



TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

TURGAY KARACA BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2018/34343)

Karar Tarihi: 27/1/2021

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Kadir ÖZKAYA
Üyeler : Engin YILDIRIM
Celal Mümtaz AKINCI
Rıdvan GÜLEÇ
Basri BAĞCI
Raportör : Hilal YAZICI
Başvurucu : Turgay KARACA
Vekili : Av. İbrahim TOKTAMIŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, isim değişikliği talebinin reddedilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 30/10/2018 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:
8. 1985 doğumlu olan başvuru 11/12/2017 tarihinde Bergama Nüfus Müdürlüğüne karşı Bergama 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Mahkeme) isim değişikliği davası açmıştır. Başvuru dava dilekçesinde on yılı aşkın bir süredir cinsel yönelimine uygun ve benimsediği bir isim olan *Sanem Özel* adını kullandığını, çevresinde de bu isimle bilindiğini belirtmiş ve isminin bu şekilde değiştirilmesini talep etmiştir. Dava dilekçesinde;

küçüklüğünden beri kendisini kadın olarak hissettiğini ve yaşı büyüdükçe de yaşantısını, giyim tarzını buna göre sürdürdüğünü, maddi imkânsızlıklar sebebiyle cinsiyet değiştirme ameliyatı olamadığını dile getirmiştir. Bu kapsamda nüfus kayıtlarındaki isminin *Turgay* olmasının karışıklıklara sebep olduğunu ifade etmiştir.

9. Mahkeme, Bergama İlçe Emniyet Müdürlüğünden araştırma yapılmasını talep etmiştir. Emniyet Müdürlüğünce Mahkemeye gönderilen yazıda başvurucunun yaşadığı çevrede *Sanem* ismi ile bilindiği belirtilmiştir. Mahkeme 29/3/2018 tarihli duruşmada tarafları sözlü olarak dinlemiş ve 8/4/2018 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, nüfus kaydına göre erkek olan başvurucunun kadın ismi kullanabilmesi için öncelikle cinsiyet değişikliği davası açması ve bu davanın sonucunu beklemesi gerektiği belirtilmiştir.

10. Başvurucu dava dilekçesindeki iddialarını tekrarlayarak istinaf başvurusunda bulunmuştur. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi (İstinaf Mahkemesi) 17/9/2018 tarihli kararıyla istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir. Kararın usul ve yasaya uygun olduğunu belirten İstinaf Mahkemesi; nüfus davalarının kamu düzeni ile ilgili olduğunu, talebin kabulü hâlinde kamu düzeninde karışıklığa neden olabileceğini ve erkek olan birinin isminin *Sanem* olarak değiştirilmesini kabul etmenin hukuken mümkün olmadığını vurgulamıştır. Ayrıca erkek olan başvurucunun kadın kimliğini benimsemiş olmasının ve çevresinde *Sanem Özel* olarak tanınmasının haklı bir neden teşkil etmediğini değerlendirmiştir.

11. Nihai karar başvurucuya 1/10/2018 tarihinde tebliğ edilmiştir.

12. Başvurucu 30/10/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat

13. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "*Adın değiştirilmesi*" kenar başlıklı 27. maddesi şöyledir:

"Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir.

Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur.

Ad değişmekle kişisel durum değişmez.

Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir."

14. 4721 sayılı Kanun'un "*Cinsiyet değişikliğinde*" kenar başlıklı 40. maddesi şöyledir:

"Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemeye cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu 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."

2. İlgili Yargıtay Kararları

15. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 2/11/2017 tarihli ve E.2017/6122, K.2017/14423 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"... Hangi hallerin haklı sebep teşkil ettiği konusu her davadaki özel koşullara göre mahkemece belirlenecektir. Bu belirleme yapılırken objektif koşullardan çok değiştirme isteminde bulunanın mahkemeye sunacağı özel nedenlerin dikkate alınması gerekir. Bu özel ve kişiye özgü nedenler; istemde bulunanın kişiliği, sosyal statüsü, aile ilişkileri de gözönünde bulundurularak hakim tarafından değerlendirilmelidir. Ad ve soyadı kişiliğin ayrılmaz bir unsurudur. Kişi bununla anılır ve tanınır ve tanımlanır. Ad veya soyadı niteliği gereği onu taşıyan kişi tarafından benimsendiğinde anlam taşır. Adını benimsemeyen kişiliği ile özdeşleşmeyen kimsenin, adını değiştirmek istemesi en doğal hakkıdır. Böyle bir durumda, ad değiştirme istemlerini içeren davalarda davacının tercih ve arzusunun ön planda tutulması ve öncelikle dikkate alınması gerekir.

Türk Medeni Kanununun öngördüğü 'haklı sebep' bu kapsam içinde değerlendirildiğinde hakim bu konudaki takdiri ileri sürülen sebebin ve yeni alınmak istenen ad veya soyadının toplum değerlerine ve kanunun buyurucu hükümlerine ters düşmeyen, özellikle başkalarına veya çevreye zarar vermeyen, incitmeyen nitelikte bulunduğu tespiti gerekir. Yargıtay uygulamalarında, kişinin toplum içerisinde bilinip tanındığı soyadı ile anılmayı ve onu kayden de taşımayı istemesinin haklı sebep teşkil edeceği kabul edilmiştir.

