

## <sup>H</sup>TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN TRANS BİREYLERE İLİŞKİN CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ KARARLARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Arş. Gör. Merve ALÇIK\*

### Öz

*Cinsiyet, doğuştan sahip olduğumuz üreme organının farklılığına göre kadın veya erkek olarak adlandırılmamızı sağlar. Ancak bazen, kişiler, doğuştan sahip oldukları cinsiyete değil; karşı cinse aidiyet hissedebilmektedirler. Sahip oldukları cinsiyetten farklı bir cinse ait hisseden kişiler “transseksüel” olarak ifade edilmektedirler.*

*Transseksüellerin hukuk düzeni içinde biyolojik olarak sahip olmadıkları fakat kendilerini ait hissettikleri cinsiyet ile tanınabilmeleri için cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirmeleri gerekmektedir. Bu çalışmamızda, ilk bölümde Türk hukukunda cinsiyet değişikliğinin düzenlendiği Türk Medenî Kanunu'nun 40. maddesine değinilmiştir. İkinci bölümde ise Türk Medenî Kanunu'nun 40. maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile itiraz yolu üzerine Anayasa Mahkemesinin 29.11.2017 tarihinde vermiş olduğu kararlar ve akabinde 12.06.2018 tarihinde verilen bireysel başvuru kararı olan M.K. kararı ışığında trans bireylerin cinsiyet değişikliği hakkında Anayasa Mahkemesinin bakış açısı değerlendirilecektir.*

### Anahtar Kelimeler

*Cinsiyet Değişikliği, Transseksüel, Maddi ve Manevi Varlığın Korunması ve Geliştirilmesi Hakkı, Anayasa Mahkemesi, Üreme Yeteneğinden Sürekli Yoksunluk, M.K. Kararı*

---

<sup>H</sup> Hakem incelemesinden geçmiştir.

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: malcik@gsu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5335-6540> (Makalenin Geliş Tarihi: 31.08.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 05.09.2018-06.09.2018/ Makale Kabul Tarihleri: 07.01.2019-03.01.2019)

---

**AN EVALUATION ON TURKISH CONSTITUTIONAL  
COURT'S CONSIDERATIONS ON GENDER CHANGE  
RELATED TO TRANS INDIVIDUALS**

**Abstract**

*Sex allows us to be called female or male according to the difference of the reproductive organ we have from birth. Sometimes, however, people are not born sexually, they can feel belonging opposite to the genie. Those who feel that they belong to a genus different from the sex they have are expressed as "transsexual".*

*Transsexual people are required to undergo gender reassignment surgery in order to be recognized by their gender in which they are not biologically in the legal order. In this study, in the first chapter, article 40 of the Turkish Civil Code, in which gender change is regulated in Turkish law, is mentioned. In the second part, the decisions of the Turkish Constitutional Court on 29.11.2017 and the individual application decision given on 12.06.2018 by M.K. In the light of the decision of the Turkish Constitutional Court on the gender change of transgender individuals will be evaluated.*

**Keywords**

*Sexual Change, Transsexuality, Protection and Improvement of the Material and Spiritual Being of the Person, The Constitutional Court, Continuous Deprivation from Reproductive Ability, M.K. decision*

## GİRİŞ

Birey doğduktan sonra nüfus siciline biyolojik cinsiyetiyle, erkek veya kadın olarak kaydedilir. Bireyin cinsiyetiyle kaydedilmesi, hukuk düzeninde sonuçlar doğurur<sup>1</sup>. Bazı bireyler, yaşam içerisinde doğuştan sahip olduğu biyolojik cinsiyetten farklı bir psikolojik cinsiyet ile kendilerini özdeşleştirebilmektedirler<sup>2</sup>. Anayasa Mahkemesinin (AYM) tanımına göre, “*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.*”<sup>3</sup>.

AYM her ne kadar biyolojik cinsiyet kavramını kadın veya erkek olarak iki şekilde tanımlamış olsa da, “interseks” ya da diğer deyişle “üçüncü cinsiyet” adı verilen cinsiyet Dünya’da birçok devlet tarafından tanınmaktadır<sup>4</sup>. İnterseksüel bireyler hakkında Alman Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht-BverfG), genel kişilik hakkının cinsel kimliği; özellikle biyolojik cinsiyeti kadın ya da erkek olarak tanımlanmayan kişilerin cinsel kimliğini de koruduğunu, Temel Yasa’nın (Grundgesetz-GG) kadın veya erkek dışında başka bir biyolojik cinsiyet seçeneğine izin vermemesinin, cinsiyetleri kadın veya erkek biyolojik cinsiyetine uymayan kişileri ayrımcılığa maruz bıraktığına karar vermiştir<sup>5</sup>. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin 2017 tarihinde verdiği bu karar akabinde kanun koyucuya karardan itibaren bir yıl içinde konu ile ilgili kanun yapma emri verilmiştir. Alman kanun koyucu tarafından, bireylerin interseksüel olduklarını doktor raporu ile kanıtlamaları şartıyla, resmî belgelerde cinsiyet hanesinde kadın ya da erkek cinsiyetleri yanında üçüncü bir cinsiyet hanesi açarak “intersex” olarak kaydedilmelerine imkân tanıyan, bu üçüncü cinsiyet hanesinin aynı zamanda doğum belgeleri, ehliyet ve diğer resmî belgelere de eklen-

<sup>1</sup> **Doğru/Nalbant**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 Ek Protokol 1-1, 1-2, 1-3 Maddeler), T.C. Yargıtay Başkanlığı, (1. Baskı), Cilt:2, Ankara, 2012, s. 34.

<sup>2</sup> **Güven**, Kudret: “Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (İnterseksüellik), Yıl:2015, Cilt:1, Sayı:1, s. 138.

<sup>3</sup> AYM R.G. tarih 20.03.2018, 30366 R.G. sayı, K.T. 29.11.2017, 2015/79 E. 2017/164 K. sayılı kararı, para.15, (12.06.2018).

<sup>4</sup> Cinsiyet kavramı konusunda günümüzde cinsiyetin kadın veya erkek olarak belirlenemediği ya da hem kadınsı hem de erkeksi cinsiyet özelliklerine sahip bireylerin “interseksüel” veya “üçüncü cinsiyet” sahibi olduğu ifade edilmektedir. Üçüncü cinsiyete sahip olan bu bireylerin Tayland, Almanya gibi ülkelerde hukuksal anlamda nüfus kayıtlarında tanındığı görülmektedir. İnterseksüel bireyler ve üçüncü cinsiyet hakkında daha fazla bilgi için Bkz. **Güven**, (İnterseksüellik), s. 143-147; **Agius**, Silvan: İnsan Hakları ve İnterseks Kişiler, (Çev:İşıl Demirakın, Ed. Murat Köylü), Avrupa Konseyi, [http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/insan\\_haklari\\_ve\\_interseksweb.pdf](http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/insan_haklari_ve_interseksweb.pdf) (13.11.2018) s. 13-29.

<sup>5</sup> BVerfG, Order of the First Senate of 10 October 2017-1 BvR 2019/16 – Headnotes, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20171010\\_1bvr201916en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20171010_1bvr201916en.html) (07.01.2019)

mesini sağlayan kanun kabul edilmiş ve bu kanun 01.01.2019 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

Toplum içinde, çoğunlukla biyolojik cinsiyeti erkek olan bireyden erkek gibi davranması; kadın olan bireyden ise kadın gibi davranması istenirse ve beklenirse de bireyin kendini ait hissettiği cinsiyete ilişkin kimliği yani cinsiyet kimliği (gender identity) toplumda beklenenden farklı olabilmektedir. Cinsiyet kimliği, doktrinde kişinin kendi bedenini ve benliğini belli bir cinsiyet içinde algılayıp kabul etmesi olarak ifade edilmektedir. Cinsel yönelim veya cinsel eğilim (sexual orientation) ise, kişinin istek, duygu ve davranışlarının belirli bir cinsiyete çekimi olarak tanımlanmaktadır<sup>6</sup>. Bir diğer ifade ile cinsel yönelim, kişinin cinsel dürtülerinin yöneldiği objeden yola çıkarak, bireyin duygusal ve/veya cinsel beraberlikler için seçtiği partnerin cinsiyetine göre belirlenmektedir<sup>7</sup>. Bireyin cinsel yönelimi ile ilişkili olarak kendini tanımlaması onun cinsel kimliğini oluşturur<sup>8</sup>.

Kendisini karşı cinsten biri olarak tanımlayan kişiler “transseksüel” olarak adlandırılmaktadır<sup>9</sup>. Erkek veya kadın, bazı kişilerde bedenlerinin belirlediği cinsiyet ile ruhsal hayatlarının belli ettiği cinsiyet arasında ortaya çıkan çatışma durumu doktrinde transseksüellik olarak ifade edilmektedir<sup>10</sup>. Transseksüel, kendisini doğuştan sahip olduğu ve nüfus sicili itibarıyla de kayıtlı olduğu cinsiyetten farklı bir psikolojik cinsiyetle görmektedir.<sup>11</sup> Transseksüel bireylerin cinsel yönelimi kişinin kendi cinsine, karşı cinsye ya da her iki cinsye ait olabileceği gibi hiçbir cinsye de ait olmayabilir<sup>12</sup>.

Transseksüel bireyler, sosyal ve çalışma hayatlarında ayrımcılıklara ve şiddete maruz kalmak ve benzeri gibi gündelik yaşamda beliren birçok sorunla karşılaşmaktadırlar. İş bulmakta zorlanmakta ve bazı sosyal ve ekonomik hak ve

<sup>6</sup> **Keskin, Necla/Yapça, Gamze/Tamam**, Lut: “Transseksüalizm: Klinik Özellikleri ve Yasal Konular”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar Dergisi*, Cilt:7, Sayı:4, Yıl:2015, s. 436; **Sungur, Mehmet Z./Yalnız, Özlem**: “Transseksüalite: İlgili Kavramlar ve Cinsiyet Düzenleme Girişimleri”, *Klinik Psikiyatri Dergisi*, Sayı:1, Yıl:1999, s. 49.

<sup>7</sup> **Isır Baransel, Aysel/Tokdemir, Mehmet/Coşkun, Ayşegül/Dülger, Hikmet Ergin**: “Gaziantep Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalına 2008 Yılında Başvurmuş İlk Cinsiyet Değişikliği Olgusu”, *New World Sciences Academy*, Volume:4, Number:1, Year:2009, s. 19.

<sup>8</sup> **Aydın Beşen, Meltem/Aslan, Ergül**: “Transseksüalite: Genel Bakış (Derleme)”, *Androloji Bülteni*, Sayı:57, Yıl:2014, s. 145.

<sup>9</sup> **KaosGL Sözlük**, <http://www.kaosgldernegi.org/belge.php?id=sozluk> (13.11.2018); İngilizce karşılığı “transsexual” olan transseksüel kelimesinin sözlük anlamı; Hormon tedavisi görüp ameliyat olarak cinsiyet değiştiren, ( [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (12.06.2018) ) doğduğu fiziksel bedeni ile aynı cinsiyette olmadığını hisseden kişi (<https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce/transsexual> (12.06.2018) olarak tanımlanmaktadır.

<sup>10</sup> **Kocayusufpaşaoğlu, Necip**: *Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir Mi?*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 16.

<sup>11</sup> **Güven, İnterseksüellik**, s. 138.

<sup>12</sup> **Keskin/Yapça/Tamam**, s. 441; **KaosGL Sözlük**, <http://www.kaosgldernegi.org/belge.php?id=sozluk> (13.11.2018)

özgürlüklerden de diğer bireylere nazaran daha az yararlanmaktadırlar. Transseksüellerin yaşam boyu maruz kaldığı ayrımcılık, temel hak ve özgürlüklerden mahrum bırakılması ve onlara karşı işlenen insan hakkı ihlalleri, transseksüel bireyler üzerinde kalıcı ruhsal hasarlar meydana getirmekte; hatta ruhsal hasarlar sonucunda transseksüel bireylerin intihar etmesine dahi sebebiyet verebilmektedir<sup>13</sup>. Transseksüel kişilerin anılan sorunlarla karşılaşmamaları adına cinsiyet değişikliklerinin geçerliliği belirli koşullar altında kabul edilmektedir. Aslında bu durum, insanın sırf insan olması sebebiyle sahip olduğu yaşama ve maddi manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olması ile de çok yakından ilgilidir<sup>14</sup>. Transseksüel bireylerin cinsiyet değişikliğini düzenleyen madde metninin öncelikli amacı da sağlığın korunması ve gözetilmesidir<sup>15</sup>.

