

**BAŞAK ERDOĞAN
NESLİ ŞEN ÖZÇELİK
ATAGÜN MERT KEJANLIOĞLU**

**KADININ
SOYADI SORUNUNDAN
CİNSİYET GEÇİŞ SÜRECİNE:
ÇÖZÜMSÜZ BİR ÇÖZÜM
TEHLİKESİ**

Özet

Medeni Kanun'un 40. maddesindeki nüfus sicilinde değişiklik yapılması için cinsiyet geçiş operasyonu olma şartı, yarattığı sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) A.P., Garçon ve Nicot kararında ortaya koyduğu gerekçeler doğrultusunda Anayasa'ya da aykırıdır. Fakat Anayasa Mahkemesinin son dönemlerde önüne giden norm denetimi başvurularında özellikle yürütmenin tepkisini çekebilecek hususlarda kendini kısıtlayan, hukuk devletini tehlikeye atan bir tutum benimsediği de Mahkemeye sık yöneltilen güncel bir eleştiridir.

Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) geçmişte AİHM'nin kararları ile çatışarak kadının evlendikten sonra önceki soyadını kullanmasını engelleyen hükmün iptalini reddettiği unutulmamalıdır. Yine AYM'nin bulduğu çözüm ise, ret kararını takip eden 3 sene içinde önüne gelen bir bireysel başvuru üzerine, ilgili hükmün Türkiye'ye karşı verilmiş olan AİHM kararları doğrultusunda ve Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS tarafından zımnen ilga edildiğini; bu nedenle Anayasa'daki kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ihlal edildiğini tespit etmek olmuştur. Nitekim bu tip durumlarda bireysel başvuru yolu hak ve özgürlüklerin korunması açısından iktidarın tepkisini daha az çeken bir yol olarak görülebilir. Fakat kadının soyadı sorunu özelinde gördüğümüz üzere normdan kaynaklı hak ihlallerinin bireysel başvuru kararları ile çözülmeye çalışılması, teorik olarak aksini savunmak mümkün olsa dahi, uygulamada yetersiz kalmaktadır.

Medeni hukuk doktrininde bu sorunun kadınlar lehine nihai olarak çözüldüğüne dair bir fikrin oluşmamış olması da bu çözümsüzlüğün çarpıcı bir örneğidir. Bu nedenle cinsiyet geçiş sürecine ilişkin sorunun kaynağı normun kendisi olduğundan, hak ihlallerinin normun iptali yolu kesin olarak ortadan kaldırılması en isabetli seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi bu hükmün iptalini esastan reddettiği için yasa değişmediği sürece 2028 yılına kadar bu sorunun çözülememesi tehlikesi mevcuttur.

Giriş

Türk Medeni Kanunu (TMK) m.40'a ilişkin iki iptal talebini görüşen AYM bu iki hükümden birini iptal ederken diğerini iptal etmemiştir. AYM bu maddenin ilk fıkrasında yer alan cinsiyet geçiş operasyonuna izin verilmesi için üreme yeteneğinden yoksun olma şartını iptal etmiştir.¹ Bu hükmün iptali, AİHM'nin doğrudan bu şarta dair verdiği Y.Y./Türkiye kararının uygulanması adına önemli bir gelişmedir. Ancak AYM, m.40/f.2'deki nüfus sicilinde cinsiyet değişikliği yapılması için "cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması" şartının iptalini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına rağmen reddetmiştir.² Bu ret kararı, AYM'nin AİHM içtihatlarını, özellikle ilgili içtihat Türkiye'ye karşı değilse, norm denetiminde ne derece dikkate aldığına dair şüpheleri yeniden gündeme getirmektedir.

Bu çalışmada AİHM'nin konu hakkındaki içtihadına değinilecek, AYM'nin bu içtihadı dikkate almadan kendini sınırlama eğilimi doğrultusunda karar vermesinin sakıncaları açıklanacaktır.

