri Birliği, **Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı**, Beşinci Baskı (DSM-5), Tanı Ölçütleri Başvuru El Kitabı'ndan, çev. Köroğlu E, Hekimler Yayın Birliği, Ankara, 2013

ATAMER Yeşim M., **İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eşcinsellere Yönelik Ayrımcılık ve Şiddet Sempozyumu, V. Oturum/ Travesti ve Transseksüellerin Sorunları**, İstanbul, 2003

BERGHAN Selin, **Lubunya: Transseksüel Kimlik ve Beden**, İstanbul, Metis, 2007

DEMİR Sabriye Dilek, **Kadın Seks İşçiliğinin Hukuki Mevzuat Çerçevesinde İncelenmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009

DEMİRBAŞ Hilal Başak, **Türkiye'de LGBTİ Mahpus Olmak**, İstanbul, Ceza İnfaz Sisteminde Sivil toplum Derneği, 2016

Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı, **Mental Bozuklukların Sınıflandırılması**, Bornova, Tıp Fakültesi Yayın Bürosu, 1985

GÖVSA GÖKMEN Figen, **Temel Tıp Terimleri Sözlüğü**, İzmir, Güven & Nobel, 2001

GÜNER Umut, KALKAN Pelin, ÖZ Yasemin, ÖZSOY Elif Ceylan, SÖYLE Fırat, **Türkiye'de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 2011

GÜNGÖR Aras, **Öteki Erkekler**, Sel Yayıncılık, İstanbul; Temmuz 2013

KESKİN Züleyha, **Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesi**, AÜHF Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014

ÖZ Yasemin, "Ahlâksız"ların Mekânsal Dışlanması, KAOS GL Dergisi, 2009

ÖZTAN Bilge, WILL Michael R., **Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 43, Sayfa 227-268, Ankara, 1993

SELEK Pınar, **Maskeler Süvariler Gacılar Ülker Sokak: Bir Alt Kültürün Dışlanma Mekânı**, Ankara, Ayızı Kitap, 2014

Siyah Pembe Üçgen, **80'lerde Lubunya Olmak**, İzmir, 2012

ŞAFAK Yasemin, **Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans (LGBT) Öğrenciler ve Aileleri ile Çalışan Öğretmenler İçin Eğitim Broşürü**, Ankara, Ayrıntı Basımevi, 2014

TARHAN Mehmet, YALÇIN Sezen, **LGBT Davaları AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları**, Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, Punto Baskı, İstanbul, 2012

ZENGİN Aslı , **İktidarın Mahremiyeti İstanbul'da Hayat Kadınları, Seks İşçiliği ve Şiddet**, Metis, İstanbul, 2011

B- İnternet Kaynakları

<http://bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/109982-12-eylul-treninde-transseksuellerin-adi-hic-anilmadi> (Son Erişim Tarihi: 25.11.2014)

<http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/22719921.asp> (Son Erişim Tarihi: 07/01/2015)

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/sozluk.htm> (Son Erişim Tarihi: 24/11/2014)

http://www.kozmetikcerrahi.com/estetik_cinsiyet.htm (Son Erişim Tarihi: 26.12.2014)

<http://www.milliyet.com.tr/content/dosya/escinsel/escinsel04.html> (Son Erişim Tarihi: 23.12.2014)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5472f1da35ec44.80151600 (Son Erişim Tarihi: 24/11/2014)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5458cfc9b20947.18772952 (Son Erişim Tarihi: 24/11/2014)

<http://www.who.int/classifications/icd/revision/en/> (Son Erişim Tarihi: 07.01.2016)

www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc (Son Erişim Tarihi: 26.12.2014)

www.stp2012.info/old/tr (Son Erişim Tarihi: 04.01.2015)

C- Mahkeme Kararları

1- Yargıtay

Yargıtay 2. HD 27.03.1986 Tarih, 1986/651 E. ve 1986/3256 K.

Yargıtay 2. HD 13.12.2010 Tarih, 2009/19039 E. ve 2010/20942 K.

Yargıtay 2. HD 08.06.2009 Tarih, 2009/8179 E. ve 2009/11096 K.

Yargıtay 2. HD 04 .10.2011 Tarih, 2010/11100 E. ve 2011/14833 K.

Yargıtay 18. HD 27.03.2014 Tarih, 2013/19541 E. ve 2014/5550 K., Yargıtay 18. HD 02.03.2016 Tarih, ve 2015/23063 E. ve 2016/3697 K

Yargıtay 2. HD 13 .02.2006 Tarih, 2005/17485 E. ve 2006/1343 K.

Yargıtay 7. HD 25.11.2008 Tarih, 2008/4109 E. ve 2008/5196 K.

Yargıtay 14. CD 05.11.2013 Tarih, 2011/21831 E. ve 2013/11006 K.