Transseksüel bireylerin cinsiyet değiştirebilmeleri için izleyecekleri yol, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) 40. maddesinde açıklanmıştır. Anılan madde, transseksüel bireyin cinsiyet değişikliğinin hukuk düzeni tarafından tanınmasını belirli şartlara bağlamıştır.

Bir kimsenin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına sahip olması, o kişinin benliğinin en derin noktalarından gelen yönelim ve isteklerine uygun bir yaşam tarzını seçmek konusunda ve hem toplum içerisinde hem de özel hayatında seçmiş olduğu hayat tarzına uygun davranışlarda bulunmakta serbest bırakılmasını gerektirmektedir<sup>16</sup>. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve AYM'nin yerleşik içtihatlarına göre, cinsel kimlik ve cinsel yönelim gibi kavramlar kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında korunmaktadır.

TMK'nin 40. maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile itiraz yolu üzerine verilen kararlarla, cinsiyet değişikliğine bağlı olarak nüfus bilgilerinde değişiklik yapılabilmesi için, transseksüel bireyin cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirmesi gerekliliğinin ortadan kaldırılamayacağı vurgulanmış ve maddede yer alan şartlardan “*üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak*” şartı da iptal edilmiştir. AYM'nin aşağıda detaylı olarak açıklanacak itiraz yolu üzerine verdiği kararlar, uygulamada transseksüel bireylerin cinsiyet değişikliği sürecinde olumlu bir değişiklik meydana getirmiştir. AYM, itiraz yolu üzerine ver-

<sup>13</sup> Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 29.04.2010 tarihli, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık hakkında 1728 (2010) sayılı Tavsiye Kararı'nın 4. maddesi, [http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/avrupa\\_kons\\_ayrimcilikla\\_mucadele\\_standartlari.pdf](http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/avrupa_kons_ayrimcilikla_mucadele_standartlari.pdf) (21.08.2018)

<sup>14</sup> **Zevkliler**, Aydın: “Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, Mayıs 1988, s. 272.

<sup>15</sup> **Cumaloğlu**, Emre: “Transseksüellerin Sicil Cinsiyetlerini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Anayasaya Aykırı mıdır?”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2016, Sayı:2-1, www.jurix.com.tr (10.08.2018)

<sup>16</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 35.

diği kararları akabinde, aynı konu hakkında önüne gelen bireysel başvuruda da cinsiyet değişikliği, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bakımından incelemiştir.

Çalışmamızda, AYM kararları ile cinsiyet değişikliği sürecinde yapılan değişiklik ile bu değişikliğin yansımaları ve trans bireylerin temel hak ve özgürlükleri açısından yeterli olup olmadığı hususları incelenecektir.

## I. TÜRK HUKUKUNDA CİNSİYET DEĞİŞTİRME

### A. Genel Olarak

Cinsiyet değiştirme ameliyatı, kadının erkeğe veya erkeğin kadına dönüştürülmesi amacıyla yapılan tıbbi müdahaleyi ifade eder<sup>17</sup>.

Türk hukukundaki kanun sistematığına bakıldığında; cinsiyet değişikliğinin TMK'de Kişisel Durum Sicili başlıklı ikinci bölüm içerisinde 40. maddede düzenlendiği görülmektedir<sup>18</sup>. Akipek/Akıntürk'e göre, kanun koyucunun cinsiyet değişikliğini kişisel durum sicili yani nüfus kütüğü ile ilgili görerek kişisel durum sicili başlıklı bölüm altında düzenlemesi yerinde olmuştur<sup>19</sup>. Dural/Öğüz ise kanun koyucunun cinsiyet değişikliğini düzenlediği yer hakkında, cinsiyet değişikliği her ne kadar kişisel durum sicili ile ilgili de olsa kişiliği daha geniş

<sup>17</sup> Sert, Selin: "Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:2015, Sayı:118, s. 256; Cinsiyet değiştirme ameliyatı yerine cinsiyet düzenleme ameliyatı teriminin kullanılması gerektiği yönünde Bkz. **Sungur/Yalnız**, s. 50; Cinsiyet değiştirme ameliyatı yerine literatürde "cinsiyet geçiş ameliyatı" veya "cinsiyet olumlayıcı ameliyat" terimi de kullanılmaktadır. (Transgender ve Toplumsal Cinsiyete Uymayan Kişilerle Psikolojik Uygulamalar Kılavuzu, Çev. Koray Başar, Vahap Karakuş ve Turgay Bayındır, Ed. Koray Başar, Zeynep Akkuş ve Turgay Bayındır, Amerikan Psikologlar Derneği, Aralık, 2015, s. 68, 69)

<sup>18</sup> Çalışmamızda, cinsiyet değişikliğine dair hukuki süreç 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kabul edilmesinden itibaren ele alınmıştır. 4721 sayılı TMK öncesindeki hukuki durum hakkında bilgi için Bkz. **Zevkiler**, s. 258-285; **Güven**, Kudret: "Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Cinsiyet Değişikliği), Yıl:1997, Cilt:1, Sayı:1, s. 50-67; **Sağlam**, İpek: "Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2004, Sayı:8, 456-458; **Turan Başara**, Gamze: "Türk Medeni Kanunu'nun 40'inci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:2012, Sayı:103, s. 247-249; **Will**, Michael R./**Öztaş**, Bilge: "Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı – Transseksüellerin Hukukî Durumu." Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:43, Sayı: 1-4, s. 227-265; **Kaya**, Murat: "Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", Mecmua Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, Ankara, 2008, s. 69-75; **Tekin**, Nurullah: "Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:2009, Sayı:39, s. 103-106.

<sup>19</sup> **Akipek**, Jale G./**Akıntürk**, Turgut: Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Beta Basım, Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul, 2007, s. 492.

kapsamda da ilgilendirdiğinden ve şartlarının etraflıca sınırlandırılması gerektiğinden özel bir kanunla düzenlenmesinin daha uygun olacağını belirtmiştir<sup>20</sup>.

TMK'nin 40. Maddesinde cinsiyet değişikliği; "(1) Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu<sup>21</sup> bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. (2) 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 verilir." şeklinde düzenlenmiştir<sup>22</sup>. Öğretide, TMK'nin 40. maddesinin hazırlanması esnasında Alman Transseksüeller Kanunu'ndan esinlenilerek maddenin oluşturulduğu ifade edilmektedir<sup>23</sup>.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 02.11.2017 tarihli ve 2017/7553 E. 2017/14419 K. sayılı kararında cinsiyet değişikliğinin iki aşamadan oluştuğu ifade

<sup>20</sup> **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul, 2006, s. 115; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu öncesinde yürürlükte olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin (ETMK) 29. maddesine 3444 sayılı Kanun ile eklenen son fıkrası ile cinsiyet değişikliği ülkemizde ilk defa düzenlenmiştir. Eklenen fıkra doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Cinsiyet değişikliğinin Türk hukukunda ilk defa ETMK'nin kişiliğin başlangıcı ve sonunu düzenleyen maddeler içerisinde ele alınması, 29. maddenin doğum ve ölüm kayıtlarının ispat gücü ile ilgili olması, nüfus kaydında hangi koşullarda değişiklik veya düzeltme yapılacağıın Ahvali Şahsiye Sicil Kayıtları faslı altında düzenlendiği ve cinsiyet değişikliği ile ilgili düzenlemenin kanun sistematığı içerisinde yerinin Ahvali Şahsiye Sicil Kayıtları içerisinde yer alması gerektiği ve cinsiyet değişikliği düzenlemesinin bu haliyle hangi durumlarda ve koşullarda yapılacağı açıkça belirtilmediğinden, fiili durumun sonuçlarının ne olacağını saptamadan öteye gitmeyen bir düzenleme olması sebepleriyle öğretide eleştirilmiştir. (Bkz. **Zevkiler**, s. 266; **Dural/Öğüz**, s. 115, 116; **Sert**, s. 256; **Will/Öztan**, s. 239, 240; **Güven**, (Cinsiyet Değişikliği), s. 58-60); Özel bir kanunla düzenlenmektense ETMK'de cinsiyet değişikliği hakkında düzenleme getirilmesinin isabetli olduğu hakkında Bkz. **Will/Öztan**, s. 239.

<sup>21</sup> Madde metninde altı çizili olarak yazılı bulunan "ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu" ifadesi, 20.03.2018 tarih ve 30366 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 29.11.2017 karar tarihli, 2017/130 Es. 2017/165 K. sayılı AYM kararıyla iptal edilmiştir. Cinsiyet değişikliği için aranan bu şart, hali hazırda yürürlükte bulunmadığından; çalışmamızda sadece ikinci bölümde "AYM'nin 2017/130 E. 2017/165 K. sayılı kararı" başlığı altında incelenmiştir.

<sup>22</sup> Kanun koyucu madde metninde "üremek" fiilini bir yetenek olarak ifade etmiştir. Öğretide ve yargı kararlarında da kahir ekseriyetle bu kavram benimsendiğinden çalışmamızda yetenek kavramı kullanılmıştır. Üremek fiilinin yetenek veya yeti olduğu hususu farklı disiplinler altında tartışılabilir bir konu olduğundan; çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

<sup>23</sup> **İ. Sağlam**, s. 459; **Turan Başara**, s. 249.

edilmiştir<sup>24</sup>. Şöyle ki, “Cinsiyet değiştirme kanundaki düzenlemeye göre, iki aşamadan oluşmaktadır. Buna göre; 40. maddenin birinci fıkrasında tahdidi olarak sayılan şartların varlığı halinde mahkemeye cinsiyet değişikliği için izin kararı verilecek, maddenin ikinci fıkrasında ise; birinci fıkra gereği verilen ve kesinleşen cinsiyet değişikliğine izin kararına bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemeye nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilecektir. Yani cinsiyet değişikliği için; ilk önce cinsiyet değişikliğine dair mahkemeye izin kararı verilmeli ve bu izin kararına istinaden gerekli cinsiyet değişikliği ameliyatı yapılmalıdır. Daha sonra açılacak davada ise mahkemeye, cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilecektir.”

AYM ise, cinsiyet değişikliğinin üç aşamaya ayrıldığını ifade etmiştir: “Kanun’un 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları birlikte değerlendirildiğinde “cinsiyet değişikliğinin” üç aşamalı olarak düzenlendiği görülmektedir. Birinci aşamayı cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin alınması, ikinci aşamayı mahkemeye verilen bu izne bağlı olarak cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirilmesi, üçüncü aşamayı ise nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinin değiştirilerek hukuksal tanımının sağlanması oluşturmaktadır.”

Kanımızca, Yargıtay’ın cinsiyet değişikliği ile ilgili yapmış olduğu iki aşamalı ayırım TMK’de cinsiyet değişikliği hususunun iki fıkra olarak düzenlenmesinden hareketle ve bu iki aşamada farklı koşulların taşınmasının istenmesi sebebiyledir. Yargıtay’ın iki aşamalı ayırımına karşılık AYM, cinsiyet değişikliğinin, ameliyat öncesi, ameliyatın gerçekleşmesi (ameliyat esnası) ve ameliyat sonrası olmak üzere üç aşamadan oluştuğunu ifade etmiştir.