I. Cinsiyet Geçiş Ameliyatı Koşulunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) Aykırılığı

AİHM tarafından, üreme yetisini ortadan kaldıracak müdahalelerin cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için ön koşul olarak kabul edilmesi hususu başlı başına A.P., Garçon ve Nicot/Fransa kararında değerlendirilmiştir. Karara göre, Fransız hukukunda cinsiyet geçişinin hukuk düzenince tanınması "dış görünüşün geri dönülmez bir biçimde değiştiği"nin ispatlanmasına bağlı kılınmış;

* Yazı, ilk olarak Kasım 2017 tarihinde yayınlanmak üzere teslim edilmiş daha sonra 2019 Nisan ayında yeniden gözden geçirilerek güncellenmiştir.

** Araştırma Görevlisi, MEF Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

*** Araştırma Görevlisi, MEF Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

**** Araştırma Görevlisi, MEF Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

¹ AYM E 2017/130, K 2017/165, 29 Kasım 2017.

² AYM E 2015/79, K 2017/164, 29 Kasım 2017.

böylece dolaylı bir “sterilizasyon” şartı getirilmiştir³. Mahkeme, kişilerin rıza göstermedikleri bir sterilizasyon sonucunda cinsiyet kimliklerinin tanınmasının AİHS m.8’e aykırılık oluşturacağına karar vermiştir⁴.

Sterilizasyonun cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için bir şart olarak aranması artık açıkça AİHS’ye aykırılık teşkil etmektedir⁵. Bu konuda AİHM’nin Türkiye’nin doğrudan taraf olduğu Y.Y./Türkiye kararında dolaylı olarak tespit ettiği husus, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğunluğunun aksine, bu şartın Türkiye’de cinsiyet geçişi operasyonunun ön koşulu olmasıdır⁶. AİHM, başvurucuya üreme yetisinden yoksunluk şartını sağlayacak imkânların tanınmamasını da AİHS m.8 ihlali olarak değerlendirmiştir⁷. AİHM içtihadının vardığı nokta, cinsiyet geçiş ameliyatının herhangi bir noktada artık bireyin cinsiyet kimliğini belirlemesi ve nüfus kayıtlarını düzeltmesi için bir koşul olarak aranmayacağıdır.

AYM kararında ise, Mahkeme’nin cinsiyet geçiş ameliyatlarının herhangi bir nüfus kaydı değişikliğinden önce aranmasını kamu düzeni ve nüfus kayıtlarının kesin olması gerektiği gibi gerekçelere dayandırdığı görülmektedir.⁸ Bu durumda, artık sadece üreme yetisinden yoksunluk cinsiyet geçişi için bir şart olarak aranmayacak, ancak cinsiyet geçişine yine mahkemeler karar verecek ve geçiş ameliyatı resmi sağlık kurulu raporları ile tespit edilmeden nüfus kayıtları değiştirilmeyecektir.

Günümüzde yeri olmayan bir anlayışın ürünü⁹ olan bu koşulun hâlâ aranacak olması cinsiyet geçişi konusundaki mevcut düzenlemenin çağdaşlaşması önünde bir engel olmaya devam etmektedir. Özellikle de AYM’nin kararında yer verdiği “*belirli haklardan yararlanmak ya da yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla*” cinsiyet değişikliği yoluna başvurulması, cinsiyet geçiş ameliyatlarının zorluğu ve kişi üzerinde yaratacağı yan etkilerin ciddiyetini görmezden gelmektedir.

II. Anayasa Mahkemesi’nin Kendi Kendini Sınırlama Eğilimi ve Sonuçları

Bu hükmün iptali istemine ilişkin AYM önünde yaşanan sorunsal, hükmün AİHS’ye aykırılığına rağmen Anayasa’ya uygun bulunmuş olmasıdır. Elbette ki iç hukuk düzeni açısından uluslararası antlaşmaların Anayasa’dan üstün olduğu söylenemez¹⁰. Anayasa m.90/son’un kanunlarla temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların çatışması durumunda uygulanacak bir çatışma kuralı olduğunun kabulü gerekir¹¹. Fakat AYM, AİHS’nin maddelerini somutlaştıran AİHM içtihatlarını, çoğu zaman bir yorum aracı olarak kullanmakta, böylece Türkiye’nin aynı nedenle AİHM önünde mahkûm olmasını engelleyebilmektedir. Bir diğer deyişle, Anayasa AİHS’ye ve AİHM içtihatlarına

