

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2015/79

Karar Sayısı : 2017/164

Karar Tarihi: 29.11.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 17. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Davacının nüfus sicilinde “kadın” olarak kayıtlı olan cinsiyetinin “erkek” olarak düzeltilmesi talebi ile açtığı nüfus kayıt tashihi davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 40. maddesi şöyledir:

“Cinsiyet değişikliğinde

Madde 40- 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.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 3.9.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Osman KODAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayatılan ve ilgili görülen Anayasa

kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüldüğü düşünülür:

A. Anlam ve Kapsam

3. Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında, mahkeme tarafından cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için gerekli olan şartlar düzenlenmiştir. Buna göre mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin mahkemeye şahsen başvuruda bulunması, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması, evli olmaması, transseksüel yapıda olması, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması, üreme yeteneğinden sürekli biçiminde yoksun bulunması ve belirtilen son üç koşulun bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi gerekmektedir.

4. Kanun'un 40. maddesinin itiraz konusu ikinci fıkrası ise cinsiyet değişikliği için verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verileceğini öngörmektedir.

5. Kanun'un 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası birlikte değerlendirildiğinde "*cinsiyet değişikliği*"nin üç aşamalı olarak düzenlendiği görülmektedir. Birinci aşamayı cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin alınması, ikinci aşamayı mahkemece verilen bu izne bağlı olarak cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirilmesi, üçüncü aşamayı ise nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinin değiştirilerek hukuksal tanınması sağlanması oluşturmaktadır.

B. İtirazın Gerekçesi

6. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralda mahkeme tarafından cinsiyet değişikliğine izin verilmesinden sonra amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporu ile doğrulanması hâlinde nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılabileceğinin düzenlendiği, kişinin bedensel ve ruhsal sağlığının korunmasının da vücut bütünlüğünün korunması kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu çerçevede transseksüel yapıda olan kadınların sırf erkekliğe ilişkin cinsel organ ameliyatı olmamaları sebebiyle kadın kimliği taşımaya zorlanmalarının kişinin maddî ve manevî varlığının korunmasını düzenleyen Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

7. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca ilgisi nedeniyle kural, Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

8. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" denilmektedir. Kişinin yaşama hakkı ile maddî ve manevî varlığını koruma hakkı; birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardır. Maddenin ikinci fıkrasında da "*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî*

deneylere tâbi tutulamaz.” denilerek kural olarak kişilerin kendi bedenleri üzerinde karar verme yetkisine sahip oldukları kabul edilmiştir. Anılan madde uyarınca Devletin tüm bireylerin yaşam hakkını kamusal makamların ve diğer bireylerin eylemlerine karşı koruma şeklinde pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır.

9. Anayasa'nın “*Özel hayatın gizliliği*” başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında ise “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*” hükmü yer almaktadır.

10. Anayasa'nın 20. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı; bir yönüyle özel hayatın gizliliğinin korunmasını, başkalarının gözleri önüne serilmemesini, bir başka ifadeyle kişinin özel hayatında yaşananların yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kişiler tarafından bilinmesini isteme hakkını korurken diğer yönüyle resmî makamların özel hayata müdahale edememesi yani kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi hakkını güvence altına almaktadır.

11. Anayasa'nın 13. maddesinde “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” denilmektedir.

12. Anılan madde, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını ilgili temel hak ve özgürlüğe ilişkin Anayasa maddesinde gösterilen özel sebeplerin bulunmasına bağlı kılmıştır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararlarında, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu, ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kuralların da temel hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir.

13. Transseksüel yapıda olan kişinin nüfus sicilindeki cinsiyet hanesini değiştirmek istemesi, kişinin maddî ve manevî varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel hayata saygı hakkı kapsamında kalmakta olup kuralda mahkeme tarafından verilen cinsiyet değişikliği iznine bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun olarak cinsiyet değişikliği ameliyatının gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verileceği öngörülmektedir.

14. Kişilerin cinsel tercihleri, özel hayatları ve maddî, manevî varlıklarının korunması kapsamında Anayasal düzenle koruma altına alınmış olup sorgulanamayacağı gibi bu tercihleri nedeniyle kişilerin hukuk düzeninde negatif ayrımcılığa muhatap edilmeleri de mümkün değildir.

15. Cinsiyet; bireyin sahip olduğu fizyolojik, biyolojik ve genetik özelliklerini ifade eden bir kavram olup biyolojik cinsiyet, bireyin doğuştan sahip olduğu üreme organları ve sistemleri dikkate alınarak “*kadın*” veya “*erkek*” olarak yapılan tanımlamadır.

16. Kanun koyucu itiraz konusu kuralla nüfus kaydında cinsiyet değişikliğini düzenlerken biyolojik cinsiyet kavramından hareketle transseksüel yapıda olan kişinin nüfus sicilinde cinsiyet hanesinin değiştirilebilmesini, mahkemece bu konuda verilen izin doğrultusunda cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması şartına bağlamıştır.

17. Kuralla nüfus sicilinde cinsiyet değişikliğinin yapılabilmesinin belirtilen koşula bağlanması, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme ve özel hayata saygı hakkına getirilen bir sınırlandırma niteliği taşımaktadır.

18. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dokunulamayacak "öz" her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaması gerekir.

19. Yine maddede, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle öze dokunan sınırlamalar, "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük*" ilkelerine evleviyette aykırı olacağından, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük*" ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

20. Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ölçütü, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. "*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacıyla yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir.

21. Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "*ölçülülük ilkesi*", temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte ikisi arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu düzeni amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

22. Ölçülülük, temel hak ve özgürlükleri sınırlama amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

23. Belirtilen nitelikleri gereği, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan "*temel hak ve hürriyetlerin özü*", "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük ilkesi*" bir bütünün parçaları olup "*demokratik bir hukuk devleti*"nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.

24. Kişinin doğduğu anda biyolojik cinsiyeti gözetilerek nüfus kaydı düzenlenmekte ve nüfus kaydındaki cinsiyetine göre kişi, hukuk sisteminde erkekler ve kadınlar için farklı düzenlenen haklarını kullanmakta ve yükümlülüklerini yerine getirmektedir. Diğer taraftan kişinin doğuştan sahip olduğu biyolojik cinsiyeti çok istisnai hâllerde değiştirilebilmektedir. Belirli koşulların gerçekleşmesi hâlinde kişinin biyolojik cinsiyetini

değiştirebilmesi, diğere bir ifadeyle kişinin cinsiyet değiştirme operasyonu geçirebilmesi mümkündür.

25. Cinsiyet değiştirme ameliyatlarının geri dönüşünün olmaması, sağlık açısından riskler taşıması bu tür ameliyatların koşullarının kanun koyucu tarafından belirlenmesini ve bu sürecin Devletin denetimine tâbi tutulmasını gerektirmektedir.