Mahkemece; yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, davacının dilekçesinde dayandığı sebepler ile tarafların göstereceği deliller toplanıp, tanıklar dinlendikten sonra davacının isteminin haklı sebebe dayanıp dayanmadığının denetime elverişli biçimde dosyaya yansıtılması ile oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi yerine, uygun bulunmayan gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir..."

16. Yargıtayın benzer yöndeki kararları için bkz. 18. Hukuk Dairesinin 22/10/2007 tarihli ve E.2007/7881, K.2007/8649 sayılı kararı; 18. Hukuk Dairesinin 28/4/2011 tarihli ve E.2011/3049, K.2011/5810 sayılı kararı; 8. Hukuk Dairesinin 9/3/2017 tarihli ve E.2017/1156, K.2017/3268 sayılı kararı; 8. Hukuk Dairesinin 12/4/2018 tarihli ve E.2017/7435, K.2018/11219 sayılı kararı.

B. Uluslararası Hukuk

17. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

18. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında özel hayatın eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavram olduğu belirtilmektedir. Özel hayata saygı hakkı alt kategorisinde geçen özel hayat kavramını AİHM oldukça geniş yorumlamakta ve bu kavrama ilişkin ayrıntılı bir tanım yapmayı uygun bulmamaktadır (*Koch/Almanya*, B. No: 497/09, 19/7/2012, § 51).

19. Kişinin bireyselliğinin yani bir kişiyi diğerlerinden ayıran ve onu bireyselleştiren niteliklerin hukuken tanınması ve bu unsurların güvence altına alınması son derece önemlidir. Birçok uluslararası insan hakları belgesinde *kişiliğin serbestçe geliştirilmesi* kavramına yer verilmekle beraber Sözleşme kapsamında bu kavrama açıkça işaret edilmediği görülmektedir. Bununla birlikte Sözleşme'nin denetim organlarının içtihatlarında *bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi* kavramının özel hayata saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığı anlaşılmaktadır. Özel hayatın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Bu kapsamda dış dünya ile ilişki kurma noktasında son derece önemli olan isim hakkı da Sözleşme denetim organları tarafından ön ad ve soyadını kapsayacak şekilde maddenin güvence alanı içinde yorumlanmıştır (*Burghartz/İsviçre*, B. No: 16213/90, 22/2/1994, § 24; *Stjerna/Finlandiya*, B. No: 18131/91, 25/11/1994, § 37).

20. Bu bağlamda isimleri üzerinde değişiklik yapılması hususunda ciddi nedenlere sahip olan kişilerin belirli şartlar altında bu imkâna sahip olması, Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma alanına girmektedir. Ancak AİHM'e göre nüfus bilgilerinin eksiksiz olarak kaydedilmesi, kimliğin belirlenmesi veya belli isimdeki kişilerin belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerektirdiği durumlarda isim değiştirme imkânına yasal birtakım sınırlamalar getirilmesi mümkündür (*Stjerna/Finlandiya*, § 39; *Kemal Taşkın ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 30206/04..., 2/2/2010, § 48).

21. AİHM *Güzel Erdagöz / Türkiye* (B. No: 37483/02, 21/10/2008) kararında, isim değişikliği talebinin kabul edilmemesine ilişkin başvuruda Sözleşme'nin 8. maddesinin asıl amacının güvence altına alınan hakkın kullanılmasında kamu erklerinin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumak olduğunu vurgulamakla birlikte buna ek olarak özel hayatın korunmasına saygı gösterilmesini sağlayacak pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Buna göre Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınırı kesin olarak tanımlamak mümkün değildir. Her hâlükârda uygulanabilecek ilkeler birbirine benzemektedir. Her iki hâlde de bir bütün olarak bireyin ve toplumun yarışan menfaatleri arasında adil bir dengenin gözetilmesi gerekir (*Güzel Erdagöz/Türkiye*, §§ 44-46).

22. AİHM; *A.P., Garçon ve Nicot /Fransa*, (B.No: 79885/12, 52471/13...,6/4/2017) kararında ise daha önce geçirdikleri cinsiyet değişikliği ameliyatına dayalı olarak doğum belgelerinde cinsiyet hanesinin ait olduklarını hissettikleri cinsiyete uyumlu şekilde değiştirilmesi taleplerine ilişkin şikâyeti pozitif yükümlülükler kapsamında incelemiştir (*A.P., Garçon ve Nicot/Fransa*, §§ 97, 98). AİHM, doğum belgesinin cinsiyet hanesinde değişiklik yapılabilmesi için mahkemelerin koşul olarak cinsiyet kimliği bozukluğunun varlığı koşulunu aramalarına ve bunun için başvuruçunun tıbbi bir raporu mahkemeye sunması gerektiğine ilişkin şartı medeni statünün devredilmezliği, medeni statü kayıtlarının güvenilirliği ve tutarlılığı ile yasal kesinlik ilkesinin korunmasına yönelik kamu yararına vurgu yaparak bu durumun pozitif yükümlülüklerin ihlali anlamına gelmeyeceğini değerlendirmiştir (*A.P., Garçon ve Nicot/Fransa*, §§ 139-144).