³ Aranana diğer bir şart olan “transseksüel sendromunun varlığı” şartının ise somut olayda AİHS’i ihlal etmediğine hükmedilmiştir. *A P Garçon ve Nicot v Fransa*, B no 79885/12, 52471/13 ve 52596/13 (AİHM 6 Nisan 2017), paras 140-144.

⁴ ibid paras 131 vd.

⁵ Türk hukukunda bu şartın cinsiyet geçişine izin verilmesi değil, yeni cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması aşamasında aranması gerektiği hakkındaki görüşler mevcuttur. bkz. Nurullah Tekin, *Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi* (2009) 39 THD 97, 109-110; Gamze Turan Başara, *Türk Medeni Kanunu’nun 40’inci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları* (2012) 103 TBBD 245, 255-256. AİHM’nin yeni içtihadı karşısında bu görüşlerin yerindeliği tartışılabilir.

⁶ *Y Y v Türkiye*, B no 14793/08 (AİHM, 10 Mart 2015), para 112.

⁷ ibid para 122.

⁸ n 2 paras 32- 35.

⁹ Bu koşula getirilen eleştiriler için : Emre Cumalıoğlu, ‘Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu – Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Anayasa’ya Aykırı mıdır?’, [2016] 15(2), *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. İlhan Ulsan’a Armağan Cilt 1*, 16 ; Peter Dunne, ‘Commentary: YY v. Turkey, Infertility as a Precondition for Gender Confirmation Surgery’ (2015) 23 (4) *Medical Law Review* 646, 656; Yeşim M Atamer ve Z Damla Taşkın, *Transseksüellere İlişkin Hukuki Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Aykırı Hükümler ve Revizyon Önerileri* (2016) 42 (4) *YD* 719, 751-759.

¹⁰ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (16. Bası, Beta 2016) 514-515.

¹¹ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (20. Baskı, Ekin 2016) 279.

uygun biçimde yorumlanabiliyorsa AYM çoğunlukla bunu tercih etmektedir. Bu nedenle uluslararası antlaşmaların AYM için destek ölçü norm olduğu genellikle kabul edilir¹².

Ancak AYM'nin esas ölçü normu Anayasa'dır. Dolayısıyla Mahkeme AİHS ve AİHM içtihatlarını dikkate alsa da Anayasa'ya göre karar verir¹³. Bu durumsa AYM'nin bazen AİHM içtihatlarının aksi yönünde norm denetimi kararı vermesiyle sonuçlanabilmektedir. Nitekim 2011'de verilen TMK m.187'ye ilişkin karar bunun çarpıcı örneklerindedir.

Norm denetimi kararlarından farklı olarak bireysel başvuru kararlarındaysa, AYM uluslararası antlaşmaları, özellikle AİHS ve onun uzantısı olarak AİHM içtihatlarını, daha özenle dikkate alır; çünkü Anayasa m.148 uyarınca bireysel başvuru kapsamında kişiler, ancak AİHS ile Anayasa'nın ortak koruma alanında yer alan haklarının ihlalini ileri sürebilmektedir. Bu durum AYM'yi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin soyut nitelikteki Anayasa hükümlerini AİHM içtihatlarının ışığında yorumlamaya ve somutlaştırmaya teşvik etmektedir¹⁴.

Tam da bu nedenle AYM'nin ret kararı Mahkemenin son sözünü söylediği anlamına da gelmemektedir. Zira Mahkeme, aynı konu hakkında bireysel başvuruda farklı tutum benimseyebilmekte, bireysel başvuru yolunu bir kaçış olarak kullanabilmektedir; ama kadının soyadına ilişkin yaşanan karmaşanın gösterdiği üzere uygulamada ve doktrinde bu kararlara karşı dirençler mevcuttur.