26. Bu nedenlerle söz konusu ameliyatların herhangi bir denetim olmaksızın gerçekleştirilmesi suretiyle sıradanlaştırılmasının önüne geçilmesi ve mahkemelerin nüfus kaydında cinsiyet değişikliği yapılması noktasında sadece onay makamı olmaktan çıkarılması amaçlarıyla cinsiyet değişikliğinin kanun koyucu tarafından belirli bir mevzuata bağlanarak denetime tabi tutulduğu, bu bağlamda itiraz konusu kuralın düzenlendiği görülmektedir.

27. İtiraz konusu kuralla nüfus sicilinde cinsiyet değişikliğinin yapılabilmesinin bu konuda mahkemece verilen izin doğrultusunda cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması koşuluna bağlanmasının sebebini, nüfus kayıtlarının hukuk düzeni bakımından taşıdığı önem ve bu anlamda kamu düzeninin korunması oluşturmaktadır. İtiraz konusu kuralla getirilen sınırlama ile cinsiyet değişikliği ameliyatı gerçekleştirilmeden nüfus sicilinde değişiklik yapılması suretiyle nüfus kayıtlarının isteğe bağlı olarak değiştirilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

28. Kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlayanın ön koşulu kamu düzeninin tesisidir. Anayasa’da bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin bireyler tarafından sağlıklı bir şekilde kullanılabilmesi, kamu düzeninin tesis edilmiş olmasına bağlıdır. Bir başka ifadeyle kamu düzeninin olmadığı bir ortamda Anayasa ve kanunlarla bireylere tanınan hakların sağlıklı bir şekilde kullanılması mümkün değildir.

29. Transseksüel yapıda olan kişiler, sahip oldukları biyolojik cinsiyetten farklı olarak kendilerini karşı cinsten hissetmekte ve kendilerini karşı cins ile özdeşleştirmektedirler. Transseksüel yapıda olan kişilerin Kanun’un 40. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen koşulları bulundurmaları hâlinde cinsiyet değişikliğine mahkeme tarafından izin verilmek suretiyle bu kişilerin cinsiyet değiştirme ameliyatı olabilmelerine imkân tanınmaktadır.

30. İtiraz konusu kuralla transseksüel yapıda olan kişinin nüfus kaydındaki cinsiyet hanesini değiştirebilmesi için cinsiyet değiştirme ameliyatı olması yönünde bir yükümlülük getirilirken kuralla aynı zamanda cinsiyet değiştirme ameliyatı olmuş transseksüel kişinin nüfus kaydında görünen cinsiyetinin değiştirilmesine olanak da sağlanmaktadır.

31. Cinsiyet değişikliğinin nihai aşaması olan hukuksal tanıma, transseksüel yapıda olan kişilerin biyolojik cinsiyetlerinden farklı olarak kendilerini özdeşleştirdikleri cinsiyetin hukuk düzeni tarafından kabul edilmesini diğere bir ifadeyle nüfus sicilinde değişiklik yapılmasını ifade etmektedir.

32. İtiraz konusu kuralla transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olup olmama noktasındaki seçim hakkına ve özel hayata saygı hakkı kapsamındaki cinsel yaşamına ilişkin tercihlerine herhangi bir müdahale söz konusu olmayıp kişinin nüfus kaydındaki cinsiyet hanesini değiştirmek istemesi durumunda cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması yönünde bir yükümlülük getirilmektedir. Kuralla getirilen sınırlama nüfus kayıtlarının kalıcı ve tereddütsüz olması ve kamu düzeninin korunması gibi demokratik toplum düzeni yönünden zorlayıcı toplumsal ihtiyaçlardan kaynaklanmakta olup bu sınırlama, kişinin nüfus kaydında cinsiyet değişikliği

yapabilme hakkını ortadan kaldırmamakta ya da kullanılamaz hâle getirmemektedir. Nitekim mahkemece bu yönde verilen izne bağlı olarak cinsiyet değiştirme ameliyatı olmuş transseksüel kişi, bu ameliyatın resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde nüfus kaydındaki cinsiyetini değiştirme hakkına her zaman sahiptir.

33. Diğer taraftan transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaksızın nüfus sicilindeki cinsiyet hanesinin değiştirilebileceğinin kabul edilmesi, kişinin biyolojik cinsiyeti ile nüfus kaydında görünen cinsiyeti arasında farklılığın ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. Bir başka ifadeyle kişinin biyolojik cinsiyetine uygun olmayan bir durumun hukuken tanınmasına olanak sağlanmış olacaktır.

34. Bu durum Türk hukuk sisteminde bazı mesleklerin yapılması ve diğer konularda kadınları koruyucu pozitif ayrımcılık içeren, hak ve yükümlülükler öngören kamusal düzenle çatışacaktır. Kadınların erkeklere göre daha az pirim ödeyerek erken yaşta emekli olabilmesi, maden ocaklarında kadınların çalıştırılmaması, kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde kendi arzusuyla iş akdini sona erdirmesi hâlinde kıdem tazminatına hak kazanabilmesine ilişkin düzenlemeler belirtilen hukuksal durumların örneklerini oluşturmaktadır.

35. Bunun yanı sıra kişi, hukuk düzeni tarafından öngörülen ve biyolojik cinsiyeti nedeniyle yararlanmadığı belirli haklardan yararlanmak veya yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla da nüfus kaydında görünen cinsiyetini değiştirebilecektir. Neticede bu durum, toplumsal hayatı olumsuz etkileyebileceğinden kamu düzenini bozucu bir etki yaratabileceği gibi bireylerin hak ve özgürlüklerini gereği gibi kullanmalarına da engel oluşturabilecektir.

36. Dolayısıyla transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaksızın nüfus sicilindeki cinsiyetini değiştirilebileceğinin ve bu suretle biyolojik cinsiyetinden farklı bir cinsiyete sahip olabileceğinin hukuksal anlamda kabul edilmesinin hukuk düzeni bakımından yaratacağı sorunlar ve bu durumun toplum düzenine olumsuz yansımaları da göz önünde bulundurularak getirilen kural, kişinin maddi ve manevî varlığını geliştirme hakkı ile özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına ölçsüz bir sınırlama niteliği taşımadığı gibi kamu düzeninin korunması amacını taşıyan kuralda demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık da bulunmamaktadır.

37. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

IV. HÜKÜM

22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 29.11.2017 tarihinde karar verildi.

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Esas Sayısı : 2015/79
Karar Sayısı: 2017/164

KARŞIOY GÖRÜŞÜ

1. Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “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” düzenlemesi hakkında Mahkememize bir itiraz başvurusunda bulunulmuştur.

2. İtiraz konusu kuralla cinsiyet değişikliği için 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 verileceği öngörülmektedir. Kural, transseksüel kişinin nüfus kaydındaki cinsiyet hanesini değiştirebilmesi için cinsiyet değiştirme ameliyatı olması yönünde bir zorunluluk getirmektedir.

