

LGBTQ HAKLARININ KORUNMASINDA ANAYASA YARGISI VE STRATEJİK İNSAN HAKLARI DAVALARI: TÜRKİYE ÖRNEĞİ

“CONSTITUTIONAL JUDICIARY AND STRATEGIC HUMAN RIGHTS LITIGATION IN LGBTQ RIGHTS: A CASE STUDY ON TURKEY”

Işıl KURNAZ*

Özet: LGBTQ haklarının korunması konusu, İnsan Hakları Hukukunun bir meselesi olduğu kadar, anayasa yargısı ve bireysel başvuru olanağı ile birlikte bir anayasa meselesi hâline de gelmiştir. Bu açıdan bakıldığında salt aktivizme bırakılamayacak kadar hukuki ve yasal seyre ve mücadeleye de ihtiyaç duyan LGBTQ hakları, Türkiye’de gelişen sivil toplum ile beraber kazanımlarını hukuk yoluyla da elde edebilmektedir. Bu çalışmada, Türk Anayasa Mahkemesi’ne LGBTQ haklarında kazanım sağlamak için yapılan başvurular incelenmiş, bu yapılırken salt teknik bir karar değerlendirmesinin ötesine geçilerek, mevzuata, mevzuatın satır aralarına bakılmaya çalışılmış ve uluslararası literatür, normatif kaynakların ötesine geçerek incelenmeye çalışılmıştır. Yargı kararlarındaki cinsiyetçiliğin ve homofobinin seyrini izleme çabası güden bu çalışmada, hak temelli bir bakış açısıyla cinsiyetler-arası eşitliğin anayasal düzlemde sağlanabilmesinin yolları aranmıştır.

Anahtar Kelimeler: LGBTQ, Türk Anayasa Mahkemesi, AİHM, Cinsiyetler Arası Eşitlik, Cinsel Yönelim, Homofobi

Abstract: In this work, I would like to draw a correspondence between LGBTQ Rights and Constitutional Protection of them. From my point of view, LGBTQ rights are not only topics of the International Human Rights Law, but also more concrete and substance of law shall be applicable for their recognition and protection. This is the subject of the Constitutional Law which enshrines the fundamental freedoms and rights into the Constitutions. Therefore, the aim of this work is to go into more depth the issue of LGBTQ rights from the viewpoint of Turkish Constitutional Law and Turkish Constitutional Court’s Decisions on that topic. It is very important to emphasize that LGBTQ rights are the topics of legal sphere and law as well as civil society and civil struggle. Looking into the legal sphere and possibilities to be able to gain more rights and freedoms is only possible by understanding the legal gaps and to fill them with the right-based approach.

Keywords: LGBTQ, Turkish Constitutional Court, ECHR, Gender Equality, Sexual Orientation, Homophobia

* Arş. Gör., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, LL.M., Lund Üniversitesi, isil.kurnaz@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6179-5674, Makalenin Gönderim Tarihi: 18.11.2019, Kabul Tarihi: 18.11.2019

Giriş

Afro-Amerikalı yazar James Baldwin, Giovanni'nin Odası kitabında eşcinsel aşkı, Amerikalı beyaz David ile İtalyan garson Giovanni'nin kişiliklerinde buluşturarak anlatır. David ile Giovanni'nin yaşadığı eşcinsel ilişki, toplumsal değer yargılarının ve heteronormativitenin baskısına dayanamaz; David, Giovanni'yi terk ederek, güvenli ve steril hayatını heteroseksüel evli bir erkek olarak sürdürecektir, olmadığı biri gibi hayatına devam edecektir. Baldwin'ın beyaz eşcinsel erkekleri yazan siyah eşcinsel bir yazar olarak dünyaca tanındığı bu romanda, başkahraman Giovanni, tam da baskıya dayanamayarak kendisini terk eden David'e şöyle seslenir: *"Giovanni'nin bir sevgilisi oldu ne erkek ne de kadın, anlayamadığı, elinde tutamadığı bir şey. Geceleri yatakta gözü-nü kırpmadan bir adamın eve dönmesini beklemek nedir, biliyor musun sen? Dünyadan haberin yok. Yaşamın o korkunç yönlerinin de farkında değilsin. O kısa saçlı, ay yüzlü kızla oynadığın komedinin sevgi olduğunu zannedip, böyle yaşamın, gülüp oynayabilmen bundan".*¹

Edebiyattan cinsiyet çalışmalarına, sosyolojiden tarihe kadar geniş kapsamlı araştırma ve çalışmalara kaynaklık etmiş eşcinsellik; Sappho'nun şiirlerinden Virginia Woolf'un Orlando'suna kadar geçen sürede edebiyatta da var olmuştur. Ancak kişisel olanın aynı zamanda politik de olduğu bu bireysel ve sosyal tarafı içkin durumun, hukuki tanınma ve yasal seyri, kendi tarihi kadar eskiye gitmemektedir. LGBTQ hakları, bir mücadeleler ve hareketler kazanımı olarak, lütfedilmiş değil, kazanılmış bir hak kümesi şeklinde var olmaya çalışmaktadır. Dolayısıyla burada, hukuki pozitivizmin önüne geçen sosyal bir olgu olarak cinsiyetler-arası hukuki rejim vardır. Bu olgunun yasal anlamdaki varlık mücadelesi ise Anayasal eşitlik ilkesinin tam anlamıyla hayata geçirilmesiyle ilgilidir. Zira hiçbir cinsiyet kodlanmadığında dahi, satır araları ve yasa boşluklarından cinsiyetçi ve heteronormatif bir rejimin sızdığı hukukta, devletin aktif yasama faaliyetinin rolü ve *"cinsiyetler-arası hukuki eşitliğin salt kanun önünde eşitlik ilkesiyle sağlanamadığı, sosyal gerçekliğin, biçimsel eşitliğin güvence altına alınmasının ötesinde etkili tedbirleri gerektirdiği"* göz önünde bulundurulmak zorundadır.²

¹ James Baldwin, Giovanni'nin Odası, Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2006, s. 136.

² Ece Göztepe, Justinia'nın Gözbağının Arasından Görülenler: Anayasal Eşitlik İlkesinin Devletin Aktif Yasama Faaliyetiyle Hayata Geçirilmesinin Anlamı, Anka-

Avrupa Konseyi'nin 2004-2009 yılları arasında Genel Sekreterliği'ni üstlenmiş olan Terry Davis, 17 Mayıs 2009 Anti-Homofobi günü için yaptığı açıklamada, *"Günümüzde eşcinsellik, en azından Avrupa Konseyi ülkelerinde hapis cezasıyla cezalandırılmamakta; ancak ayrımcılık ve homofobi hala mevcut ve sadece toplumun marjinal gruplarına özgü değil. Avrupa'daki resmi ya da ahlaki otoritelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin eşcinsellere uygulanmıyormuş gibi davranmaları kabul edilemez. Ayrımcılık yapanlar davranışlarını haklı göstermek için sık sık ahlaki değerlere başvurmaktadır. Ahlaki değerleri savunmak çok iyidir; ancak tamamen yanılıyorlar. Ahlaksız olan eşcinsellik değil, homofobidir"* demiştir.³

Gerçekten de LGBTQ haklarının tarihi, bir mücadele tarihi olarak kurulmuş gerek Türkiye'de gerekse dünyanın geri kalanındaki LGBTQ hakları, sivil toplumun ve örgütlü mücadelenin sonucunda yasal seyirde kazanımlar elde edebilmiştir.⁴ Bu noktada, Davis'in vurguladığı ahlaki değerler bariyeri, LGBTQ mücadelesi için önemli sayacaklarından birisini oluşturur. Bu hakları tanımamanın ya da ihlal edebilmenin yegâne gerekçesi ahlak ve moral değer yargılar olmakla birlikte, sorunun tersten sorulması ve kimin ahlakın genel ahlak olarak mutlak ve verili kabul edildiğinin sorgulanması önemli olacaktır. Hukuki argümantasyonun ve yargısal gerekçelerin özüne ahlaki değer yargılarının ne derece zerk edileceği meselesi, sadece LGBTQ hakları söz konusu olduğunda tartışmalı değildir. Ryan Thoreson, ahlaki değer yargılarının İnsan Hakları Hukukundaki izdüşümünü deşerken, bu değer yargılarının bir norm olarak hukuki argümantasyona esas alınmasının, insan haklarının evrenselliği ile devletlerin egemenlik yetkisinin bir dengesi meselesi olduğunun altını çizer.⁵ Thoreson'a göre

ra Barosu Hukuk Kurultayı, 2006, v.3, s.532.

³ International Day against Homophobia, 17 May, Statement by Terry Davis, Secretary General of the Council of Europe, Press release - 395(2009) Strasbourg, 15.05.2009, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jspid=1445137&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntanet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE> (Son erişim tarihi: 02.05.2020).

⁴ Türkiye'de LGBTQ Hakları konusundaki tarihsel gelişimin özeti için, Hakan Ataman, LGBTT Hakları İnsan Haklarıdır, İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2009.

⁵ Ryan Thoreson, The Limits of Moral Limitations: Reconceptualizing Morals in Human Rights Law, içinde Harvard International Law Journal, Volume 59, Number 1, Winter 2018, p.199.

ahlaki değer yargılarının normatif kaynak oluşu, uluslararası insan hakları hukukundaki sınırlandırıcı şartlara benzemektedir. Buna göre devletlere yüklenen pozitif insan hakları yükümlülüklerinin, onların egemenlik ve takdir yetkileriyle olan sıkı ilişkisi göz önüne alınmakta ve değer yargısı bazlı normlar, normların yorumlanmasının sınırı/ sınırlandırıcı şartı olarak tarif edilmektedir. İşte bu sınırlandırıcı şartlar ve devletin takdir yetkisinin, LGBTQ hakları söz konusu olduğunda nasıl bir seyir izlediği ile Türkiye bağlamında Anayasa Mahkemesi esas olmak üzere yargı kararlarının bu konuda ne söylediği bu çalışmanın kapsamını oluşturacaktır. Gerçekten de cinsiyet araştırmaları ve hukukun bir arada düşünülmesi, *var olan bir sosyal gerçekliğin, biçimsel hukuk eksiklerini kapatması sonucu doğurabilecektir*.⁶

Bu bağlamda, bu çalışma kapsamında öncelikle i. LGBTQ haklarına ilişkin terimler açıklanacak, ii. daha sonra bu mücadeledeki önemli tarihsel basamaklar belirtilecek, iii. Thoreson'un tartışmasından esas alınarak ahlaki değer yargılarının, tarih sırasıyla bu konudaki belli başlı Anayasa Mahkemesi kararındaki hüküm gerekçelerine ne derece yansıdığı gösterilmeye çalışılacaktır. En son bölümde ise stratejik insan hakları davaları yolunun LGBTQ haklarını güçlendirme ve kapsamını yaymadaki rolü ve ilgili sivil toplum kuruluşlarının, bu davaları ne derece kullanabildiklerin yolu gösterilecektir. Anayasa Mahkemesi'nin LGBTQ hakları alanındaki içtihadının sınırlı oluşundan ötürü, incelenen belli başlı kararlar, insan hakları hukuku alanında anayasa yargısının işlev ve rolü düşünülerek anlaşılmaya çalışılacaktır.

LGBTQ Haklarında Temel Kavramlar

Uluslararası İnsan Hakları Mevzuatının Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Alanlarında Uygulanmasına İlişkin İlkeler, Endonezya'nın Yogyakarta Kentinde 6-9 Kasım 2006'da yapılan Uzmanlar Toplantısının ardından kabul edilmiştir ve cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılığın önlenmesi açısından önemlidir. İnsan hakları uzmanlarından oluşan bir grup bu ilkeleri hazırlamış, geliştirmiş, tartışmış ve nihai hale getirmiştir. 6-9 Kasım 2006 tarihinde Endonezya/Yogyakarta'daki Gadjah Mada Üniversitesi'nde yapılan bir uzman toplantısını takiben 25 ülkeden insan hakları hukukuyla ilgili farklı

⁶ Göztepe, agm, s.532.

arka planlara ve tecrübelerle sahip 29 uzman oybirliğiyle Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri'ni kabul etmiştir.⁷ Bu ilkeler esas alınır, LGBTQ haklarıyla ilgili terminoloji şu şekilde açıklanabilir:

- **Cinsiyet:** Canlı türlerinin tamamı için üreme organları ve sistemleri üzerinden kadın ve erkek ya da erkek ve dişi olarak farklılaşma.
- **Cinsel yönetim (sexual orientation):** Kişinin, farklı bir cinsiyet ya da aynı cinsiyet ya da birden fazla cinsiyetten bireye cinsel yönden yönelimi.
- **Toplumsal cinsiyet:** Kadının ve erkeğin rollerini, sorumluluklarını, güç ilişkilerini, toplumsal konumlarını belirleyen kavram.⁸
- **Toplumsal cinsiyet kimliği (gender identity):** Kişinin vücuduyla ilgili bireysel hislerini içerecek şekilde (tıbbi, cerrahi ya da diğer araçlarla) bedensel olarak görünüşünü ya da fonksiyonlarını özgür bir şekilde değiştirmeyi de kapsayabilen, doğumdan itibaren kazandığı biyolojik cinsiyetle uyumlu ya da uyumlu olmayabilen, cinsiyeti hakkında derinden hissettiği içsel ve bireysel duygulara ve giyim, konuşma ve davranış biçimlerini de içerecek şekilde cinsiyetin diğer biçimlerde dışavurumuna atıfta bulunur. Cinsel yönelimden bağımsız olarak trans kadın, trans erkek, travesti, interseks vb. olmaktadır.
- **Cinsel kimlik:** Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin bütünü, kişinin cinsel kimliğini oluşturur. Cinsiyet kimliği trans erkek olan biri, biyolojik olarak cinsiyet geçiş ameliyatı olmamış olsa bile cinsel yönelimi gereği erkeklerden hoşlanıyor olabilir. Bu durumda bu kişinin cinsel kimliği, eşcinsel trans erkektir. Bireyin, kadın cin-

⁷ Yogyakarta ilkeleri metni için: http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/yogyakarta_ilkeleri.pdf (Son erişim tarihi: 27.04.2020).