Yargıtay 9. HD 11.10.2010 Tarih, 2009/27672 E. ve 2010/28528 K.

2- Danıştay

Danıştay 10. Dairesi 27.12.1993 Tarih, 1992/4706 E. ve 1993/5536 K.

Danıştay 12. Dairesi 18.01.2000 Tarih, 1999/5783 E. ve 1999/2585 K.

Danıştay 12. Dairesi 07.11.2014 Tarih, 2011/ 750 E. ve 2014/ 7169 K.

3- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

AYİM 1. Dairesi 11.05.1999 Tarih, 1998/888 E. ve 1999/482 K.

4- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHM, Rees- Birleşik Krallık (Başvuru No: 9532/81), 17.10.1986

AİHM, Cossey- Birleşik Krallık (Başvuru No: 10843/84), 27/09/1990

AİHM, B.- Fransa (Başvuru No: 13343/87), 25.03.1992

AİHM, X., Y., ve Z.- Birleşik Krallık (Başvuru No: 21830/93), 22.04.1997

AİHM, Sheffield, Horsham- Birleşik Krallık (Başvuru No: 22985/93), 30.07.1998

AİHM Büyük Daire, Christine Goodwine- Birleşik Krallık (Başvuru No: 28957/95), 11.07.2002

AİHM, Van Kück- Almanya (Başvuru No: 35968/97), 12.09.2003

AİHM, Linda Grant- Birleşik Krallık (Başvuru No: 32570/03), 23.08.2006

AİHM, Parry- Birleşik Krallık (Başvuru No: 4297/05) ve R. Ve F.- Birleşik Krallık (Başvuru No: 35748/05), 28.11.2006

AİHM, L.- Litvanya (Başvuru No: 27572/03), 11.09.2007

AİHM, Sclumpf- İsviçre (Başvuru No: 29002/06), 05.06.2009

AİHM, P. V.- İspanya (Başvuru No: 35159/09), 30.11.2010

AİHM, P.- Portekiz (Başvuru No: 56027/09), 06.09.2011

AİHM, Cassar- Malta (Başvuru No: 1046/12), 30.07.2015

AİHM, Hämäläinen- Finlandiya (Başvuru No: 37359/09), 16.07.2014

AİHM, Y. Y.- Türkiye (Başvuru No: 14793/09), 10.03.2015

AİHM, A. P., Garçon ve Nicot- Fransa (Başvuru No: 79885/12, 52471/13 ve 52596/13), 06/04/2017

ÖZGEÇMİŞ

Başak Eryılmaz, 1984 yılında Ankara’da doğmuştur. İlköğrenimini Eskişehir Barbaros İlkokulu’nda tamamlamış, 1994 yılında başladığı Eskişehir Anadolu Lisesi’nden 2001 yılında mezun olmuştur. Aynı yıl başladığı Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 2005 yılında mezun olmuş, 2006 yılı Temmuz ayında Adalet Bakanlığı Adli Yargı Hâkim Adayı olarak Eskişehir Adliyesi’nde göreve başlamıştır. 2007 yılından bu yana sırasıyla Atabey Cumhuriyet Savcılığı, İslahiye Hâkimliği, Gelendost Cumhuriyet Savcılığı, Eğirdir Cumhuriyet Savcılığı ve Tunceli Cumhuriyet Başsavcılığı, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulunmuş, halen İstanbul Anadolu Cumhuriyet Savcılığı görevine devam etmektedir. Türkiye Adalet Akademisi İfade Özgürlüğünün Güçlendirilmesi Programı, Uluslararası Savcılık Sempozyumu, Yargıda Birlik Derneği Göç İnsan ve Adalet Sempozyumu gibi pek çok uluslararası çalışmaya ve yargı etiği, HSYK stratejik planı, infaz hukuku, ceza muhakemesinde koruma tedbirleri gibi çeşitli meslek içi eğitime katılmıştır. İyi derecede İngilizce ve başlangıç düzeyinde Almanca bilen Eryılmaz, bir çocuk annesidir.

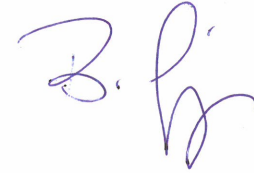
TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite :Galatasaray Üniversitesi
Enstitü :Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı :Başak ERYILMAZ
Tez Başlığı :Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında
Transseksüellik
Savunma Tarihi :08.08.2017
Danışmanı :Yrd.Doç.Dr. Demirhan Burak ÇELİK

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı
Yrd.Doç.Dr. Demirhan Burak ÇELİK
Yrd.Doç.Dr. Birden GÜNGÖREN
Doç.Dr. Güçlü AKYÜREK

İmza



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