3. Anayasal değerlendirmeden önce konuyla ilgili uluslararası ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelere ve eğilimlere kısaca bakmakta fayda vardır.

A) Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk

4. Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi hukuki olarak cinsiyet tanınmasının cinsiyet değiştirme ameliyatına bağlanmaması yönünde görüş belirtmiştir.¹ Komite cinsel sağlık ve üremeye ilişkin 22 No'lu Genel Yorumunda da cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için kişiyi ameliyata zorlamanın insan haklarına saygı ilkesine aykırı olacağına dikkat çekmiştir.²

5. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, transseksüel kişilerin tercih ettikleri cinsiyetin hukuki olarak tanınmasının kolaylaştırılması ve diğer insan haklarını ihlal etmeyecek şekilde, tercih edilen cinsiyetle ilgili bilgilerin yeni kimlik belgelerine kaydedilebilmesi için tedbirler alınmasını tavsiye etmiştir.³ Yüksek Komiserlik cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin kişilik, vatandaşlık, adalet, haysiyet ve eşitlikle ilgili olduğuna da işaret etmiştir.⁴ BM İnsan Hakları Komitesi de 2016'da "Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılık ve Şiddete Karşı Korunma" başlıklı kararı kabul etmiştir.⁵ BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele konusundaki Özel Raportörü de cinsiyet kimliğiyle ilgili tıbbi müdahalelerin işkence ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir.⁶

6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) cinsiyet kimliğinin kendi kaderini tayin hakkının veya kendini belirleme hakkının en temel unsurlarından biri

¹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding observations on the second periodic report of Lithuania*, 24 June 2014, <http://www.refworld.org/country,,CESCR,,LTU,,53c789b94,0.html>, erişim 01/03/2018.

² Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 22 (2016) on the Right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 4 March 2016, §58, erişim 01/03/2018.

³ Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (2011), *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity* A/HRC/19/41, 17.11.2011, §84, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_English.pdf, erişim 02/03/2018.

⁴ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (2013), *Herkes Eşit ve Özgür Doğar: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği*, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqual_Turkish.pdf, erişim 24/01/2018.

⁵ Resolution adopted by the Human Rights Council on 30 June 2016 32/2: *Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/154/15/PDF/G1615415.pdf?OpenElement>, erişim 24/01/2018.

⁶ Human Rights Council (2013) *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Juan E. Méndez, §78, A/HRC/22/53, http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf, erişim 03/03/2018.

olduğunu çeşitli kararlarında kabul etmiştir.⁷ AIHM yeni verdiği bir kararda hukuki olarak cinsiyetin tanınması için zorunlu kısırlaştırma ve tıbbi tedavilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.⁸ Mahkeme, bu tür tıbbi tedavi ve cerrahi müdahalelerin, Sözleşme'nin merkezindeki temel ilkelere biri olan kişinin haysiyetine ve özgürlüğüne saygı ile bağdaşmadığını vurgulamaktadır.

7. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğine Dayalı Ayrımcılıkla Mücadelede Alınacak Önlemlere İlişkin 2010'da aldığı Tavsiye Kararında, lezbiyen, gey, biseksüel ve trans (LGBT) kişilerin insan haklarından tam olarak yararlanabilmesi için özel eylem gerekliliğinden bahisle, üye devletlere cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın izlenmesi ve tanzim edilmesi için var olan yasal ve diğer önlemleri incelemeleri tavsiye edilmiştir.⁹

8. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi transseksüel bireylerin hukuk önünde tercih ettikleri cinsiyet ile tanınmalarının ön şartı olarak tıbbi süreçlerden geçmek zorunda bırakılmalarının sona erdirilmesi konusunda üye devletlere çağrı yapmıştır.¹⁰ Benzer şekilde Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de cinsiyet ve ad değiştirilmesinin zorunlu ameliyata tabi tutulmasının kaldırılması yönünde üye devletlere tavsiyede bulunmuştur.¹¹

9. Endonezya'nın Yogyakarta kentinde 2006 yılında bir araya gelen ve uluslararası insan hakları hukuku alanında uzmanlardan oluşan bağımsız bir kurul tarafından yayınlanan "Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri" de herhangi bir bağlayıcılığı olmamakla beraber uluslararası kabul edilmiş insan haklarının, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği bazında da tanınması ve irdelenmesi bakımından önemlidir.¹² Kısaca Yogyakarta

⁷ *Y.Y. v. Turkey*, B. No: 14793/08, 10/03/2015, § 102; *Van Kück v. Germany*, B.No: 35968/97, 12/09/2003, § 69, *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], B. No. 28957/95, 11/07/2002, <http://hudoc.echr.coe.int> adresinden erişilmiştir.

⁸ *A.P., Garçon and Nicot v. France*, B. No: 79885/12, 52471/13 ve 52596/143, 06/07/2017; <http://hudoc.echr.coe.int> adresinden erişilmiştir.

⁹ Council of Europe Committee of Minister (2010), *Recommendation of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on ground of sexual orientation or gender identity*, CM/Rec(2010)5, 31 March 2010, <https://rm.coe.int/168047f2a6>, erişim 25/01/2018.

¹⁰ Council of Europe Parliamentary Assembly, *Discrimination against Transgender people in Europe*, Resolution 2048(2015), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736>, erişim 02/03/2018.

¹¹ Thomas Hammarberg, "Human rights and gender identity", CommDH/IssuePaper(2009), s. 23-25, 44, <https://rm.coe.int/16806da753>, erişim 03/03/2018.

¹² Bu ilkeler, devletlerin, cinsel yönelimleri veya cinsiyet kimliklerine bakmaksızın, bütün insanların insan haklarına saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüklerini tanımlamak için önemli bir araç olarak görülmekte olup, insan haklarının insan onuruna hizmet ettiğini hatırlatmaktadır. Bkz: International Commission of Jurists, (2007), *The Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity* http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf. Yogyakarta İlkeleri hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz Bkz.Brown, David (2010),

İlkeleri olarak bilinen bu metinde herkesin cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği esaslı ayrımcılığa tabi olmaksızın tüm insan haklarından yararlanma hakkının mevcut olduğu belirtilmiştir.

10. Almanya Anayasa Mahkemesi sürekli kısırlaştırmayı ve ameliyatı cinsiyet değişikliği için ön koşul gören bir düzenlemenin Alman Anayasasını ihlal ettiğine hükmetmiştir.¹³ Federal Anayasa Mahkemesi, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksunluk ile dış görünüşle ilgili özellikleri değiştirmek amacıyla cerrahi müdahale şartının, fiziksel bütünlüğe ilişkin anayasal güvencelere ve cinsiyet kimliğini kendi belirleme hakkına aykırı olduğu kanaatine varmıştır.

