

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2017/130
Karar Sayısı : 2017/165
Karar Tarihi : 29.11.2017
R.G. Tarih – Sayı : 20.3.2018 – 30366

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu..." ibaresinin Anayasa'nın 10., 17. ve 20. maddelerine 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, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu 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, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 14.6.2017 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, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

3. Kanun'un 40. maddesinin itiraz konusu kuralın da yer aldığı birinci fıkrasında, cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin şahsen başvuruda bulunarak mahkemeden cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebileceği ancak iznin verilebilmesi için istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması, ayrıca transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesinin şart olduğu belirtilmiştir. İtiraz konusu kural, fıkroda yer alan "...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu..." ibaresidir.

4. Kanun'un 40. maddesinin ikinci fıkrası ise 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 verileceğini öngörmektedir.

5. Kanun'un 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları 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 tanınmanın sağlanması oluşturmaktadır.

B. İtirazın Gerekçesi

6. Başvuru kararında özetle, Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin birinci fıkrasında cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için gerekli koşulların düzenlendiği, bu koşullardan birinin de kuralda belirtilen üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma koşulu olduğu, bu koşulun öngörülmesi nedeniyle üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunmayan transseksüel kişilerin cinsiyetlerini değiştiremediği, bu durumun üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olup olmamasına bağlı olarak transseksüel yapıda olan kişiler arasında eşitsizliğe neden olduğu, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunmayan transseksüel kişilerin cinsiyet değişikliği ameliyatı olmadan hayatlarına devam etmelerinin beklenemeyeceği ve bu şekilde yaşamaya zorlanamayacakları belirtilerek kuralın Anayasa'nın 10., 17. ve 20. maddelerine 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. maddesi 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. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında bu hak ve hürriyetlerin düzenlendiği maddelerde yer alan sınırlama sebeplerinin yanı sıra hakkın doğasından kaynaklanan sınırlar ve Anayasa'nın ilgili diğer maddelerinde yer alan kurallar da gözetilecektir. Bir başka deyişle temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içindeki anlama göre belirlenmesi gerekir. Ancak kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme ve özel hayata saygı haklarına getirilecek sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.

13. 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.

14. 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 evleviyetle aykırı olacağından temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

15. 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.

16. Anayasa’nın 13. maddesinde ifade edilen “*ölçülülük ilkesi*”, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında 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 yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

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

18. 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.

19. Kanun’un 40. maddesinin birinci fıkrasında itiraz konusu kuralla cinsiyet değişikliği izni verilebilmesi için kişinin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma koşulunun öngörülmesi suretiyle kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme ve özel hayata saygı hakkına sınırlandırma getirildiği görülmektedir.

20. Kanun koyucunun cinsiyet değişikliğini, cinsiyet değiştirme ameliyatlarının geri dönüşünün olmaması ve sağlık açısından taşıdığı riskleri de göz önünde bulundurarak söz konusu ameliyatların herhangi bir denetim olmaksızın gerçekleştirilmesi suretiyle sıradanlaştırılmasının önüne geçilmesi, kamu düzeninin korunması ve mahkemelerin nüfus kaydında cinsiyet değişikliği yapılması noktasında sadece onay makamı olmaktan çıkarılması amaçlarıyla belirli kurallara bağlayarak denetime tâbi tuttuğu görülmektedir. Bu bağlamda kanun koyucu tarafından Kanun’un 40. maddesinin birinci fıkrasında; cinsiyet değiştirme ameliyatı olabilmek için mahkemeden izin alınması, bu iznin alınabilmesi için de fıkrada belirtilen koşullarla birlikte üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma koşulunun öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

21. 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. Kişinin doğuştan sahip olduğu cinsiyeti değişmez olmamakla birlikte cinsiyetin değiştirilmesi ancak kanun koyucu tarafından öngörülen koşulların gerçekleşmesi hâlinde mümkündür.

22. Transseksüel yapıda olan kişiler, sahip oldukları biyolojik cinsiyetten farklı olarak kendilerini karşı cinsten hissetmekte olup bu kişiler doğuştan üreme yeteneğinden yoksun olabilecekleri gibi üreme yeteneğine sahip de olabilirler. Doğumdan itibaren üreme yeteneği bulunmayan veya sonradan üreme yeteneğini sürekli biçimde kaybeden transseksüel kişilerin Kanun’un 40. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen diğer koşulları da taşımaları hâlinde mahkemeden cinsiyet değişikliği izni almak suretiyle cinsiyetlerini değiştirmeleri mümkündür.