23. Bu çerçevede AİHM taraf devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu, bu takdir yetkisi kullanılarak getirilen düzenlemeleri soyut olarak denetlememle birlikte düzenlemelere dayanılarak alınan kararların Sözleşme'nin ihlaline yol açıp açmadığının incelenmesi gerektiğinin altını çizmiş (*Güzel Erdagöz/Türkiye*, §§ 47, 48), özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına getirilen kısıtlamanın gerekli olup olmadığının ortaya konulabilmesi için özellikle müdahaleyi gerçekleştiren kamu makamları veya mahkemeler tarafından talebi reddetmek için dayanılan gerekçenin incelemeye esas alınacağını ifade etmiştir (*Güzel Erdagöz/Türkiye*, §§ 49, 50). Buna göre özellikle başvuruçunun isim değiştirme talebine dayanak oluşturan sebeplerin haklı bir neden teşkil edip etmediğinin ve bunun bir başka özel yarar ve kamu yararı ile çatışıp çatışmadığının ortaya konulmadığı durumda Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edileceği sonucuna ulaşmıştır (*Güzel Erdagöz/Türkiye*, §§ 51-56).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 27/1/2021 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvuruçunun İddiaları

25. Başvuruçucu; sosyal çevresinde *Sanem Özel* ismiyle bilindiğini, resmî kayıtlarda yer alan ismi ile bilinen isminin farklı olması nedeniyle iş ve sosyal hayatında zorluklarla karşılaştığını, isim değişikliği için cinsiyet değişikliği ameliyatı olmasının bir koşul olarak kabul edilmesinin hukuka aykırı olduğunu ve talebinin keyfî gerekçelerle reddedildiğini iddia etmiştir. Derece mahkemelerince dayanak alınan düzenlemenin isme değil cinsiyete ilişkin olduğunu, süreç içinde verilen kararlar nedeniyle mağdur olduğunu, bu nedenlerle ayrımcılık yasağının ve özel hayata saygı hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

26. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak 20. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ... saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir..."

27. Anayasa'nın 5. maddesi şöyledir:

"Devletin temel amaç ve görevleri, ... Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

28. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuruçucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

29. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan

isim hakkının da kişinin özel hayatının bir unsuru olduğu açıktır. Dolayısıyla isim üzerinde değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkı da Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 30; *Aslan Faruk Toprak*, B. No: 2013/2957, 24/3/2016, § 34).

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

30. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

31. Özel hayata saygı hakkı, Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete pozitif ve negatif ödevler yükler (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, §§ 50, 51). Pozitif yükümlülükler hak ve özgürlüklere ilişkin gerçekleştirme yükümlülüğünü de içerir. Buna göre etkili mekanizmalar kurmak, bu kapsamda gerekli usule ilişkin güvenceleri sunan yargısal prosedürleri sağlamak, bu suretle yargısal ve idari makamların bireylerin idare ve özel kişilerle olan uyumsuzluklarında etkili ve adil bir karar vermelerini temin etmek sorumluluğunu da içermektedir (*Semra Özel Üner*, B. No: 2014/12009, 26/10/2016, § 36).

32. Kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlarından olan ismin vazgeçilemezlik, devredilemezlik ve kişiye sıkı surette bağlı olma niteliklerinin kişinin mevcut statüsünü etkilemesi muhakkak olduğundan kişinin isminin korunması ve kamu düzenini bozmadığı müddetçe değiştirilmesine imkân tanınması yönünde devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu değerlendirilmektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, somut olayın özellikleri gözönünde bulundurularak idari ve yargısal karar vericiler tarafından kişilerin bu yöndeki makul taleplerinin karşılanmasını veya taleplerin reddi durumunda buna ilişkin ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmasını gerektirir (*Hacı Ahmet Eskikanbur*, B. No: 2015/2944, 9/1/2019, § 32).

33. Bireyin varlığına veya kimliğine ilişkin önemli haklar ya da hukuksal çıkarlar söz konusu olduğunda takdir yetkisi daha dar olup bu alanlara yönelik müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin varlığı şarttır. Takdir yetkisi, her bir vakıya özelinde ayrı bir kapsama sahiptir. Güvence altına alınan hakkın veya hukuksal yararın niteliği ve bunun birey bakımından önemi gibi unsurlara bağlı olarak bu yetkinin kapsamı daralmakta veya genişlemektedir (*M.K.*, B. No: 2015/13077, 12/6/2018, §§ 59, 60; *Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, §§ 50, 51).

34. Anayasa'nın 20. maddesi koruma alanının kişilerin isimleri üzerinde tasarrufta bulunmasının gerekli olduğu durumlarda geniş yorumlanmalıdır. Bu yorum, isim hakkı konusunda mevzuat oluşturulurken ve uyumsuzluklar çözümlenirken konu ile ilgili olan ve taraf olunan uluslararası sözleşmelerde yer alan koruyucu hükümlerin asgari düzeyde hayata geçirilmesini de kapsamalıdır (*Aslan Faruk Toprak*, § 43; *Hacı Ahmet Eskikanbur*, § 30).

