

- Araştırma Makalesi -

**⚡ HOMOFOBİNİN ANAYASAL ÜRETİMİ:
ANAYASA MAHKEMESİ VE EŞCİNSELLİK***
(*CONSTITUTIONAL PRODUCTION OF HOMOFOBIA: THE TURKISH
CONSTITUTIONAL COURT AND HOMOSEXUALITY*)

Tolga Şirin**

ÖZ

Bu makalede Anayasa Mahkemesinin eşcinsellik konusundaki kararlarının üzerinde durulmuştur. Altı temel karara odaklanılan bu çalışmada ulaşılan temel sonuç, Mahkeme'nin heteronormativist bir yaklaşım içinde olduğu, bu yaklaşımı uyarınca da içermeci bir ayrımcılık ürettiğidir. Mahkeme'nin kararlarındaki dildeki özensizliğin ise homofobik önyargılarla yüklü olduğu izlenimine ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Homofobi, heteronormativite, LGBTI+, eşcinsellik, genel ahlak, anayasa yargısı

ABSTRACT

This article focuses on the decisions of the Turkish Constitutional Court about homosexuality. The article focuses on six key decisions and reaches the conclusion that the Court has a heteronormative approach which induces an internal discrimination. It was also concluded that the language used by the Court contains homophobic prejudices.

Keywords: *Homophobia, heteronormativity, LGBTI+, homosexuality, public morals, constitutional justice*

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 10.10.2018 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 18.01.2019 tarihinde birinci hakem; 15.01.2019 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Doç. Dr., *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı* (ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7172-5426>).

I. Giriş

Eşcinselliğe¹ tarih boyunca ve çoğu kültürde olumsuz yaklaşımıştır.² Bu olumsuz bakış açısı hukuka da yansımış, geçmişten günümüze farklı hukuk sistemlerinde eşcinselliği yasaklayan kurallar getirilmiştir.³ Örneğin günümüz kıta Avrupası'nın köklerini oluşturan Roma hukuku bünyesinde, milattan önce çıkarılan *Lex Scantinia* ve *Lex Julia* adlı ka-

¹ (i) Bu sözcük, genellikle “eşcinsel” şeklinde kullanılsa da Türk Dil Kurumu (TDK) güncel sözlüğünde bu sözcük “eş cinsel” şeklinde yazılmıştır. Büyük Türkçe Sözlük'te ise “eşcinsel” biçiminde yazılmıştır. Bu çelişki giderilmelidir. Makale'de ikinci ve yaygın kullanım esas alınmıştır.

(ii) Türkçede kavramın karşılığı olarak Batı dillerden aktarılan “homoseksüel” sözcüğü de kullanılmaktadır. Gelgelelim sözcüğün bu kullanımı, eşcinselliğin hastalık olarak tanımlandığı geçmişi hatırlatmaktadır. Bu nedenle pejoratif bir tınısı olduğu, hatta hastalık söylemini yeniden üretebileceği de düşünülmektedir. Bu çalışmada özel bir bağlam taşımadıkça “eşcinsel” ifadesine yer verilecektir.

(iii) Türkçede yabancı dillerden aktarılarak kullanılan “biseksüel” ve “interseks” gibi kavramlar için TDK tarafından bazı tartışmalı kavramlar türetilmiştir. “Biseksüel” için “çift cinsel”, “interseks” için “hermafrodit”, “erdişi”, “hünsâ” sözcüklerine yer verilmiştir. Bazen bu iki kategori, birbiri yerine de kullanılmaktadır. Bu konudaki karmaşa bir yana, sayılan ifadelerin biyolojide her türden “mahlukat”ın adlandırılması için kullanılması karşısında bu terimlere de eleştiri getirilmektedir.

(iv) TDK, heteroseksüel sözcüğünün karşılığı olarak “düz cinsel” kavramını kullanmaktadır. Bu kullanım, İngilizcedeki “straight” sözcüğüne benzer. “Düz” sözcüğünün, “doğru” ve “normal” olana yönelik göndermesi, eşcinsellere ilişkin anormallik imâsı anlamına gelebileceği için “karşı cinsel” sözcüğünü kullanmak daha doğru olur. Öte yandan, bu sözcüğün (düz cinsel/heteroseksüel) eşcinsel (homoseksüel) sözcüğünden türetilmiş bir sözcük olduğu, önceki terimin ancak sonraki terimle birlikte yaygınlık kazandığı, bu nedenle de heteroseksüelliğin homoseksüelliğin bir türevi olduğu savı ve bu seçerenin önemli ideolojik sonuçlar barındırdığı da unutulmamalıdır. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Annamarie Jagose, *Queer Teori: Bir Giriş*, Ali Toprak (çev.), (İstanbul: Nota Bene Yay., 2017), s. 27.