⁸ Toplumsal cinsiyetin, sadece ikili cinsiyet rejimi düşünülerek ele alınan bir kavram olmadığı konusunda bkz. Ece Göztepe, agm, s.540. Zira burada değinilen ATAD içtihadında, gerektiğinde tarafların kadın-kadın olduğu durumlarda da toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin doğabileceği belirtilmiş, örneğin bir işe başvuran iki kadından biri hamile olduğu için diğer kadın işe alındıysa, burada da toplumsal cinsiyet temelli bir ayrımcılık olduğu vurgulanmıştır.

sel organına sahip olması, onu kadın varsaymamıza sebep olmaz. Birey, kendine erkek dediği için, ameliyattan bağımsız olarak bir trans erkektir ve erkek olarak kabul edilir. Erkeklerden hoşlandığı için de cinsel kimliği eşcinsel bir trans erkek olacaktır.⁹

- **LGBTQİ+:** Lezbiyen, gey, biseksüel, transgender (travesti ve transseksüel), queer, interseks ve zaman zaman cinsel azınlıklar diye anılan grup ve kimliklerin tümüdür. Bu ifade, çok geniş bir skalada tüm cinsel kimlikleri kapsadığı için sonunda + ifadesi söz konusudur. Bu çalışma kapsamında, tüm cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği hakları temel alınmıştır ancak kısaltmanın gittikçe karmaşıklaşmaması adına temsilen sadece “LGBTQ” ifadesi tercih edilmiştir.
- **Transgender:** Cinsiyet değiştirme operasyonu geçirmiş ya da geçirmemiş ancak biyolojik cinsiyetine ve görünümüne bir şekilde müdahale edenleri ifade etmek için kullanılan terim. Türkiye’de, transeksüel, travesti, interseksüel ve çiftcinsiyetli (hermafrodit – cinsel organları belirsiz) kişiler için kullanılır.¹⁰
- **Transseksüel:** Kişinin davranışlarından çok, iç dünyasında kendini karşı cinsten biri gibi görmesidir.
- **Travesti (crossdresser):** Dış görünüş ve davranışlarıyla karşı cinse ait olma isteğidir.
- **Eşcinsellik:** Aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki cinsel ya da duygusal çekim ve cinsel davranıştır. Geylik ve lezbiyenlik için kapsayıcı olarak kullanılır.
- **Biseksüel:** Hem kendi cinsine hem karşı cinse duygusal, erotik ve cinsel çekim hisseden kadın ve erkekler için kullanılır.
- **Heteroseksüel:** Duygusal, cinsel ve erotik olarak karşı cinsten kişilere yönelmiş kadın ve erkekleri tanımlar.
- **Heteronormativite:** Heteroseksüelliğin normal ve tek cinsel yönelim olarak görülmesi, toplumsal değerlerin, kuralların ve yaşam

⁹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, “Herkes Özgür ve Eşit Doğar: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Raporu”, 2013, BM Raporu.

¹⁰ Hakan Ataman, age, s.2.

biçimlerinin herkes heteroseksüelmiş gibi davranılarak kabul edilmesi ve norm alanının buna göre düzenlenmesidir. Tüm sosyal, siyasal ve iktisadi hayat, ikili cinsiyet rejimi esas alınarak düzenlendiği için, heteronormatif bir düzende ayrımcılık ve LGBTQ bireylerin dışlanması sonucu doğar.

- **Heteroseksizm:** Hayatta kalabilmek ve yaşayabilmek için kabul edilir tek alternatifin heteroseksüellik olduğunun varsayılmasıdır.
- **Homofobi:** LGBTQ bireylere yönelik korku, hoşlanmama, nefret, dışlama vb. şekilde açığa çıkan ayrımcılık türüdür.¹¹ Geyfobi, bifo-bi, lezfobi, transfobi gibi türleri vardır.
- **Queer (Quir):** Toplumsal cinsiyet ve cinsel arzu tartışmaları kapsamında değerlendirmeler üreten kuramsal bakışa da esas teşkil eden queer kavramı, her türlü cinsel kimliğin sabit ve verili tanımlara hapsedilemeyeceğini, (*cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin bir bütünü olarak*) cinsel kimliğin muğlak ve akışkan yapıya olduğunu ifade eder.¹² Bu bağlamda queer teoriye göre, aslında yukarıda açıklanan kimliklerin hiçbirisi sabit ve verili değildir; bireylerin cinsel kimlikleri, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği anlamında da dönüşüm ve değişim içindedir, bu yüzden de LGBTQ kimliğinin özü ve devinimi, queer kuramda yatmaktadır. Queer kuram, cinselliğin ve cinsel edimlerin performatif olduğunu yani performansa dayalı olduğunu; bu sebeple verili ve sabit değil, performatif olduğunu vurgular. Gerçekten de Foucault'nun da Cinselliğin Tarihi'nde anlattığı gibi, cinsiyet kurgusal bir kategoridir. Yani "*Cinsiyet mefhumu yapay bir birlik çerçevesinde anatomik öğeleri, biyolojik işlevleri, davranışları, duyumları ve hazları bir araya toplamayı sağladı ve bu hayali birliğin nedensel ilke, her yerde hazır ve nazır anlam biçiminde işlemesini mümkün kıldı.*"¹³

¹¹ Bunun bir ayrımcılık ve nefret suçu olduğuna ilişkin çalışma: Warren Blumenfeld and Diane Raymond, Prejudice and Discrimination, In Reading for Diversity and Social Justice, by Routledge, New York, s.25.

¹² Queer Teori hakkında: Judith Butler, Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi, Metis Yayınları, Haziran 2008; Queer Tahayyül, Der. Sibel Yardımcı, Özlem Güçlü, Sel Yayınları, Nisan 2016; Queer Teori: Bir Giriş, Annamari Jagose, NotaBene Yayınları, 2015.

¹³ Michel Foucault, Cinselliğin Tarihi, 1. Cilt, Afa Yayınları, 1986, s.114.

Judith Butler da performative kavramını, Foucault'dan referansla, bedensel hareket ve icraların performatif olmasıyla açıklar. Yani dışa vuruyormuş gibi yaptıkları öz veya kimlik, aslında bedensel işaretler ve diğer söylemsel yollarla üretilen ve sürdürülen bir tür üretimdir.¹⁴ Foucault'nun veciz sözüyle ifade edersek, queer kuramın cinsiyet rollerini ve ikili cinsiyet rejimini mutlak kabul etmemesi şu şekilde açıklanır: "İnsandaki hiçbir şey, bedeni bile, kendini tanımasına veya başkalarını kavramasına temel oluşturacak kadar istikrarlı değildir."¹⁵

LGBTQ haklarına ilişkin en kapsayıcı yaklaşımın, bir üst kimlik olarak cinsel kimliğin tümünü kapsayan queer kuramla daha ayrıntılı anlatılabildiği söylenebilir. Zira Butler'ın da Cinsiyet Belası boyunca ifade ettiği, cinsiyetin ve toplumsal cinsiyetin kültürel biçimlerin çoğalabileceği, bu çokluk halinin mevcut olduğu ve cinsiyetin ikililiğinin yalanlanarak, çoklu bir cinsiyet rejiminin inşa edilebileceğidir. Bu türden bir tartışmanın doğal/ doğal olmayan cinsel yönelim ya da cinsiyet kimliği tartışmasını da bertaraf edeceğini ifade eden Butler, meseleyi neyin ne kadar doğal olduğu değil, cinsel kimlik dâhil hiçbir kimliğin siyaseten sabit kabul edilmemesi gerektiği tartışması üzerinden okur.¹⁶

A. LGBTQ Haklarıyla İlgili Tarihsel Gelişmeler

Hem dünyada hem de Türkiye'de LGBTQ haklarıyla ilgili tarihsel seyir, insan hakları hareketi ve mücadelesiyle eşzamanlı yürümüştür. Bu sebeple bu mücadelenin seyri, aynı zamanda örgütlü mücadelenin de seyridir. İlk defa 1897'de Berlin'de, Magnus Hirschfeld, eşcinsellere yönelik yasal ve sosyal hoşgörüsüzlüğü sona erdirmek için faaliyet gösteren dünyanın ilk örgütü olan Bilimsel-İnsancıl Komite'yi (The Scientific-Humanitarian Committee) kurmuştur.¹⁷ 1969 tarihi ayrıca önemlidir çünkü Stonewall Ayaklanması 27- 28 Haziran gecesinde, New York kentinde başlamıştır. New York Greenwich'te bir eşcinsel barı olan Stonewall, 28 Haziran 1969'da bir polis baskınına uğramış, bunun üzerine içerideki LGBTQ bireyler beş gün süren bir direnişle polis merkezine götürülmeye isyan etmişlerdir. Stonewall Ayaklanması, LGBTQ hare-

¹⁴ Judith Butler, age, s.124.

¹⁵ Michel Foucault, Nietzsche, Genealogy, History, Language, Counter Memory, Practice: Selected Essays and Interviews, Cornell University Press, 1977, s.153.

¹⁶ Judith Butler, age, özellikle Parodiden Siyasete bölümü, s. 233-241.

¹⁷ Adrian Coman, Sexual Orientation and Human Rights, Human Rights Education Associates (HREA), 2003.

ketinde bir dönüm noktası olarak ifade edilmektedir.¹⁸ 1973 yılı dünya seyri açısından oldukça önemlidir çünkü daha önce eşcinselliği hastalık olarak telakki eden Amerikan Psikiyatri Derneği Yönetim Kurulu bu tarihte, eşcinselliğin hastalık kategorisinden çıkarılmasına karar vermiştir. 1974'te ilk Uluslararası Gey Hakları Konferansı İskoçya'nın Edinburg kentinde yapılmıştır. 1981'de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilk cinsel yönelim kararı verilmiştir. Dudgeon v. Birleşik Krallık kararında¹⁹ Mahkeme, bir suç isnadı üzerinde Kuzey İrlanda polisince Jeffrey Dudgeon'un evinde arama yapılırken, Dudgeon'un eşcinsel kimliğine ilişkin olarak özel hayatına dair belgelere rastlanmıştır. Bunun üzerine başvuru hakkında eşcinsel ilişkiye rıza gösteren erkeklerin fiilinin hayâsızca hareket ve suç olarak kabul edilmesinden ötürü cezai soruşturma ve kovuşturma başlamıştır. Dudgeon, ceza kanunundaki ilgili düzenlemenin, özel hayata saygı ilkesini ihlal ettiğini ifade ederek AİHM'e (*o tarihte Komisyon*) başvurmuştur. Komisyon, kişinin eşcinsel davranışlarının yalnızca kendi özel hayatını ilgilendireceğini ifade ederek, Kuzey İrlanda'daki ceza kanunu hükmünün hukuki dayanaktan yoksun olduğunu belirtmiştir. Komisyon, eşcinsel ilişkiyi yasaklayan hükmü, AİHS'in özel hayata saygı gösterilmesi hakkını düzenleyen 8. maddesinin 1. fıkrasına aykırı bulmuştur. Thoreson, insan hakları hukukunda ahlaki yargıları yeniden kavramsallaştırdığı makalesinde Dudgeon davasına özel bir yer ayırmıştır. Yazara göre, devletlerin kendi moral yargılarını ne dereceye kadar hukuki gerekçe ve obiter dictum olarak kullanabileceğinin sınırı çizilemez ancak Dudgeon davası gibi başvuru sahiplerinin temel hak ve özgürlüklerinin, toplumsal ahlaki değer yargıları nezdinde ikinci plana düşürüldüğü davalarda, insan hakları hukukunun önceleneceğinin sinyallerini bulabiliriz.²⁰

Bu ilerlemeci tarihsel seyir, 17 Mayıs 1990 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü'nün eşcinselliği zihinsel hastalıklar listesinden çıkarmasıyla sağlamlaşmış, 1992'de de bu karar ICD-10 isimli *International Classification of Diseases – Hastalıkların Uluslararası Sınıflandırılması* listesine resmen kaydedilmiştir. 1994 tarihinden itibaren Dünya Sağlık Örgütü'ne üye tüm ülkeler, hastalık sınıflandırmasında bu listeyi esas almışlardır. 17 Mayıs, Uluslararası Homofobi Karşıtı Gün olarak kutlanmaktadır. 1999 yılına gelindiğinde, Avrupa Birliği Amsterdam Anlaşması'nı

¹⁸ Martin Duberman, Stonewall İsyanı, Agora Yayınları, 2008.

¹⁹ Dudgeon v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 7525/76, 22 Ekim 1981.

²⁰ Thoreson, agm, s.209.

kabul etmiş ve cinsel yönelimi adını koyarak koruma altına alan ilk uluslararası anlaşma olmuştur. 2007 yılında, yukarıda sözü edilen insan hakları hukuku ile cinsel kimliği bağdaştıran Yogyakarta İlkeleri ilan edilmiş, 2008’de ise cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kimliği hakkında BM Deklarasyonu ilan edilmiştir.