## B. Şartları

TMK’nin 40. maddesine göre, cinsiyetini değiştirmek isteyen transseksüel bireyin değişiklik talebi ile bizzat yahut vekili vasıtasıyla mahkemeye başvurması gerekmektedir zira cinsiyet değişikliğini talep hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır<sup>25</sup>. Öncelikle, kişinin cinsiyet değişikliği talebini mahkemeye iletmesi gerekmektedir. Bakıldığında, cinsiyet değişikliğine izin verilmesi hususunda mahkemelerin yetkili olduğu görülmektedir<sup>26</sup>. Madde metnindeki “mahkeme”

<sup>24</sup> Aynı görüşte, **Atamer**, Yeşim M./**Taşkın**, Z. Damla: “Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri”, Yargıtay Dergisi, Yıl:2016, Cilt:42, Sayı:4, s. 726; **Turan Başara**, s. 249; **Cumaloğlu**, www.jurix.com.tr (10.08.2018); **Tekin**, s. 40.

<sup>25</sup> TMK’nin 40. madde gerekçe metni, Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, www.corpus.com.tr (20.08.2018); **Ruhi**, Ahmet Cemal/**Ruhi**, Canan: Nüfus Davaları -Nüfus Kayıtlarına İlişkin Düzeltme Davaları-, Ankara, 2017, s. 698.

<sup>26</sup> **Atamer/Taşkın**, s. 727.



den anlaşılın, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinin birinci fıkrasının a bendi uyarınca Asliye Hukuk Mahkemeleridir. Cinsiyetini değiştirmek isteyen kişi, yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesi'nde nüfus düzeltim davası açmak zorundadır<sup>27</sup>.

Cinsiyet değişikliği için mahkemeye başvuran kişinin, TMK'nin 40. maddesinin birinci fıkrasına göre, 18 yaşından büyük olması, evli olmaması; transseksüel yapıda olması ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunu eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi gerekmektedir<sup>28</sup>.

Cinsiyet değişikliğine mahkeme tarafından izin verilebilmesi için 18 yaşından büyük olmak gerekmekte, reşit olmak aranmamaktadır. 18 yaşını doldurmaksızın mahkeme tarafından ergin kılınan veya evlenerek ergin olan kişiler, 18 yaşını doldurmadığından cinsiyet değiştirmek için talepte bulduklarında bu talepleri mahkeme tarafından reddedilecektir<sup>29</sup>.

TMK'nin 40. maddesinin birinci fıkrasında ayırt etme gücüne sahip olmak konusunda açıkça bir hüküm bulunmamaktadır. Cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmaması konusunda doktrinde, ayırt etme gücüne sahip olunması şeklinde maddede açıkça bir şartın yer almamasının ayırt etme gücünün aranmayacağı anlamına gelmediği ifade edilmektedir. Zira hem mehzaz kanun olduğu düşünülen Alman Transseksüeller Kanunu'nda da ayırt etme gücüne sahip olmak şartının bulunmaması, hem de mahkemeye başvurunun bir irade açıklaması olması sebebiyle her irade açıklaması için aranan ayırt etme gücünün aranacağı ifade edilmektedir<sup>30</sup>. Kanımızca da, her ne kadar madde metninde açıkça yer almasa da mahkemeye cinsiyet değişikliği talebinde bulunan kişinin dava ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Dava ehliyetine sahip olmanın şartlarından biri de ayırt etme gücüne sahip olmaktır<sup>31</sup>. Bunun yanında kişinin bedenine yönelik müdahalede bulunulacağından ayırt etme gücüne sahip olunması ve cinsiyet değişikliğine kendisinin rıza göstermesinin daha doğru olacağı görüşümdedir.

<sup>27</sup> **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 10. Bası, İstanbul, 2010, s. 136.

<sup>28</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 150; **Sert**, s. 258; **Turan Başara**, s. 250; **Tekin**, s. 107; **Atamer/Taşkın**, s. 728; **Akipek/Akıntürk**, s. 493, 494; **Dural/Öğüz**, s. 118, 119; **Ruhi/Ruhi**, s. 693; Anılan şartlara ek olarak Yargıtay, cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin aranan kişilerden olup olmadığının tespit edilebilmesi için, adli sicil kaydının da mahkemece incelenmesi gerektiğini kabul etmektedir. (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, K.T. 04.10.2011, 2010/11100 E. 2011/14833 K. sayılı kararı)

<sup>29</sup> **Atamer/Taşkın**, s. 740; **Akipek/Akıntürk**, s. 493; **Sert**, s. 259.

<sup>30</sup> **Dural/Öğüz**, s. 118; **Atamer/Taşkın**, s. 741; **Güven**, (Cinsiyet Değişikliği), s. 63; **Tekin**, s. 108; **Turan Başara**, s. 252; **Sert**, s. 259; **Akipek/Akıntürk**, s. 493; **Ruhi/Ruhi**, s. 695.

<sup>31</sup> **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medenî Usul Hukuku (Ders Kitabı), Yetkin Yayınları, 6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 23. Baskı, Ankara, 2013, s. 216.

Trans birey, TMK'nin 40. maddesine göre evli olmamalıdır<sup>32</sup>. Madde metni gerekçesinde, kişinin evli olmaması şartının neden konulduğu şu şekilde açıklanmıştır: *“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 ahlaki tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur.”*<sup>33</sup> Evli olmamak şartı, daha önce hiç evlenmemiş olmak şeklinde değil, cinsiyet değişikliği talebinde bulunduğu esnada evli olmamak şeklinde anlaşılmalıdır<sup>34</sup>. Dolayısıyla cinsiyet değişikliği talebinde bulunan kişinin, çocuk sahibi olsa dahi, başvuru esnasında evli değil ise, cinsiyetini değiştirebilme imkânına sahip olacağı söylenebilir.

TMK'nin 40. maddesinin birinci fıkrasında cinsiyet değişikliğine mahkeme tarafından izin verilebilmesi için, davacı kişinin transseksüel yapıda olması ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunun resmî sağlık kurulu raporu ile kanıtlanması gerekmektedir<sup>35</sup>. Madde gerekçesinde, *“Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin gelişigüzel doktor raporlarına bağlanmaması için de uzmanlardan oluşan bir resmi sağlık kurulu raporu alınması öngörülmüştür.”* denilmekle, tek bir doktorun hazırladığı rapor ile cinsiyet değişikliği yapılamayacağı açıkça anlaşılmaktadır.

Transseksüel yapıda olmak şartından anlaşılması gereken, Tekin'e göre, *“Kişinin doğuştan sahip olduğu anatomik yapıdan dolayı sürekli rahatsızlık duyması, çatışma halinde olması ve kişinin var olan cinsiyetinden dolayı rahatsızlık duymasıdır.”*<sup>36</sup> Diğer bir deyişle, *“Transseksüellik, psikiyatrik literatürde, cinsel kimlik bozuklukları veya psikoseksüel bozukluklar olarak görülen psikiyatrik vakalardandır ve ergenliğe ulaşmış; bir kimsenin, belirlenen cinsiyeti ile ilgili olarak ısrarlı rahatsızlığı ve uygunsuzluğu konusundaki duyguları”* olarak da tanımlanmaktadır<sup>37</sup>.

Geçiş sürecinde, transseksüel bireyleri tanımlamada kullanılan çeşitli terimler vardır. Biyolojik cinsiyeti erkek, cinsel kimliğini kadın cinsiyetine dönüştürmek isteyen trans birey cinsiyet değişikliği sürecinde kısaca MTF (Male-to-female) ya da trans kadın; biyolojik cinsiyeti kadın, cinsel kimliğini erkek cinsiyetine dönüştürmek isteyen trans birey ise kısaca FTM (Female-to-male) ya da trans erkek olarak da isimlendirilmektedir. Cinsiyet değişikliği süreci tamam-

<sup>32</sup> **Özdamar**, Demet: Türk Hukukunda Özellikle Türk Medenî Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 348.

<sup>33</sup> TMK'nin 40. madde gerekçe metni, Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, www.corpus.com.tr (20.08.2018); **Cumaloğlu**, www.jurix.com.tr (10.08.2018).

<sup>34</sup> **İ. Sağlam**, s. 461; **Atamer/Taşkın**, s. 741.

<sup>35</sup> **Dural/Öğüz**, s. 119.

<sup>36</sup> **Tekin**, s. 39, 40.

<sup>37</sup> **Güven**, (Cinsiyet Değişikliği), s. 44, 45'ten aktaran **Hakeri**, Hakan: Cinsiyet Değiştirme Hukuku, <http://www.sdplatform.com/Dergi/756/Cinsiyet-degistirme-hukuku.aspx> (20.08.2018)

landıktan sonra bu kişilere yönelik tanımlama farklılaşmaktadır. Cinsiyet değişikliğinin tamamlanması sonrasında, biyolojik cinsiyet ile cinsel kimlik arasındaki uyumsuzluk giderilmiş olmaktadır. Doktrinde, transseksüel ve travesti ifadelerini kapsayan ve cinsel kimliği ile biyolojik cinsiyeti örtüşmeyen kişileri ifade eden “transgender” kelimesinin zıt anlamı olarak “cisgender” veya “natrans” terimleri kullanılmaktadır<sup>38</sup>. Dolayısıyla artık geçiş sürecini tamamlamış bu kişi için biyolojik cinsiyeti ile cinsiyet kimliği örtüşen kişileri tanımlayan “cisgender” teriminin kullanılabilmesi kanaatindeyim.

Cinsiyetini değiştirmek isteyen kişinin transseksüel yapıda ve cinsiyet değişikliğinin kişinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğu eğitim ve araştırma hastanesinden alınan resmî sağlık kurulu raporunda belirlenmelidir<sup>39</sup>. Cinsiyet değişikliğinin kişinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması demek, Atamer/Taşkın’a göre, ancak cinsiyet değiştirme ameliyatı olunması halinde çekilen acı ve ıstıraplardan kurtulmak şeklinde ifade edilebilir<sup>40</sup>.

Açıklanan şartları taşıyan kişi hakkında, mahkeme, cinsiyet değişikliği ameliyatı olabilmesine izin vermektedir.

### **C. Cinsiyet Değiştirme Ameliyatı ve Nüfus Kaydında Değişiklik Yapılması**

TMK’nin 40. maddesinin birinci fıkrasındaki koşulları taşıyan; 18 yaşını doldurmuş olan, evli olmayan, transseksüel yapıda olan, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınan resmî sağlık raporuyla kanıtlayan kişi, cinsiyet değişikliği ameliyatı için mahkemenin izin kararı çıkması akabinde, plastik cerrahi ameliyatı türü olan cinsiyet değiştirme ameliyatını olmaktadır. Cinsiyet değiştirme ameliyatı sonrasında da kişi, sürekli kontrol altında tutularak hormonal ve psikolojik tedavi görmektedir<sup>41</sup>. Kanunda, izin kararı sonrasında kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olması için kendisine verilmiş azami bir süre bulunmamaktadır. Atamer/Taşkın, cinsiyet değiştirme ameliyatının makul sürede gerçekleştirilmemesi ihtimalinde, şayet mahkemece ameliyata izin verilen koşulların halen mevcut olup olmadığı konusunda şüpheye düşülüyorsa, ameliyatı gerçekleştirecek doktorlar tarafından yeni bir mahkeme kararının aranması gerektiği görüşündedir<sup>42</sup>. Cinsiyet değişik-

<sup>38</sup> **Özkan**, Serhat: “Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki ve Toplumsal Boyutu: Haklar ve İhlaller”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2017, Sayı:1, s. 65; Transgender ve Toplumsal Cinsiyete Uymayan Kişilerle Psikolojik Uygulamalar Kılavuzu, Çev. Koray Başar, Vahap Karakuş ve Turgay Bayındır, Ed. Koray Başar, Zeynep Akkuş ve Turgay Bayındır, Amerikan Psikologlar Derneği, Aralık, 2015, s. 69, 72, 73.

<sup>39</sup> **İ. Sağlam**, s. 462.

<sup>40</sup> **Atamer/Taşkın**, s. 731.

<sup>41</sup> **Bafra**, Jale: “Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar”, Türkiye Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi, Yıl:2004, Sayı:1, s. 47.