23. Üreme yeteneğine sahip transseksüel kişilerin cinsiyet değişikliğine mahkemece izin verilebilmesi ise diğer koşulların yanı sıra üreme yeteneğinden sürekli yoksun olmalarına bağlı olduğundan bu kişilerin cinsiyet değiştirebilmesi, bu amaçla kendilerine tıbbî bir müdahalede bulunulmasını zorunlu kılmaktadır.

24. Oysa Kanun'un 40. maddesinin ikinci fıkrasında, mahkemece verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verileceği öngörüldüğünden, üreme yeteneği bulunan transseksüel kişinin tıbbî yöntemlere uygun şekilde cinsiyet değiştirme ameliyatı olduğunda bu ameliyatın doğal sonucu olarak üreme yeteneğinden de sürekli biçimde yoksun kalacağı kuşkusuzdur.

25. Bu itibarla cinsiyet değiştirme ameliyatının bir sonucu olan üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun kalma hâli, itiraz konusu kuralla mahkemeden cinsiyet değişikliği izni alınabilmesi için ayrı bir koşul olarak öngörülmüş olmaktadır. Cinsiyet değişikliği ameliyatı olacak kişinin bu ameliyat öncesinde üreme yeteneğinden yoksunluğunu sağlamak üzere ayrı bir tıbbî müdahaleye maruz bırakılması, bedensel ve ruhsal olarak ilgili yönünden katlanılması gerekli olmayan bir müdahale niteliği taşımakta olup kişinin maddî ve manevî varlığı ile özel hayatı yönünden getirilen bu sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin varlığından söz edilemeyeceğinden, ölçsüz bir sınırlama niteliği taşımaktadır.

26. Öte yandan tıbbî bir müdahale sonucu üreme yeteneğinden sürekli yoksun kalan bir kişinin herhangi bir nedenle cinsiyet değiştirme ameliyatı olamaması durumunda cinsiyetini değiştiremediği hâlde üreme yeteneğini kaybetmesi sonucuyla karşılaşacağı açıktır. Bu da cinsiyet değişikliği için ön şart olarak kabul edilen söz konusu tıbbî müdahalenin sonuçları bakımından son derece ağır, telafisi imkânsız durumlara yol açabileceğini göstermekte olup kural bu yönüyle de ölçülü değildir.

27. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kural Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

IV. HÜKÜM

22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 29.11.2017 tarihinde karar verildi.

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Esas Sayısı : 2017/130
Karar Sayısı : 2017/165

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Recep KÖMÜRÇÜ

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

KARŞI OY

Mahkememiz çoğunluğunca, Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin başvurusu üzerine 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin birinci

Esas Sayısı : 2017/130
Karar Sayısı : 2017/165

fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...” ibaresinin iptaline karar verilmiştir.

Aşağıda açıklayacağımız nedenlerle çoğunluk görüşüne dayalı iptal kararına iştirak edilememiştir.

Tıbbi bir müdahale ile kadının erkeğe veya erkeğin kadına dönüştürülmesi işlemi cinsiyet değiştirme olarak adlandırılmaktadır. Türk hukukunda, cinsiyet değiştirme ile ilgili ilk düzenleme 1988 yılında, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 29. maddesine 3444 sayılı Kanunla eklenen fıkra ile gerçekleştirilmiştir. Söz konusu fıkra ile doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde de gerekli düzeltmenin yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir.

Hükümde, doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus kütüğünde gerekli düzeltmenin yapılacağı, bu konularda açılacak davalarda, cinsiyeti değiştirilen kişinin evli olması halinde eşine de husumet yöneltileceği ve aynı mahkemede varsa çocukların velayetinin kime verileceğinin de karara bağlanacağı ayrıca cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte evlilik birliğinin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmekteydi.

Söz konusu düzenleme, yürürlüğe girmesinden sonraki süreçte, cinsiyet değişikliğinin şartları ve sonuçları bakımından oldukça yetersiz olarak değerlendirilmiş ve birçok tartışmaya neden olmuştur. Bu nedenle de konuya ilişkin tartışmaları göz önünde bulunduran kanun koyucu, 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 40. maddesinde cinsiyet değişikliğine ilişkin daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer vermiştir.

İptali istenilen kuralın da içinde yer aldığı 40. madde, 4721 sayılı Kanun'un “Kişisel Durum Sicili” başlıklı ikinci bölümünün “Düzelme” başlıklı kısmında yer almaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında, mahkeme tarafından cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için gerekli olan şartlar düzenlenmektedir. Buna göre mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin mahkemeye şahsen başvuruda bulunması, mahkemeye şahsen başvuruda bulunan kişinin 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. Maddenin ikinci fıkrasında ise 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.

Maddenin birinci ve ikinci fıkraları 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 tanınmanın sağlanması oluşturmaktadır.