Türkiye özelinde de LGBTQ haklarının tarihi, örgütlü ve yasal mücadelenin tarihidir. Bu örgütlü mücadeledeki önemli ayaklar şunlardır:²¹

- 1993: Lambda İstanbul isimli LGBTQ örgütü kurulmuştur. 2006’da tüzel kişilik kazandı.
- 1994: Ankara’da Kaos-GL kuruldu. 2005’te tüzel kişilik kazandı.
- 2001: İzmir’de Siyah-Pembe Üçgen Derneği kuruldu. 2009’da tüzel kişilik kazandı.
- 2003: İstanbul’da ilk kez onur yürüyüşü düzenlendi, otuz bin kişi katıldı.
- 2006: Ankara’da trans dayanışma örgütü Pembe Hayat kuruldu.

Bu çerçevede gerek Türkiye gerek dünyadaki LGBTQ haklarının tarihsel seyrinin, yasal mücadele ve tanınırlılık zemininde işlediği, kolektif eylemlerin görünürlüğü arttırmadaki rolü ile örgütlü kurumsallaşmanın hakların kazanımındaki mihenk taşı rolü görülebilir. Gerçekten de ilerideki bölümde içtihadın zamanla seyrindeki değişiklikten anlaşılacağı üzere, tüm görünürlük ve aktivizm sürecinin, yasal, hukuki ve kamusal korumadaki geliştirici rolü oldukça önemlidir.

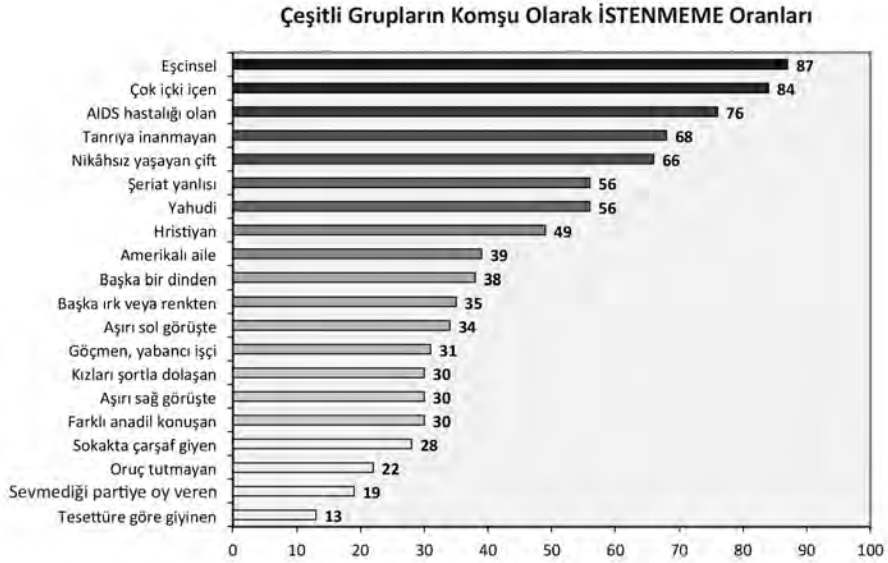
B. LGBTQ Haklarıyla İlgili Yasal Seyir

Cinsiyetin, hukukun temelindeki ayrımcı unsurlardan biri olarak görülmediğini anlattığı tebliğinde Ece Göztepe, *“herkesten bahsedildiğinden bile herkesin kastedilmediğinin anlaşılması gerekliliğinden ve hukuki pozitivizmin cinsiyet körlüğü yaklaşımının farkında olmaktan bahsetmiştir”*.²² Söz konusu LGBTQ bireyler olduğunda bu herkesin kapsamı daha da daralmakta, bireyler küçük bir fasit dairede ve kendi fanuslarında görünmez şekilde yaşamaya mahkûm edilmektedir.

²¹ Ataman, age, s.25.

²² Göztepe, agm, s.535.

LGBTQ haklarında da bu körlük devam etmekte ve Türkiye’deki yasal seyir düşündüğümüzde, anayasal anlamdaki temel hak ve özgürlük rejiminin belirleyici olduğunu ancak sorunun adli adınca yasalarda ele alınmadığını görürüz. Türk hukukunda, LGBTQ birey olmak hiçbir zaman cezai anlamda suç kategorisine yekten konularak kriminalizasyon süreci doğrudan yaşanmamıştır.²³ Ancak bu, yasaların, toplumun ve kurumların LGBTQ bireylere karşı korumacı bir yaklaşımda olduğunu göstermemektedir. Aksine, Yılmaz Esmer’in 2012 yılında hazırladığı Türkiye Değerler Atlası’na göre, nüfusun %87’si eşcinsel bir komşuya sahip olmak istememektedir.²⁴



Kaynak: Yılmaz Esmer, Türkiye Değerler Atlası, 2012, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s. 66-67.

(Son erişim tarihi: 02.05.2020)

²³ Volkan Yılmaz, The New Constitution of Turkey: A Blessing or A Curse for LGBT Citizens? Turkish Policy Quarterly, Volume 11, Number 4, p. 133.

²⁴ Yılmaz Esmer, Türkiye Değerler Atlası, 2012, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s. 66. Önce, son araştırmalarımızdaki (2011, 2012) toplu sonuçları verelim: “Komşu olarak istenmeyen grupların başında hep eşcinseller (%87) geliyor. Onları da çok içki içenler (%84) ve AIDS’liler (%76) izliyor. En az itiraz ise tesettür kurallarına göre giyinenlere, sevmediği partiye oy verenlere ve oruç tutmayanlara. Bunlar Türkiye geneli ile ilgili bulgular. Bölgelere ve kişisel özelliklere göre de hangi gruplara daha fazla veya daha az hoşgörü gösterildiği önemli ölçüde değişebiliyor”.

Türk hukukunda, bu sosyal gerçeklik ve homofobiden de anlaşılacağı üzere, LGBTQ bireyler 1980'lere kadar hiç tanınmamış ve görünmez sayılmışlardır. LGBTQ bireyleri görünmezlik perdesi ardına resmen saklayan ilk yasa, 12 Eylül 1980 darbesinin ardından askeri cuntanın çıkarmış olduğu bar ve gece kulüplerinde kadın görünümlü erkeklerin istihdamını yasaklayan yasadır. Transkadın şarkıcı Bülent Ersoy'un da bu yasayla sahne yasağı alması, kamusal anlamdaki ilk görünür tartışmalardan biridir.²⁵

Darbenin ardından 1988 yılında, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Bazı Maddelerinin ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun çıkmış, buna göre trans bireylerin cinsiyet geçiş ameliyatı olabilmemesinin yolu açılmıştır.

Yeşim Atamer ve Damla Taşkın'ın da Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeleri inceledikleri makalelerinde²⁶, Türk hukukundaki transseksüellere ilişkin yasal seyir üç dönem olarak ele alınmıştır. Bu dönem i. Hiçbir düzenlemenin olmadığı ve Yargıtay'ın önüne gelen dosyada, yurtdışında cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirerek bu değişikliği nüfus siciline geçirmek isteyen Bülent Ersoy başvurusunu,²⁷ Türk hukukunda kimseye keyfiyetine tabi olarak cinsiyet değiştirmek hakkı verilmediği gerekçesiyle reddettiği 1988 öncesi dönem; ii. 1988 yılında yukarıda da kısaca değinilen TMK md. 29'a eklenen 2. fıkra ile cinsiyet geçiş ameliyatına izin verilen dönem; iii. 2002 yılında yeni TMK'nın yürürlüğe girmesiyle başlayan ve nüfus sicilindeki cinsiyet kaydının düzeltilmesini isteyen kişinin, ameliyat öncesi ve sonrası iki aşamalı yol izlediği dönem. Bu bağlamda özellikle TMK md. 40'daki üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartına ilişkin eleştiriler ve ilgili hükmü Anayasaya aykırı bulan norm denetimi kararı, Anayasa Mahkemesi kararlarındaki LGBTQ Hakları bölümünde detaylıca incelenecektir.

²⁵ Volkan Yılmaz, a.g.m, s.133.

²⁶ Yeşim Atamer, Damla Taşkın, Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri, *Yargıtay Dergisi*, 2016, Cilt 42/4, s.725-726.

²⁷ 2. Hukuk Dairesi, 21.01.1982, E. 1981/8911; K. 1982/259.

Bunların dışında, dolaylı yoldan LGBTQ ayrımcılığını ve homofobi/ transfobiye önleyecek hükümler de Anayasanın temel hak ve özgürlükler rejiminden çıkarılabilir. Anayasa Mahkemesi'nin ilerideki bölümde incelenecek kararlarında, LGBTQ hakları bağlamındaki meseleleri genellikle Anayasa'nın md.10'daki kanun önünde eşitlik; md. 17'de kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ve md. 20'deki özel hayatın gizliliği hükümlerinde ele aldığı görülmüştür:

Bunların dışında 5237 sayılı TCK'ya 2014 yılında eklenen 122. madde ile nefret suçlarının tanımlanmış olması bir dönüm noktasıdır.

Gerçekten de Türkiye, LGBTQ bireylere yönelik nefret söylemi ve nefret suçunun hayli görünür olduğu ülkelerden biridir. LGBTQ Bireylerin İnsan Haklarını İzleme ve Hukuk Komisyonu 2007 raporuna bakıldığında, Ocak-Ekim ayları arasında, sadece basına yansıyan nefret cinayetleri rapor haline getirilmiştir. Raporda, İstanbul Şişli'de aynı evde kalan 2 travestinin kimliği belirsiz kişilerce bıçaklanarak öldürülmüş olduğu; 2006 Nisan ayında Eryaman 3. ve 4. Etap'ta zorunlu seks işçiliği yapan veya o bölgede ikamet eden kadınların, 25-30 kişilik bir grup tarafından darp edildiği belgelenmiştir.²⁸ Bu gibi haber ve suçlar istisna değildir, çok kısa bir süre önce 9 Ocak 2019'da İzmir'de Hande Şeker isminde bir transkadın polis memuru tarafından öldürülmüş, polis memuru tutuklanmıştır.²⁹

Kırmızı Şemsiye Cinsel Sağlık ve İnsan Hakları Derneği de Temmuz 2016'da trans izleme projesi başlatmış ve Türkiye'de translara karşı bedensel hasar, cinsel saldırı, mala zarar verme, ayrımcı muamele, psikolojik şiddet, nefret söylemi ve benzeri hak ihlallerini kayıt altına almıştır. 2015-2016 aralığında tespit edilen 7 trans cinayeti vardır; toplanan 326 vakanın %30'u tehdit ve psikolojik şiddet; %18'i ciddi bedensel hasar, %44'ü ayrımcı muamele ve %16'sı da nefret söylemidir.

²⁸ LGBTT Bireylerin İnsan Haklarını İzleme ve Hukuk Komisyonu Raporu, 2007, Kaos-GL Yayınları, s. 13, http://www.kaosglderneği.org/resim/kutuphane/dl/lgbtt_ih_raporu_2007.pdf (Son erişim tarihi: 27.04.2020).

²⁹ <https://t24.com.tr/haber/trans-kadin-hande-sekeri-olduren-polis-memuru-tutuklandi,795488> (Son erişim tarihi: 27.04.2020).

VAKA TÜRÜ	TOPLAM
Cinayet	8
Sosyal medya ve internet yoluyla nefret söylemi	3
Aşırı fiziksel şiddet	1
Ayrımcı muamele	25
Ayrımcı muamele /nefret söylemi	1
Ciddi bedensel hasar	32
Ciddi bedenselhasar/aşırı fiziksel şiddet	2
Ciddi bedensel hasar/cinsel saldırı	4

Kaynak: Türkiye’de Trans Olmak: Dışlanma, Ayrımcılık, Şiddet Raporu, Kırmızı Şemsiye Derneği, Temmuz 2016, Hazırlayan: Kemal Ördem, s.40

Bu bağlamda, Pembe Hayat Derneği’nin Hollanda Büyükelçiliği ile beraber 2011 yılında düzenlediği toplantının temasının, “*Nefrete Karşı Bize Bir Yasa Lazım*” olması oldukça anlamlıdır.³⁰

Gerçekten de ulusal ve uluslararası koruma mekanizmaları, nefret suçunun ve söyleminin tanımlanması, ayrımcılık yasağına ilişkin ilke ve hükümler kapsamına LGBTQ bireylere yönelik ayrımcılığın da alınması süreci, bu suçların ve LGBTQ bireylere yönelik cezasızlığın önüne geçecektir.

Bu bağlamda, anayasal temel hak ve özgürlükler rejimi kadar mühim bir mesele de TCK md. 122’de düzenlenmiş olan nefret ve ayrımcılık hükmüdür:

*“Nefret ve Ayrımcılık**

Madde 122- (Değişik: 2/3/2014-6529/15 md.)

(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

³⁰ Transfobik Nefrete Karşı Bize Bir Yasa Lazım, Nefret Suçları Mağduru Trans Bireyleri Anma Buluşması Kitabı, Pembe Hayat Derneği ve Hollanda Büyükelçiliği, 2011.

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

*Madde başlığı “Ayrımcılık” iken, 2/3/2014 tarihli ve 6529 sayılı Kanun’un 15 inci maddesiyle başlığa ‘nefret’ de eklendi.”