35. Bu bağlamda devletin Anayasa'nın 20. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülükleri isim değişikliğine imkân sağlayan yasal düzenleme yapılmasını da içermektedir. İsim üzerinde belirli koşullar altında değişiklikler yapılabilmesinin bireylerin özel hayatlarının bir unsuru olan kimliğin belirlenmesi açısından bir gereklilik olduğu hususu gözardı edilmemelidir (bazı farklarla birlikte bkz. *Aslan Faruk Toprak*, § 44; *Hacı Ahmet Eskikanbur*, § 30). Bu çerçevede isim değişikliği taleplerinin hangi koşullar altında olumlu karşılanacağı, bu tür taleplerin hangi usul ve esaslar çerçevesinde yerine getirileceği hususunda idari ve yargısal makamlara belli ölçüde takdir yetkisi tanınabileceği kabul edilmelidir. Ancak bu takdir yetkisinin isim değişikliği taleplerinin değerlendirilmesi yolunu tamamen kapatacak ve sonuç alınmasını imkânsız kılacak şekilde kullanılmaması gerektiği önemle vurgulanmalıdır (bazı farklarla birlikte bkz. *Aslan Faruk Toprak*, §§ 39, 40; *Hacı Ahmet Eskikanbur*, § 34).

36. Kamunun üstün yararının söz konusu olduğu istisnai durumlarda isim değişikliğine ilişkin taleplerin kabul edilmemesi makul karşılanabilir. Ancak bu gibi hâllerde kamu makamları buna ilişkin ilgili ve yeterli gerekçe sunmalıdır. İdari ve yargısal otoriteler her durumda bireyin ismini değiştirebilmesindeki kişisel yararı ile kamu menfaatleri arasında adil bir denge kurmalıdır.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

37. Somut olayda başvuru, kendisini ait hissettiğini ve yaşamını bu çerçevede şekillendirdiğini ileri sürdüğü cinsiyete uygun bir isim değişikliği talebiyle dava açmıştır. Başvuru gerek dava dilekçesinde gerekse yargılama sürecinde uzun bir süredir *Sanem Özel* ismini kullandığını, sosyal çevresinde isminin *Sanem Özel* olarak bilindiğini, resmî kayıtlardaki ismiyle farklılık olması nedeniyle güçlüklerle karşılaştığını ifade etmiştir.

38. İlk derece mahkemesi 4271 sayılı Kanun'un 40. maddesine dayanarak isim değişikliği için açılmış bir cinsiyet değişikliği davasının bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. İstinaf Mahkemesi ise konunun kamu düzenini ilgilendirdiğini ve erkek olan başvuru kadının ismi almak istemesinin kabulünün hukuken mümkün olmadığını vurgulamıştır. Ayrıca başvuru kadının bir kadın ismini almak istemesine rağmen henüz cinsiyet değişikliği ameliyatı olmadığını, erkek olan başvuru kadının cinsiyetini benimsemiş olmasının haklı bir sebep olarak kabul edilemeyeceğini değerlendirmiştir.

39. 4271 sayılı Kanun'un 27. maddesinde haklı sebeplere dayanılarak isim değişikliği davasının açılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla isim değiştirmeye ilişkin yasal altyapı oluşturulduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ayrıca başvuru kadının yasal altyapı yetersiz olduğuyla ilgili bir iddiası da mevcut değildir. Bu aşamada Anayasa Mahkemesinin önündeki mesele derece mahkemelerinin yorumlarının Anayasa'nın 20. maddesi ile uyumlu olup olmadığıdır.

40. Başvuru, isim değişikliği talebinde bulunmasının sebebini çevresinde *Sanem Özel* şeklinde bilinmesi olarak açıklamıştır. İlk derece mahkemesinin buna yönelik bir değerlendirmesi bulunmamaktadır. Mahkeme, başvuru kadının isim değişikliği talebinde bulunabilmesi için cinsiyet değişikliği davası açmasının zorunlu olduğunu kabul etmiştir.

41. 4271 sayılı Kanun'un 27. maddesinin cinsiyet değişikliği davasının açılması bir şart olarak koşmadığının altı çizilmelidir. Nitekim Yargıtay kararlarında da haklı nedenin ön plana çıkarıldığı ve cinsiyet değişikliği yapılması gerektiğine ilişkin ek bir

koşulun aranmadığı görülmektedir (bkz. §§ 15-16). Bununla birlikte uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk kurallarını yorumlamak esas itibarıyla Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Bu sebeple derece mahkemelerinin yorumunun isim değişikliği hakkına etkisi irdelenecek ve kamu yararıyla özel yarar arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı değerlendirilecektir.

42. Hak ve özgürlüklerin asıl, sınırlamanın istisna olduğuna ilişkin yorum ilkesi bir hak ve özgürlük için getirilmiş düzenlemelerin yorum sınırlarını zorlayarak diğer hak ve özgürlük alanlarını da etkileyecek şekilde uygulanmamasını gerektirir.

43. Derece mahkemelerince dayanılan 4271 sayılı Kanun'un 40. maddesi cinsiyet değişikliği talebinin kabulüne ilişkin şartları düzenlemektedir. İsim değişikliği ile ilgisi bulunmayan bu kuralın özel hayata saygı hakkının farklı boyutlarını da daraltacak şekilde yorumlandığı gözlemlenmektedir. Derece mahkemeleri, tercih edilen ismin adeta cinsiyeti de belirleyeceği şeklinde oldukça dar bir yorumu benimsemiştir.

