“Davacı ... tarafından açılan davada cinsiyet değişikliğinin kabulü için cinsiyet değişikliğine izin verilmesi talebinde bulunulduğu, Mahkememizce yapılan yargılamada davacının alman raporlarında; transeksüalite tespit edildiği, dış genital organların kadın görünümünde olduğu ve üreme yeteneğinin bulunduğunun tespit edildiği, yargılama sırasında davacı tarafından verilen dilekçe ile cinsiyet değişikliği ameliyatının yapılabilmesi için Mahkemece izin verilmesi gerektiği, ancak 4721 Sayılı TMK 40. Maddesinin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 40. maddesinde “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 bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. 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” hükmü yer almaktadır. Bu maddeye göre cinsiyet değişikliği ameliyatına izin verilebilmesi için tüm şartları birarada olması gerekir. Bu şartlardan biri de kişinin üreme yeteneğinden sürekli bibimde yoksun bulunması şartıdır.

Üreme yeteneğinden sürekli yoksun bulunmayan kişinin cinsiyet değişikliği ameliyatı yapılmasına yasa gereği olanak bulunmamaktadır. Oysaki tersi durumda yani üreme yeteneğinde sürekli yoksun bulunan bir kişinin ise cinsiyet değişikliği ameliyatı yapılmasında engel durum bulunmamaktadır.

Anayasanın Kanun Önünde eşitlik başlıklı 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 12/9/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” hükmü mevcut olup 4721 sayılı TMK.nın 40. maddesinde yer alan “ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu” cümlesinin 10. maddesinde yer alıp eşitlik kuralına aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Anayasanın Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı başlıklı 17. maddesinde “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz. (Değişik: 7/5/2004-5170/3 md.) Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır” şeklinde düzenleme yapılmış yine Özel hayatın gizliliği başlıklı 20. maddesinde “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga cümle: 3/10/2001-4709/5 md.) (Değişik: 3/10/2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin karan yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar. (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Dosya kapsamına göre davacıda transseksüalite tespit edilmiş olup cinsiyet değişikliğinin biyolojik olarak üreme yeteneğinden sürekli yoksun bulunma şartına bağlanması ve bu şartı karşılamayan davacının bundan sonraki hayatına cinsiyet değişikliği yapamadan devam etmesinin kendisinden beklenememesi ve cinsiyet değişikliği yapamadan yaşamaya zorlanamayacağı bu durumun anayasanın özel hayatın gizliliği ve kişinin dokunulmazlığı ile ilgili 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu düşünülerek 4721 sayılı Yasanın 40/2 maddesi’nde yer alan “ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu” cümlesinin anayasanın 10., 17 ve 20. maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle iptalinin talep edilmesine karar verilmiştir.

KARAR: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

4721 sayılı Yasanın 40/2. maddesinde yer alan “ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu” cümlesinin anayasanın 10., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle iptalinin talep edilmesine karar verilmiştir.”