Bu noktada önemli olan noktalardan biri, doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık arasındaki ayrımdır. Türk Hukukunda dolaylı ayrımcılık türü yasaklanmamış, yukarıda değinilen TCK hükmünde ayrımcılık kavramına yer verilmiştir.³¹ Buna göre, doğrudan ayrımcılık bir gerçek ya da tüzel kişi veya topluluğun, hak ve özgürlüklerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameledir.³² Dolaylı ayrımcılık ise, görünüşte tarafsız olan bir hükmün, uygulama ya da ölçütün salt belli bir gruba ait kişileri bu gruba ait olmayan diğer kişilerle karşılaştırıldığında dezavantajlı konuma sokmasıdır. Ece Göztepe’ye göre dolaylı ayrımcılık, “*ancak bir yasanın ruhunu ve satır aralarını okumayı gerektirir*”.³³ Çünkü dolaylı ayrımcılık, aslında ayrımcı değil ‘miş gibi yapma’ faaliyetinin, onu satır aralarından gören gözler tarafından ifşa edilmesi yoluyla açığa çıkarılabilir.

Önemli örneklerden biri Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (BM-MSHS), 23. maddenin 2. fıkrasıdır. Bu maddeye göre, evlenecek yaşta olan erkek ve kadınlara, evlenme ve aile kurma hakkı tanınacaktır.³⁴ Literatürde de tartışıldığı üzere; madde, erkekler ve kadınların birbiriyle heteroseksüel bir birliktelik bağlamında evlenme

³¹ Dolaylı ayrımcılık için: Ulaş Karan, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. maddesinin Uygulanabilirliği, *TBB Dergisi*, Sayı 73, 2007, s. 153.; Göztepe, agm, s.536.

³² Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi, Genel Yorum No.16, 2005 içinde Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları, 2006, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 287-301.

³³ Göztepe, agm, s.536.

³⁴ ICCPR/23/2: The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized.

hakkını tanımamış; evlenme hakkını erkekler ve kadınlara tanımıştır. Joslin Davasında³⁵, Joslin, 23. maddenin, eşcinsel ilişkileri de heteroseksüel ilişkiler kadar koruduğu iddiasıyla başvuruda bulunmuş; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ise, “erkek ve kadın” ibarelerinin ayrı ayrı kullanılmalarının, taraf devletlerin sözleşme yükümlülükleriyle sınırlı olarak okunması gerektiğini ifade etmiştir.³⁶ Bu gibi, hükmün kendisinin bizzatı bir ayrımcı uygulama ya da kapsam dışılık öngörmediği, ancak uygulamanın ya da ölçütün hükmün lafzındaki kapsamı daralttığı durumlarda dolaylı ayrımcılık vardır. ICCPR md. 23/2, bu türden bir dolaylı ayrımcılığın örneklerinden kabul edilebilir. Thoreson’un tartıştığı ahlaki değer yargılarının ne derece hükme esas alınacağını rafine ve kristalize bir örneği de LGBTQ hakları ve içtihadında bulunabilir. Bütün bu yasal seyir içinde, Türk hukukunda LGBTQ olmak ve hak içtihadının nasıl peyderpey ve küçük küçük adımlarla oluştuğunu görmek için Anayasa Mahkemesi kararları incelenecektir.

C. LGBTQ Haklarıyla İlgili Anayasa Mahkemesi İçtihadı

Kanadalı yönetmen Xavier Dolan’ın 2012 tarihli filmi Laurence Anyways’te, kendisine ait olmayan bir beden içinde yaşayan Laurence adında bir edebiyat öğretmeninin, en sonunda cinsiyet geçiş ameliyatı olmaya ve trans birey oluşunu kamusal anlamda görünür olarak yaşamaya karar verme süreci anlatılır. Filmde Laurence, ailesi ve toplumla çatışma halindeyken, trans birey olup bunu gizlemek zorunda kalmayı, “*30 yıldır suyun altında nefesini tutmaya*” benzetir.³⁷ Hayatları boyunca nefeslerini suyun altına tutmaya çalışan trans bireyler, en sonunda görünürlük mücadelesiyle beraber yasal ve hukuki anlamda var olmaya başlamışlar, bebek adımlarıyla da olsa taleplerini kamusal anlamda seslendirebilmenin yollarını ve kanallarını açmaya çalışmışlardır. Bu bağlamda anayasa yargısının, temel hak ve özgürlükleri geliştirme yoluyla kullanılabilecek olması, onu dinamik ve geliştirici bir içtihadın da parçası haline getirebilecektir.

³⁵ Joslin v Yeni Zelanda, supra n. 48 at paras 8.1-8.3. Communication No. 902/1999.

³⁶ Langford, Malcolm, Revisiting Joslin v. New Zealand: Same-Sex Marriage in Polarised Times, E. Brems and E. Desmet, Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions (Edward Elgar, 2017).; University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2017-12.

³⁷ Laurence Anyways, Yönetmen: Xavier Dolan, 2012, Fransa, <https://www.imdb.com/title/tt1650048/> (Son erişim tarihi: 02.03.2020).

Anayasa Mahkemesi'nin kurulduğu 1962 yılından 1986 yılına kadar geçen yarım asırlık sürede, LGBTQ haklarıyla temas eden herhangi bir kararı yoktur. 1986'dan sonra ise peyderpey artan sayıda içtihat, kimi zaman ileri gidiş, kimi zaman geri dönüşlerle örülmüştür. Bu bağlamda bu bölümde incelenecek kararlar, norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarından seçilmiş, tarihsel bağlamın ve seyrin, ilerleme anlamında doğrusal bir takibini yapabilmek için yıl bazlı olarak norm denetimi ve bireysel başvuru kararları olarak ayrı ayrı ifade edilerek, geçmişten ileriye doğru anlatılmaya çalışılmıştır.

1. 1986 tarihli, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun 5. maddesine karşı açılan iptal davasına ilişkin soyut norm denetimi kararı:³⁸ İlgili hüküm uyarınca, *genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların parmak izlerinin alınması* öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi, ilgili kuralı kişi özgürlüğünü, polisin öznel ve keyfi değerlendirmelerine göre kısıtlayan ve genel ahlak ve edep kuralları referansı ile içeriği belirsiz bir düzenleme öngören bu hükmü anayasaya aykırı görerek iptal etmiştir. Ancak kararın gerekçesinde Mahkeme, hükmün belirsizliği ve keyfiliğini değerlendirirken, hükümden çıkarılacak anlamın doğrudan eşcinselleri ve *"kendini başkalarının zevkine terk edenleri"* kapsadığının açıkça ifade edilmemesi olduğunu söylemiştir: *"559 sayılı Yasa'nın 5. maddesine (F) bendi olarak eklenmiş bulunan bu kuralla ne gibi bir toplumsal faydanın amaçlandığı ve kimleri kapsadığı yönü açık değildir. Bent hükmünün getiriliş nedeni yasa tasarısına ilişkin gerekçede: 2559 sayılı Kanun'un (D) bendinde "kendisini başkalarının zevkine terk edenler" ibaresinin açık olmayıp tefsire muhtaç yanları bulunduğu, günümüz dünyasında aktüel bir konu haline gelen kadın, erkek eşcinsel kişiler ile bunlara aracılık edenlerin faaliyetlerinin takibini ve gereken önleyici zabıta tedbirlerinin alınmasını sağlamak, şeklinde açıklanmıştır. Eğer madde sadece gerekçede belirtildiği gibi tavır ve davranışları toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyecek nitelikte bulunan eşcinselleri kapsamış olsa idi, toplum sağlığı gözetilerek bent hükmünün haklı bir gerekçeye dayandığı söylenebilirdi".*

³⁸ Esas Sayısı: 1985/8; Karar Sayısı: 1986/27; Karar Tarihi: 26.11.1986; R.G. Tarih-Sayı:14.08.1987-19544.

Dolayısıyla bu iptal kararından, olumlu bir insan hakları yaklaşımı çıkaramayacağımızı, hükmün iptal edilmiş olmasının temel hak ve özgürlükler lehine ileri atılmış bir adım olduğunu söyleyemeyeceğimizi belirtmek gerekir. Bu durumda açıkça görülüyor ki temel hak ve özgürlüklere ilişkin yorumun yapılabilmesi, salt formalist bir anlayışla mahkemelerin insan haklarına aykırı hükümleri iptal etmeleri sonucunda yapılamayacaktır. Zira bu kararın gerekçesinden ve satır aralarından, Mahkeme'nin LGBTQİ bireylere yaklaşımının sakıncalarını okumak mümkündür. Eğer hüküm, ayrımcılığı belirli bir grubu hedef alarak meşrulaştırıyor olsaydı, Mahkeme hükmü iptal etmeyecekti. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesindeki bu yaklaşım, yasama organına, bu yönde bir hüküm çıkarılabileceği konusunda da telkin vermesi sebebiyle eleştiriye açıktır. Umberto Eco, kutsiyet atfedilen değerlerin yorumlanma sürecini incelerken, bir metnin belirli bir kültür açısından kutsal hale gelir gelmez, kuşkulu bir okuma sürecine ve bunun sonucu olarak da hiç kuşkusuz aşırı bir yoruma tabi tutulacağını söyler.³⁹ Burada da kutsiyet atfedilen değerler, yasa koyucu ve yargı organınca yoruma tabi tutulduğunda, aşırı bir yorum faaliyeti devreye girerek temel hak ve özgürlüklere içkin alan kapatılmış olur. *"Genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların parmak izlerinin alınması"* konusunda, genel ahlak ve edep kurallarına atfedilen kutsallık, belli bir grubun vatandaşlık haklarından diğerleri aleyhine mahrum bırakılmasına ve eşit olmayan bir muameleye tabi tutulmasına yol açar.

Anayasa Mahkemesi'ne göre de *"[e]şitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir"*.⁴⁰ Ayrımcılık, isteyerek veya istemeyerek, icrai ya da ihmali biçimde, bir hukuk sisteminde eşit durumda olduğu kabul edilen kişilere, bir hak veya yükümlülükle ilgili olarak, aralarında geçerli

³⁹ Umberto Eco, Yorum ve Aşırı Yorum, Ayrıntı Yayınları, 3. Basım, Ekim 2019, s.58.

⁴⁰ Tuğba Arslan Kararı, Başvuru No: 2014/256 para. 107. Karar tarihi: 25.06.2014. (Son erişim tarihi: 02.05.2020)

bir neden olmaksızın eşit davranılmaması olarak tanımlanabilir.⁴¹ Ancak dolaylı ayrımcılık adı verilen ve bugün hukuk sisteminde eşit durumda olmadığı düşünülen kişiler arasında bir hak ve yükümlülükle ilgili olarak geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılması halinin de dolaylı olarak ayrımcılık oluşturabileceği de kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu karar, aslında gerekçesiyle dolaylı bir ayrımcılığın yapılabilmesini mümkün kılmak, yasa koyucuya bu ayrımcılığın yapılabilmesi için imkân ve neden yaratmaktadır. Vatandaşlar arasında, hiçbir somut nedene dayanmadan yapılan bu ayrım şüphesiz ki Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı nitelik taşır. Ayrıca parmak izi gibi kişisel veri olduğu Anayasa Mahkemesi'nce de karara bağlanmış bir konuda⁴², bu türden bir ayrımla kişisel veriyi depolamak, özel yaşamın gizliliğini ihlal etmek demektir.⁴³

2. Aydın 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 5237 sayılı TCK'nın 226. maddesinin 4. fıkrasının *"doğal olmayan yoldan"* ibaresinin, Anayasa'nın 12, 17, 20 ve 40. maddelerine aykırılığına ilişkin somut norm denetimi başvurusu:⁴⁴ TCK md. 226/ [4], *"Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır"* hükmünü içerir. Mahkeme, gerekçesinde, *"Diğer yandan 'doğal olmayan yol' ibaresinin kişiden kişiye veya toplumdan topluma farklılık gösterebileceği düşünülebilir ise de kanun metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında söz konusu davranışların şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi*

⁴¹ Ulaş Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", Anayasa Yargısı, Sayı: 32, 2015, s. 237-238.

⁴² Parmak izini kişisel veri olarak koruyan Mahkeme içtihadı için: E. 2013/122, K. 2014/74, 9.4.2014; E. 2014/149, K. 2014/151, 2.10.2014; E. 2013/84, K. 2014/183, 4.12.2014; E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014; E. 2014/180, K. 2015/30, 19.3.2015; E. 2015/32, K. 2015/102, 12.11.2015.

⁴³ Parmak izini özel yaşamın gizliliği bağlamında koruyan AİHM içtihadı için: Peck/ Birleşik Krallık, B. No: 44647/98, 28.01.2003; Sciacca/İtalya, B. No: 50774/99, 11.01.2005; S. ve Marper/Birleşik Krallık (Büyük Daire), B. No: 30562/04, 30566/04, 04.12.2008; Alkaya/Türkiye, B. No: 42811/06, 09.10.2012; K.U./Finlandiya, B. No: 2872/02, 02.12.2008.

⁴⁴ E.N. 2014/118; K.N. 2015/35, K.T., 1.4.2015, RG: 18.4.2015-29330.

tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan hatta bizatihi kendisinin suç olarak kabul edildiği düzeye ulaşmış cinsel davranışları ifade ettiği anlaşılmaktadır. ‘Doğal olmayan yol’ kavramının bu çerçevede doktrin, uygulama ve yargı kararlarında belirlenerek anlam ve içerik kazanacağında şüphe yoktur. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın ‘belirlilik’ ve ‘kanunilik’ ilkelere aykırı bir yönü bulunmamaktadır” demiştir.