<sup>42</sup> **Atamer/Taşkın**, s. 747.

liği ameliyatına izin kararından itibaren çok uzun bir süre geçmişse ve ameliyat gerçekleşmemişse bu ihtimalde ameliyata izin verilen koşulların hala mevcut olup olmadığı konusunda şüpheye düşülse de doktorlar tarafından yeni bir mahkeme kararının aranmasının gerekli olmadığı görüşündeyim. Mahkemenin cinsiyet değişikliğine izin kararını vermesinin üzerinden uzun bir süre geçmiş olsa da kişi psikolojik anlamda kendini hazır hissettiği an cinsiyet değişikliği ameliyatı olmak üzere hastaneye gittiğinde sırf mahkeme kararının üzerinden uzun bir süre geçmiş olması sebebiyle ameliyatı yapacak doktorların trans bireyden yeni tarihli bir mahkeme kararı getirmesinin istemesi biyolojik cinsiyeti ile cinsel kimliği arasında uyumsuzluk olduğu için rahatsızlık duyan ve hukuken olmak istediği cinsel kimliğe kavuşmak için aşması gereken hukuki prosedürler içerisinde kaybolan bireyin hayatını daha da zorlaştıracaktır. Mahkemenin cinsiyet değişikliğine izin kararı sonrasında trans birey çeşitli ekonomik ve psikolojik sebeplerle veya daha da önemlisi cinsiyet değişikliğini çok istemesine rağmen sağlığından endişe duyduğu için de hemen izin kararı akabinde kendini ameliyat olmaya hazır hissetmeyebilir.

TMK, geçirilen ameliyatın “*amaç ve tıbbi yöntemlere uygun*” olmasını aramaktadır. Amaca ve tıbbi yöntemlere uygun cinsiyet değiştirme ameliyatının tam olarak neyi ifade ettiği kanun metninde açıklanmamıştır. Ameliyat, transseksüel kişinin istediği herhangi bir hastanede gerçekleştirilebilir, bu konuya kanun tarafından getirilmiş bir sınırlama yoktur<sup>43</sup>.

Transseksüel birey amaca ve tıbbi yöntemlere uygun cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirdiğini doğrulayan resmî sağlık kurulu raporunu mahkemeye sunduktan sonra mahkemece nüfus kaydında gerekli düzenlemenin yapılmasına karar verilir<sup>44</sup>. Nüfus kaydında düzeltme yapılması kararı akabinde, nüfus kaydına cinsiyet değişikliği işlenecektir<sup>45</sup>.

## II. ANAYASA MAHKEMESİNCE VERİLEN KARARLARDA CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ

TMK'nin “*Cinsiyet Değişikliğinde*” başlıklı 40. maddesine ilişkin AYM tarafından verilen üç karar mevcuttur. Kararlardan ilk ikisi, itiraz yolu; sonuncusu ise bireysel başvuru üzerine verilen kararlardır.

### A. İtiraz Yolu Üzerine Verilen Kararlar

AYM'nin, TMK'nin 40. maddesi ile ilgili itiraz yolu üzerine vermiş olduğu iki karar mevcuttur. Bunlardan ilki, TMK'nin 40. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasanın 17. maddesine aykırılığı iddiasıyla; ikincisi ise TMK'nin 40.

<sup>43</sup> Atamer/Taşkın, s. 749.

<sup>44</sup> Atamer/Taşkın, s. 759, 760; Turan Başara, s. 256; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 150.

<sup>45</sup> Turan Başara, s. 256.

maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasanın 10., 17. ve 20. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptal edilmesi taleplerine ilişkindir. Anılan iki davadan biri diğerinden 2 yıl önce açılmış olmasına karşın; her iki dava da aynı günde karara çıkmış ve aynı günlü resmi gazetede yayınlanmıştır. Ancak açıklanacağı üzere, verilen iki karar da cinsiyet değişikliği sürecinin farklı aşamaları hakkında birtakım neticeler içermektedir.

### **1. AYM'nin 2015/79 E. 2017/164 K. Sayılı Kararı<sup>46</sup>**

#### **a. İtiraz Edilen Hüküm**

İtiraz üzerine açılan bu davada iptali istenen TMK'nin 40. maddesinin ikinci fıkrasında, mahkemece cinsiyet değişikliği izninin verilmesi sonrasında, mahkemenin cinsiyet değişikliğine karar verebilmesi ve cinsiyet değişikliğinin kişisel durum siciline işlenebilmesi için, "*amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporu ile doğrulanması gerektiği*" ifade edilmektedir. Türk hukukunda kişilerin doğuştan sahip oldukları biyolojik cinsiyetten farklı bir cinsiyet ile hukuk düzeninde resmi olarak tanınmaları, ancak bir cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmeleri halinde mümkün olabilmektedir<sup>47</sup>.

#### **b. İptal Gerekçesi**

Davada, transseksüel kişilerin sırf erkeklığe ilişkin cinsel organ ameliyatı olmamaları sebebiyle kadın kimliği taşımaya zorlandığı ve bu durumun da kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına aykırılık teşkil ettiği iddia edilmiştir<sup>48</sup>. Diğer bir deyişle, kişinin nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinde değişiklik yapılabilmesi için cinsiyet değişikliği ameliyatının gerçekleşmiş olması ve dolayısıyla kişinin bedensel bütünlüğüne dokunulmasının, Anayasanın 17. maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiği öne sürülmüştür.

#### **c. Kararın İncelenmesi**

Esas incelemesine geçildiğinde, AYM, iptali istenen hükmün her ne kadar AY'nın 17. maddesine aykırılık gerekçesi ileri sürülmüş olsa da temel hakların sınırlandırılması hakkındaki AY'nın 13. maddesi ile özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesi ile de ilgili olduğunu belirtmek suretiyle 17. maddenin yanında 13. ve 20. maddelere ilişkin de incelemelerde bulunmuştur<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> K.T. 29.11.2017, R.G. tarih, 20.03.2018, R.G. sayı 30366.

<sup>47</sup> **Atamer/Taşkın**, s. 719.

<sup>48</sup> AYM K.T. 29.11.2017, 2015/79 E. 2017/164 K, para.6.

<sup>49</sup> AYM K.T. 29.11.2017, 2015/79 E. 2017/164 K, para.7.

Trans kişilerin nüfus sicilindeki cinsiyet hanesini değiştirme talepleri, maddî ve manevî varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel hayata saygı hakkı kapsamındadır<sup>50</sup>. Trans bir bireyin cinsiyetini değiştirmesi, onun cinsel kimliğiyle ilgilidir; cinsel yönelimine ilişkin değildir<sup>51</sup>. Cinsiyet değiştirmek, esasen kişinin cinsel kimliğini ilgilendirmekte olup maddi ve manevi varlığı ile doğrudan bağlantılıdır.

TMK'nin 40. maddesi ile cinsiyet değişikliği düzenlenirken; doğum ile sahip olunan cinsel organın farklılığı şeklinde tanımlanan biyolojik cinsiyet teriminin göz önüne alındığı, cinsiyetinin değişmesini isteyen kişinin öncelikle bu konuda izin verilmesi için mahkemeye başvurması, mahkemenin vereceği izin ile cinsiyet değiştirme ameliyatını olacağı ve ameliyat sonrasında da cinsiyet değişikliğinin nüfus siciline işleneceğine karar verileceği belirtilmiştir. TMK'nin 40. maddesi bu haliyle AY 17. maddede yer alan maddî ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile 20. maddede yer alan özel hayatın gizliliğinin korunması hakkını sınırlandıran kanuni bir düzenlemedir<sup>52</sup>.

AYM, TMK'nin 40. maddesinin AY 17. ve 20. maddesi bakımından kanuni bir sınırlandırma getirdiğini açıkladıktan sonra, anılan sınırlandırmanın "*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması*" başlıklı 13. maddesinde yer alan güvence ölçütlerinden, hakkın özüne dokunmama, demokratik toplum düzeninin gereklerine, ölçülülük ilkesine, Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve kanunla sınırlanma ölçütlerine uygun olması gerektiğini ifade etmiştir. Daha sonra kararda sınırlamanın anılan güvence ölçütlerini karşılayıp karşılamadığı hususlarında değerlendirmelere geçilmiştir.

AYM, hukuk düzeninde mevcut nüfus kayıtlarında yer alan cinsiyet bilgisinin biyolojik cinsiyet esas alınarak tutulduğunu, biyolojik cinsiyetin de istisnai hallerde değiştirilebildiğini, belirli şartların sağlanması akabinde cinsiyet değişikliği ameliyatı sonucunda anılan değişikliğin yapılabildiği belirtilmiştir<sup>53</sup>. Cinsiyet değişikliği ameliyatının gerçekleştirilmesinin geri dönüşünün olmaması ve kişinin sağlığı açısından ameliyatın risk taşıma olasılığının olması sebebiyle ameliyatın devlet denetimine tabi tutulduğu, bu nedenle de sınırlama oluşturan kanun hükmünün düzenlendiği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle sınırlama teşkil eden TMK'nin 40. maddesinin kanunla sınırlama güvencesini sağladığı belirtilmiştir.

Sınırlama teşkil eden kanun hükmü ile trans bireyin nüfus kaydındaki cinsiyet hanesini değiştirebilmesi için cinsiyet değiştirme ameliyatı olması yüküm-

<sup>50</sup> AYM K.T. 29.11.2017, 2015/79 E. 2017/164 K, para.13.

<sup>51</sup> **Kaptan**, Seven: "Eşcinsellik Tedavisi Olmayan Bir Hastalık Değildir, Hastalık Olmadığı İçin Bir Tedavisi Yoktur!", Aile Sağlığı ve Planlaması Vakfı Görünüm Dergisi, Sayı:13, Yıl:2013, s. 8; KaosGL Sözlük, <http://www.kaosgldernegi.org/belge.php?id=sozluk> (13.11.2018)

<sup>52</sup> AYM K.T. 29.11.2017, 2015/79 E. 2017/164 K, para.17.

<sup>53</sup> AYM K.T. 29.11.2017, 2015/79 E. 2017/164 K, para.24.

lülüğü getirilirken; ameliyat olmak yükümlülüğü karşısında cinsiyet değişikliğinin hukuk düzenince tanınması olanağının sağlandığı dile getirilmiştir<sup>54</sup>. Anılan kanun maddesiyle getirilen cinsiyet değişikliği ameliyatı yükümlülüğünün kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olup olmamak konusundaki seçim hakkına ve cinsel yaşamı ile ilgili tercihlerine müdahale teşkil etmediği ifade edilmiştir. İptali istenen kural ile getirilen sınırlamanın kamu düzeninin korunması meşru amacına hizmet ettiği ve nüfus kayıtlarının kalıcı ve tereddütsüz olması gibi demokratik bir toplum düzeninde gerekli zorlayıcı toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı, sınırlamanın kişinin cinsiyet değiştirme hakkını tamamen ortadan kaldırmadığı yani hakkın özüne dokunmadığı belirtilmiştir<sup>55</sup>. Ameliyat olmaksızın biyolojik cinsiyeti ile nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinde farklılık olması ihtimalinde, bu durumun, kişilerin biyolojik cinsiyeti nedeniyle yararlanmadığı belirli haklardan yararlanmak veya yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla kötüye kullanılmasına sebebiyet verebileceği AYM tarafından belirtilmiştir.

Son olarak, AYM kararında, cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirilmeksizin biyolojik cinsiyeti ile nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinin farklı olması durumunun hukuk düzeninde sorunlar yaratacağı ve toplum düzenine olumsuz yansımaları olacağı belirtilmiştir. Cinsiyet değişikliği konusunda trans bireylere TMK'nin 40. maddesinin ikinci fıkrası ile getirilen sınırlama, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik bir sınırlandırmadır. Ancak bu sınırlandırma kanuni, kamu düzeninin gözetildiği, demokratik toplum gereklerine uygun ve ölçülü bir sınırlandırma olduğundan AYM iptal isteminin reddine karar verilmiştir<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> AYM K.T. 29.11.2017, 2015/79 E. 2017/164 K, para.30.