44. Ayrıca ilgili mevzuatın nüfus kaydındaki cinsiyet bilgisinin değiştirilebilmesi için cinsiyet değiştirme ameliyatı olunmasını gerektirdiği anlaşılmaktadır. Bu gereklilik dikkate alındığında kişinin kendisini psiko-sosyal durumu itibarıyla daha iyi hissedeceği bir ismi alabilmesi için vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahaleye rıza göstermek zorunda bırakılması kişiye aşırı bir külfet yükler. Öte yandan nüfus kaydında erkek olan bir kimsenin kadın ismi almasının kamu düzeni açısından sorunlar yaratabileceği de gözardı edilemez. Bu sebeple derece mahkemelerinin kamu yararı ile bireysel menfaatler arasında denge kurarken bu hususu gözetmeleri makul karşılanabilir. Ancak başvurucuya yüklenen cinsiyet değiştirme ameliyatı olma külfetinin ağırlığı karşısında kamunun bundan elde edeceği yararın önem derecesi oldukça düşük kalmaktadır.

45. Diğer taraftan İstinaf Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin gerekçesine ek olarak nüfus kaydındaki cinsiyeti erkek olan başvurucunun kadın ismi kullanmasının kamu düzeni bağlamında karışıklığa neden olabileceği şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Hâlbuki yaygın toplumsal kabullerle erkek ismi veya kadın ismi olduğu değerlendirilen isimlerin farklı cinsiyetler tarafından kullanılabilirdiği hatta bazı isimlerin kadın veya erkek cinsiyetine atfedilemeyecek nitelik arz ederek her iki cins tarafından da kullanılabilirdiği gözlemlenebilmektedir. Mahkemenin bu kapsamda yaptığı yorum isim değişikliğinin kabul edilmesinin yolunu başvurucu açısından tamamen kapatmakta ve bu hakkın tanınmasını anlamsız hâle getirmektedir. Dolayısıyla kamu düzeni bağlamında karışıklık çıkma endişesi başvurucunun isim değişikliği talebinin reddedilmesi bakımından ilgili ve yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemez.

46. Ayrıca isim değişikliği hakkının tanınmış olması başvurucuya birtakım yükümlülükler yüklenemeyeceği anlamına gelmez. Bu bağlamda başvurucunun haklı nedenini ortaya koyma ve buna ilişkin delillerini mahkemeye sunma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir. Bu aşamadan sonra haklı nedenin bulunup bulunmadığını anayasal güvenceleri de gözeterek değerlendirmek derece mahkemelerinin görevidir.

47. Somut olayda başvurucu, çevresinde *Sanem Özel* olarak bilindiğini ileri sürmüştü; ilk derece mahkemesi tarafından kolluk marifetiyle yapılan araştırma sonucunda bu durum tespit edilmiştir. Mahkemenin başvurucunun haklı nedenini ortaya koymak bakımından üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediğine dair bir tespiti bulunmamaktadır. Ayrıca

Mahkemenin kolluk görevlilerince yapılan tespitin yeterli olup olmadığıyla ilgili bir değerlendirmesi de yoktur. Kuşkusuz kolluk tarafından yapılan tespitin yeterli görülüp görülmeyeceğini takdir etmek derece mahkemelerinin yetkisindedir. Ancak derece mahkemesinden, bunu yeterli görmemesi hâlinde gerekçelerini açıklaması beklenir. İlk derece mahkemesi, başvuru iddialarının tutarlı olup olmadığını anlamak için uzman raporu alınması gibi daha derin bir araştırma yapılması gerektiğinden de bahsetmemiştir. Bu koşullarda derece mahkemelerinin gerekçelerin ilgili ve yeterli olmadığı görülmektedir.

48. Somut başvurunun koşullarında derece mahkemelerince başvuru ismi değişikliği neticesinde elde edeceği menfaat ile buna ilişkin talebin reddedilmesi durumunda kamunun sağlayacağı yarar arasında adil bir denge kurulduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Zira kişinin varlığının ve kimliğinin ayrılmaz bir parçası özel hayatı, ailesi ve çevresi ile olan ilişkilerinde önemli bir araç olan adın değiştirilmesi talebi hakkında konuyu düzenleyen normların Anayasa'ya uygun biçimde yorumlanarak uygulanmadığı ve başvuru koşullarına özgü ikna edici gerekçelerin ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır.

49. Neticede isim değişikliği konusunda çatışan menfaatlerin dengelenmesine yönelik somut başvuru özelinde değerlendirme yapılmaması ve ret kararının anayasal güvenceleri gözetilen ilgili ve yeterli gerekçe içermemesi nedeniyle özel hayata saygı hakkı yönünden devletin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmediği kanaatine varılmıştır.

50. Açıklanan gerekçelerle başvuru Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Engin YILDIRIM ek gerekçeyle bu sonuca katılmıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

51. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir..."

"(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

52. Başvuru; ihlalin tespit edilmesini, yargılamanın yenilenmesine ve lehine tazminata hükmedilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

53. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B.No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

54. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

55. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir kararın kendisine ulaştığı mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemezsiniz Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aliğül Alkaya ve diğeri* (2), §§ 57-59, 66, 67).

56. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun isim değişikliği talebinin reddine ilişkin verilen karar nedeniyle özel hayata saygı hakkı yönünden devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

57. Bu durumda kişinin özel hayata saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili yargı merciine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

58. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

59. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 294,70 TL harç ve 3.600 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.894,70 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin özel hayata saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Bergama 1. Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2017/417, K.2018/151) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 294,70 TL harç ve 3.600 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.894,70 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin bilgi için İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesine GÖNDERİLMESİNE,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 27/1/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Basri BAĞCI

EK GEREKÇE

1. Nüfus kaydında erkek olan başvuru cinsiyet kimliği olarak kendisini kadın hissettiğini, fiziksel dış görüntüsünün de öyle olduğunu belirterek Turgay Karaca olan ismini Sanem Özel olarak değiştirmek istemektedir. İlk derece Mahkemesi, başvuru talebini öncelikle açılması gereken bir cinsiyet değişikliği davasının olması gerektiği gerekçesiyle reddetmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi de erkek olan başvuru talebini kadın kimliğini benimsemesinin ve çevresinde Sanem Özel olarak tanınmasının haklı bir neden teşkil etmediğini belirterek istinaf talebini kesin olarak reddetmiştir.