11. İtalyan Anayasa Mahkemesi kişilerin resmi belgelerdeki cinsiyetleri ile anatomik cinsiyetleri arasındaki uyumun onların sağlıklarına feda edilemeyeceğini belirterek cinsiyet değiştirme ameliyatının isteğe bağlı olduğu yönünde karar vermiştir.¹⁴

12. Hindistan Yüksek Mahkemesi cinsiyet kimliğinin bireyin kendi kaderini belirleme hakkının ve insan haysiyetinin korunmasının önemli bir parçası olduğuna dikkat çekerek hiç kimsenin cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için kısırlaştırma ve cinsiyet değiştirme ameliyatı gibi tıbbi prosedürlere zorunlu olarak tabi tutulamayacağını bir kararında vurgulamıştır.¹⁵

B) Anayasal İnceleme

13. Kişinin nüfus sicilindeki cinsiyet hanesini değiştirmek istemesi, Anayasamızda güvence altına alınan maddî ve manevî varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel hayata saygı hakkı kapsamındadır.

14. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” denilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında da “Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne

“Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law: An introduction to the Yogyakarta Principles”, *Michigan Journal of International Law*, 31, ss: 821-879; O’Flaherty, Michael ve John Fisher (2008), “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles”, *Human Rights Law Review*, 8(2): 207-248. Yogyakarta İlkeleri hakkında Türkçe bir kaynak için bkz. http://www.pembehayat.org/dosya/yogyakarta_ilkeleri.pdf, erişim 26/01/2018.

¹³Federal Constitutional Court of Germany, http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg11-007en.BverfG_beschluss_v.11.01.2011-1_BvR_32_1_BvR_3295/07_11_January_2011_erisim_06/03/2018.

¹⁴Italian Republic the Constitutional Court, Sentenza 221/2015, 5 November 2015; http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/12/206580v1-Translation-of-Const-Court-decision-221-2015-ROMLIB01_TGEU.pdf, erişim 06/03/2018.

¹⁵ *National Legal Services Authority v. Union of India and Others* (2014) 5 SCC 438, (Writ Petition No. 400 of 2012 with Writ Petition No. 604 of 2013), § 20, http://orinam.net/377/wp-content/uploads/2014/04/Judgement_Nalsa_Transgenderrights.pdf, erişim 06/03/2018.

dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbî tutulamaz.” denilerek kural olarak kişilerin kendi bedenleri üzerinde karar verme yetkisine sahip oldukları kabul edilmiştir.

15. Anayasa'nın Başlangıç bölümünde “*Her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” (vurgu eklenmiştir), 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri arasında “... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” sayılmakta ve 12. maddesinde de “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” denilmektedir. Anayasa'nın 17. maddesini Başlangıç bölümünde yer alan yukarıdaki ibarelerle birlikte değerlendirdiğimizde insan onurunun anayasal bir kavram olarak, anayasada korunan hayati bir değer olduğunu söyleyebiliriz.

16. Anayasa'nın “*Özel hayatın gizliliği*” başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında ise “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*” hükmü yer almaktadır. Özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı, kişinin özel hayatında yaşananların yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkını koruduğu gibi resmi makamların özel hayata müdahale edememesi yani kişinin bireysel ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi hakkını güvence altına almaktadır.

17. Anayasa'nın 13. maddesinde “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” denilmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. Bu ölçüt, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacıyla yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir. Ölçülülük, temel hak ve özgürlükleri sınırlama amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Burada kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmektedir.

18. Birey doğuştan sahip olduğu üreme organları ve sistemlerine göre “kadın” veya “erkek” olarak tanımlanmakta ve sınıflandırılmaktadır. Cinsiyetin biyolojik, fizyolojik ve genetik nesnel bir yönü olduğu kadar sosyolojik ve psikolojik boyutları olduğunu da düşünürsek cinsiyetin doğuştan gelen üreme organlarıyla, kişilerin bedenleriyle sınırlanamayacak kadar çok yönlü ve geniş bir kavram olduğunu kabul etmek gerekir.¹⁶

19. Cinsiyet kimliği kişinin sadece biyolojik cinsiyetini değil kendisini ait hissettiği cinsiyete ilişkin kimliğini belirtmektedir. Örneğin bir kişi biyolojik olarak erkek olabilir, ancak kendisini kadın gibi hissedebilir. Bu durumda biyolojik cinsiyeti erkek, ancak cinsiyet kimliği kadın olacaktır. Bedensel cinsiyet ile cinsiyet kimliğinin uyuşmaması hali

¹⁶ Feminist düşünür Simone de Beauvoir bu durumu “kadın doğulmaz, kadın olunur” şeklinde veciz olarak ifade etmiştir.

“trans” bir durum olarak kabul edilir. Transseksüellik karşı cinsin bir üyesi olarak yaşama ve kabul edilme isteğini tanımlar. Transseksüellik cinsiyete dair kimliği belirlediğinden bireylerin cinsel yönelimi ile bir ilgisi yoktur. Transseksüel bir kişi heteroseksüel, biseksüel veya eşcinsel olabilir. Kişi sıklıkla kendi cinsiyetinden rahatsızlık duyar ya da bunun uygun olmadığını düşünür. Bazı transseksüeller bedenlerinin seçtikleri cinsiyete uygun hale gelmesi için tıbbi müdahaleye razı olurken bazıları bunu istemezler.

20. Transseksüellik yakın bir tarihe kadar tıp tarafından cinsel kimlik bozukluğu olarak nitelendiğinden bir hastalık olarak kabul edilmekteydi. Amerikan Psikiyatri Birliği'nin en son yayınladığı Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve İstatistiksel El Kitabı 5' de (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders-DSM 5*) cinsel kimlik bozukluğu yerine cinsiyet uyumsuzluğu, cinsiyetten yakınlama veya cinsiyet hoşnutsuzluğu olarak çevirebileceğimiz “*gender dysphoria*” kavramı kullanılmıştır. Yapılan bir bilimsel araştırmaya göre transseksüellerin beyinlerindeki nörolojik yapılar biyolojik veya anatomik cinsiyetlerine değil karşı cinsin beyindeki nörolojik yapılara benzemektedir.¹⁷ Başka bir ifadeyle transseksüel kişilerde biyolojik cinsiyetle beyindeki cinsiyet, hissedilen ve deneyimlenen cinsiyet arasında uyumsuzluk söz konusudur.

21. Nüfus sicilinde cinsiyet değişikliğinin yapılabilesinin bu konuda mahkemece verilen izin doğrultusunda cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması koşuluna bağlanmasının sebebinin nüfus kayıtlarının hukuk düzeni bakımından taşıdığı önem ve bu anlamda kamu düzeninin korunması oluşturmaktadır. Nüfus kayıt bilgilerinin kalıcı ve güncel olması, biyolojik ve hukuki cinsiyetler arasındaki farklılığın gündelik hayatta ve resmi işlerde neden olabileceği çeşitli sorunları dikkate aldığımızda kuralın kamu düzeninin korunması meşru amacına hizmet ettiğini söyleyebiliriz.