Madde bir bütün olarak incelendiğinde, kanun koyucunun, transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olup olmama noktasındaki seçim hakkına ve özel hayata saygı hakkı kapsamındaki cinsel yaşamına ilişkin tercihlerine herhangi bir müdahalede

bulunmadığı, sadece bu kişilerin nüfus kayıtlarındaki cinsiyet hanesini değiştirmek istemeleri durumunda, cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması yönünde; cinsiyet değiştirme ameliyatı olabilmek için de mahkemeden izin alınması yönünde ve mahkemece izin verilebilmesi için de cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin şahsen başvuruda bulunması, on sekiz yaşını doldurmuş olması, evli olmaması, transseksüel yapıda olduğunu, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alacağı resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi yönünde yükümlülük getirdiği görülmektedir.

Cinsiyet kavramı, genel olarak bireyin fizyolojik, biyolojik ve genetik özelliklerine ilişkin olup doğuştan sahip olduğu üreme organları ile sistemlerinin dikkate alınması suretiyle “kadın” veya “erkek” olarak tanımlanmasını ifade etmektedir. “Transseksüel” ise çok genel anlamda, kendisini karşı cinsten biriymiş gibi hisseden kişilere verilen addır. Uzmanlara göre, transseksüel yapıda olan kişiler, doğuştan üreme yeteneğinden yoksun olabilecekleri gibi doğuştan üreme yeteneğine sahip de olabilirler.

İptali istenilen kural, ilk aşamada, yani mahkemeden izin alma aşamasında aranılan koşullardan birisini oluşturmakta olup, cinsiyet değişikliği ameliyatı için mahkemeden izin almak isteyen transseksüel kişinin sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olmasını (üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olduğunu belgelendirmesini) öngörmektedir.

Bu bağlamda karşımıza, madde hükmünün, sadece, doğumdan itibaren üreme yeteneği bulunmayan veya yasal bir zorunluluğa bağlı olmaksızın herhangi bir nedenle sonradan üreme yeteneğini sürekli biçimde kaybetmiş olan transseksüel kişileri mi kapsadığı, yoksa onlarla birlikte üreme yeteneğine sahip transseksüel kişileri de kapsadığı mı sorunu çıkmaktadır.

Kanaatimizce, transseksüel kişiye açıkça herhangi bir tıbbi operasyon yaptırmasını söylemeyen, anılan kişiden sadece üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunduğunu belgelendirmesini isteyen kural sadece doğumdan itibaren üreme yeteneği bulunmayan veya yasal bir zorunluluğa bağlı olmaksızın herhangi bir nedenle sonradan üreme yeteneğini sürekli biçimde kaybetmiş olan transseksüel kişileri kapsamaktadır.

Zira çoğunluk görüşüne dayalı kararda da belirtildiği üzere, doğumdan itibaren üreme yeteneği bulunmayan veya yasal bir zorunluluğa bağlı olmaksızın sonradan üreme yeteneğini sürekli biçimde kaybetmiş olan transseksüel kişilerin Kanun’un 40. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen diğer koşulları da taşımaları hâlinde herhangi bir tıbbî müdahaleye maruz kalmaksızın mahkemeden cinsiyet değişikliği izni almaları mümkün bulunmaktadır. Hal böyle olunca da bu durumda bulunanlar yönünden kuralın herhangi bir sınırlama veya müdahale öngördüğü söylenemez.

Cinsiyet değişikliği izni için mahkemeye müracaat aşamasında üreme yeteneğine sahip transseksüel kişilerin de madde hükmü ile getirilen cinsiyet değiştirme müessesesinden yararlanabileceklerinin kabulü halinde ise bu kişiler bakımından gerekli iznin alınabilmesi için (diğer koşulların yanı sıra) üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma koşulunun da sağlanması gerektiğinden, dolaylı olarak bu koşulun sağlanabilmesi için bu kişilere tıbbî bir müdahalede bulunulması zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Oysa Kanun’un 40. maddesinin ikinci fıkrasında, mahkemece verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî

sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde ancak nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilebilecektir. Dolayısıyla cinsiyet değiştirmek için Mahkemeden izin almış olan transseksüel kişinin nüfus sicilinde gerekli düzeltmeyi yaptırabilmesi için maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ameliyatı yaptırması zorunluluğu bulunmaktadır (ki bu ameliyatın yaptırılması zorunluluğunu öngören kural, Mahkememizce, 29.11.2017 tarihli ve E:2015/79, K:2017/164 sayılı kararla Anayasa'ya uygun bulunmuştur). Konunun uzmanlarına göre, üreme yeteneği bulunan transseksüel kişiler cinsiyet değişikliği ameliyatını olduklarında, bu ameliyatın doğal sonucu olarak üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun kalmaktadırlar. Hal böyle olunca da cinsiyet değiştirme ameliyatının doğal bir sonucu olan üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun kalma hâli, iptali istenilen kural ile mahkemeden cinsiyet değişikliği izni alınabilmesi için ayrı bir koşul olarak öngörülmüş olmaktadır ki bu durumun hukuki veya tıbbi bir gerekçesi bulunduğu söylenemez. Zira üreme yeteneğinin sürekli biçimde kaybedilmesine neden olacak cinsiyet değişikliği ameliyatı olacak kişinin bu ameliyat öncesinde üreme yeteneğinden yoksunluğu sağlamak üzere ayrı bir tıbbî müdahaleye maruz bırakılması, gerek kamusal ve gerekse bedensel ve ruhsal olarak ilgili yönünden gerekli olmayan bir müdahale olarak ortaya çıkmaktadır. Böyle olunca da itiraz konusu kural ile gereksiz bir düzenleme yapılmış olmaktadır.

Hal böyle olunca, sadece doğumdan itibaren üreme yeteneği bulunmayan veya yasal bir zorunluluğa bağlı olmaksızın herhangi bir nedenle sonradan üreme yeteneğini sürekli biçimde kaybetmiş olan transseksüel kişilerin cinsiyet değiştirmelerine olanak sağlanmak istendiği, üreme yeteneği bulunan transseksüel kişilerin kapsama alınmadığı, ancak bu kişilerin üreme yeteneklerini kendi iradeleri ile sonlandırarak madde kapsamına girmek istemelerine de bir engel konulmadığı; bu duruma bağlı olarak da, uygulamada, kanun koyucunun doğrudan cinsiyet değiştirme müessesesi kapsamına almadığı üreme yeteneğine sahip transseksüel kişilerin, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olan transseksüel kişilere tanınan bir müesseseden yararlanabilmek için bu nitelikteki transseksüeller için getirilmiş olan bir koşulu taşıyor hale gelebilmek bakımından (kendiliklerinden gidip üreme yeteneklerinden yoksun hale gelmek için) kendilerini tıbbi bir operasyona maruz bırakmak durumunda kaldıkları anlaşılmaktadır.

Böyle olunca da, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olan transseksüeller açısından Mahkememiz çoğunluğunca da hiçbir anayasal sorun taşımadığı tespit edilen “... **ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu**, ...” ibaresinin, eşitlik karşılaştırması yapılmaksızın, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin kapsamına almadığı üreme yeteneğine sahip transseksüeller bakımından Anayasa'ya aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle kapsamına aldığı kişiler yönünden Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığı Mahkememiz çoğunluğunca da kabul edilen itiraz konusu kurala ilişkin iptal isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye	Üye	Üye
Rıdvan GÜLEÇ	Recai AKYEL	Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞI OY

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 39. maddesi, mahkeme kararı olmadıkça, nüfus sicilinde herhangi bir düzeltme yapılamayacağını öngörmektedir.

Anılan Kanun'un 40. maddesinde ise, cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebileceği 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 resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesinin şart olduğu; verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Nüfus Planlanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde, sterilizasyon tanımlanmış; sterilizasyon ameliyatı, bunun yapılacağı yerler ve buralarda bulunması gereken koşullar, 18 Aralık 1983 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan rahim tahliyesi ve sterilizasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve denetlenmesine ilişkin tüzüğün ilgili kısımlarında açıklanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin çoğunluk kararında, Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddeleri bağlamında, Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında yer alan itiraz konusu kurallar uyarınca cinsiyet değişikliği izni verilebilmesi için kişinin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma koşulunun öngörülmesi suretiyle kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme ve özel hayata saygı hakkına sınırlandırma getirildiği belirtilmektedir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmanın; 56. maddesinde de herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamanın Devletin temel amaç ve görevleri arasında bulunduğu belirtilmiştir.

Çoğunluğun kararıyla iptal edilen düzenlemenin, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunu belgeleyen transseksüel yapıdaki kişinin, üreme yeteneğinden de sürekli biçimde yoksun bulunmasını istemekle, kişinin isteği ile nesil sağlığı arasında bir denge kurduğu; bu dengeyi kurarken kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına, toplum yararına makul bir sınırlandırma getirdiği anlaşılmaktadır.

Esas Sayısı : 2017/130
Karar Sayısı : 2017/165

Açıklanan nedenlerle çoğunluğun düzenlemenin iptali yönündeki kararına katılmamıştır.

Üye

Muammer TOPAL