A. Anayasa Mahkemesinin Kaçış Yolu Olarak Bireysel Başvuru

AYM anayasaya uygun yoruma işaret ederek bireysel başvuru kararlarıyla çözebileceğini düşündüğü sorunlar karşısında yargısal aktivizm eleştirilerine set çekme amacıyla iptal kararı vermekten kaçınabilmektedir¹⁵. Türk Ceza Kanunu m.299'da düzenlenen Cumhurbaşkanı hakaret suçu hakkındaki ret kararı bunun örneklerindedir. İptali iktidarın tepkisini çekebilecek bu hükmü iptal etmekten kaçınmış, ilgili AİHM içtihadına dahi gönderme yapmamıştır¹⁶. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerine (OHAL KHK'ları) ilişkin olarak da Mahkeme 1991 yılından beri benimsediği içtihadından dönmüş ve bu KHK'ları denetleme yetkisinin olmadığına karar vermiştir¹⁷. Fakat AYM Başkanı Zühtü Arslan bir konuşmasında norm denetiminde iptal yetkilerinin olmadığını savunduktan sonra, bu KHK'lara karşı yargı yolunun açılmasının ve bireysel başvurunun etkili bir başvuru olarak görülmesinin önemine dikkat çekmiştir¹⁸. Bir konuşmadan yola çıkarak kesin bir hukuki görüşe elbette ulaşılamaz. Fakat Arslan'ın norm denetimine ilişkin temkinli konuşurken bireysel başvuru yoluna dikkat çekmesi AYM hâkimlerinin eğilimine dair ipuçları vermektedir. Bu eğilim, norm denetiminde AİHM içtihatlarının bireysel başvuruya göre daha az dikkate alınmasıyla birlikte ele alındığında, ilgili hükme dair iptal kararı çıkması olasılığını azaltmaktadır.

Öncelikle olası bir iptal kararına karşı yapılabilecek yargısal aktivizm eleştirilerini değerlendirelim. İlk olarak, OHAL KHK'larına ve Cumhurbaşkanı hakaret suçuna ilişkin iptal istemlerinin bağlamı farklıdır. Örneğin, Cumhurbaşkanı hakaret suçunda AİHM, kararlarında doğrudan yasa hükmünün sorunlu olduğuna işaret etmekten kaçınmaktadır¹⁹. Mahkemenin bu konuda verdiği en son karar olan Eon/Fransa kararında, AİHM yasanın kendisinin değil uygulamasının AİHS'ye uygunluğunu

¹² Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 13) 508-509; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (17. Basım, Yetkin 2017) 389-390.

¹³ Özbudun (n 15) 390-391. Krş. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin 2000) 881-887.

¹⁴ Abdurrahman Eren, 'Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri' (2016) 33 *Anayasa Yargısı* 231, 238.

¹⁵ ibid 263.

¹⁶ AYM E 2016/25, K 2016/186, 14 Aralık 2016.

¹⁷ AYM E 2016/166, K 2016/159, 12 Ekim 2016.

¹⁸ 'AYM Başkanı: OHAL KHK'larını denetleme yetkisine sahip değiliz.' (NTV, 25 Nisan 2017) <www.ntv.com.tr/turkiye/aym-baskani-ohal-khkklarini-denetleme-yetkisine-sahip-degiliz,jC4Wf3dIAUWGtdYF9Z1Mtg> ET: 5 Kasım 2017.