<sup>55</sup> AYM K.T. 29.11.2017, 2015/79 E. 2017/164 K, para.32.

<sup>56</sup> AYM K.T. 29.11.2017, 2015/79 E. 2017/164 K, para.36; Karar, 10 üyenin hak ihlali yoktur oyuna karşı 6 üyenin hak ihlali vardır karşı oyuyla kabul edilmiştir. Karşı oy gerekçelerinde, uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk argümanlarında cinsel kimliğin hukuk tarafından tanınması için ameliyat olmak gerekliliğinin insan haklarına saygı ilkesinin ihlali olarak görüldüğü ve cinsel kimliğe müdahalelerin insan onuru ile bağdaşmadığına dikkat çekilmiştir. İptali istenen kuralın biyolojik cinsiyet tanımından hareketle, kişinin kendisini ait olduğunu düşündüğü cinsiyete hukuken kavuşup, bunu hukuk âlemine kabul ettirmesi için beden bütünlüğünü bozma riski taşıyan bir ameliyat olmaya zorlanmasının kamu düzeni ile bireysel menfaat arasında birey aleyhine ciddi bir yük getirmesi eleştirilmiştir. İptali istenen düzenleme ile kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunması ve geliştirilmesi haklarına getirilen müdahalenin demokratik bir toplumda zorlayıcı ihtiyaçları karşılamadığı ve ölçülü olmadığı ifade edilmiştir. Karşı oy gerekçesinde ayrıca TMK'nun 40. maddesine ilişkin açılan ikinci dava olan 2017/130 E. 2017/165 K. sayılı karara da atıflar yapılmıştır. ("*Mahkememizin, Kanununun 40. maddesinin birinci fıkrasında geçen "... ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu..." ibaresinin iptaline ilişkin ilişkin 29/11/2017 tarihli ve 2017/130 E., 2017/165 K. sayılı kararında da, ikinci fıkrada öngörülen cinsiyet değiştirme ameliyatına göre daha az risk taşıyan tıbbi 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.*")

Anılan karardan anlaşılır; TMK.’nin 40. maddesinin ikinci fıkrasının öngördüğü cinsiyet değişikliği ameliyatı gerçekleştirilmeksizin, hukuken kişinin cinsiyet değişikliğinin tanınmayacağı; bunun da sebebinin kamu düzeninin korunması olduğu; kamu düzeninin korunmasının karşısında AYM’nin bireylerin vücut bütünlüğüne yapılacak müdahaleyi haklı bulduğu şeklinde ifade edebiliriz.

## 2. AYM’nin 2017/130 E. 2017/165 K. Sayılı Kararı<sup>57</sup>

### a. İptali İstenen Hüküm

Davada iptali istenen hüküm, TMK’nin 40. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve cinsiyet değişikliği için aranacak şartlardan “... ve üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunduğunu” şeklindeki şarttır. İptali istenen şart ile cinsiyet değişikliğine mahkemenin izin vermesi, transseksüel bireyin cinsiyet değişikliği ameliyatı öncesinde “sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun bulunuyor olması” şartına bağlanmıştır. Şu halde; transseksüel bireyin cinsiyet değiştirebilmesi için; ya doğuştan üreme yeteneğine sahip olmaması ya da doğduktan sonra üreme yeteneğini kaybetmiş olması mahkemelerce aranmaktadır. Buna karşın, üreme yeteneğine sahip transseksüeller, TMK’nin 40. maddesi uyarınca cinsiyetlerini değiştirememektedirler. Uygulamada, üreme yeteneğine sahip olan transseksüel bireyler cinsiyet değiştirme ameliyatı öncesinde, cerrahi müdahale ile kısırlaştırılmak zorunda kalmaktadırlar. Kısırlaştırma müdahalesi kişilere fiziksel ve psikolojik olarak yük getirmektedir<sup>58</sup>.

### b. İptal Gerekçesi

Davada, iptali istenen cinsiyet değişikliği konusunda aranan şartın, üreme yeteneğinden sürekli yoksun olmayan transseksüel bireylerin cinsiyetlerini değiştirememelerine sebebiyet verdiği; bu durumun aynı zamanda üreme yeteneğinden yoksun olan ile olmayan transseksüel bireyler arasında eşitsizliğe sebep olduğu ve Anayasanın 10. 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir<sup>59</sup>.

### c. Kararın İncelenmesi

Her ne kadar itiraz yoluna başvuran mahkemenin başvuru kararında iptali istenen madde hükmünün AY’nın 10. 17. ve 20. maddesine aykırılığı ileri sürülmüş olsa da AYM, kararda AY’nın temel hakların sınırlandırılması hakkındaki 13. maddeye ilişkin de incelemelerde bulunmuştur<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> K.T. 29.11.2017, R.G. tarih, 20.03.2018, R.G. sayı 30366.

<sup>58</sup> Atamer/Taşkın, s. 732.

<sup>59</sup> AYM K.T. 29.11.2017, 2017/130 E. 2017/165 K. para.6.

<sup>60</sup> AYM K.T. 29.11.2017, 2017/130 E. 2017/165 K. para.7.



Hak ve özgürlükler sınırsız olmadığından, her hak ve özgürlüğün kendi niteliğinden doğan norm alanını çevreleyen nesnel ve doğal sınırları bulunduğu kabul edilir<sup>61</sup>. Nesnel ve doğal sınır haricinde hakların Anayasadan kaynaklanan sınırları da vardır<sup>62</sup>. Anayasal sınırlar, bazen temel hakkın kendi tanımında yer alan bazen de hakların norm alanlarının birbirini sınırlaması şeklinde ortaya çıkan sınırlardır<sup>63</sup>. Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlanması hususunda, Anayasanın 13. maddesi ile birlikte hakkın nesnel ve anayasal sınırları göz önüne alınır.

İncelenen kararda, AYM, cinsiyet değişikliği için “üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak” şartını, AY 17. maddede yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile AY 20. maddede yer alan özel hayata saygı hakkı açısından ele almıştır. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel hayata saygı hakkına getirilecek sınırlamaların, AY 13. maddeye uygun olması gerektiği ifade edilerek 13. maddede yer alan güvence koşulları incelemesine geçilmiştir.

İptali istenen “üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak” şartı ile cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel hayata saygı hakkının sınırlandırıldığı ifade edilmiştir. Bu halde haklara getirilen sınırlamanın Anayasaya ve hukuka uygun olabilmesi için 13. maddeye uygun olması gerekmektedir.

AYM’ye göre, iptali istenen kural ile getirilen sınırlamanın amacı, “*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*”<sup>64</sup> olarak belirlenmiştir.

<sup>61</sup> **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım, 17. Baskı, İstanbul, 2018, s. 126; **Erdoğan**, Mustafa: Anayasa Hukuku, Orion Kitabevi, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, 2009, s. 183; **Kaboğlu**, İbrahim Ö. : Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 248 vd.; Diğer bir deyişle “eşyanın tabiatında mevcut sınırdır”, “objektif sınır” için Bkz. **Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Ankara, 2014, s. 112; **Atar**, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara, 2017, s. 137; **Kaboğlu**, s. 248.

<sup>62</sup> **Sağlam**, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 22; **Sağlam**, Mehmet: “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Sebebine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:19, 2002, s. 256.

<sup>63</sup> **F. Sağlam**, s. 21, 22; **M. Sağlam**, s. 257.

<sup>64</sup> AYM K.T. 29.11.2017, 2017/130 E. 2017/165 K, para.20.

AYM, cinsiyet değişikliği ameliyatı öncesinde cinsiyet değişikliğine mahkeme tarafından izin verilmesi aşamasında aranan “üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak” şartını değerlendirirken, bu şartın, birey üzerinde bıraktığı sonuç ekseninden hareket etmiştir. Kararda, “*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, ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımaktadır.*”<sup>65</sup> ifadeleri ile anılan şartın hakka getirdiği sınırlama, ulaşılmak istenen amaç ile araç arasındaki orantıyı sağlamadığı gerekçesiyle ölçüsüz bulunmuştur. Ulaşılmak istenen sonuç, üreme yeteneğinin kaybedilmesi ise, bu sonuca zaten cinsiyet değişikliği ameliyatı akabinde ulaşılabilecektir. Buna rağmen düzenleme ile bireyin maddi varlığına ameliyat öncesinde fazladan bir tıbbi müdahale uygulanmak suretiyle üreme yeteneğini kaybetmesi istenmektedir. Bu halde cinsiyet değiştirmek isteyen birey, hem ameliyat olmakta hem de ameliyat öncesinde üreme yeteneğini kaybetmek için bir tıbbi müdahaleye daha maruz kalmaktadır. Kaldı ki, cinsiyet değişikliği ameliyatı aşamasına gelindiğinde, AYM, bireyin ameliyattan vazgeçmesi ihtimalinde üreme yeteneğini kaybetmiş olacağından telafisi imkânsız zarara sebebiyet verileceğinin üzerinde de durmuştur. Bu nedenlerle iptali istenen düzenlemenin kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel hayata saygı hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturduğuna karar verilmiştir.

Üreme yeteneğinin kaybedilmesi, cinsiyet değiştirme ameliyatının bir sonucu olduğundan transseksüel birey, üreme yeteneğine sahip olsa da olmasa da cinsiyet değiştirme ameliyatı akabinde üreme yeteneğini kaybetmiş olacaktır. Dolayısıyla cinsiyet değiştirme ameliyatı öncesinde cinsiyet değişikliğine mahkemece izin verilebilmesinin üreme yeteneğinin bulunmaması şartına bağlanmasını AYM, AY’nın 13. 17. ve 20. maddelerine aykırı bulmuştur. İptali istenen şartın AY’ya aykırı bulunarak iptal edilmesi üzerine her ne kadar itiraz yoluna başvuran mahkeme, başvuru kararında AY’nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine yönelik aykırılığın da bulunduğunu belirtmiş ise de, AYM eşitlik ilkesi yönünden inceleme yapmamıştır.

<sup>65</sup> AYM K.T. 29.11.2017, 2017/130 E. 2017/165 K, para.25.

## B. Bireysel Başvuru Üzerine Verilen M.K. Kararı<sup>66</sup>

M.K. kararı, cinsiyet değişikliğini düzenleyen TMK'nin 40. maddesi ile ilgili olarak verilen ilk bireysel başvuru kararı olması sebebiyle önem arz etmektedir. M.K. kararı, cinsiyet değişikliğini düzenleyen TMK'nin 40. maddesinde yer alan “*sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun bulunmak*” şartının iptal edilerek resmî gazetede yayınlanmasından 2,5 ay sonra verilen bir karardır.

M.K. kararında, cinsiyetini değiştirmek isteyen başvurucunun, cinsiyetini değiştirmesine yerel mahkeme tarafından “*üreme yeteneğinin bulunması nedeniyle cinsiyet değişikliğine izin verilmesi şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle*” izin verilmeyerek açmış olduğu dava reddedilmiştir. Ret kararının kesinleşmesi üzerine başvurucu tarafından maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiası ile AYM'ye başvurulmuştur.

### 1. Başvurucunun İddiaları

Cinsiyet değişikliğine mahkemece izin verilmeyen başvurucu, “*üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak*” şartının transseksüelleri kısırlaştırmaya zorladığını; ayrıca, evlilik aşamasında olmasına rağmen kimliğini değiştiremediğini ve sosyal yaşamında sorunlarla karşılaştığını, söz konusu şartın maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir<sup>67</sup>.

### 2. Kararın İncelenmesi

Bilindiği üzere, bireysel başvuru<sup>68</sup> veya Anayasa şikâyeti AYM'nin temel işlevini oluşturan, temel hak ve özgürlükleri koruma konusundaki eksikliği gidermenin bir yolu olarak geliştirilmiştir. Bireysel başvurunun temel amacı, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğine inandıkları her türlü kamu müdahalesine karşı, AYM'den hukuksal koruma talebine olanak sağla-

<sup>66</sup> AYM K.T. 12.06.2018, 26.07.2018 R.G. tarih, 30490 R.G. sayı, Başvuru No:2015/13077.