Mahkeme’ye göre, doğal olmayan yol kavramı, uygulamada eşcinselleri kapsamayacak şekilde yorumlanacak ve içerik kazana- caktır. Dolayısıyla belirlilik ve kanunilik ilkelerine aykırılık yoktur. Mahkeme’nin bu kararında ahlaki bir referans ile kendisi suç teşkil et-meyen cinsel faaliyetler de belli ahlak standardına aykırı olarak depo- lanırsa suç sayılmaktadır.⁴⁵ Gerçekten de karşı oy yazan Serdar Özgül- dür ve Serruh Kaleli, ilgili hükme ilişkin Yargıtay’ın yorumunu ifade ederken şu risklere değinmişlerdir: “Öte yandan, ‘doğal olmayan yoldan’ ibaresinin bizatihi kendisi dahi tam anlamıyla belirsizlik yaratmakta- dır. Nitekim dosyanın incelenmesinde, özellikle öğretilde yer alan aksi yöndeki görüşlere ve bizzat yasanın hazırlanmasında görev yapan ceza hukukçusu bir bilim adamının uygulamanın yanlış istikamette seyrettiğine dair beyanlarına karşın, Yargıtay içtihatlarında, karşılıklı rızaya dayalı olsa bile, ‘anal, oral, grup seks, lezbiyen, eşcinsel ilişki, ensest ilişki’ ihtiva eden ürünlerin 226 ncı maddede belirtilen şekillerde bulunması halinde, ‘doğal olmayan yoldan’ yapılan cinsel davranışın varlığı kabul edile- rek hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. ‘Ensest’ hariç, cebir, şiddet içermeyen ve rızaya dayalı bu hallerin, gerçekte ‘özel hayatın gizliliği’ koruması altın- da olduğu ve bunun bir özgürlük sorunu teşkil ettiği hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yerleşik kararları ile ortaya koyulmuştur. Tüm bu vakıalara rağmen, uygulamanın farklı bir istikamette seyretmesi, kuralın her türlü yoruma açık olduğunu, diğer bir deyişle ‘belirli olmadığını’ açıkça or- taya koyucu mahiyettedir. Oysa ‘belirlilik ilkesi’ hukuk devleti olmanın en önemli göstergelerinden biri olup, ‘hukuki güvenlik’ ilkesi ile de doğrudan bağlantılı bir ilkedir. Bu bakımdan, iptal istemine konu kuralın hukuk devle- tine aykırılığı açıktır. Yine, yukarıda işaret edildiği üzere, mevcut haliyle ku-

⁴⁵ Tolga Şirin, Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eş Cinsellik Kararları, *Anayasa Hukuku Dergisi*, cilt 7, sayı 14, 2018, s.513-562.

ralın Anayasa'nın 20. maddesiyle koruma altına alınan 'özel hayatın gizliliği' ilkesini de ihlâl ettiği izahtan varestedir."

Dolayısıyla bu kararlar da LGBTQ bireyler, bir tür keyfiliğe terk edilmekte ve içeriği belirsiz bir normun uygulayıcılar elindeki insafına ve lütfuna bırakılmaktadırlar. Zira Mahkeme'nin doğal olmayan yoldan cinsel ilişki ifadesiyle, hukuken hangi belirli ve öngörülebilir durumu kastettiği belirli değildir. Bu ifadenin uygulamaya bırakılması, belli bir grubun uygulamanın ve yargı organlarının takdirine terk edilmesi demektir. Halbuki yukarıda görüldüğü üzere uygulama farklı istikamette seyretmiş ve uygulamacıların ahlaki değer yargıları, doğal olmayan yoldan cinsel ilişki kavramının içini doldurmuştur. Ahlaki değer yargılarının, hükme ne dereceye kadar esas alınabileceği konusundaki eserinde Thoreson, Dudgeon davasının kazanımlarından bahsetmişti. Yukarıda değindiğimiz üzere AİHM'in bu içtihadı ile, insan hakları normları, toplumsal ahlaki değer yargıları nezdinde ikinci plana düşürülürse, insan hakları hukukunun esas alınması gerekir. Nitekim Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesini dikkate aldığımızda, Devlet'in ayrımcılığı önlemedeki pozitif yükümlülüğü, insan hakları normlarının esas alınacağına ilişkin normatif kural ile birleşir. Bu durumda herhangi bir cinsel ilişki biçiminin doğal ya da doğal olmayan şeklinde tasnif edilmesinin hukuken imkânsız olduğunu görebiliriz. Eşitlik gibi anayasal normlar ile tanımlanan bir sistemde, normlar arasında bağlantılar kurmak şarttır.⁴⁶ Bu durumda, hukuk sisteminin bütünü göz önüne alındığında, bu türden bir karar ile eşitlik ilkesinin yine diğer anayasal normlarla bağlantısı kurulmadan keyfi bir şekilde ihlal edilmesinin yolunun açıldığı ortadadır.

3. Gayri Tabii Mukarenet Kararı:⁴⁷

Askeri Yargıtay'ın 1. Dairesi, 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 20. maddelerine aykırılığını ileri sürerek, normun Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilmesini talep etmiştir. İlgili hüküm şudur:

⁴⁶ Ann Scales, Hukuki Feminizm: Aktivizm, Savunma ve Hukuk Kuramı, Çev. Ceren Akçabay, Dost Kitabevi Yayınları, Kasım 2019, s.140.

⁴⁷ E.N. 2015/68; K.N. 2017/166; K.T.29.11.2017, RG: 20.02.2018-30338.

“Bir kimseyle gayrî tabîî mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir”.

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralla askerlerin gayri tabii mukarenette bulunmaları halinde karşılaşacakları cezai yaptırımın özel hayata saygı isteme hakkına müdahale olduğunu kabul etse de bu müdahalenin askeri disiplini korumak ve sürdürmek amacını haiz olduğunu vurgulamış ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak gibi meşru gayelerle yapıldığını ifade etmiştir. Ayrıca kararda Mahkeme, *“söz konusu davranışlar tüm toplum düzenlerinde doğal olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan cinsel davranışlardır”* diyerek açıkladığı gayri tabii mukarenet fiiline öngörülen cezayı, genel ahlak ve toplumsal ahlaki standartları referans alarak iptal istemini reddetmiştir. Buradaki önemli tartışmalardan biri, aynı fiilden iki kez yargılama olmayacağını garanti altına alan *ne bis in idem* ilkesidir. Zira asker kişilerin gayri tabii mukarenette bulunmalarından dolayı 6463 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu gereğince disiplin soruşturması ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu gereğince de cezai soruşturma öngörülmektedir. Ancak Mahkeme’ye göre kanun önünde eşitlik ilkesi öngören Anayasa’nın 10. maddesi, *eylemli değil hukuksal bir eşitlikten* bahsetmektedir ve kimi kişi ya da topluluklar için değişik kural ve uygulamaların ortaya çıkması zorunlu olabilir. Bu bağlamda TSK’nın görev ve askerlik hizmetinin de özellikleri gereği, hüküm anayasaya aykırı bulunmamıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin bu kısıtlayıcı yorumu ışığında, AİHM içtihatları ve uluslararası hukukun öngördüğü ayrımcılık yapmama yükümlülüğünün iç hukuka gereği gibi yansıtılmadığı ifade edilebilir. Engin Yıldırım’ın karşı oyunda belirttiği şu husus önemlidir:

“İnsanlar insan oldukları için değerlidir ve insan haysiyeti doğuştan kazanılan, insanın sırf insan olduğu için vazgeçilmez ve başkasına devredilemez haklara sahip değerli ve saygıyı hakeden bir varlık olduğunu ifade etmektedir. Her insan sadece insan olmaktan kaynaklanan bir değere, erdeme ve saygıya sahiptir. Dokunulmaz bir niteliği olan insan haysiyeti herkesin konumu ve doğuştan gelen değişmez ve değişebilir özellikleri ne olursa olsun eşit olarak

sahip olduğu ve devletçe korunması ve saygı gösterilmesi gereken hayati bir insani değerdir. İnsanın öz saygı gereğince kendini gerçekleştirme, geliştirme ve kendi kaderini tayin etme imkân ve fırsatlarına sahip olması insan haysiyetinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. İtiraz konusu kural askerlik mesleğinin onurunu korumak adına farklı cinsel yönelimleri olan asker kişilerin insan haysiyetini göz ardı etmektedir. Bu bağlamda cinsel yönelim insan haysiyetiyle yakından bağlantılıdır. Diğer asker kişiler ve toplumun genelinden farklı cinsel yönelime sahip olan asker kişilerin cinsel yönelimleri kişiliklerinin değişmez bir parçasını ve kökleşmiş bir yönünü temsil etmektedir. Bu kişiler farklı cinsel yönelimlerinden dolayı diğer insanlardan daha mı az değerlidir, haysiyet sahibidir? LGBTİ+ insanlar ne yaptıkları için değil ne oldukları veya ne olarak algılandıkları için kuraldaki gibi ayrımcı muamelelerle karşılaşmakta, tabir caizse, ‘makbul’ vatandaş olarak görülmemektedir”.

Burada, askerlik hizmetinin ne tür cinsel davranışı kabul edip hangi tür cinsel davranışı yasakladığı, cinsel davranışının kişinin askerlik hizmetiyle ne derece bir ilgisi olduğu da açıklanmamış, bu konu boşlukta bırakılmıştır. Ayrıca, askerlik hizmeti gereği belli başlı cinsel davranışların yaptırıma tabi tutulabileceği per se kabul edilirse, diğer devlet hizmetleriyle askerlik hizmetleri arasında cinsel davranış temelli ne tür bir ayırım yapılacağı sorusu da gündeme gelir. Bu hüküm, askerlik ile cinsiyet kimliği arasında keyfi bir korelasyon kurmakta, bu keyfiliğin sonucu ise asker kişileri, suç teşkil etmeyen bir fiilden ötürü yaptırıma uğratmak olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel davranış konusunda bir normatif alan varmış gibi, cinsel davranışları makbul ve makbul olmayan şekilde ayırma tabi tutan bir içtihat, laik hukuk yorumuyla bağdaşmamaktadır. Umberto Eco’nun Yorum ve Aşırı Yorum dikotomisine yeniden dönersek, “laik kutsal metinlerin” yorumu şeklinde bir oksimoronla⁴⁸ karşılaşmış oluruz. Laik bir hukuk sisteminde, cinsel davranışların arasında kutsiyet ayrımları yaparak, bu davranışta bulunan bireyleri farklı muameleye tabi tutmak, sistemin bütünü için tehlike arz eden bir aşırı yorum örneği olacaktır. Hukuk sisteminin temellerinde olan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, normun aşırı yorumlanmasıyla kendi kendini imha etme tehlikesiyle karşı karşıyadır.

⁴⁸ Karşıt anlamalı ya da karşıt çağrışımlı sözcüklerin bir arada kullanması.

4. ZA Başvurusu:⁴⁹ Niğde'nin Bor ilçesinde bir ilköğretim okulunda din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmenliği yapan ZA hakkında okul hademesine eşcinsel ilişki teklif ettiği, kasabada bazı kişilerle bu şekilde ilişkide bulunduğu yönündeki iddiaya istinaden soruşturma açılmış, MEB Yüksek Disiplin Kurulu Kararı ile görevine son verilmiştir. Zonguldak İdare Mahkemesi'ne iptal davası açan başvurunun davası reddedilmiş, karar kesinleşmiştir. Daha sonra 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkındaki Kanun'un yürürlüğe girmesini takiben mesleğine iade edilmesini talep eden başvurunun talebi reddedilmiştir. Ret kararı Danıştay 12. Dairesi'nin kararıyla onanmıştır. Başvurucunun, öğretmenlik mesleğine yeniden atanma, eğer o olmuyorsa da genel idare hizmetleri sınıfında bir görevde çalıştırılması talebine ilişkin bireysel başvurusunda Anayasa Mahkemesi, özel hayatın gizliliği yönünden inceleme yapmış ve şu sonuca ulaşmıştır:

“Bu itibarla somut olayda cinsel yönelimi dikkate alınarak başvuru hakkında işlem tesis edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Diğer bir ifadeyle bireysel başvuruya konu idari işlemde başvurunun yeniden öğretmenliğe atanma talebinin cinsel yönelimi nedeniyle değil soruşturmaya konu fiilleri nedeniyle reddedildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle başvurucuya farklı bir muamelede bulunulmadığı sonucuna varılmıştır”.

Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmelerindeki başvurunun görev yaptığı okuldaki davranışlarına odaklanıldığı savıyla ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucu bu açıdan oldukça şüphelidir. Zira başvurunun okul hademesine eşcinsel ilişki teklif ettiği, hademenin iddiasından öteye gitmemiş; başvuru ZA sadece kasabada bazı kişilerle cinsel ilişkide bulunduğunu kabul etmiştir. Bu noktada karşımıza çıkacak soru, eğer ZA heteroseksüel bir erkek olsaydı ve kasabadaki kadınlarla heteroseksüel birliktelikler yaşasaydı, bu durum onun öğretmenlik mesleğinden çıkarılması sonucunu doğuracaktı mı? Bu noktadaki cevabın özel hayatın gizliliği hakkının koruması kapsamında olduğu düşünüldüğünde, Anayasa Mahkemesi gerekçesindeki, başvurunun durumu ile çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri arasındaki toplumsal menfaat argümanı geçerliliğini yitirecekti. Bu

⁴⁹ Başvuru Numarası: 2013/2928; Karar Tarihi 18.10.2017, RG Tarih ve Sayı: 6/3/2018 - 30352.

durumda Engin Yıldırım'ın da karşı oyunda ifade ettiği gibi, idarenin başvurusunun talebini reddederken kullandığı *"iffetsizlik/ huzur bozuculuk argümanları"* başvurusunun cinsel yöneliminden ötürü ayrımcılığa uğradığı sonucunu kanıtlamaktadır. Özkan Agtaş'a göre *"cinsel davranışları boyunduruk altına sokmak, yasanın belki de en eski takıntılarından biridir. Fakat yüzyıllar boyunca yasanın hedeflediği şey, hakiki bir cinsiyet talebinde bulunmak değil, belirli cinsel davranışları, evlilik ilişkilerini merkeze alarak yasaklamaktır. (Eş)cinselliği, bir hakikat ve bir müdahale alanı olarak inşa eden şey, yasadaki çok norm olmuştur: Yasanın cezalandırdığı şey belirli bir cinsel ilişki türüydü, oysa normun patolojik ilân ettiği şey bir tür eşcinselliştir"*.⁵⁰

Burada da yasa değil, ama yasa koyucunun elindeki norm ve uygulayıcılar yani yorumcular nezdinde bir kriminalizasyonun öznesi, eşcinselliğin yani belirli bir cinsel davranışın bizatihi kendisi olmuştur. Eşcinselliğin yasaklanabilecek bir cinsel yönelim olmadığını bir kenara bıraksak bile, böyle bir kriminalizasyonun normatif olarak var olmadığı sistemde uygulayıcılar eliyle yaratılan bu pasif cezalandırma sistemin bütününe işleyerek, sistemi kendi ilkelerine yabancılaştırmaktadır.