2. Kişinin dış dünya ile ilişki kurması açısından son derece önemli olan isim hakkı üzerinde belli şartlar altında değişiklik yapmak istemesi özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), isim değişikliği ile ilgili başvurularda, isim değiştirme talebinin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığının ve bunun başka bir özel ve kamu yararı ile çatışıp çatışmadığının tespit edilmediği durumlarda Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edileceği yönünde karar vermektedir (*Güzel Erdegöz/Turkey*, B. No: 37483/02, 21/10/2008, §§ 51-56).

3. AİHM, cinsiyet kimliğinin kendi kaderini tayin hakkının veya kendini belirleme hakkının en temel unsurlarından biri olduğunu çeşitli kararlarında kabul etmiştir (*Y.Y./Turkey*, B. No: 14793/08, 10/03/2015, § 102; *Van Kück/Germany*, B. No: 35968/97, 12/09/2003, § 69, *Christine Goodwin/the United Kingdom* [GC], B. No. 28957/95, 11/07/2002). Mahkeme bir kararında da hukuki olarak cinsiyetin tanınması için bazı tıbbi tedavilerin ve müdahalelerin zorunlu tutulmasının Sözleşmesi'nin 8. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir (*A.P., Garçon and Nicot/France*), B. No: 79885/12, 52471/13 ve 52596/143, 06/07/2017, §§ 134-135).

4. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, transseksüel kişilerin tercih ettikleri cinsiyetin hukuki olarak tanınmasının kolaylaştırılması ve diğer insan haklarını ihlal etmeyecek şekilde, tercih edilen cinsiyetle ilgili bilgilerin yeni kimlik belgelerine kaydedilebilmesi için tedbirler alınmasını tavsiye etmiştir.¹ Yüksek Komiserlik cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin kişilik, vatandaşlık, adalet, haysiyet ve eşitlikle ilgili olduğuna da işaret etmiştir.² BM İnsan Hakları Komitesi de 2016'da "Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılık ve Şiddete Karşı Korunma" başlıklı kararı kabul etmiştir.³

¹ Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (2011), *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity* A/HRC/19/41,17.11.2011,§84,http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_English.pdf, erişim 02/03/2018.

² BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (2013), *Herkes Eşit ve Özgür Doğar: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği*, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqual_Turkish.pdf, erişim 24/01/2018.

³ Resolution adopted by the Human Rights Council on 30 June 2016 32/2: *Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/154/15/PDF/G1615415.pdf?OpenElement>, erişim 24/01/2018.

5. Türkiye'nin ilk imzalayan (2011) ve onaylayan (2014) ülke olduğu Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) 4/3 maddesinde toplumsal cinsiyet kimliğinin de ayrımcılık yasağı kapsamında olduğu kabul edilmiştir.⁴

6. Endonezya'nın Yogyakarta kentinde 2006 yılında bir araya gelen ve uluslararası insan hakları hukuku alanında uzmanlardan oluşan bağımsız bir kurul tarafından yayınlanan "Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri" de herhangi bir bağlayıcılığı olmamakla beraber uluslararası kabul edilmiş insan haklarının, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği bazında da tanınması ve irdelenmesi bakımından önemlidir.⁵ Kısaca Yogyakarta İlkeleri olarak bilinen bu metinde herkesin cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği esaslı ayrımcılığa tabi olmaksızın tüm insan haklarından yararlanma hakkının mevcut olduğu belirtilmiştir.

7. Mahkememiz ihlal sonucuna varırken başvuruçunun isim değişikliği için öne sürdüğü gerekçelerin derece mahkemelerince haklı sebepler olup olmadığının araştırılmadan cinsiyet değişikliği ameliyatının ön koşul olarak ileri sürülmesi gerekçesinden hareket etmiştir. Önümüzdeki başvuruda derece mahkemeleri 4271 sayılı Kanun'un 40. maddesini dikkate alarak nüfus kayıtlarındaki cinsiyete ilişkin kayıtların değiştirilmesi için cinsiyet değişikliğini ön şart olarak görmüştür. Halbuki 4271 sayılı Kanun'un 27. maddesi isim değişikliğinin haklı sebeplere dayalı olarak mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bu maddede isim değişikliği için cinsiyet değişikliği şartına yer verilmemiştir.

8. Başvuruçunun isim değiştirme talebinin ilgili ve yeterli bir gerekçe sunulmadan reddedilmesi yasalarca tanınan bu hakka yönelik bir müdahale oluşturmaktadır. Derece mahkemelerinin başvuruçunun isim değişikliği talebini cinsiyet değiştirme şartına bağlamaları Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağı bakımından da ciddi bir sorun oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin artık iyice yerleşmiş olan 10. madde içtihadına göre aynı durumda bulunan kişilerden bir kısmına haklı bir neden olmaksızın farklı kurallar uygulanması, farklı muamelede bulunulması eşitliğe aykırı olacaktır.