² G. Borude ve S. Greene tarafından 1976 yılında yapılan bir araştırmaya göre dünyada eşcinsellik konusunda tutumu bilinen toplulukların %67,1'i olumsuz bir tutum içindedir. Eşcinsel davranışları kabul edenlerin oranı ise %21,4'tür. Gwen J. Borude/Sarah J. Greene, “Cross-Cultural Codes on Twenty Sexual Attitudes and Practices”, *Ethnology*, Vol. 15(4), 1976, s. 417. Bu datada son 50 yılda değişiklikler yaşanmış olsa da çalışma geleneksel toplumlar konusunda bilgi verdiği için hâlâ kullanılmaktadır. Örn. bkz. Rebbecca Kyle, “What Accounts for Cross-Cultural Variation in the Expression of Homosexuality?”, *Chrestomathy*, Vol. 8, 2009, ss. 99-114.

³ Bu konudaki tarihe yönelik bkz. Halit Erdem Oksaçan, *Eşcinselliğin Toplumsal Tarihi*, (İstanbul: Tekin Yay., 2012).

nunlarda bile eşcinsellik suçtur.⁴ Tarihte, temel olarak doğaya karşıt ve “kötülük” ile ilintili görüldüğü için yaptırıma tâbi tutulan eşcinselliğin cezalandırılmasının meşruluğu uzun yıllar tartışılmamış, bu konu ayrımcılık olarak görülmemiştir. Bu nedenle erken dönem mücadeleleri bir eşitlik mücadelesi olmaktan çok, (kötü görülen birçok şey gibi) en azından “müsamaha gösterilme”, yani bir bakıma öldürülmeme ve hapsedilmeme mücadelesi olmuştur.⁵ Yıllara yayılan “göz yumulabilir olma” mücadelesinin ürünü olarak eşcinsellik, cezalandırılabilir olmaktan çıkmaya başlamıştır. Fakat bu defa da suç durumundan “hastalık statüsü”ne geçmiştir. Böylelikle, suçlu olmadıkları için meşru istisnalar dışında eşit muamele görmeyi hak edenler çerçevesinin içine giren eşcinseller, durumun koşullarına göre görmezlikten gelinebilecek ve “tedavi edilmesi gereken muhtaçlar” basamağına taşınmıştır. Gelgelelim mesele bir defa bilimin ışığında ele alınmaya başlanınca, geleneksel kültürel kodlarla yüklü yargılar, bilimsel veriler karşısında talileşmiş ve eşcinselliğin bir hastalık sayılamayacağı, Dünya Sağlık Örgütü tarafından da kabul edilen bir gerçek olarak tescillenmiştir.⁶

Bugün, geçmişin önyargıları, süregelen kültürel basmakalıplar ortadan kalkmış değildir. Örneğin, Türkiye gibi Avrupa Birliği’ne aday bir devletin “Kadın ve Aileden Sorumlu Devlet Bakanı” bile (sanki bu bir inanç konusu gibiymişçesine) “eşcinselliğin biyolojik bir bozukluk, bir hastalık olduğuna inanıyorum.” diyerek bilimi bir tarafa öteleyebilmekte, kamu gücü perdesinin arkasından hastalık söylemini yeniden üretebilmektedir.⁷ Bunlara rağmen, demokratik ülkelerde eşcinselliğe ceza yaptırımını getiren normlar ayıklanmaktadır. Çağdaş bilimsel psikiyatri kurumları, eşcinselliği hastalık olarak görmemekte ve tedavi taleplerini reddetmektedir. Hatta artan sayıda anayasada “cinsel yönelim” kavramı-

⁴ Jacques Corraze, *Eşcinsellik*, İbrahim Yakupoğlu (çev.), (İstanbul: İletişim, 1991), s. 26.

⁵ Louis-Georges Tin, *The Dictionary of Homophobia: A Global History of Gay & Lesbian Experience*, (Arsenal Pulp Press, 2008), s. 431.

⁶ 1970’li yıllarda Amerikan Psikiyatri Derneği’nin hastalık olarak görmemesiyle başlayan süreç, Dünya Sağlık Örgütü’nün 1993 yılında, eşcinselliği psikolojik hastalıklar listesinden çıkarmasıyla tamamlanmıştır. Christian Müller-Götzmann, “Sexualwissenschaftliche Grundlagen”, *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft*, Christian Müller-Götzmann (Hrsg.), (Berlin: Springer, 2009), s. 44. Ayrıca bkz. Corraze, op. cit., s. 28 vd.