<sup>67</sup> AYM K.T. 12.06.2018, Başvuru No:2015/13077, M.K. başvurusu, para.37.

<sup>68</sup> Bireysel başvuru ifadesi yerine Alman anayasa öğretisinde geçen adı olan “anayasa şikâyeti (Verfassungsbeschwerde)” terimi de kullanılmaktadır. Ancak çalışmamızda 1982 T.C. Anayasasında ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da “Bireysel Başvuru” terimi yer aldığından bu terimin kullanılması tercih edilmiştir. Federal Alman Anayasa Hukukunda yer alan “Anayasa Şikâyeti” hakkında daha fazla bilgi için Bkz. **Sabancı**, M. Yavuz: “Federal Almanya'da Anayasa Şikâyeti”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl:1982, Cilt:37, Sayı:3, ss. 139-152; Latin ülkelerinde ve İspanya'da anayasal hak ve özgürlükleri korumak için doğrudan yetkili mahkemeye bireysel başvuru hakkının genel anlamda “amparo” ismi verilen usul ile korunduğu ve bu dava türünün bizim ülkemizde “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru” olarak yer aldığı hakkında, Daha fazla bilgi için Bkz. **İnceoğlu**, Sibel: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2017, (Latin Modelleri), s. 3 ve devamı.

maktır<sup>69</sup>. Bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için, ihlal edildiği iddia edilen temel hak ve özgürlük hem 1982 Anayasasında hem de ülkemiz tarafından imzalanıp iç hukukumuza dâhil edilen AİHS’de ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu Protokoller kapsamındaki<sup>70</sup> bir hakka ilişkin olmalıdır<sup>71</sup>. AİHS metninde açıkça yer almayan ancak AİHM içtihatlarıyla kişi haklarıyla bağlantılı görülerek AİHS kapsamı içinde görülen hak ve özgürlükler açısından bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi mümkündür<sup>72</sup>.

M.K. kararında, başvuru, AY’nın 17. maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Bireysel başvuruya Anayasanın ve AİHS’in ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlükler konu edilebilmektedir. AY’nın 17. maddesinde bulunan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, AİHS’de açıkça yer almamaktadır. Ancak AYM, bu hakkın AİHS’in 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık geldiğini ve bu nedenle de bireysel başvuruda inceleme konusu yapıldığını belirterek inceleme yapmıştır<sup>73</sup>.

Somut uyumsuzlukta bireysel başvuruya ilişkin kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı uygulanabilir olduğundan AYM öncelikle bu hakka yönelik kamu makamlarının bir müdahalesinin olup olmadığını incelemiştir. AYM başvuruçunun başlatmaya çalıştığı cinsiyet değiştirme sürecinde, ameliyattan önce üreme yeteneğinden vazgeçmesini zorunlu kılan kısırlaştırma operasyonuna yönlendirilmesi nedeniyle başvuruya konu kararın başvuruçunun maddi bütünlüğüne müdahale oluşturduğunu belirtmiştir<sup>74</sup>.

Kararda, her ne kadar temel hakka yapılan müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı konusunda AY 13. maddeden söz edilse de kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplum düzeninde gereklilik ile ölçülülük kriterleri açısından

<sup>69</sup> **Yokuş**, Sevtap: Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), (Ed. Sevtap Yokuş), Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 32, 33.

<sup>70</sup> **Ekinci**, Hüseyin/**Sağlam**, Musa: 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, T.C. Anayasa Mahkemesi, <http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/66-Soruda-Anayasa-Mahkemesine-Bireysel-Basvuru.pdf>, s. 12, (01.06.2018); **İnceoğlu**, s. 238.

<sup>71</sup> **Turabi**, Selami: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 55; **Kuş**, Mustafa: Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), (Ed. Sevtap Yokuş), Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 80; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/**Önok**, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, 2016, s. 728, 732.

<sup>72</sup> **İnceoğlu**, Sibel: “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Ed. Sibel İnceoğlu), Kısım I, Bölüm I, Beta Basım, İstanbul, Tıpkı 3. Baskı, 2013, (Anayasa ve AİHS), s. 11; **Kuş**, s. 81.

<sup>73</sup> AYM K.T. 12.06.2018, Başvuru No:2015/13077, M.K. başvurusu, para.42.

<sup>74</sup> AYM K.T. 12.06.2018, Başvuru No:2015/13077, M.K. başvurusu, para.50.

inceleme yapılmıştır. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına devlet tarafından yapılacak müdahalenin ihlal yaratmaması için; kanunla öngörülmüş olması, meşru bir amaca hizmet ediyor olması ve demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olması gerekmektedir. Müdahaleyle ilişkin değerlendirme kriterleri AİHM'in önüne gelen uyuşmazlıklarda uyguladığı değerlendirme kriterleri olup, AYM de iç hukukta önüne gelen uyuşmazlıkları AİHM'in uyguladığı değerlendirme kriterlerine göre inceleyip çözüme kavuşturmaktadır.

Kanunilik kriteri açısından, M.K. kararında, cinsiyet değişikliğini düzenleyen TMK'nin 40. maddesinin birinci fıkrasında "üreme yeteneğinden sürekli yoksun olmak" şartının aranması sebebiyle, AYM müdahalenin kanunilik kriterini taşıdığı tespitinde bulunmuştur<sup>75</sup>. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına müdahale eden TMK'nin 40. maddesinin kamu düzeninin sağlanması ve genel sağlığın korunması meşru amaçlarına hizmet ettiği belirtilmiştir. AYM müdahalenin kamu düzenini nasıl ve ne şekilde sağladığı konusunda açıklama yapmazken; genel sağlığın korunması amacı ile ilgili olarak cinsiyet değiştirme ameliyatının kişinin sağlığı açısından taşıdığı risklere işaret etmiştir<sup>76</sup>. Temel hakka müdahalenin meşruluk denetiminde AYM, AİHM'in kriterlerini kullanırken, üçüncü kriter olan demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük kriteri altında, AY 13. maddeye vurgu yapılmıştır. Müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerinden olması ve ölçülü olması açısından, üreme yeteneğine sahip olan transseksüel bireyin cinsiyet değişikliği ameliyatı öncesinde tıbbi müdahaleye maruz bırakılmasını öngören düzenleme ve bu düzenlemenin gerekli olup olmadığı incelenmiştir. Kamu düzenini sağlanması ve genel sağlığın korunması amaçlarının sağlanması için maddi ve manevi varlığa TMK'nin 40. maddesinde yer alan "üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak" ifadesi ile yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli olabilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyaca cevap verip vermediğinin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. AYM'ye göre, "Cinsiyet değiştirme ameliyatlarının geri dönüşünün olmaması ve taşıdığı riskler gözetilerek sağlığın korunması amacıyla getirildiği öne sürülen düzenlemenin ve buna dayanan uygulamanın başvuru gibi cinsiyet değiştirme kararlılığı içinde olan kişiler açısından önemi anlaşılabilir." <sup>77</sup> AYM tek bir tıbbi müdahale (cinsiyet değiştirme ameliyatı) ile ulaşılabilecek bir sonuç olan üreme yeteneğinden yoksunluk hâli için, ameliyat öncesinde kişinin maddi varlığına yönelik tıbbi müdahalede (kısırlaştırma işlemi) bulunulmasının gereksiz olduğu kanısındadır.

<sup>75</sup> AYM K.T. 12.06.2018, Başvuru No:2015/13077, M.K. başvurusu, para.53.

<sup>76</sup> AYM K.T. 12.06.2018, Başvuru No:2015/13077, M.K. başvurusu, para.55.

<sup>77</sup> AYM K.T. 12.06.2018, Başvuru No:2015/13077, M.K. başvurusu, para.64.

Cinsiyet değiştirme ameliyatı neticesinde üreme yeteneğini kaybetmek karşısında ameliyat öncesinde üreme yeteneğinden yoksunluk şartı sebebiyle transseksüel bireylerin kısırlaştırılması için fazladan tıbbi müdahaleye tabi tutulması hakkında AYM'nin 2017/130 E. 2017/165 K. sayılı iptal kararı ile TMK'nin 40. maddesindeki üreme yeteneğinden yoksun bulunmak şartı iptal edilmiştir.

M.K. kararında da üreme yeteneğinden yoksunluk şartının cinsiyet değişikliği ameliyatı öncesinde gerekliliğinin yerel mahkeme tarafından gerekçeli bir biçimde ortaya konulamaması sebebiyle, anılan şartın maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine karar verilmiştir. Karar gerekçesinde, üreme yeteneğinden yoksunluk şartının transseksüel bireyin bedensel ve ruhsal açıdan katlanması gerekli olmadığı, bu nedenle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkına ve aynı zamanda özel hayatına yapılan ölçüsüz bir sınırlama olduğu ifade edilmiştir. M.K. kararında, AYM'nin cinsiyet değişikliği konusunda itiraz yolu üzerine verdiği iptal kararına atıf yapmak suretiyle bu kararları bireysel başvuru içtihadı ile uyumlu hale getirmek suretiyle uyandığı görölmektedir.

### III. DEğERLENDİRMELER

Öncelikle, ölkemizdeki cinsiyet değişikliği ile ilgili hukuki süreci ifade edecek olursak, 4721 sayılı TMK'nin kabul edilmesinden itibaren 2018 yılına kadar TMK'nin 40. maddesinin TMK'de kabul edilen ilk halinin<sup>78</sup> uygulandığı söylenebilir. AYM'nin 29.11.2017 karar tarihli 2017/130 E. 2017/165 K. sayılı kararı ile “*üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak*” şartının iptal edilerek Resmî Gazete'de yayımlandığı 20.03.2018 tarihine kadar, cinsiyet değiştirmek isteyen kişilere mahkemece cinsiyet değişikliğine izin kararı verilebilmesi için kişinin üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunduğunu eğitim ve araştırma hastanesinden alınan resmî sağlık kurulu raporu ile ispatlaması istenmekteydi.

2015 yılında AİHM, TMK'nin 40. maddesi ile ilgili ihlal kararı vermiştir<sup>79</sup>. AİHM kararları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 46. maddesine göre, Sözleşmeciler devletler açısından bağlayıcıdır. Bağlayıcılığın bir sonucu

<sup>78</sup> TMK 40. madde: “(1) Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.

(2) Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekteştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”

<sup>79</sup> AİHM kararı için Bkz. K.T.10.03.2015, 14793/08, Y.Y. - Türkiye kararı, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-155902>

olarak Sözleşmeciler devletlerin AİHM kararlarından kaynaklanan yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülükler; AİHS'in 41. maddesinde yer alan zarar gören taraf lehine adil tazmin verilmesi, bireysel ve genel tedbirlerdir. Genel tedbirler kapsamında AİHS çerçevesinde Sözleşmeciler devletler davalarının tekrarlanmasını önlemek için yasal değişiklikler yapmak yükümlülüğü altındadır<sup>80</sup>.

Cinsiyet değişikliğine ilişkin olarak AİHM'in Türkiye aleyhine ihlal kararı vermiş olduğu Y.Y./Türkiye kararında, biyolojik cinsiyeti kadın olan başvuru- cunun, cinsiyet değişikliği ameliyatı olmak istemesi talebinin mahkemece TMK'nun 40. maddesinde yer alan şartlardan sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olmaması sebebiyle reddedilmesi üzerine, başvuru- cunun cinsel kimliği ve maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı üzerindeki olumsuz sonuçları nedeniyle AİHS'in 8. maddesinde korunan özel hayatına saygı hakkına müdahale olarak değerlendirmiştir<sup>81</sup>. AİHM tarafından cinsiyet değişikliği ameliyatı öncesinde üreme yeteneğine sahip olan transseksüel kişinin kanun tarafından zorunlu tutulduğu kısırlaştırma işleminin insanların başlıca bedensel fonksiyonların birine dayanması nedeniyle fiziksel ve ruhsal varlığının yanı sıra duygusal ve ailevi yaşamı da dâhil olmak üzere kişinin bütünlüğünün birçok yönü üzerinde etki ettiği ifade edilmiştir. Atamer/Taşkın'a göre, "AİHM'in yapmış olduğu inceleme cinsiyet değiştirme ameliyatına izin verilme- yerek yapılan müdahalenin AİHS 8(2) uyarınca haklı bir müdahale olup olma- dığına odaklanmaktadır."<sup>82</sup>

Y.Y./Türkiye kararında AİHM, ameliyat öncesinde sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olma şartının aranma sebebinin anlaşılabilmesi ve ameli- yat öncesi hormon tedavisi ve kısırlaştırmaya ilişkin usul ve yöntemlerin iç hukukta belirsiz olması sebebiyle başvuru- cunun özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>83</sup>.