⁴ *Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*, <https://rm.coe.int/1680462545>, erişim 25/01/2018. Bu Sözleşme cinsel yönelim ayrımcılığının açıkça kabul edildiği ilk uluslararası sözleşmelerden biri olmakla birlikte cinsel yönelimin ayrımcılık yasağı kapsamında açıkça sayıldığı en önemli uluslararası belge Avrupa Birliği Temel Haklar Şartıdır. Şart'ın 21 maddesinde "cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, hususiyet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel yönelim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması yasaktır" denilerek cinsel yönelim, ayrımcılık yasağı kapsamında açıkça belirtilmiştir.

⁵ Bu ilkeler, devletlerin, cinsel yönelimleri veya cinsiyet kimliklerine bakmaksızın, bütün insanların insan haklarına saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüklerini tanımlamak için önemli bir araç olarak görülmekte olup, insan haklarının insan onuruna hizmet ettiğini hatırlatmaktadır. Bkz: International Commission of Jurists, (2007), *The Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity* http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf. Yogyakarta İlkeleri hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Bkz. Brown, David (2010), "Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law: An introduction to the Yogyakarta Principles", *Michigan Journal of International Law*, 31, ss: 821-879; O'Flaherty, Michael ve John Fisher (2008), "Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles", *Human Rights Law Review*, 8(2): 207-248.

9. Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” denilirken beşinci fıkrasında da “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” ibaresi bulunmaktadır. Bu hüküm gereğince yasama, yürütme ve yargı organları ve idari makamlar eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uygun davranmakla yükümlüdürler.⁶

10. Eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmaya imkân tanıyan temel bir ilke olarak kabul edilmekte olup Anayasa'nın 10. maddesi bu ilkedeki faydalanacak kişi ve ilkenin kapsamı konusunda bir sınırlama getirmemiştir. 10. maddenin ilk fıkrasındaki “herkes” ibaresi ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamış ve “benzeri sebepler”le de ayırım yapılamayacağı esası getirilmiştir. Toplumun çoğunluğundan farklı cinsiyet kimliğine sahip kişilerin “herkes” kapsamında hak özneleri olarak anayasada yer verilen hak ve özgürlüklerden ayrımcılık yasağı kapsamında yararlanmaları gerektiği kuşkusuzdur. Ayrımcılık yasağı, “din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini” içerir.⁷

11. Mahkememize göre ayrımcılık temelleri yalnızca maddede sayılanlarla sınırlı değildir.⁸ Anayasa'nın 10. maddesinde cinsiyet kimliği ile ilgili özel bir düzenleme bulunmaması bunun madde kapsamı dışında tutulduğu anlamına gelmemelidir. Anayasa Mahkemesi, örneğin cinsel yönelimi en az ırk, köken, renk kadar ciddi bir ayrımcılık temeli olarak gördüğünü ve özel hayatın mahrem yönlerinden birini oluşturduğunu kararlarında belirtmiştir.⁹ Cinsel yönelim bağlamında yapılan bu değerlendirmeler cinsiyet kimliği yönünden de kamu makamlarının bireylere farklı muamelede bulunmalarının ayrımcılık yasağı temellerinden biri olduğu AYM tarafından kabul edilmektedir.¹⁰

12. Ayrımcılık, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın konuyla ilgili olarak aynı veya benzer durumda olan kişilere farklı muamelede bulunulmasından doğmaktadır. Bu farklı muamelenin, meşru bir amaç veya haklı bir neden taşımadığı ve kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurulmadığı durumlarda ayrımcılık ortaya çıkmaktadır.¹¹

⁶ Nurcan Yolcu [GK], B. No: 2013/9880, 11/11/2015, § 35; Gülbu Özgüler [GK], B. No: 2013/7979, 11/11/2015, § 42.

⁷ Tuğba Arslan, B. No. 2014/256, 25/06/2014, § 114; Cemal Duğan, B. No. 2014/19308, 15/02/2017, § 42.

⁸ AYM, E.1986/11, K.1986/26, K.T. 04/11/1986; Hüseyin Kesici, B. No: 2013/3440, 20/4/2016, § 56.

⁹ Sinem Hun, B. No: 2013/5356, 08/05/2014, § 32; Ahmet Şancı, B. No: 2012/29, 05/11/2014; Şahin Karaman, B. No: 2012/1205, 08/05/2014, § 41; Mehmet Fatih Yiğit ve Diğerleri B.No: 2014/16838, 09/09/2015 § 82.

¹⁰ Cemal Duğan, B. No: 2014/19308, 15/2/2017, § 42.

¹¹ Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, §§ 120, 121.