¹⁹ Krş. Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz, 'TCK 299: Olmayan Hükmün Gazabı mı?' (*Bianet*, 3 Ekim 2015) <https://bianet.org/biamag/ifade-ozgurlugu/167994-tck-299-olmayan-hukmun-gazabi-mi> ET: 6 Kasım 2017. Hükmün yine de zımnen ilga edildiğine katılmakla birlikte, TMK m.40'taki aykırılığın netliğini vurgulamak istedik.

denetlediğini vurgulamaktadır²⁰. Oysa cinsiyet geçişine ilişkin AİHM kararlarındaki ihlalin, sterilizasyon şartının yarattığı engelden kaynaklanmadığı söylenemez. Zira A.P., Garçon ve Nicot kararında AİHM, kişinin üreme yeteneğinden yoksun kalmasına neden olacak nitelikteki tıbbi müdahalenin nüfus kayıtlarında cinsiyet değişikliği için bir koşul olmasının Sözleşme'nin ihlaline neden olduğunu belirtmiştir. İptali istenen hüküm ise tam olarak bu koşuldur. Kararın Fransa'ya karşı verilmiş olması da TMK'deki bu hükmün AİHS'ye aykırı olmadığı anlamına gelmemektedir. AİHM'nin yorumu son derece açıktır. Türkiye'nin Sözleşme'nin gereğini yerine getirmesi için, doğrudan Türkiye'yi bağlayacak bir ihlal kararı beklemenin bir mantığı yoktur.

Karşılaştırma yapılabilecek diğer örnek olan Anayasa'nın OHAL KHK'larına karşı AYM'de iptal davası açılmayacağına dair hükmü karşındaysa AYM'nin denetim yapması durumunda – bu görüşe katılmasak dahi – yetkisini aştığı iddia edilebilir²¹. Fakat burada benzer bir kısıtlama yoktur. AİHM'nin mahkumiyet kurduğu m.8'in AİHM içtihatlarındaki kapsamının genişliği nedeniyle Anayasa'da birçok farklı maddeye karşılık geldiğini söylemek mümkünse de cinsiyet geçiş sürecine ilişkin bu TMK hükmü, AYM'nin 2016/15 sayılı kararında belirttiği üzere kişinin manevi varlığını korumasını ve geliştirmesi hakkını koruyan Anayasa m.17'nin kapsamındadır²².

Ayrıca burada AYM'ye yapılan klasik yargısal aktivizm eleştirilerinden farklı bir durum söz konusudur. Bu eleştirilerin odak noktası, devletle bürokratik eliti koruyan ve demokratik düzenle temel hakları sınırlandırıcı bir etki yaratmasıdır²³. Buradaysa Mahkeme'nin temel hak ve özgürlükleri koruyucu bir eğilim benimsemesini gerektiren bir durum vardır.

Peki burada AYM'nin hükmün iptalindense sorunu bireysel başvuruyla çözerek başka bir menfaat gözeteceği söylenebilir mi? Bu soruya olumlu yanıt verilemez; ortada normun ayakta tutularak ve bireysel başvuru kararında anayasaya uygun yoruma işaret edilerek çözülebilecek bir sorun yoktur. AİHM kararının ihlal sebebi olarak hükmü işaret ettiği kadının soyadında yaşananlar bunun kanıtıdır. AYM, iptal davası ile önüne gelmesine rağmen iptal etmediği bu hükmün²⁴, Mahkemelerce uygulanmasından dolayı önüne gelen bireysel başvurularda²⁵, Anayasa m.90/son uyarınca ve AİHM'nin açık içtihadı²⁶ nedeniyle AİHS'nin m.8 ile bağlantılı olarak m.14, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m.23/4 ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi m.16/1-g tarafından zımnen ilga edildiğini tespit etmiş; başvurucunun hakkına getirilen sınırlamanın kanunilik şartını taşımadığına hükmetmiştir²⁷. Dolayısıyla AYM normu ayakta tutmamış, Anayasa'ya uygun olduğunu iddia ederek iptal etmediği normun Anayasa uyarınca zımnen ilga edildiğine karar vermiştir. Neden Anayasa'nın ilgili uluslararası antlaşmalara uygun yorumlanarak normun iptal edilmediği ama bireysel başvuruda zımnen ilga tespitiyle yetinildiği sorusuna makul bir cevap verilememektedir.