5. Cemal Duğan Başvurusu:⁵¹ Bu başvuru, kişilerin cinsel yönelimlerinden dolayı ayrımcılığa uğramaması gerektiğinin, özel hayat kavramının kişinin cinsel tercihinin ayrılmaz bir parçası olduğunun, sadece cinsel tercihe dayalı olarak maruz kalınabilecek bir uygulamanın kişinin kimliği üzerinde olumsuz etkiler doğuracağına adının konduğu ilk karardır. Bu sebeple diğer bireysel başvuru kararlarında sıklıkla referans verilen bu başvuru, travesti başvurusunun, yolda yürürken kolluk görevlilerince, rızası hilafına Emniyet Müdürlüğü'ne götürülüp iki/ üç saat boyunca hürriyetinden yoksun bırakılarak, hakkında idari para cezası uygulandığına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi, kişinin trafik para cezası kesilmesinden ötürü eşitlik ve özel hayat saygı hakkına yönelik bir müdahalede bulunmadığını vurgulasa da travesti bireyin, trafiğin düzenini bozuyor olduğu kanısıyla neden trafik şube yerine, Ahlak Büro Amirliği'ne

⁵⁰ Özkan Agtaş, "Hakiki Cinsiyet, Yasanın Boyunduruğu ve Siyasi Öznellik," *Fe Dergi* 4, sayı 2, 2012, 31-33.

⁵¹ Başvuru Numarası: 2014/19308, Karar Tarihi: 15.2.2017.

götürüldüğünün cevabını vermemiştir. Bu anlamda Engin Yıldırım'ın karşı oyunda dikkat çekilen husus, travesti bireyin, aynı eylemi heteroseksüel bir birey gerçekleştirseydi, muhtemelen herhangi bir şubeye götürülmeden sadece idari para cezasının kesilecek olmasıyla yaptırma uğrayacağıydı. Bu durumda travesti birey nezdinde ayrımcı muamelenin olduğu ve bu değerlendirmenin yapılmamasının Anayasa Mahkemesi açısından eksiklik olduğu ortadadır. Burada, homofobik ve transfobik bir yorumla söz konusu ayrımcı müdahalenin cinsel kimlik boyutu yok sayılmıştır. Nefret söylemi ve nefret suçuyla mücadelede yanımıza almamız gereken hukuk normları, uygulayıcıların elinde bu söylemlerin yaşayabileceği mekanlar haline gelmiştir.⁵²

6. Onurhan Solmaz Başvurusu: Başvuru, İzmir'de yaşayan travesti ve transseksüeller hakkında bir yerel gazetede çıkan köşe yazısına ilişkindir. Transseksüel başvurucunun, kendisinin ve kendisiyle aynı kimliğe sahip bireylerin aşağılandığı ve halkın kin ve düşmanlığa sevk edildiğini belirterek şikâyetle bulunduğu köşe yazısı hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. İlgili nefret söylemi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiği için, transseksüel başvuru, bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde, etkili başvuru ve ayrımcılık yasağının ancak başka hakla bağlantılı olursa inceleneceğini belirterek, kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁵³

Halbuki bu yorum eleştiriye oldukça açıktır. Somut olayda, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dolayısıyla cinsel kimliğe yönelik bir ayrımcılık söz konusudur ve cinsel yönelim ile cinsiyet kimliği açıkça özel hayatın gizliliği kapsamındadır.⁵⁴ Dolayısıyla somut olaydaki ay-

⁵² Agtaş, age, s.32.

⁵³ Tolga Şirin bu kararı eleştirmektedir. Ona göre, her fırsatta olayların başvuru tarafından yapılan nitelendirmesiyle bağlı olmadığını ifade eden Anayasa Mahkemesi, söz konusu olayda başvurunun özü itibarıyla Anayasa'nın 17. ve 20. maddeleriyle ilgili olduğu değerlendirmesini yapabilecekken yapmamıştır. Tolga Şirin, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru, 12 Levha Yayınları, Ekim 2015, "Başvurucunun yanlış nitelendirmesinin düzeltilmediği kararlar" başlığı, s. 80.

⁵⁴ AİHM, cinsel kimliği özel hayat bağlamında korumaktadır:

"Mahkeme, heteroseksüel bir çoğunluğun homoseksüel bir azınlığa karşı güdümlü önyargısını oluşturan politika ve kararları onaylamayı ısrarlı şekilde reddetmiştir. (...) Olumsuz tutumlar, geleneğe atıflar ve belli bir ülkedeki genel varsayımların kendisi, tıpkı farklı ırk, köken veya renge yönelik olumsuz tutumlarda

rımcılık yasağının ihlalinin, açıkça Anayasal bir hak grubuyla ilişkilendirilmesi mümkündür ve hatta Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası gereği AİHS kararları doğrudan uygulanabilir niteliktedir.⁵⁵ Burada değinilmesi gereken bir başka husus ise nefret söylemi ile cinsel kimlik arasındaki ilişkidir. Kararda önemsizleştirildiği gibi etkili başvuru ve ayrımcılık yasağının bu şekilde ihlal edilemeyeceğini söylemek mümkün değildir. AİHM'in Orlandi ve Diğerleri v. İtalya kararında vurguladığı gibi, cinsel kimlik özel yaşamın bir parçasıdır.⁵⁶ Somut olayda bir nefret söylemi iddiası vardır ve AİHM'in Vejdeland ve Diğerleri / İsveç⁵⁷ kararında belirttiği gibi, şiddete çağrı olmasa bile, halkın bir bölümüne hakaret eden, alay ya da iftira içeren söylemlerde bulunmak da nefret söylemini oluşturur, bu da köken ya da ırk temelinde yapılan ayrımcılık kadar ciddidir. Bu kararda eşcinsellikle ilgili dağıtılmış bir broşürden ötürü İsveç makamları başvuruçulara okuldan uzaklaştırma ve para cezası vermiştir. AİHM kararında, broşürlerde *"eşcinselliğin bir cinsel sapma eğilimi olduğu ve toplum üzerinde ahlaken yıkıcı etkiler doğurduğu"* ifadelerine yer verildiğini, ayrıca broşürlerin, eşcinselliğin HIV ve AIDS'in yerleşmesine yol açtığı ve pedofilinin önemini azalttığına işaret ettiğini söyler. AİHM'e göre bu ifadeler, nefrete dayalı eylemlere teşvik etmese bile, çok ciddi ve ön yargılı ifadelerdir. Nefrete teşvik için mutlaka şiddet kullanmaya çağrı gerekmez, belirli bir gruba hakaret, alay ya da iftira eden söylemler de nefret söylemidir. AİHM, İsveç Yüksek Mahkemesi'nin insanların ifade özgürlüğü hakkını kullanırken başkalarını gereksiz yere incitici ifadelerden kaçınmaları gerektiği yolundaki görüşünü paylaşır ve başvuruçuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği şikayetini reddetti. Yukarıda incelenen Türk Ceza Kanunu md. 122 bağlamında nefret söylemi ile değerlendirilebilecek ve özel hayata ilişkin ayrımcılık yasağının ihlali sonucunu doğurabilecek bir olayda Mahkeme, homofobinin pratik uygulamalar eliyle yeniden açığa çıkarılmasına ses çıkarmama tercihinde bulunmuştur.

olduğu gibi, Mahkeme tarafından farklı muamele için yeterli bir haklı görme nedeni sayılmaz. (...)”

Bavey ve diğerleri v. Rusya, İHAM, 67667/09 44092/12 56717/12, 20/06/2017, § 70.

⁵⁵ Rıza Türmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 17. Cilt, 2000, s.32-42.

⁵⁶ Orlandi ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru no. 26431/12.

⁵⁷ Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç, Başvuru no. 1813/07.

7. Üreme Yeteneğinden Sürekli Yoksunluk Şartına İlişkin Karar:⁵⁸ TMK md. 40'ta cinsiyet geçiş ameliyatı izni için öngörülen üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının, Anayasa'nın 10., 17. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi yönünde yapılan norm denetimi karardır. Yeşim Atamer'in de ifade ettiği gibi, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluğun ameliyat öncesi bir ön şart olarak aranması, zaten aynı sonuç cinsiyet geçiş ameliyatında sağlanacağı için, henüz ameliyat olmadan ek bir müdahaleye maruz kalmayı doğuracaktır.⁵⁹ Bu anlamda Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin itirazı oldukça önemlidir. Üç aşamalı cinsiyet geçiş rejimini açıklayan Anayasa Mahkemesi'ne göre, üreme yeteneği bulunan transseksüel kişinin tıbbi yöntemlere uygun ameliyat olduğunda bu yeteneğinden zaten sürekli yoksun kalacağı kuşkusuzdur; dolayısıyla ön şart, kişinin maddi ve manevi varlığı ile özel hayatı yönünden ölçüsüz sınırlama doğurmaktadır.⁶⁰ Bu nedenle hüküm, iptal edilmiştir.

Bu karar olumlu bir adım olarak görülse de Tolga Şirin kararı eleştirmiş ve Mahkeme'nin konuyu kişinin maddi ve manevi varlığı ile özel hayatı ile ilgili ele alırken, etraflı değerlendirmelere girmekten sakınmış olduğunu söyleyerek sadece bir ölçülülük değerlendirmesi yaptığını vurgulamıştır.⁶¹ Gerçekten de meselenin salt ölçülülük boyutuyla mündemiç olmadığı ve ayrımcılık yasağı boyutuna girilmesi gerektiği söylenmelidir. Aksi halde uygulama eliyle yaratılan homofobi ve transfobi aşılamayacak ve TCK md. 122 önemli bir kırılğan grubu, koruma kapsamına almamış olacaktır.

8. Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin cinsiyet değişikliğine ilişkin TMK md. 40/2 hükmünün Anayasa'nın 17. maddesine aykırılığı itirazı:⁶² İtiraz konusu, transseksüel yapıda olan kadınların, sırf erkekliğe ilişkin cinsel organ ameliyatı olmamaları sebebiyle kadın kimliği taşımaya zorlanmalarının, maddi ve manevi varlığın korun-

⁵⁸ Esas Sayısı: 2017/ 130, Karar Sayısı: 2017/ 165, Karar Tarihi: 29.11.2017

⁵⁹ Atamer/Taşkın, agm, s.736.

⁶⁰ Bu ön şart, daha önce YY v. Türkiye kararı özelinde AİHM'de tartışılmış, hükümet, bu müdahalenin gerekliliği konusunda ikna edici açıklamalar yapamadığı için, ihlal kararı verilmiştir. Ayrıca bu şartın, doğuştan mı yoksa sonradan mı üreme yeteneğinden yoksunluk anlamına geldiği konusundaki belirsizliğe ayrıca doktrinde değinilmiştir: Atamer, Taşkın, agm, s.732.

⁶¹ Tolga Şirin, age, s.20.

⁶² Esas No: 2015/79, Karar sayısı: 2017/164, Karar Tarihi: 29.11.2017.

masını düzenleyen 17. maddeye aykırı olduğu ileri sürülmesidir. Bu karar, LGBTQ haklarındaki terminoloji anlamında yukarıda tartışılan ve kişinin ameliyatlı/ ameliyatsız olup olmadığı fark etmeksizin, kendisini trans birey olarak tanıdığı noktada trans birey olduğu anlamındaki kabulün tartışılmaya açılması anlamında önemlidir. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne göre, transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet geçiş ameliyatı olmaksızın nüfus sicilindeki cinsiyetinin değiştirilerek, biyolojik cinsiyetinden farklı bir cinsiyete sahip olabileceğinin hukuken kabul edilmesinin, toplum düzeninde olumsuz yansımaları olacaktır. Bu sebeple hüküm, anayasaya aykırı görülmemiştir ve itiraz reddedilmiştir.