Anılan AİHM kararı ile TMK'nin 40. maddesinin birinci fıkrasında bulu- nan "üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olmak" şartı, AİHS'in 8. mad- desinde yer alan özel hayata saygı gösterilmesi hakkına aykırı olduğundan AY 90. maddesinin beşinci fıkrası gereği, "(5)Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürür- lüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuş- mazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır." AİHS'e aykırı

<sup>80</sup> **Karaman**, Ebru: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmeme- sinden Doğan Sorumluluk", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 72, Sayı: 1, Yıl: 2014, s. 422.

<sup>81</sup> **Atamer/Taşkın**, s. 733.

<sup>82</sup> **Atamer/Taşkın**, s. 733.

<sup>83</sup> **Cumaloğlu**, www.jurix.com.tr (10.08.2018)

bulu-nan ve TMK'nin 40/1'de bulunan anılan şart bakımından AY 90/son hükmü göz önüne alındığında uluslararası sözleşme hükmüne öncelik tanınması gerekmektedir. Esasında AY 90/son uyarınca AİHM'in Y.Y./Türkiye kararı akabinde AİHM kararı ile iç hukuk hükmü arasında aynı konuda farklı hükümlerin bulunduğu görülmektedir. AİHM'in ihlal kararı, iç hukukumuzdaki kanun hükmü için "zımnî ilga" etkisi yaratmaktadır<sup>84</sup>. Bu hâlde 2015 yılından itibaren cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin almanın bir şartı olarak AY 90/son hükmü gereği "üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olmak" şartının AİHM'in Y.Y. kararının TMK'nin 40. maddesi üzerindeki zımnî ilga etkisi ile uygulanmaması gerektiği söylenebilecektir. Konu ile ilgili verilen AİHM kararı neticesinde, 2018 yılına kadar AİHS ile iç hukukumuz farklı hükümler içermiştir. Hatta, Yargıtay, AİHM kararı sonrasındaki dönemde, üreme yeteneğine sahip olan ve cinsiyetini değiştirmek isteyen bir davacı hakkında, konu ile ilgili AİHM kararı olmasına rağmen AİHM kararına aykırı olarak TMK 40/1 hükmüne göre karar vermiştir<sup>85</sup>.

AİHM'in Y.Y./Türkiye kararı sonrasında AYM'nin cinsiyet değişikliği konusunda itiraz yolu üzerine vermiş olduğu iki kararından ikincisinde<sup>86</sup>, anılan AİHM kararının olumlu etki ettiğini ve AİHM kararına uygun bir şekilde karar verdiğini görmekteyiz. İptal kararı ile AİHM kararı ve iç hukukumuzda cinsiyet değişikliğini düzenleyen hüküm arasındaki çatışmanın sadece "üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak" şartı açısından çözümlendiği söylenebilir<sup>87</sup>.

TMK'nin 40. maddesinde yer alan "üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak" şartının iptal edilmesi ile Y.Y./Türkiye kararı neticesinde Türkiye'nin AİHM kararından doğan genel tedbir alma yükümlülüğünün yasal düzenlemede değişiklik yapılması ile yerine getirildiği söylenebilir.

AYM'nin cinsiyet değişikliği konusunda itiraz yolu üzerine vermiş olduğu kararlardan ilkinde ise<sup>88</sup>, cinsiyet değişikliğinin hukuk düzeninde tanınması için transseksüel bireylerin cinsiyet değişikliği ameliyatı olması gerekliliğinin AY'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

AYM'nin bu kararı öncesinde, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 1728 (2010) sayılı Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılık konulu tavsiye kararının 16.11.2. maddesinde "Daha önceden kısırlaştırma veya cinsiyet değiştirme ameliyatı veya hormon tedavisi dâhil olmak üzere diğer tıbbi prosedürleri geçirme yükümlülüğü olmaksızın, bir bireyin tercih ettiği cinsiyet kimliğini yansıtan resmi belge edinme hakkını temin etmeyi" ele almak öneril-

<sup>84</sup> AYM K.T. 19.12.2013, Başvuru No:2013/2187, Sevim Akat Ekşi başvurusu, para.44.

<sup>85</sup> Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, K.T. 30.04.2015, 2014/18452 E. 2015/7159 K. sayılı kararı.

<sup>86</sup> AYM 2017/130 E. 2017/165 K. sayılı kararı.

<sup>87</sup> **Özkan**, s. 74.

<sup>88</sup> AYM 2015/79 E. 2017/164 K. sayılı kararı.



mektedir<sup>89</sup>. Yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla mücadele etmek için [alınacak] önlemler üzerine Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere yönelik CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararında ise cinsiyet değişikliği hakkında getirilen şartların kötüye kullanılmaması için yeniden geliştirilmesi tavsiye edilmiştir<sup>90</sup>. AYM kararında, anılan tavsiye kararının sadece karşı oy gerekçesinde ele alındığı, esas incelemesi içerisinde bu tavsiye kararlarından söz edilmediği görülmektedir.

Avusturya, Hırvatistan, Birleşik Krallık ve Portekiz gibi Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde cinsiyet değişikliğinin bu devlet hukuk düzenlerinde tanınması için cinsiyet değiştirme ameliyatı ve üreme yeteneğinden yoksun olmak gibi şartlar aranmamaktadır<sup>91</sup>. Cumaloğlu, diğer ülkeler tarafından da kabul gören modern yaklaşımın, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk, cinsiyet değiştirme ameliyatı ve hormon tedavisi koşullarını hukuka aykırı görmekte olduğunu ve Türkiye'de de bu konunun yeniden ele alınmasına ihtiyaç olduğunu belirtmiştir<sup>92</sup>. Özkan'a göre, AYM'nin TMK 40/1. maddedeki üreme yeteneğinden sürekli yoksun olmak koşulunu iptal etmesi, buna karşılık TMK 40/2 fıkrasının hukuka uygun bulunması olumlu ancak yetersiz atılan bir adım olup, anılan tavsiye kararları ışığında TMK 40/2'nin de iptal edilmesi gerekmektedir<sup>93</sup>. Atamer/Taşkın'a göre, "*transseksüel bireylerin tercih ettikleri cinsiyetlerinin resmî belgelere yansıtılması için ameliyat olmak zorunda bırakılmaları kişilerin vücut bütünlüğüne ciddi bir müdahaledir.*"<sup>94</sup> Şirin'e göre ise, TMK'nin 40/2. Fıkrası ile ilgili verilen kararda, kararın mevcut haliyle ayrımcılık doğurduğu, bunun yerine kişinin zihninde hissettiği ve deneyimlediği cinsiyete yönelik ameliyat düzeyine ulaşmayan koşullar getirilmesinin ölçülü olabileceğine dair bir gönderme veya pratik uyuşum ilkesine değinen bir karar verilebilmesinin de mümkün olacağı şeklindedir<sup>95</sup>.

Cinsiyet değişikliği konusunda AYM'nin itiraz yolu üzerine verdiği kararlardan cinsiyet değiştirme ameliyatı öncesinde aranan üreme yeteneğinden sürekli yoksun olmak şartının iptal edilmesi ile, AİHM'in Y.Y./Türkiye kararı ile iç hukukumuzdaki cinsiyet değişikliği düzenlemesi uyumlu hale getirilmiştir. AYM, iptal kararı öncesinde öğretide bu ön şartın hukuka aykırılığını ileri süren

<sup>89</sup> Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 29.04.2010 tarihli, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık hakkında 1728 (2010) sayılı Tavsiye Kararı [http://www.kaosgliderneji.org/resim/yayin/dl/avrupa\\_kons\\_ayrimcilikla\\_mucadele\\_standartlari.pdf](http://www.kaosgliderneji.org/resim/yayin/dl/avrupa_kons_ayrimcilikla_mucadele_standartlari.pdf) (21.08.2018)

<sup>90</sup> Cumaloğlu, [www.jurix.com.tr](http://www.jurix.com.tr) (10.08.2018)

<sup>91</sup> Özkan, s. 72, 73.

<sup>92</sup> Cumaloğlu, [www.jurix.com.tr](http://www.jurix.com.tr) (10.08.2018)

<sup>93</sup> Özkan, s. 74.

<sup>94</sup> Atamer/Taşkın, s. 757.

<sup>95</sup> Şirin, Tolga: "Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eş Cinsellik", [https://www.academia.edu/37982035/Homofobinin\\_Anayasal\\_Uretimi\\_](https://www.academia.edu/37982035/Homofobinin_Anayasal_Uretimi_) (24.12.2018)

yazarların haklı eleştirilerini AİHM kararı ile birlikte dikkate almıştır. İptal kararından sonra transseksüel bireyler, ameliyat öncesinde ayrıca bir kısırlaştırma olarak ifade edilen tıbbi müdahale geçirmek zorunda kalmayacaklardır. İptal edilen şartla birlikte transseksüel bireylerin cinsiyet değişikliklerinin kolaylaştığı da söylenebilir. M.K. bireysel başvuru kararında da, üreme yeteneğinden sürekli yoksun olmak şartının kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi, AYM'nin iptal edilen şartla ilgili itiraz üzerine verdiği kararındaki incelemelerinin bireysel başvuru kararına direkt olarak yansımaları oluşturmaktadır. M.K. kararı konu ile ilgili verilen ilk ve tek bireysel başvuru kararı olması nedeniyle önem arz etmektedir. Zira hak ihlaline sebep olan şart 20.03.2018 tarihinden itibaren yürürlükten kalkmıştır.

Ancak, cinsiyet değiştirmek için mahkemeden izin alınması akabinde hala, kişinin maddi varlığına tıbbi bir müdahale olarak cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirilmesi ve bu ameliyatın geçirildiğinin resmî sağlık kurulu raporu ile doğrulanması gerekmektedir. Doğrulama sonrasında, cinsiyet değişikliğinin nüfus kaydına işlenmesi söz konusudur. Cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirilmesi konusunda AYM ameliyat geçirilmeksizin cinsiyet değişikliğinin nüfus kaydında düzeltilmesini kamu düzeni meşru amacını sağlamak adına, demokratik bir toplumda gerekli müdahale olarak görmüştür. Bu anlamda, AYM'nin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin anılan tavsiye kararından farklı bir sonuca gittiği ve uluslararası standartların gerisinde kaldığı söylenebilecektir.

Cinsiyet değişikliğinin hukuk düzeninde tanınmasının amaca ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirilmesi neticesinde olabilmesi konusunda itiraz yolu üzerine verilen ret kararı sonucunda, AY'nın 152/4. maddesi gereği ret kararı AYM'ce işin esasına girilerek verildiğinden ret kararının Resmî Gazetede yayınlandığı 20.03.2018 tarihinden itibaren on yıl geçmedikçe (20.03.2028 tarihine kadar) TMK'nin 40/2 hükmünün AY'ya aykırılığı hususunda AYM'ye başvurulamayacaktır. Uluslararası ve karşılaştırmalı hukuka bakıldığında birçok ülkede cinsiyet değiştirmek için cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirilmesi gerekli olmamasına rağmen AYM'nin itiraz yolu üzerine vermiş olduğu ret kararı neticesinde, ülkemizde 20.03.2028 tarihine kadar TMK'nin 40/2 hükmünün AY'ya aykırılığı ile ilgili AYM'ye başvurulamayacaktır.