22. Bu amaca ulaşmak demokratik toplum düzeninin gereklilikleri açısından zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığının tespiti ve eğer bir ihtiyaç varsa amacı gerçekleştirmek için kullanılan aracın, yani cinsiyet değiştirme ameliyatının zorunlu tutulmasının demokratik toplum gerekleri bakımından ölçülü olup, olmadığını değerlendirmesi gerekmektedir.

23. İncelediğimiz kural, cinsiyeti tamamen biyolojik bir temelden hareketle tanımlamakta ve bunun bir yansıması olarak transseksüel bireylerin kendileriyle özdeşleştirdikleri cinsiyetin hukuk düzeni tarafından kabul edilebilmesi için cinsiyet değiştirme ameliyatı yapturmalarını zorunlu tutmaktadır. Kadın ve erkeklerin kendi cinsiyetleriyle bağdaştırılan biyolojik niteliklerini özçüleştirilen ve içselleştiren toplumsal cinsiyet kalıplarına şu veya bu nedenden dolayı uymayan davranışlar sergileyen, aykırı davranan ve bu kalıpların dışına çıkan bireylerden kamu düzeni gerekçe gösterilerek cari cinsiyet rejimine uymaları beklenmektedir. Toplumsal normlar biyolojik cinsiyet ve cinsiyet kimliğinin birbirleriyle uyum içerisinde olması umar ve beklentiler de bu yöndedir.

24. Çoğunluk görüşünde “*itiraz konusu kuralla transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olup olmama noktasındaki seçim hakkına ve özel hayata saygı hakkı kapsamındaki cinsel yaşamına ilişkin tercihlerine herhangi bir müdahale...*” (E.

¹⁷ Vanderhorst, Blaise (2015), “Whither Lies the Self: Intersex and Transgender Individuals and a Proposal for Brain-based Legal Sex”, *Harvard Law and Policy Review* 9, s. 260.

2015/79, K. 2017/164, K.T. 29/11/2017, §32) yapılmadığı savunulmaktadır. Bununla beraber transseksüel kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olup olmama hususunda seçim hakkına müdahalede bulunulmadığını söylemek pek mümkün gözükmemektedir, zira biyolojik cinsiyetlerini kendilerini ruhen ait hissettikleri cinsiyet yönünde değiştirmek isteyen transseksüel bireylerin bu yeni durumlarını hukuk alemine kabul ettirebilmelerinin tek yolu cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaktan geçmektedir. Dolayısıyla bu kişiler yönünden ortada bir seçim yapma hakkı değil, tam tersine kişinin istemediği tıbbi bir müdahaleye zorlanması söz konusudur.

25. Sayın çoğunluk, kuralla getirilen sınırlamanın “*nüfus kayıtlarının kalıcı ve tereddütsüz olması ve kamu düzeninin korunması gibi demokratik toplum düzeni yönünden zorlayıcı toplumsal ihtiyaçlardan kaynaklanmakta olup bu sınırlama, kişinin nüfus kaydında cinsiyet değişikliği yapabileme hakkını ortadan kaldırmamakta ya da kullanılamaz hale getirmemektedir*” düşüncesindedir (E. 2015/79, K. 2017/164, K.T. 29/11/2017, § 32). Kişinin cinsiyet değişikliği yapma hakkını kural kabul ettiğinden bununla ilgili olarak ortada bir sorun yoktur. Kanaatimce, meselenin düğüm noktası kişinin bu yönde bir ameliyat olmasının şart koşulmasıdır. Bazı transseksüel kişiler biyolojik ve psikolojik cinsiyetlerini birleştirmek ve hukuki cinsiyetleriyle de uyumlu hale getirebilmek için cinsiyet değiştirme ameliyatına girme de bir sakınca görmeyebilir ama diğerleri de çeşitli sebeplerle buna rıza göstermeyebilir.¹⁸

26. Mahkememiz çoğunluğu, transseksüel kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaksızın nüfus sicilindeki cinsiyetinin değiştirilmesinin kamu düzeninin korunması açısından yaratacağı mahzurlardan hareketle kuralın kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına ölçsüz bir sınırlama getirmediğini ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık taşımadığı sonucuna ulaşmıştır (E. 2015/79, K. 2017/164, K.T. 29/11/2017, § 36).

27. İtiraz konusu kuralda geçen amaca ve tıba uygun ameliyat kişinin vücut bütünlüğünü kalıcı olarak bozabilecek riskler içermektedir. Bireyler kendi sağlıklarına zarar verme ihtimali olan bir tıbbi müdahaleye maruz bırakılmamalıdır. Yasa koyucunun geleneksel cinsiyet kavramını koruması ve örneğin, “hamile erkekler” gibi bir durumun ortaya çıkmasını istememesi anlaşılabilir olmakla beraber bu amaç kişinin kendi cinsiyetini belirleme ve fiziksel bütünlüğünü koruma hakkı karşısında hemen feda edilebilir bir değere sahip değildir. Kişinin kendisini ait olduğunu düşündüğü cinsiyete hukuken kavuşup, bunu hukuk alemine kabul ettirmesi için beden bütünlüğünü bozma riski taşıyan bir ameliyat olmaya zorlanması kamu düzeni ile bireysel menfaat arasında birey aleyhine ciddi bir yük getirmektedir. Cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak istemeyen transseksüel bireyler kendilerini ait olmadıklarını hissettikleri cinsiyetin nüfus cüzdanını taşımak ve bunun hukuki sonuçlarıyla gündelik hayatlarında sık sık mücadele etmek zorunda bırakılmaktadır.

28. Transseksüel kişilerin hissettikleri cinsiyete kavuşmak için cinsiyet değiştirme ameliyatına zorlanması onları temel hakları arasında seçim yapmaya mecbur bırakmaktadır. Transseksüel insan kamu düzeni adına kendisi açısından iki olumsuz durumdan birini tercih etmek durumunda kalmaktadır: Ya kendisinin hissettiği cinsiyetin

¹⁸ Cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak istemeyenlerin gerekçeleriyle ilgili olarak bir değerlendirme için bkz. Atamer, Yeşim M. ve Z. Damla Taşkın (2016) “Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri”, *Yargutay Dergisi*, 42(4), s. 758-759.

hukuken tanınmamasına razı olacak ya da kendi fiziksel ve bedensel bütünlüğüne müdahaleye katlanacaktır. Bu şekilde transseksüel bireyler bedensel bütünlükleri ile ait olduklarını düşündükleri cinsiyetlerinin hukukun tanınmamasından birini seçmeye zorlanmaktadır. Kişilerin resmi belgelerdeki cinsiyetleri ile biyolojik cinsiyetleri arasında tutarlılık sağlamak amacı onların bedensel bütünlüklerine müdahale edilmesinden üstün görülmemelidir.