13. Anayasa koyucu 10. maddede açık uçlu bir ayrımcılık temeli bırakarak, günün değişen koşulları karşısında ayrımcılığa yol açabilecek yeni toplumsal sınıflandırmaların ortaya çıkması halinde, maddenin yaşayan ve dinamik bir şekilde yorumlanmasının, dipdiri kalmasının ve iinin doldurulmasının önünü açmıştır. “Anayasa Mahkemesi “benzeri sebepler” ibaresinin geniş yorumlanmasına açık olduğunu bir kararında “...eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. ‘Benzeri sebeplerle’ de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş...” diyerek vurgulamıştır.¹² Mahkeme, bireysel başvuru kararlarında da maddedeki “herkes” ve “benzeri sebepler” ifadelerinin ayrımcılığa karşı korunan kişi ve ayrımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşımın benimsenmediğinin bir göstergesi olarak, bu ibarelerin ayrımcılığa karşı korunan kişi bakımından açık uçlu bir şekilde yorumlanmasını mümkün kılmıştır.¹³

14. Şikâyet konusu olayda başvurucuya uygulanan işlemin ayrımcı olarak kabul edilebilmesi için öncelikle başvurucuya benzer durumdaki kişilerden farklı muamelede bulunmuş olması gerekmektedir. Başvuru dilekçesinden başvurucunun cinsiyet kimliğinin trans birey olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme isim değişikliği talebini cinsiyet değişikliğinin gerçekleştirilmesine bağlayarak, başvurucunun erkek olan biyolojik cinsiyetinin kadın olarak değiştirilmesini sağlayacak bir ameliyata geçirmesini zorunlu tutmuştur. Somut başvuruda böyle bir ön koşul istenmesi başvurucunun cinsiyet kimliğinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, cinsiyet kimliği transseksüel olan, yani biyolojik cinsiyeti ile hisedilen ve deneyimlenen cinsiyetin aynı olmadığı kişilerle, biyolojik cinsiyet ile hisedilen ve yaşanan cinsiyetin aynı olduğu kişiler arasında isim değişikliğine ilişkin olarak, ilk gruba yönelik olarak cinsiyet kimliklerinden kaynaklı ayrımcı bir muamele yapılmıştır. Kısaca söylemek gerekirse hukuksal durumu aynı olan kişiler cinsiyet kimlikleri nedeniyle haklı bir nedene dayanmaksızın farklı bir muameleyle karşılaşmaktadır.

15. Başvurucunun cinsiyet kimliği nedeniyle aynı veya benzer konumda olan diğer kişilerden farklı bir muameleyle uğradığı tespitimizden sonra bunun haklı bir sebebinin veya meşru bir amacının olup olmadığına bakmamız gerekmektedir.

16. Kişinin kendisini ait olduğunu düşündüğü cinsiyete hukuken kavuşup, bunu hukuk alemine kabul ettirmesi için derece mahkemelerince beden bütünlüğünü bozma riski taşıyan bir ameliyat olmaya zorlanması kamu düzeni ile bireysel menfaat arasında birey aleyhine ciddi bir yük getirmektedir. Cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak istemeyen trans bireyler kendilerini ait olmadıklarını hissettikleri cinsiyetin nüfus cüzdanını taşımak ve bunun hukuki sonuçlarıyla gündelik hayatlarında sık sık karşı karşıya gelmek durumunda kalmaktadırlar.

¹² AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, K.T. 04/11/1986. Mahkeme kararlarına bakıldığında soyut ve somut norm denetimi kapsamında dil (2009/47, K. 2011/51, 17/03/2011), yaş (E. 2000/39, K. 2002/35, 20/03/2002; E. 2009/93, K. 2011/73, 28/04/2011) ve engellilik (E. 2002/70, K. 2004/56, 06/05/2004) gibi 10. maddede sayılmayan ayrımcılık temelleri ile ilgili karar verildiği görülmektedir.

¹³ Tuğba Arslan, B. No. 2014/256, 25/06/2014 § 115; İbrahim Uysal, B. No. 2014/1711, 23/07/2014, § 48; Hüseyin Kesici, B. No: 2013/3440, 20/4/2016, § 56.

17. Somut başvuruda, transeksüel birey kamu düzeni adına kendisi açısından iki olumsuz durumdan birini tercih etmek durumunda kalmaktadır: Ya kendisini ait hissettiği cinsiyetin hukuken tanınmamasına razı olacak ya da kendi fiziksel ve bedensel bütünlüğüne müdahaleye katlanacaktır. Bu şekilde trans bireyler bedensel bütünlükleri ile ait olduklarını düşündükleri cinsiyetlerinin hukuken tanınmamasından birini seçmeye zorlanmaktadır.

18. Elbette, kişinin kendi cinsiyet kimliğini belirleme hakkıyla toplumun ve hukukun o kişinin cinsiyetiyle ilgili algısının dengelenmesi gereklidir. Ancak bu yapılırken toplumun hukuki ve biyolojik cinsiyetleri örtüşmeyen kişilerden rahatsızlık duyması trans kişilerin cinsiyet kimliğinin ve vücut bütünlüğünün hiçe sayılmasını gerekli kılmaz. Öyleyse, bu kişiler yönünden getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin kurulduğundan söz etmek de mümkün değildir.

19. Bireyin kişiliğinin meşru ve ayrılmaz bir yönü olan cinsiyet kimliği kişilik hakkının ve kendini ifade etmenin önemli bir unsuru olup, kişisel özerklik ve insan haysiyetiyle yakından ilgilidir. Somut olayımızda, derece mahkemelerinin ilgili kuralı dar yorumlamalarından dolayı transeksüel kişiler kendilerini ruhen ve duygusal olarak ait hissetmedikleri bir cinsiyetin kimliğini hukuken taşımak zorunda bırakılmıştır.

20. Tüm bu anlatılanlar ışığında başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna 10. maddede yer alan ayrımcılık yasağının da dikkate alınarak ulaşılmaması gerekmektedir. Dolayısıyla başvurucunun Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşit muamele görme hakkı da ihlal edilmiştir.

Üye
Engin YILDIRIM