## SONUÇ

AYM'nin cinsiyet değişikliği konusunda üreme yeteneğinden sürekli yoksun bulunmak şartını iptal etmesinin transseksüel bireyler için getirdiği kolaylık yadsınamaz. Ancak iptal kararı, AİHM'in 2015 yılında verdiği Y.Y./Türkiye kararından 2 yıl sonra verilmiştir. 2 yıllık süreç içerisinde, iç hukukta transseksüel bireylerden cinsiyet değişikliği talebinde bulunanların, ameliyat öncesinde kısırlaştırma müdahalesi ile karşı karşıya kalmaları sebebiyle maddi ve

manevi varlıklarının korunması pek mümkün olmamıştır. AYM, 2015/79 Es. 2017/164 K. Sayılı kararında iptal talebinin reddine karar vermiş; 2017/130 Es. 2017/165 K. Sayılı kararında ise üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunmak şartının iptaline karar vermiştir. Anılan iki davadan verilen kararların karar tarihi 29.11.2017'dir. AY'nın 153. Maddesinin dördüncü fıkrasına göre; kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya TBMM içtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Yine anılan AY maddesinin son fıkrasına göre de; AYM kararları, Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek kişileri bağlar denilmektedir. Bakıldığında AYM'nin cinsiyet değişikliği hakkında vermiş olduğu iptal kararı her ne kadar 29.11.2017 tarihinde verilmiş olsa da Resmî Gazetede 20.03.2018 tarihinde, yani karar tarihinden yaklaşık 3,5 ay sonra yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Karar tarihi ile Resmî Gazetede yayımlanma tarihi arasında 3,5 ay olması bu 3,5 ay içerisinde AY'ya aykırılığı tespit edilmiş temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir normun uygulanmasına devam edilmesi anlamına gelmektedir ve iptal kararının yayımlanmasındaki 3,5 ay gecikmenin nedeni tarafımızca anlaşılamamaktadır.

Cinsiyet değişikliğinin nüfus kaydında düzeltilmesi için ameliyat geçirilmesi hususunda kararda dile getirilen ameliyat olmaksızın yapılacak nüfus kaydı düzeltmelerinde *"biyolojik cinsiyetine uygun olmayan bir durumun hukuken tanınmasına olanak sağlanacağı"* ifadesi AYM'nin nüfus kayıtlarında yalnızca biyolojik cinsiyeti esas aldığı göstermektedir. Ayrıca kararda, AYM'nin, uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk mevzuatına yer verilmediği görülmektedir. AYM, cinsiyet değişikliğinin nüfus kaydına işlenebilmesi için ameliyat olmak zorunluluğu getiren TMK 40/2 hükmünün getirdiği sınırlamanın, kişinin nüfus kaydında cinsiyet değişikliği yapabilme hakkını ortadan kaldırmamakta ya da kullanılamaz hâle getirmemekte olduğunu ifade etmektedir. Ancak biyolojik cinsiyete öncelik veren bu bakış açısı sebebiyle transseksüel olup, cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak (maddi varlığına müdahalede bulunulmasını) istemeyen kişilerin nüfus kaydında cinsiyet değiştirme taleplerinin önüne aşılama-yacak bir engel koymakta ve kişileri ameliyat olmaya zorlamaktadır. AYM tarafından verilen 2015/79 E. 2017/164 K. sayılı ret kararı ile ameliyat olmaksızın cinsiyet değişikliği yapmak isteyen trans bireyler, eğer bir hukuki değişiklik yapılmaz ise, (hukuki değişiklik kanun değişikliği ya da normun aykırı olduğu iddia edilen Anayasa hükümlerinin değişikliği olabilir) AY 152/4 uyarınca önümüzdeki 10 yıl boyunca daha ameliyat olmaya zorlanacaktır. Ameliyat zorunluluğu, transseksüel bireylerin sağlıklarını tehdit etmektedir.

Cinsiyet değiştirmek, hukukumuzda sadece TMK'nin 40. maddesinde iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Konu ile ilgili özel bir kanun mevcut değildir. Uluslararası ve karşılaştırmalı hukuka bakıldığında Almanya gibi ülkelerde konunun özel kanunlarla detaylı ve titizlikle düzenlendiği görülmektedir. Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, AY'da en az

yaşam hakkı kadar değerli olması sebebiyle yaşam hakkı ile aynı maddede düzenlenmektedir. Kişinin yaşamını onurlu bir şekilde sürdürebilmesi için yaşam boyunca mütemadiyen korunması gereken bir hak olduğu göz önüne alındığında, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile doğrudan bağlantılı olan cinsiyet değişikliğinin de detaylı bir şekilde özel kanun içerisinde düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyim. Özel kanun düzenlemesi kanımızca, cinsiyet değişikliği açısından maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının kişilere temin edilmesi, doğabilecek hak ihlallerinin önlenmesi açısından gereklidir.

## KAYNAKÇA

- Akipek**, Jale G./**Akıntürk**, Turgut: Türk Medenî Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Beta Basım, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul, 2007.
- Atamer**, Yeşim M./**Taşkın**, Z. Damla: “Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri”, Yargıtay Dergisi, Yıl:2016, Cilt:42, Sayı:4, s. 719-782.
- Atar**, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara, 2017.
- Aydın Beşen**, Meltem/**Aslan**, Ergül: “Transseksüalite: Genel Bakış (Derleme)”, Androloji Bülteni, Sayı:57, Yıl:2014, s. 145-148.
- Bafra**, Jale: “Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar”, Türkiye Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi, Yıl:2004, Sayı:1, s. 47-54.
- Doğru**, Osman/**Nalbant**, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 Ek Protokol 1-1, 1-2, 1-3 Maddeler), T.C. Yargıtay Başkanlığı, (1. Baskı), Cilt:2, Ankara, 2012.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul, 2006.
- Erdoğan**, Mustafa: Anayasa Hukuku, Orion Kitabevi, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, 2009.
- Güven**, Kudret: “Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (İnterseksüellik), Yıl:2015, Cilt:1, Sayı:1, s. 133-176.
- Güven**, Kudret: “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Cinsiyet Değişikliği), Yıl:1997, Cilt:1, Sayı:1, s. 45-80.
- Isır Baransel**, Aysel/**Tokdemir**, Mehmet/**Coşkun**, Ayşegül/**Dülger**, Hikmet Ergin: “Gaziantep Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalına 2008 Yılında Başvurmuş İlk Cinsiyet Değişikliği Olgusu”, New World Sciences Academy, Volume:4, Number:1, Year:2009, s. 18-25.
- İnceoğlu**, Sibel: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2017.
- İnceoğlu**, Sibel: “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Ed. Sibel İnceoğlu), Kısım I, Bölüm I, Beta Basım, İstanbul, Tıpkı 3. Baskı, 2013.

- Kaboğlu**, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Kaptan**, Seven: “Eşcinsellik Tedavisi Olmayan Bir Hastalık Değildir, Hastalık Olmadığı İçin Bir Tedavisi Yoktur!”, Aile Sağlığı ve Planlaması Vakfı Görünüm Dergisi, Sayı:13, Yıl:2013, s. 6-9.
- Karaman**, Ebru: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 72, Sayı: 1, Yıl: 2014, s. 411-434.
- Kaya**, Murat: “Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, Mecmua Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, Ankara, 2008, s. 53-86.
- Keskin**, Necla/**Yapça**, Gamze/**Tamam**, Lut: “Transseksüalizm: Klinik Özellikleri ve Yasal Konular”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar Dergisi, Cilt:7, Sayı:4, Yıl:2015, s. 436-447.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir Mi? Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medenî Usul Hukuku ( Ders Kitabı), Yetkin Yayınları, 6100 Sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 23. Baskı, Ankara, 2013.
- Kuş**, Mustafa: Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), (Ed. Sevtap Yokuş), Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 10. Bası, İstanbul, 2010.
- Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı, Ankara, 2014.
- Özdamar**, Demet: Türk Hukukunda Özellikle Türk Medenî Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Özkan**, Serhat: “Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki ve Toplumsal Boyutu: Haklar ve İhlaller”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2017, Sayı:1, s. 55-84.
- Ruhi**, Ahmet Cemal/**Ruhi**, Canan: Nüfus Davaları -Nüfus Kayıtlarına İlişkin Düzeltme Davaları-, Ankara, 2017.
- Sabuncu**, M. Yavuz: “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl:1982, Cilt:37, Sayı:3, ss. 139-152.
- Sağlam**, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

- Sağlam**, İpek: “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2004, Sayı:8, s. 455-469.
- Sağlam**, Mehmet: “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Sebebine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:19, 2002, s. 233-266.
- Sert Canpolat**, Selin: “Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:2015, Sayı:118, s. 255-270.
- Sungur**, Mehmet Z./Yalnız, Özlem: “Transseksüalite: İlgili Kavramlar ve Cinsiyet Düzenleme Girişimleri”, Klinik Psikiyatri Dergisi, Sayı:1, Yıl:1999, s. 49-54.
- Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım, 17. Bası, İstanbul, 2018.
- Tekin**, Nurullah: “Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açından Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:2009, Sayı:39, s. 97-114.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/**Önok**, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, 2016.
- Turabi**, Selami: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, 2017.
- Turan Başara**, Gamze: “Türk Medenî Kanunu’nun 40’ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:2012, Sayı:103, s. 245-266.
- Will**, Michael R./**Öztan**, Bilge: “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı - Transseksüellerin Hukukî Durumu-“, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:43, Sayı: 1-4, s. 227-268.
- Yokuş**, Sevtap: Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), (Ed. Sevtap Yokuş), Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- Zevkliler**, Aydın: “Medenî Kanun ve Cinsiyet Kargaşası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:1988, Sayı:2, s. 258-285.

#### **DİĞER KAYNAKLAR**

- Agius**, Silvan: İnsan Hakları ve İnterseks Kişiler, (Çev:İşıl Demirakın, Ed. Murat Köylü), Avrupa Konseyi, [http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/insan\\_haklari\\_ve\\_interseksweb.pdf](http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/insan_haklari_ve_interseksweb.pdf) (13.11.2018)
- Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin 29.04.2010 tarihli, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık hakkında 1728 (2010) sayılı Tavsiye

- Kararı [http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/avrupa\\_kons\\_ayrimcilikla\\_mucadele\\_standartlari.pdf](http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/avrupa_kons_ayrimcilikla_mucadele_standartlari.pdf) (21.08.2018)
- BVerfG, Order of the First Senate of 10 October 2017 - 1 BvR 2019/16 – Headnotes, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20171010\\_1bvr201916en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20171010_1bvr201916en.html) (07.01.2019)
- Cambridge Dictionaries Online, <https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce/transsexual> (12.06.2018)
- Cumaloğlu**, Emre: “Transseksüellerin Sicil Cinsiyetlerini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Anayasaya Aykırı Mıdır?”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2016, Sayı:2-1, s.439-464, [www.jurix.com.tr](http://www.jurix.com.tr) (10.08.2018)
- Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, [www.corpus.com.tr](http://www.corpus.com.tr) (20.08.2018)
- Ekinci**, Hüseyin/**Sağlam**, Musa: 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, T.C. Anayasa Mahkemesi, <http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/66-Soruda-Anayasa-Mahkemesine-Bireysel-Basvuru.pdf> (01.06.2018)
- Hakeri**, Hakan: Cinsiyet Değiştirme Hukuku, <http://www.sdplatform.com/Dergi/756/Cinsiyet-degistirme-hukuku.aspx> (20.08.2018)
- KaosGL Sözlük, <http://www.kaosgldernegi.org/belge.php?id=sozluk> (13.11.2018)
- Şirin**, Tolga: “Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eş Cinsellik”, [https://www.academia.edu/37982035/Homofobinin\\_Anayasal\\_Uretimi](https://www.academia.edu/37982035/Homofobinin_Anayasal_Uretimi) (24.12.2018)