29. Kuralla gerçekleştirilmek istenen amaçların meşru olduğunun kabulü bu amaçların gerçekleştirilmesinde kullanılan araç olan cinsiyet değiştirme ameliyatının ilgilinin maddi ve manevi varlığı ve özel hayata saygı hakları üzerinde neden olduğu müdahalenin ve getirdiği sınırlamanın demokratik toplumda zorlayıcı bir ihtiyacı karşıladığı ve ölçülü olduğu anlamına gelmez. Kullanılan araç ulaşılmak istenen amaç için elverişli olsa bile transseksüel kişi yönünden bedensel ve ruhsal olarak katlanılması gerekli olmayan bir nitelik taşımakta ve ondan orantısız bir fedakarlıkta bulunmasını beklemektedir.

30. Transseksüel kişinin kendini ait hisettiği cinsiyetin hukuk düzeni tarafından tanınması için ameliyat olmak zorunda bırakılması, ona bedensel ve ruhsal olarak fiziksel ve psikolojik bir yük getirmektedir. Kişinin bedenine uyumlayan bir cinsiyette doğmuş olması ona belki de tüm hayatı boyunca sürecek bir külfet zaten yüklemektedir. Bu açıdan bakıldığında toplumu korumak adına transseksüellerden istenen fedakarlık hiç de ölçülü değildir. Toplumun, devletin, hukukun beklentileri doğrultusunda cinsiyetleşmeyenler, yani biyolojik cinsiyetleri ile sosyo-psikolojik cinsiyetleri uyumlayanların insanlıkları, vatandaşlıkları, herkeslikleri sorgulanır hale gelmemelidir.¹⁹

31. Elbette, kişinin kendi cinsiyet kimliğini belirleme hakkıyla toplumun ve hukukun o kişinin cinsiyetiyle ilgili algısının dengelenmesi gereklidir ancak bu yapılrken toplumun hukuki ve biyolojik cinsiyetleri örtüşmeyen kişilerden rahatsızlık duyması transseksüelin cinsiyet kimliği ve vücut bütünlüğünün otomatikman hiçe sayılmasını gerekli kılmamalıdır. Dolayısıyla buarada transseksüel kişiler yönünden getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin varlığından söz edilemez.

32. Bireyin kişiliğinin meşru ve ayrılmaz bir yönü olan cinsiyet kimliği kişilik hakkının ve kendini ifade etmenin önemli bir unsuru olup, kişisel özerklik ve insan haysiyetiyle yakından ilgilidir. Kişiler kendi bedenleri üzerinde karar verme hakkına sahiptir ve kişinin bedensel ve ruhsal sağlığı vücut bütünlüğünün korunması kapsamındadır. Kural gereğince cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak istemeyen transseksüel kişiler kendilerini ruhen ve duygusal olarak ait hisetmedikleri bir cinsiyetin kimliğini hukukun taşımak zorunda bırakılmaktadır. Bu da kişinin maddî ve manevî varlığının korunmasını düzenleyen Anayasa'nın 17. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu madde kişinin beden bütünlüğü kadar bedensel özerkliği ve (cinsel) kendi kaderini tayin hakkını korumaktadır. Bedensel özerklik kişinin kendi bedenine ilgili karar vermede tercih serbestisine sahip olması anlamına gelmektedir.

33. Anayasa Mahkemesi Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin ilk fıkrasında yer alan "...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu..." ibaresini, Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle oyçokluğuyla iptal etmiştir (E. 2017/130, K. 2017/165, K.T. 29/11/2017). Mahkememiz burada cinsiyetini

¹⁹ Butler, Judith (1993), *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of "Sex"*, New York: Routledge, s.8.

değiştirmek isteyen transseksüel kişinin, cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin alınması aşamasında, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma koşulunun aranmasını kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile özel hayatına sayęı gösterilmesi hakkına demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyuşmayan ve ölçülü olmayan bir müdahale olduğu saptamasında bulunarak yukarıdaki sonuca ulaşmıştır.

34. Bu kuralın iptalinin bir sonucu olarak cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak için önceden ayrı bir üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bırakacak bir ameliyata transseksüel kişilerin katılma zorunluluğu ortadan kalmıştır. Diğer bir ifadeyle cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak için kişinin zorla kısırlaştırılması anayasaya aykırı bulunduğundan artık gerekmemektedir. Buna karşılık, söz konusu maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve Mahkeme tarafından oyçokluğuyla anayasa uygun bulunan burada değerlendirmeye çalıştığımız itiraz konusu kural da bir yönden zorla kısırlaştırma sonucunu doğurmaktadır. Nitekim Mahkeme çoğunluğu da maddenin ilk fıkrasını iptal ederken maddenin ikinci fıkrası gereğince gerçekteştirilen cinsiyet değiştirme ameliyatının “doğal sonucu olarak” transseksüel yapıda olan ve üreme yeteneği bulunan kişinin, bu yeteneğinden “sürekli yoksun hale” geleceğini kabul etmiştir (E.2017/130, K. 2007/165, K.T. 29.11.2017, řř 24-25). Kısaca belirtmek gerekirse, itiraza konu olan kural bir anlamda zorla kısırlaştırmaya neden olan tıbbi bir müdahaleyi meşru görmekte ve bu bakımdan iptal edilen birinci fıkradaki kuraldan çok da farklı olmayan sonuçlara yol açmaktadır.

35. Cinsiyet değiştirme ameliyatı gibi vücut bütünlüğüne müdahaleyi gerektiren zorlayıcı tıbbi uygulamalarda bireyin arzusunun temel alınması hususunda uluslararası insan hakları hukuk alanında artan bir şekilde kabul gören bir mutabakatın da ortaya çıktığını göz önüne alırsak, bireyin kendi cinsiyet kimliğini tayin konusundaki tercih serbestisine sayęı göstermek gerekmektedir. Denebilir ki kural, transseksüel kişilere yaşamlarını tercih ettikleri, kendilerini ait hissettikleri cinsiyete uygun bir şekilde sürdürmelerine imkan tanımaktadır. İlk bakışta bu doğru olmakla birlikte, kuralın bunu sağlamak için kişilerin beden bütünlüklerine müdahaleyi zorunlu tutması sunduğu imkanın bir fırsattan, nimetten ziyade bir eziyete ve külfete dönüşmesine neden olmaktadır. Transseksüel kişiler toplum veya devlet tarafından düzeltilmesi gereken “bozuk” bedenlere ve ruhlara sahip bir tür “*acaib el-mahlukat ve garaib el-mevcudat*” insanlar değildir.

36. Belirtilen nedenlerle, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırılık taşıdığı düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmadım.