Ancak Mahkeme'nin ameliyatlı/ ameliyatsız ayrımını tartışmaya açması, transbireylerin kimi durumda ameliyatsız oldukları için nefret suçu ve nefret cinayetlerinin mağduru olduğunu işaret etmesi ya da ameliyatlı olan trans-bireylerin de yine başka türden nefret suçlarına maruz kaldıklarını tespit etmesi gerekirdi. AİHM içtihadının trans aktivisti Christine Goodwin v. Birleşik Krallık⁶³ Büyük Daire kararı na baktığımızda göreceğimiz gibi, cinsiyet geçişi sadece cinsel kimliğin belirlenmesi açısından rol oynamaz. Nüfus sicili de kişinin özel hayatının bir parçasıdır ve buna yönelik maddi/ manevi yansımalar doğurmaktır. Trans-kadın Christine Goodwin, cinsiyet geçiş ameliyatı olduktan sonra yaşadığı bölgede nüfus sicilini değiştirememiştir. Bunun sonucu olarak kadınlara tanınan erken emeklilik hakkında, sosyal güvenlik yardımlarından, evlenme hakkında mahrum olduğu gibi çalıştığı işyerinde ismi ile cinsiyeti arasındaki uyumsuzluktan ötürü sorunlar yaşamakta ve çalışma hakkında da yoksun kalmaktadır. Büyük Daire, trans bireylere yönelik hukuki tanıma ve sosyal kabulün artık açık olduğu günümüzde, trans bireylerin cinsel kimliklerinin nüfus sicilleri yönünden tanınmasını engelleyecek bir toplumsal ihtiyaç olmadığını vurgulamıştır.⁶⁴ Anayasa Mahkemesi'nin de yine iç

⁶³ Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95

⁶⁴ Kararın 93. paragrafı oldukça önemlidir: "The Court held that there had been a violation of Article 8 (right to respect for private and family life) of the Convention, owing to a clear and continuing international trend towards increased social acceptance of transsexuals and towards legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals. Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender re-assignment, the Court reaches the conclusion that the

hukukun bir parçası olan AİHM'in ilgili içtihadını göz önüne alarak, bu yönde ve hak ve özgürlükler temelinde bir karar vermesi gerekirdi. Demokratik toplumda gereklilik unsurunu taşımayan bu türden bir yasağın, hangi toplumsal ön kabule dayanarak hukuk dışı bir ayrımcılığa yol açtığı tartışılabilir. Maddi ve manevi bütünlüğü koruyan Anayasa, bu açıdan trans bireylerin bütünlük haklarının yargı yoluyla göz ardı edildiği bir uygulamanın konusu olmuştur.

9. M.K. Başvurusu:⁶⁵ Başvurucu, ergenlik çağından itibaren kendisini erkek olarak hisseden ancak kadın cinsel organına sahip olan bir trans erkektir. Sağlık Kurulu Raporu alarak Şanlıurfa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde cinsiyet geçiş ameliyatı olmak isteyen başvurunun bu talebi, mahkemece reddedilmiştir. Başvurucu, ret kararına karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucu, Asliye Hukuk Mahkemesi'ne dava açtığı sırada, yukarıda norm denetimi kararında ele alınan üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartı, cinsiyet geçiş ameliyatı için bir ön şarttı. Ancak başvuru, kişinin ancak iradesiyle kısırlaştırılma işlemine ön şart olarak tabii olabileceğini, sırf ameliyat olmak istediği için bunun zorunlu olarak gayriiradî uygulanmasının, maddi ve manevi varlık yönünden ihlal teşkil ettiğini söyleyerek, bu işleme rıza göstermemiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, norm denetimi kararına atıfta bulunarak kişilerin üreme yeteneğine sahipken de cinsiyet geçiş ameliyatı olabileceklerini ifade etmiş ve başvurunun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Bu karar, ilgili norm denetimi kararından sonra, üreme yeteneğinden sürekli yoksunluk şartının, ölçüsüz bir sınırlama olarak telakki edildiği ilk bireysel başvuru kararı olması hasebiyle de önemlidir. Ancak bu karar da aynı diğer kararlar gibi, ayrımcılık yasağına ilişkin bir tespit yapmaktan kaçınmaktadır. Bu tespitten ısrarla kaçınılması, Türk hukukunda ve vatandaşlık ilişkilerinde "*cinsel vatandaşlık*"⁶⁶ olarak tarif edilen ve kamusal alanın ötesine geçen vatandaşlık taleplerini kapsamaya çalışan bir eşit vatandaşlık fikrinin henüz kabul edilmediği

notion of fair balance inherent in the Convention now tilts decisively in favour of the applicant".

⁶⁵ Başvuru Numarası: 2015/13077, Karar Tarihi: 12.6.2018.

⁶⁶ Ruth Lister, *Sexual Citizenship, Handbook of Citizenship Studies*, Haz. Engin F. Isın ve Bryan Turner, Londra: Sage Publications, 2002, s.191-208.

sonucunu da doğurur. Cinsel vatandaşlık kriminalize edilmemiştir ancak eşit vatandaş taleplerinin de dışında bırakılmıştır.

10. Sinem Hun Başvurusu:⁶⁷ Anayasa Mahkemesi'nin bugüne kadarki gelgitli ve bir ileri iki geri olarak mütereddit ve çekingen verdiği LGBTQ haklarına ilişkin kararlardan başlıca olanlar ifade edilmiştir. Sinem Hun Başvurusu ise, başvuru avukatın, LGBTQ hakları savunuculuğu yapan bir sivil toplum kuruluşunun avukatı olması sebebiyle, stratejik insan hakları davası olarak görülebilir.

Stratejik davalar, insan haklarına ilişkin sistemsel sorunlarının çözülebilmesi için hukuki yolların ve yasal sürecin aracı kılınarak, belli bir başvuru ya da örgüt tarafından dava edilebilmesidir.⁶⁸ Stratejik dava, sistemsel bir sorunun çözümünde yarattığı değişim, hukuki uygulamanın etkisinin arttırılması, politika aracılığıyla siyasal aktörlerin katılımı, kamusal görünürlüğün artması, bilincin yükseltilmesi ve daha geniş çapta gelişmelerin sağlanması yoluyla başarıya ulaşır. Dolayısıyla buradaki amaç, kamusal görünürlüğün ve sistemsel sorunun tespitine yönelik görülebilir. Bu başvuru, kendisini "sapıkların avukatı" olarak hakaret içerikli habere konu eden Habervaktim.com sitesine yöneliktir. Başvurucunun şikâyeti üzerine, ifadenin ağır eleştiri sınırları içinde kaldığı ifade edilerek, kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruda, "sapıkların avukatı" ifadesi, nefret suçu ya da söylemi olarak değerlendirilmemiş ve başvuru kişinin şeref ve itibara saygı hakkı ile diğer tarafın ifade ve basın hürriyeti arasındaki dengenin, bu ifade ile bozulmadığı belirtilmiştir. Bu karara yazdığı karşı oyda Osman Alifeyyaz Paksüt, "İnternet gazetesinin ifade hürriyeti ile nefret söylemlerine karşı, devletçe koruma altına alınması gereken bir grubun avukatlığını yapan başvuru kişinin kişilik haklarının ihlal edildiği" sonucuna ulaşmıştır. Gerçekten de bir gruba "sapık", o grubun hak savunuculuğunu yapan avukatlara da "sapıkların avukatı" diyerek nefret söyleminde bulunan internet sitesinin ifadelerini, basın hürriyeti kapsamında değerlendirmek oldukça eleştiriye açık bir durumdur. Bu konuda da yine AİHM'in Vejdeland ve Diğerleri kararı hatırlanmalı ve nefret söyleminin, kırıl-

⁶⁷ Başvuru Numarası: 2013/ 5356, Karar Tarihi: 08/05/2014.

⁶⁸ Ben Schokman, Daniel Creasey, Patrick Mohen, Strategic Litigation and its Role in Promoting and Protecting Human Rights, Legal Guide, Advocates for International Development, July 2012.

gan gruplara karşı şiddete çağırmasa bile çok ağır sonuçları olabileceği göz önüne alınmalıdır. Bu ifadeler, ifade özgürlüğü kapsamında korunamayacak denli ağır ve hedef gösteren ifadelerdir. Özkan Agtaş'ın vurguladığı korelasyonla ifade edilecek olursa, *"Yüzyıllar boyunca cezalandırmanın ayrıcalıklı konularından olmuş kimi cinsel davranışların yasanın boyunduruğu altında tutulması giderek daha zor açıklanabilir/haklılaştırılabilir bir şey olmaya başlamıştır. İkili bir süreç, yani suçun toplumsal zarar terimleriyle düşünölmeye başlanması bir yanda, buna eklenen yeni rasyonel/hedonist cezalandırma ekonomisi diğer yanda, bunda etkili olmuş ve ceza yasasının meşruiyetine dair şüpheyi canlı tutmayı başarmıştır."*⁶⁹

Bunun bize anlattığı ise yasalarla normatif olarak ceza hukukunun suç tavsifine sokulmasa da toplumsal zarar, kamu düzeni, toplumsal ihtiyaç gibi muğlak ifadelerle yeni bir cezalandırma ekonomisi, cinsel grupları göz ardı ederek dolaşıma sokulmaktadır. Buraya kadar incelediğimiz kararlarda ısrarla çekingen ve ayrımcılık yasağı eksenini dışında yorumlarını gördüğümüz yargı organı da cinsel kimliği bu şekilde göz ardı etmektedir. Ancak burada değinilmesi gereken bir diğer husus ilgili yargı organının yani Anayasa Mahkemesi'nin yapısı ve oluşumuyla da yakından ilgilidir. Mahkeme'nin halihazırdaki 16 üyesinin tamamı erkektir.⁷⁰ 1961 Anayasası'nın 145 ile 152. maddelerinde düzenlenmiş olan Mahkeme'nin bugüne kadarki toplam 130 üyesinden ise sadece 5'i kadındır.⁷¹ Bugüne kadar sadece 1 kadın hâkim, Tülay Tuğcu, Mahkeme'ye başkanlık etmiştir. Cinsiyet eşitliğinden söz edilmesinin mümkün olmadığı Mahkeme tarihine ve bugününe bakıldığında, cinsel kimlik ile ilgili kararların nasıl bu denli heteronormatif ve eril bakış açısını yansıttığını görmek mümkün olabilir. Mahkeme'nin bu dili yeniden üreten yargı kararları, hukuk ve yasanın her zaman aynı iki şeyi imlemediğini göstermesi açısından da önemlidir. Gerçekte "yasa"nın sahip olduğundan çok daha farklı bir müdahale tarzına işaret eden yeni bir düzenleme ilkesinin hızla yükseldiğinden bahsediyordu Agtaş: "norm".⁷² *"Yasanın aksine norm, neyin yapıлып neyin yapıl-*

⁶⁹ Agtaş, age, s.36.

⁷⁰ Anayasa'nın 146. maddesi gereğı, Mahkeme'nin üye sayısı 15'tir ancak Askeri Yargıdan gelen üyelere birinin görev süresi dolana kadar Mahkeme'de olması sebebiyle fiili üye sayısı 16'dır.

⁷¹ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskanvekilleri-ve-uyeler/emekli-uyeler/> (Son erişim tarihi: 02.05.2020)

⁷² Agtaş, age, s.36.

maması gerektiğini vazedenden dışsal bir yasaklama oyununa göre değil, neyin normal olup neyin olmadığını tayin eden içkin bir düzenleme oyununa göre iş görüyordu". Bu açıdan bakıldığında normal ve makbul olanın ekseninde ve zaviyesinde verdiği kararlar AYM, çok belirgin toplumsal eril dilin yasa diliyle konuşmasını sağlayan bir aracı olarak işlev görmektedir. Halbuki eşit yurttaşlık ve ayrımcılık yasağı ilkeleri nazarında konuşan bir Anayasa Mahkemesi'nin gerek Anayasa'nın kendisine gerek pratik uyuşum ilkesi gereği temel hak ve özgürlüklerin bütününe gerekse devletin uluslararası normlardan kaynaklı pozitif yükümlülüklerine çok daha uygun olacağını görmek mümkündür.

Anayasa Mahkemesi'nin bugüne dek LGBTQ hakları açısından verdiği önemli kararlardan sonra, Mahkemenin tutumunun ve hukuki gerekçelendirmelerinin sıklıkla *"genel ahlak, toplum düzeni, kamu düzeni, askeri disiplin"* ve benzeri genel geçer, normatif dayanağı tartışmalı öncüllerle kesildiğini söylemek mümkündür. Her ne kadar ilerici bir takım adımlar atılsa da genel ahlak duvarının genişliği karşısında kıyısından ya da köşesinden bu duvara çarpıldığında, Mahkeme'nin geri adım attığı sıklıkla görülmektedir. Bu anlamda içtihadın dinamik ve geliştirici yorumla ileriye gidebilmesi özelinde, LGBTQ davalarında stratejik yaklaşımın nasıl güdüleceği kısaca açıklanacaktır.

D. LGBTQ Haklarında Stratejik İnsan Hakları Davaları

Kaos-GL, stratejik davalar projesi başlatmış, bu noktada Toplum ve Hukuk Araştırmaları Vakfı'nın desteğiyle bir iş birliği projesi oluşturmuştur.⁷³ Türkiye'deki LGBTQ hareketinin tarihi, aynı zamanda yasal mücadele eliyle hakların görünür olmasının da tarihidir. Anayasa Mahkemesi'nin 1986 tarihli ilk karından son bireysel başvuru kararlarına kadar bu yasal mücadele zemini görünmektedir.

Eşcinsel hakları konusunda çalışma yürüten Kaos-GL derneği, eşcinsellere ilişkin nefret söyleminde bulunan bir internet sitesi hakkında ceza kovuşturması yürütülmemesinden ötürü Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuş, Mahkeme, tehdidin belli bir eşige ulaşmamasından hareket ederek ihlal kararı vermemiştir.⁷⁴ Buna rağmen,

⁷³ <https://www.kaosgl.org/haber/kaos-glrsquoden-stratejik-davalama-projesi> (Son erişim tarihi: 27.04.2020)

⁷⁴ KAOS GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği Başvurusu (Başvuru Numa-

bu gibi başvurular sayesinde kamusal görünürlük sağlanmakta, stratejik yaklaşımla hukukun içinden geçerek, anayasa yargısının, temel hak ve özgürlükler rejiminin taşıyıcısı olabilmesinin yolu aranmaya ve kanallar açılmaya çalışılmaktadır.