Sonuçta AYM, hükmün Türk hukukunda var olmadığına karar vermişse de bireysel başvuru kararlarının norm denetimi kararlarından farklı olarak *inter partes* sonuçlar da doğurabilmesi²⁸ ve

²⁰ *Eon v Fransa* B no 26118/10 (AİHM, 14 Mart 2013), para 55.

²¹ Kemal Gözler, *Kanun Hükümünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi (Ekin 2000)* 219–230.

²² İHAS m.8 ile Anayasa m.17 arasındaki kapsam ortaklığı için bkz. AYM B No 2013/2187, 19 Aralık 2013 paras 24-28.

²³ Zühtü Arslan, 'Anayasa Mahkemesinin "Yorum Tekeli", Yargısal Üstünlük ve Demokrasi' in Serap Yazıcı et al (eds), Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II (Yetkin 2008); Ergun Özbudun, 'Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi' (2007) 62 (3) AÜSBF Dergisi 257, 264-265.

²⁴ AİHM'nin Ünal Tekeli/Türkiye kararının ardından TMK m.187'nin Anayasa'ya aykırılığı savıyla itiraz yoluna başvurulmuştur. AYM, iptal istemini reddetmiştir. Bkz. AYM E 2009/85, K 2011/49, 10 Mart 2011, AY m.152/son uyarınca kararın Resmi Gazete'de yayımından (21.10.2011) itibaren on yıl süresince hüküm, itiraz yoluyla iptal edilemeyecektir.

²⁵ AYM B No 2013/2187; AYM B No 2013/4439, 06 Mart 2014; AYM B No 2014/5836, 16 Nisan 2015.

²⁶ *Ünal Tekeli v Türkiye* B no 29865/96 (AİHM, 16 Kasım 2004); *Leventoğlu Abdülkadiroğlu v Türkiye* B no 7971/07 (AİHM, 28 Mayıs 2013); *Tuncer Güneş v Türkiye* B no 26268/08 (AİHM, 3 Eylül 2013); *Tanbay Tüten v Türkiye* B no 38249/09 (AİHM, 10 Aralık 2013).

²⁷ AYM B No 2013/2187, paras 44-47.

²⁸ Tolga Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme* (On İki Levha 2013) 663.

bireysel başvuru kapsamında norm iptalini sağlayan bir usulün olmaması²⁹ karışıklıklara yol açmaktadır. Bireysel başvuru kararları sonrasında yargının tutumu, evlenen kadının sadece önceki soyadını koruyabileceği yönünde değişmiştir; ama nüfus müdürlükleri zımni ilgayı dikkate almadan yasa hükmü uyarınca işlem yapmakta ve medeni hukuk doktrininde ilgili hükmün ilga edildiğine dair görüş birliği sağlanamamaktadır.

B. Kadının Soyadına İlişkin Bireysel Başvuru Kararına Karşı Dirençler

AYM'nin zımnen ilga edildiğini tespit ettiği TMK m.187 uyarınca kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır. Bu emredici bir düzenlemedir, aksi kararlaştırılamaz. Ancak, bireysel başvuru kararları sonrasında bu hükümde açık bir değişiklik yapılmaması karşısında medeni hukuk doktrininde evlenen kadının soyadına ilişkin bir ortak kanıya varılamamıştır.

Bir taraftan AYM'nin bireysel başvuru kararındaki gerekçesinin bağlayıcı olduğundan hareketle, Anayasa m.90/son atfıyla uluslararası antlaşmalardaki hükümlerle çatışan TMK m.187 ve aynı yöndeki diğer düzenlemelerin zımnen ilga edildiği kabul edilerek, evlenmenin eşlerin soyadını değiştirmeyeceğinin savunulabileceği belirtilmektedir³⁰.

Başka bir görüşe göre, Anayasa m.90/son düzenlemesinin çatışma halinde yargıya yalnızca uluslararası antlaşmayı uygulamak yönünde bir takdir yetkisi verdiği söylenebileceğinden ve bireysel başvuru kararlarının kanun hükmünü iptal etme gücü olmadığından³¹ TMK m.187 zımnen ilga edilmemiştir ve hüküm nüfus dairesi nezdinde halen yürürlüktedir.