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki istikrarlı kararları (başta Y.Y./Türkiye, B.No.14793/08, Karar Tarihi: 10.3.2015 kararı olmak üzere bkz. A.P./Fransa, B.No: 79885/12, Karar Tarihi: 6.7.2017; E.G./Fransa, B.No:52471/13, Karar Tarihi: 6.7.2017; B./Fransa, B.No. 13343/87, Karar Tarihi: 25.3.1992; Van Kuck/Almanya, B.No: 35968/97, Karar Tarihi : 12.6.2003; L./Litvanya, B.No:27527/03, Karar Tarihi: 11.9.2007) dikkate alındığında, transseksüel bireylerin ait olduğunu talep ettiği cinsiyetin tescili için bir cinsiyet değiştirme ameliyatına zorlanmalarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin ihlâli mahiyetinde olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Avrupa Parlamentosu'nun 12.9.1989 tarihli tavsiye kararıyla, üye devletler, transseksüel kişilere endokrinolojik tedavilere, plastik cerrahiye ve estetik tedavilere başvuru yoluyla cinsiyet değiştirme hakkı tanıyan ve özellikle yasal olarak tanınmalarını sağlayan, yani isim ve cinsiyet değişikliğinin nüfus cüzdanlarında ve kimlik kartlarında yer almasını öngören kanun hükümlerini kaldırmaya davet edilmiştir. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 29.4.2010 tarih ve 1728 sayılı Tavsiye Kararında, üye devletler şu konularda karar almaya davet edilmektedir: Daha önceden kısırlaştırma veya cinsiyet değiştirme ameliyatı veya hormon tedavisi dahil olmak üzere, tıbbi prosedürleri geçirme yükümlülüğü olmaksızın, bir bireyin tercih ettiği cinsiyet kimliğini yansıtan resmi belgeleri düzenleme. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, transseksüel bireyler konusunda 17.11.2011 tarihleri Araştırma Raporunun "Sonuçlar ve Tavsiyeler" başlıklı bölümünde, transseksüel kişilerin tercih ettikleri cinsiyetin hukuki olarak tanınmasının kolaylaştırılması ve diğer insan haklarına ihlal teşkil etmeyecek şekilde, tercih edilen cinsiyet ve seçilen isimle ilgili bilgilerin yeni kimlik belgelerine kaydedilebilmesi için tedbirler alınması tavsiye edilmektedir. Avrupa Birliği Komisyonu'nun 2015 yılına ilişkin Türkiye İlerleme Raporu'nda da "...Lezbiyen, eşcinsel, biseksüel, transseksüel ve interseks bireylerin (LGBTİ) temel haklarına saygı gösterilmemesi ciddi bir endişe kaynağı olmaya devam etmektedir... Nefret suçları ve transseksüellere yönelik saldırı ve cinayetler ciddi bir endişe kaynağıdır. Bu tür nefret suçlarına karşı koruma sağlayan özel bir mevzuat bulunmamaktadır. Transseksüeller keyfi para cezaları, ev baskınları ve polis şiddetine maruz kalmaya devam etmiştir. AİHM Mart 2015'de cinsiyet değiştirmenin tanınması bakımından Türkiye'deki ulusal gerekliliklerin aşırı olduğuna hükmetmiştir... bu gelişmeler, LGBTİ bireylere ve bu bireylerin insan haklarına yönelik bir hoşgörü atmosferinin oluşmasına uygun değildir..." denilmektedir.

Bu gün tıp biliminin ulaştığı seviye dikkate alındığında, bir bireyin transseksüel bir yapıda olup olmadığının "cinsiyet değiştirme ameliyatı" geçirmeden de saptanması imkân dahilinde olup, bu bireyleri bu tür bir ameliyat olmaya zorlayan iptal istemine konu kural, Anayasanın 17. maddesi ile de uyumlu değildir. Gerçekten, Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasında "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz" denilmiştir. Bu Anayasa hükmü ile kural olarak, kişilerin kendi bedenleri üzerinde karar verme yetkisine sahip oldukları kabul edilmiştir. Anayasanın bu hükmü özel hayatın gizliliğini koruma altına alan 20. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, Medeni Kanunun itiraz istemine konu 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin, Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasındaki "...kanunda yazılı hallerde..." şeklindeki istisna kapsamında mütalâa edilebilmesine imkân yoktur. AİHM'nin, Sözleşme'nin 8. maddesini yorumladığı çok sayıdaki kararında da "cinsel yönelim", "cinsel yaşam", "cinsiyetin belirlenmesi" gibi

durumların bu hakkın korunması kapsamında olduğuna vurgu yapılmakta, “kamu düzeni” ve “aile yapısını korumak” gibi bir hukuki menfaat saikiyle yapılmış olsa da, bu yöndeki yasal düzenlemelerin Sözleşmenin 8. maddesi karşısında koruma göremeyeceği ifade edilmektedir. Diğer bir deyişle, bu tür yasal düzenlemelerin, demokratik bir toplumda gerekli olmadığına hükmedilmiştir. Nitekim Y.Y./Türkiye kararında bu hususa temas edilerek, başvuranın özel hayatına saygı hakkına yönelik yapılan müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli olarak değerlendirilemeyeceğine, dolayısıyla ilgilinin özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, transseksüel bireylerin cinsiyet değişikliği taleplerinde, kişinin bir cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmesini ve bunun sağlık kurulu raporuyla tevsik edilmesini öngören iptal istemine konu kural, Anayasanın 17. ve 20. maddelerine açıkça aykırı düştüğünden, iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2015/79

Karar Sayısı: 2017/164

KARŞIOY GEREKÇESİ

4721 sayılı Kanunun 40. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verilmiştir.

Kararda, itiraz konusu kuralın, “kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkı ile özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına ölçsüz bir sınırlama niteliği taşımadığı gibi kamu düzeninin korunması amacını taşıyan kuralda demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık da bulunma(dığı)” belirtilmektedir (§ 36).

Kanunun 40. maddesinin birinci fıkrasında, cinsiyet değişikliğine mahkemece izin verilebileceği ve bu iznin verilebilmesi için fıkra da sayılan diğer şartların yanında “istem sahibinin... transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu” olduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesinin gerektiği; itiraz konusu ikinci fıkrasında ise “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 veri(leceği)” hükme bağlanmaktadır.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, madde ile öncelikle cinsiyet değişikliği yasal olarak mümkün kılınmakta; birinci fıkra da mahkemece bu iznin verilebilmesinin, ikinci fıkra da ise nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılabilmesinin şartları belirlenmektedir. Başka bir anlatımla, kararda belirtilenin aksine, 40. madde aslında bu kişilerin “cinsiyet değiştirme ameliyatı olabilmelerine” (§ 29) değil, cinsiyet

değiştirmelerine imkân tanımaktadır. İtiraz konusu kural ise, kararda ifade edildiği gibi, nüfus sicilinde düzeltme yapılması için bu ameliyatın gerçekleştirilmesini zorunlu hâle getirerek bu yönde bir yükümlülük öngörmektedir (§ 30).