LGBTQ hakları konusundaki stratejik yaklaşımın, kendini adım adım göstereceği aşikârdır. Düünden bugüne kısa vadede ulaşılabilecek hedeflerden çok, uzun erimli mücadelelerin yasal kazanımlar yoluyla perçinlenmesi, LGTBQ haklarındaki gelişmelerin önemli ayağını oluşturur. Örneğin, bu konudaki son gelişme 14 Ocak 2019 tarihinde, Avrupa ülkelerindeki LGBTQ hakları konusundaki indeks olan Gökkuşağı Haritası⁷⁵nda son sıralarda olan Litvanya'da⁷⁶ yaşandı. Üst mahkeme, eşcinsel vatandaşların yabancı eşlerine oturma izni verilmemesini ayrımcı olarak telakki ederek, *“oturum izni vermeyi reddetme koşulu yalnızca kişinin cinsiyet kimliği ya da cinsel yönelimine dayanamaz”* hükmünü verdi.⁷⁷ Bu gelişmeler, dünyada da LGBTQ bireylerin görünürlük mücadelesinin, eşitlik savaşı ve ayrımcılık yasağına karşı her yerde içtihat yoluyla geliştirilebilecek potansiyeli olduğunu göstermektedir.

Sonuç

Virginia Woolf'un mucizevî şekilde kadın olan şair kahramanı Orlando, yeni bedeni karşısında hicap ve merak, kınama ve dışlanma ile karşılaşınca, Virginia Woolf araya girer:⁷⁸

“Orlando kadın olmuştü; bunu yadsımak olanaksız. Ancak başka her bakımdan eskiden ne idiyse oydu. Cinsiyet değişimi geleceğini değiştirse de kimliğini hiç değiştirmemişti. Erkeğin belleği –ancak bundan böyle âdet yerini bulsun diye erkeğin yerine kadının demeliyiz- yani kadın Orlando'nun belleği hiçbir engelle karşılaşmaksızın geçmiş yaşamın

75 rasi: 2014/18891) Karar Tarihi: 23/5/201 8 R.G. Tarih ve Sayı: 8/6/2018-30445.
75 Ilga-Europe, Rainbow Map: <https://www.ilga-europe.org/rainboweurope> (Son erişim tarihi: 27.04.2020)

76 Latvia is worst place to be gay in EU, index shows: <https://www.euractiv.com/section/social-europe-jobs/news/latvia-is-worst-place-to-be-gay-in-eu-index-shows/> (Son erişim tarihi: 27.04.2020)

77 Lithuania's top court grants residence permits for same-sex foreign spouses: <https://www.gaystarnews.com/article/lithuanias-top-court-grants-residence-permits-same-sex-foreign-spouses/#gs.XxicFyZe> (Son erişim tarihi: 27.04.2020)

78 Virginia Woolf, Orlando, İletişim Yayınları, 1. Baskı, 2000, Çev. Seniha Akar, s.104.

tüm olaylarının ta en başına kadar uzanabiliyordu. [...]

Birçokları bunun doğaya aykırı olduğunu savunarak 1. *Orlando'nun öteden beri kadın olduğunu* 2. *Orlando'nun hâlihazırda bir erkek olduğunu* kanıtlamak için büyük çaba göstermişlerdir. Bırakalım biyologlarla psikologlar belirlesin bunu. Bizim için basit gerçeği söylemek yeterli: Otuzuna kadar Orlando erkekti; bu yaşta kadın oldu ve o gün bugündür de öyle.”

Virginia Woolf'un büyümlü bir dille söylediği gibi, doğal olan ya da olmayan tartışması, Orlando'nun ve onun gibi tüm LGB TQ kimlikli bireylerin gerçekliğine dokunmayan, sadece suyun üzerinde başkalarının, başka hayatlarla ilgili değer yargılarını içeren nüvelerle doludur. Bu sebeple LGBTQ hakları, başka hiçbir meşrulaştırma ve mazerete dayanmadan, sadece kişiler o bedenle ve o yönelimle yaşamak istedikleri için savunulmalı, insan hakları savunuculuğu sadece buradan kurularak yapılabilmelidir.

Woolf, Orlando'yu anlatırken şöyle söylüyordu: “*Gariptir ama insan bir yaşantıyı kendine saklanmaktansa, alayları ve yanlış anlaşılmayı göğüslemeyi yeğler*”.⁷⁹ LGBTQ bireylerin kendi hayatlarına sahip çıkmak pahasına, ölümü, dışlanma ve ayrımcılığı, nefreti ve tacizi göze aldığı bu yerde, onların haklarının savunuculuğunu eldeki tüm hukuki yollarla yekten yapabilmek, temel hak ve özgürlük rejiminin en çok dışarıda bıraktığı bireylere bir lütuf değil, bedeller ödeyerek elde ettikleri ancak doğuştan sahip oldukları hakları onlara geri vermektir.

Kaynakça

- Ann Scales, Hukuki Feminizm: Aktivizm, Savunma ve Hukuk Kuramı, Çev. Ceren Akçabay, Dost Kitabevi Yayınları, Kasım 2019.
- Ataman Hakan, LGTT Hakları İnsan Haklarıdır, İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2009.
- Atamer Yeşim, Taşkın Damla, Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri, *Yargıtay Dergisi*, 2016, Cilt 42/4.
- Baldwin James, Giovanni'nin Odası, Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, Haziran 2006.
- Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesi, Genel Yorum No.16, 2005.

⁷⁹ Woolf, age, s.108.

- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, "Herkes Özgür ve Eşit Doğar: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Raporu", 2013, BM Raporu.
- Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları, 2006, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Blumenfeld Warren and Raymond Diane, Prejudice and Discrimination, In Reading for Diversity and Social Justice, by Routledge, New York.
- Butler Judith, Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi, Metis Yayınları, Haziran 2008; Queer Tahayyül, Der. Sibel Yardımcı, Özlem Güçlü, Sel Yayınları, Nisan 2016; Queer Teori: Bir Giriş, Annamari Jagose, NotaBene Yayınları, 2015.
- Coman Adrian, Sexual Orientation and Human Rights, Human Rights Education Associates (HREA), 2003.
- Duberman Martin, Stonewall İsyanı, Agora Yayınları, 2008.
- Duffy Helen, Strategic Human Rights Litigation, Hart Publishing, 2018.
- Esmer Yılmaz, Türkiye Değerler Atlası, 2012, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları.
- Foucault Michel, Cinselliğin Tarihi, 1. Cilt, Afa Yayınları, 1986.
- Foucault Michel, Nietzsche, Genealogy, History, Language, Counter Memory, Practice: Selected Essays and Interviews, Cornell University Press, 1977.
- Göztepe Ece, "Anayasa Şikâyeti", AÜHF yayınları No: 530, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45, Ankara 1998.
- Göztepe Ece, Anayasa Yargısının Meşruluğu İçinde Demokratik Anayasa, Haz. Ece Göztepe, Aykut Çelebi, Metis Yayınları, 2012.
- Göztepe Ece, Justinia'nın Gözbağının Arasından Görülenler: Anayasal Eşitlik İlkesinin Devletin Aktif Yasama Faaliyetiyle Hayata Geçirilmesinin Anlamı, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2006, v.3.
- Ilga-Europe, Rainbow Map: <https://www.ilga-europe.org/resources/rainbow-europe/rainbow-europe-2018>
- International Day against Homophobia, 17 May, Statement by Terry Davis, Secretary General of the Council of Europe, Press release - 395(2009) Strasbourg, 15.05.2009.
- Karan Ulaş, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinin Uygulanabilirliği, *TBB Dergisi*, Sayı 73, 2007.
- Langford, Malcolm, Revisiting Joslin v. New Zealand: Same-Sex Marriage in Polarised Times, E. Brems and E. Desmet, Integrated Human Rights in Practice: Rewriting Human Rights Decisions (Edward Elgar, 2017), University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2017-12.
- LGBT Bireylerin İnsan Haklarını İzleme ve Hukuk Komisyonu Raporu, 2007, Kaos-GL Yayınları., http://www.kaosglidernegi.org/resim/kutuphane/dl/lgbt_ih_raporu_2007.pdf
- Özkan Ağaş, "Hakiki Cinsiyet, Yasanın Boyunduruğu ve Siyasi Öznellik," *Fe Dergi* 4, sayı 2, 2012, 31-43.
- Rıza Türmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 17. Cilt, 2000, s.32-42.

- Ruth Lister, *Sexual Citizenship, Handbook of Citizenship Studies*, Haz. Engin F. Isın ve Bryan Turner, Londra: Sage Publications, 2002.
- Schokman Ben, Creasey Daniel, Mohen Patrick, *Strategic Litigation and its Role in Promoting and Protecting Human Rights, Legal Guide, Advocates for International Development*, July 2012.
- Şirin Tolga, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru*, 12 Levha Yayınları, Ekim 2015.
- Şirin Tolga, *Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eş Cinsellik Kararları*, *Anayasa Hukuku Dergisi*, cilt 7, sayı 14, 2018, s.513-562.
- Thoreson Ryan, *The Limis of Moral Limitations: Reconceptualizing Morals in Human Rights Law*, içinde *Harvard International Law Journal*, Volume 59, Number 1, Winter 2018.
- Transfobik Nefrete Karşı Bize Bir Yasa Lazım, *Nefret Suçları Mağduru Trans Bireyleri Anma Buluşması Kitabı*, Pembe Hayat Derneği ve Hollanda Büyükelçiliği, 2011.
- Türkiye’de Trans Olmak: Dışlanma, Ayrımcılık, Şiddet Raporu, Kırmızı Şemsiye Derneği, Temmuz 2016, Hazırlayan: Kemal Ördek.
- Ulaş Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 32, 2015, s. 237-238.
- Umberto Eco, *Yorum ve Aşırı Yorum*, Ayrıntı Yayınları, 3. Basım, Ekim 2019.
- Woolf Virginia, Orlando, *İletişim Yayınları*, 1. Baskı, 2000, Çev. Seniha Akar, s.104.
- Yılmaz Volkan, *The New Constitution of Turkey: A Blessing or A Curse for LGBT Citizens? Turkish Policy Quarterly*, Volume 11, Number 4.
- Yogyakarta ilkeleri metni için: http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/yogyakarta_ilkeleri.pdf

Film

Laurence Anyways, Yönetmen: Xaiver Dolan, 2012, Fransa.

Kararlar

- Joslin v Yeni Zelanda, supra n. 48, Communication No. 902/1999.
- Esas Sayısı: 2017/130; Karar Sayısı: 2017/165.
- <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskibasinduyurulari/bireyselbasvuru/detay/pdf/2014-18891.pdf>
- Dudgeon v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 7525/76, 22 Ekim 1981.
2. Hukuk Dairesi, 21.01.1982, E. 1981/8911; K. 1982/259.
- Esas Sayısı: 2014/118; Karar Sayısı: 2015/35; Karar Tarihi: 1.4.2015.
- Başvuru Numarası: 2013/ 5356; Karar Tarihi: 08/05/2014.
- Başvuru Numarası: 2014/19308, Karar Tarihi: 15.2.2017.
- Başvuru Numarası: 2013/ 2928; Karar Tarihi 18.10.2017.
- Karar Tarihi: 29.11.2017; Esas No: 2015/79.
- Karar Sayısı: 2017/164; Karar Tarihi: 29.11.2017.

Başvuru Numarası: 2015/ 13077; Karar Tarihi: 12.6.2018.

Esas Sayısı: 2015/68; Karar Sayısı: 2017/ 166; Karar Tarihi: 29.11.2017.

Esas Sayısı: 1985/8; Karar Sayısı: 1986/27; Karar Tarihi: 26.11.1986.

Tuğba Arslan Kararı, Başvuru No: 2014/256 para. 107. Karar tarihi: 25.06.2014. (Son erişim tarihi: 02.05.2020)

E. 2013/122, K. 2014/74, 9.4.2014; E. 2014/149, K. 2014/151, 2.10.2014; E. 2013/84, K. 2014/183, 4.12.2014; E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014; E. 2014/180, K. 2015/30, 19.3.2015; E. 2015/32, K. 2015/102, 12.11.2015.

Peck/Birleşik Krallık, B. No: 44647/98, 28.01.2003; Sciacca/İtalya, B. No: 50774/99, 11.01.2005; S. ve Marper/Birleşik Krallık (Büyük Daire), B. No: 30562/04, 30566/04, 04.12.2008; Alkaya/Türkiye, B. No: 42811/06, 09.10.2012; K.U./Finlandiya, B. No: 2872/02, 02.12.2008.

Bavey ve diğerleri v. Rusya, İHAM, 67667/09 44092/12 56717/12, 20/06/2017.

Orlandi ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 26431/12.

Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç, Başvuru No: 1813/07.

Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95.

Haberler

Kaos-GL Stratejik Dava: <http://www.kaosgl.org/sayfa.php?id=16239>

Trans Kadın Hande Şeker'in öldürülmesi: <https://t24.com.tr/haber/trans-kadin-hande-sekeri-olduren-polis-memuru-tutuklandi,795488>

Latvia is worst place to be gay in EU, index shows: <https://www.euractiv.com/section/social-europe-jobs/news/latvia-is-worst-place-to-be-gay-in-eu-index-shows/>

Lithuania's top court grants residence permits for same-sex foreign spouses: <https://www.gaystarnews.com/article/lithuanias-top-court-grants-residence-permits-same-sex-foreign-spouses/#gs.XxicFyZe>

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskanvekilleri-ve-uyeler/emekli-uyeler/>.