Diğer bir görüşe göre, TMK m.187'nin zımnen ilga edilmediği ancak emredici niteliğini kaybettiği söylenebilir, böylelikle eşler ortak bir aile soyadında anlaşamaz ve kadın yalnızca önceki soyadını kullanmak istediğini beyan etmezse hüküm Anayasa'ya uygun bir yorumla yedek hukuk kuralı olarak ayakta tutulabilecektir³².

Uygulamadaysa, aksi yöndeki yargı kararlarına karşın yasama organınca yeni bir düzenleme yapılmadığından nüfus müdürlüklerince TMK m.187 uyarınca evlenen kadının kendi soyadını kullanmasına izin verilmemektedir. Son durumda evlendikten sonra önceki soyadını kullanmaya devam etmek isteyen kadının, nüfus müdürlüğünü ve onun da hukuki durumuna etkili olması gerekçesiyle(?) eşini(!) davalı olarak göstererek dava açması ve mahkemeden önceki soyadını kullanabileceği yönünde karar alması gerekmektedir³³.

Sonuç

AİHM içtihadı ışığında, cinsiyet geçiş sürecinde “cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması” şartının aranmasının Anayasa m.17'ye aykırı olduğu 2017/164 sayılı kararın karşıoylarında ortaya konduğu üzere açık olsa da konu hakkında bir bireysel başvuru Mahkemeye intikal ederse Mahkeme'nin Anayasa m.90/son uyarınca hükmün zımnen ilga edildiğini kabul etme ve kanunilik şartının gerçekleşmemesi nedeniyle ihlal kararı olasılığı hâlâ

²⁹ Bu konudaki öneriler için bkz. Şirin (n 33) 284–296; Fazıl Sağlam, ‘Anayasa Şikâyeti – Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar’, Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (eds), *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler* (Metis 2012) 441–444.

³⁰ Başak Başoğlu, ‘“Adın Ne Değeri Var?” -Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi’ (2017) 15 (176) LHD 3881, 3900–3905.

³¹ Serap Helvacı, ‘Son Yargı Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı’ Şebnem Akipek Öcal et al (eds), *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90 Yılı Uluslararası Sempozyumu* (Yetkin 2017) 771, 787–788; Bahar Öcal Apaydın, ‘Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümü Kavuşturulmuş Mudur?’ (2015) 6 (2) İÜHFD 425, 448.

³² Burak Özen, ‘Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı’ (2016) MÜHF, Hukuk ve Kadın Sempozyumu (06 Mart 2015) 93, 100 vd.

³³ Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. Murat Oruç, ‘Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi’ (2016) 7 (27) TAAD 451, 461–462.

mevcuttur. AYM, bu kararı önüne gelen ilk bireysel başvuruda vermese bile bu konunun AİHM'ye taşınması durumunda çıkacak ihlal kararından sonra kadının soyadına ilişkin olayların gidişatının gösterdiği üzere kanunilik şartına dayanan bir ihlal kararı vermek zorunda kalacaktır. Bu ihlal kararının tüm mağduriyetleri sonlandıracak şekilde uygulanmasıysa kadının soyadına ilişkin yaşanan karmaşanın gösterdiği üzere, mümkün olamamaktadır³⁴. Trans bireylerin mağduriyetlerinin sonlandırılması adına yasanın değiştirilmesi gerektiği, yasanın AYM tarafından iptalinin ise Anayasa m.152/f.4³⁵ nedeniyle 20 Mart 2028'e kadar mümkün olmadığı açıktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

Altıparmak K ve Akdeniz Y, 'TCK 299: Olmayan Hükümün Gazabı mı?' (*Bianet*, 3 Ekim 2015) < <https://bianet.org/biamag/ ifade-ozgurlugu/167994-tck-299-olmayan-hukmun-gazabi-mi> > Erişim Tarihi 6 Kasım 2017.

Arslan Z, 'Anayasa Mahkemesinin "Yorum Tekeli", Yargısal Üstünlük ve Demokrasi' in Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Fuat Keyman, *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, Cilt II (Yetkin 2008).