Yine kararda, itiraz konusu kuralla zorunlu kılınan cinsiyet değiştirme ameliyatının geri dönüşünün olmadığı ve sağlık açısından riskler taşıdığı kabul edilirken (§ 25), nüfus sicilinde değişiklik yapılabilmesinin ameliyat koşuluna bağlanmasının sebebinin “nüfus kayıtlarının hukuk düzeni bakımından taşıdığı önem ve bu anlamda kamu düzeninin korunması” olduğu belirtilerek, kuralın söz konusu ameliyat gerçekleştirilmeden “nüfus kayıtlarının isteğe bağlı olarak değiştirilmesinin önüne geçilmesi”ni amaçladığı ifade edilmektedir (§ 27).

Özetle, çoğunluğun, nüfus kayıtlarının isteğe bağlı olarak değiştirilmesinin önüne geçilmesini ve böylece nüfus kayıtlarının kalıcı ve tereddütsüz olmasını kamu düzeninin korunması bakımından gerekli görerek, geri dönüşü olmayan ve sağlık açısından riskli bir ameliyat zorunluluğu getirilmesini demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında değerlendirdiği ve ölçülü bulduğu anlaşılmaktadır.

Öncelikle, anılan hükmün, nüfus kayıtlarının isteğe bağlı olarak değiştirilmesinin ve buna bağlı olarak kamu düzeninin bozulmasına sebebiyet verilmesinin önüne geçilmesini hedeflediği yönündeki değerlendirmenin isabetli olmadığı düşünölmektedir. Nüfus kayıtlarının değiştirilmesi, cinsiyetini değiştirmek isteyen transseksüel yapıda olması ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şartları başta olmak üzere, birinci fıkrada sayılan şartların bulunmasına ve buna dayalı olarak mahkemenin iznine bağlandığından, ikinci fıkradaki ameliyat şartının olmamasının “nüfus kayıtlarının isteğe bağlı olarak değiştirilmesi” sonucunu doğuracağı söylenemeyeceği gibi ameliyat olmak isteyenler için bu yolu kapatacağı da söylenemez.

Nüfus kayıtlarının “doğru ve tereddütsüz” olmasının hukuk ve kamu düzeninin korunması bakımından zorunlu olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte bu kayıtların “kalıcı” olmasının (veya geri dönölemeyecek şekilde değiştirilmesinin) kamu düzeninin korunması için gerekli olduğu yönündeki görüşün de yerinde olmadığı değerlendirilmektedir.

Kararda, ikinci fıkrada öngörölen ameliyat şartının kamu düzeninin korunması ve hukuk düzeni bakımından zorunlu olduğuna ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerin (§§ 33-36), esasen cinsiyet değiştirme ameliyatının zorunlu kılınmasının değil, cinsiyet değişikliğine ve cinsiyet değiştirme ameliyatına izin verilmemesinin gerekçesi olabileceği düşünölmektedir. Oysa cinsiyet değişikliği müessesesine de bunun hukuk düzeni tarafından tanınmasına da, söz konusu 40. madde izin vermektedir.

Diğer taraftan, itiraz konusu kuralda öngörölen sınırlamanın ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımadığı yönündeki çoğunluk görüşüne (§ 36) katılmak da mümkündür.

Yukarıda belirtildiği gibi, kararda da cinsiyet değiştirme ameliyatının geri dönüşünün olmadığı ve sağlık açısından riskler taşıdığı kabul edilmekte ve bu özellikleri sebebiyle mezkûr ameliyatın şartlarının kanun koyucu tarafından belirlenerek Devletin denetimine tâbi tutulmasının gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe katılmamak mümkün

değildir. Ancak itiraz konusu kural söz konusu sürecin Devlet denetimine tâbi tutulmasının ötesine geçerek ameliyat olma zorunluluğu getirmektedir.

AİHM, bir kararında cinsiyet değiştirme ameliyatının sağlığını korunmasına ilişkin gerekçelerle bir mevzuata bağlanabileceğini ve Devletin denetimine tâbi tutulabileceğini kabul ederken (Y.Y./ Türkiye, B.No:14793/08, 10/3/2015, § 79), yakın tarihli bir kararında da başvuruculara benzer durumda olanların Fransız pozitif hukukuna göre, görünüşlerinde geri döndürülemez bir değişime neden olan ağır bir tıbbî tedaviye veya cerrahî bir müdahaleye maruz kalmaktan başka bir şanslarının kalmadığını tespit ederek, bu müdahalelerin başvurucuların Sözleşmenin 3. ve 8. maddeleriyle güvence altına alınan fiziksel bütünlüklerine zarar verdiğine, böyle bir cerrahî müdahaleye maruz kalmak istemeyen ve açıkça rızası alınmamış olan kişilere yapılan bu müdahalelerin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir (6/7/2017 tarihli ve 79885/12, 52471/13, 52596/13 sayılı karar).

İtiraz konusu ikinci fıkranın, yukarıda da açıklandığı üzere, esas olarak cinsiyet değiştirme ameliyatına izin veren bir hüküm değil, aksine bu ameliyatı olmak istemeyen, ancak cinsiyet değişikliği için birinci fıkraya göre mahkemeden izin isteyen transseksüel kişileri de nüfus sicilindeki değişiklik için ameliyata zorlayan bir hüküm olduğu açıktır.

Cinsiyet değiştirme talebini, aslında ikinci fıkrada öngörülen ameliyatı olabilmek için (ve belki sadece bu amaçla) mahkeme önüne götüren ve birinci fıkrada öngörülen şartları taşıdığını iddia edenlerden farklı olarak bu ameliyatı olmak istemeyen transseksüel kişilerin mahkemeden cinsiyet değişikliğine izin verilmesini talep etmelerinin, AİHM'in son kararında belirtilen "rıza" anlamına gelmediği düşünülmektedir.

Nitekim Anayasaya aykırılık itirazında bulunan Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin bakmakta olduğu davada da davacı kadının, cinsiyet değişikliğine izin verilmesini talep etmekle birlikte nüfus sicilinde düzeltme yapılmasına karar verilmesi için ikinci fıkrada zorunlu kılınan cinsiyet değiştirme ameliyatını yapmak istememesinden dolayı Anayasaya aykırılık itirazında bulunduğu anlaşılmaktadır.

Mahkememizin, Kanunun 40. maddesinin birinci fıkrasında geçen "... ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu..." ibaresinin iptaline ilişkin 29/11/2017 tarihli ve E. 2017/130, K. 2017/165 sayılı kararında da, ikinci fıkrada öngörülen cinsiyet değiştirme ameliyatına göre daha az risk taşıyan tıbbî müdahalenin bile ölçülü olmadığı belirtilerek mezkûr ibarenin Anayasanın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı bulunduğu dikkate alındığında itiraz konusu kuralda öngörülen sınırlamanın da aynı gerekçelerle Anayasaya aykırı olduğu düşünülmektedir.

Bu sebeplerle, çoğunluğun red yönündeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