Atamer Y M ve Taşkın Z D, *Transseksüellere İlişkin Hukuki Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Aykırı Hükümler ve Revizyon Önerileri* (2016) 42 (4) *Yargıtay Dergisi* 719.

Başara G T, *Türk Medeni Kanunu'nun 40'ncü Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları* (2012) 103 *TBB Dergisi* 245.

Başoğlu B, "'Adın Ne Değeri Var?' – Evliliğin Kadının Soyadına Etkisi' (2017) 15 (176) *Legal Hukuk Dergisi* 3881.

Cumalıoğlu E, 'Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu – Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Anayasa'ya Aykırı Mıdır?', [2016] 15(2), *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. İlhan Uluslan'a Armağan Cilt 1*, 16.

Dunne P, 'Commentary: YY v. Turkey, Infertility as a Precondition for Gender Confirmation Surgery' (2015) 23 (4) *Medical Law Review* 646.

Eren A, 'Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri' (2016) 33 *Anayasa Yargısı* 231.

Gözler K, *Kanun Hükümünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi* (Ekin 2000).

--, *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin 2000).

--, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (20. Baskı, Ekin 2016).

Göztepe Çelebi E, 'Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı' 33 *Anayasa Yargısı* (2016) 93.

Helvacı S, 'Son Yargı Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı' Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı, Ahmet Ayar, Zeliha Gizem Sayın, Nesli Şen Özçelik (eds), *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90 Yılı Uluslararası Sempozyumu* (Yetkin Yayınları 2017).

Oruç M, 'Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi' (2016) 7 (27) *TAAD* 451.

³⁴ Bu konudaki öneriler için bkz. Ece Göztepe Çelebi, 'Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı' 33 *Anayasa Yargısı* (2016) 93.

³⁵ Anayasa m. 152/f.4: "Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."

Öcal Apaydın B, ‘Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?’ (2015) 6 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 425.

Özbudun E, ‘Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi’ (2007) 62 (3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 257.

– –, *Türk Anayasa Hukuku* (17. Basım, Yetkin 2017).

Özen B, ‘Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı’ (2016) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk ve Kadın Sempozyumu (06 Mart 2015) 93.

Sağlam F, ‘Anayasa Şikâyeti – Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar’, Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (eds), *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler* (Metis 2012).

Sağlam İ, Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme (2004) 8 Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 455.

Şirin T, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme* (On İki Levha 2013).

Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (16. Bası, Beta 2016).

Tekin N, Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açından Değerlendirilmesi (2009) 39 Terazi Hukuk Dergisi 97.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM E 2017/130, K 2017/165, 29 Kasım 2017

AYM E 2015/79, K 2017/164, 29 Kasım 2017

AYM E 2016/25, K 2016/186, 14 Aralık 2016

AYM E 2016/166, K 2016/159, 12 Ekim 2016

AYM E 2009/85, K 2011/49, 10 Mart 2011

AYM B No 2013/2187, 19 Aralık 2013

AYM B No 2013/4439, 06 Mart 2014

AYM B No 2014/5836, 16 Nisan 2015

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

A P Garçon ve Nicot v Fransa, B no 79885/12, 52471/13 ve 52596/13 (AİHM, 6 Nisan 2017)

Eon v Fransa B no 26118/10 (AİHM, 14 Mart 2013)

Leventoğlu Abdülkadiroğlu v Türkiye B no 7971/07 (AİHM, 28 Mayıs 2013)

Tanbay Tüten v Türkiye B no 38249/09 (AİHM, 10 Aralık 2013)

Tuncer Güneş v Türkiye B no 26268/08 (AİHM, 3 Eylül 2013)

Ünal Tekeli v Türkiye B no 29865/96 (AİHM, 16 Kasım 2004)

Y Y v Türkiye, B no 14793/08 (AİHM, 10 Mart 2015)

Yargıtay Kararları

Yargıtay 18. HD E 2014/18452, K 2015/7159, 30 Nisan 2015