⁷ “Eşcinsellik hastalık, tedavi edilmeli”, *Hürriyet*, 07/03/2010.

na yer verilmektedir. Örneğin Bolivya (md. 14/2), Ekvador (md. 11), Fiji (md. 26/2), Güney Afrika (md. 9/3), İsveç (md. 2), Kosova (md. 24/2), Malta (md. 45/2), Meksika (md. 1), Portekiz (md. 13/2), Yeni Zelanda (md. 21/1) anayasalarında “cinsel yönelim temelli ayrımcılık” açıkça yasaklanmıştır. Bunlardan Bolivya, Ekvador, Fiji, Malta anayasaları ile Nepal anayasası “cinsiyet kimliği”ne de yer vermiştir.⁸

**“Cinsel yönelim”
kavramına açıkça yer
veren anayasalar:**

1. Bolivya
2. Ekvador
3. Fiji
4. Güney Afrika
5. İsveç
6. Kosova
7. Malta
8. Meksika
9. Portekiz
10. Yeni Zelanda

Louis-Georges Tin, bu mücadele sürecinde sorunun “göz yumulabilir olma” mücadelesinden eşitlikçi bir hak mücadelesine geçişinde “ayrımcılık ve “homofobi” kavramları ile fikir yürütülmeye başlanmasının önem taşıdığını ifade eder. Eşcinsellerin tanınma mücadelesi, esasen ayrımcılıkla mücadeleyle başlamış, ardından (aralarında keskin bir çizgi olmamakla birlikte bir perspektif farkı bulunan) homofobi ile mücadeleye evrilmiş ve güç kazanmıştır. Yazara göre ayrımcılık ve homofobi kavramlarının farklı ele alınması önemlidir. Çünkü homofobi, kendini

açıkça belli etmeyen, bu nedenle de ayrımcılıkla, hukuk zemininde sürdürülen mücadeleyi güçleştiren, onun sınırlarını çizen toplumsal bir gerçekliktir. Hukuktaki dönüşüme toplumsal bir dönüşüm eşlik etmedikçe eşcinsellere yönelik ayrımcılığın kökleri kazınmaz. Dolayısıyla hukuksal yönden cinsel yönelim ayrımcılığına karşı mücadelenin başarı şansı, toplumsal olarak homofobiye karşı mücadeleye bağlıdır.⁹

Bu makalede Anayasa Mahkemesinin kararlarına geçmeden önce ayrımcılık ve homofobi kavramları üzerinde kısaca durmak ve bu kavramların bünyesindeki iş görür unsurlardan yararlanmak yerinde görünmektedir.

⁸ Bu konularda bkz. Angioletta Sperti, *Constitutional Courts Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, (Oxford: Hart Publishing, 2017); Paul Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, (NY: Routledge, 2013).

⁹ Gin, op. cit., s. 431-432.

A. Ayrımcılık¹⁰

Ayrımcılığın ne anlama geldiği ve türleri hukuksal yönden aşağı yukarı netleştirilmiştir.¹¹ Ne var ki konu cinsel gruplar veya diğer dezavantajlı azınlık grupları olduğunda, konuya biçimsel hukuk çerçevesinin dışından bakan sosyolojik analizler ayrıca önem taşır. Bu bağlamda iki önemli ayırım dikkat çekicidir. Bunlardan ilki, resmî ve gayri-resmî ayrımcılık ayırımıdır. Resmî ayrımcılık, kurumsallaşmış usullerdeki ayrımcılığı anlatmaktadır. Örneğin bir kişinin eşcinsel olduğu için işten çıkarılmasının mümkün olması, resmî ayrımcılıktır. Buna karşılık; gayri-resmî ayrımcılık, eşcinsellere, cinsel yönelimlerinden ötürü, kurumsal politikalardan bağımsız olarak geliştirilen olumsuz tutumları anlatmaktadır. Bir kişinin eşcinsel olduğu için çalıştığı yerde açık veya örtülü olarak saygısızlığa, mizaha, düşmanlığa ve psikolojik tacize uğraması gayri-resmî ayrımcılığın örnekleri olarak gösterilebilir. Bu ikilemde ayrımcılığın ilk türü -hukuksal mevzuatın izin vermekle veya birtakım koruyucu normlar mevcut olmakla birlikte- yargı organlarının eylem ve ihmallerinden ötürü yetersiz kaldığı durumlarda görünür olur. Bu tür ayrımcılıkta, açıkça nefret ve alçaltıcı politikaların uygulanmasına nazaran, en azından görüntüde yasal bir çerçeve vardır. Buna karşılık; ikinci tür ayrımcılık hukuki olmaktan çok sosyolojiktir, genelde örtük olduğu ve tespit edilebilmesi mümkün olmadığı için hukuk yoluyla ayıklanamayabilir, hatta tam tersine hukuk onu takip ediyor veya görünmez kılıyor olabilir.¹²

İkinci önemli ayırım, içermeci ve dışlayıcı ayrımcılıktır. Dışlayıcı/muhâfazakar ayrımcılık, geçmişte ABD’de ve Güney Afrika’da siyahılara, Almanya’da Yahudilere yapılan ayrımcılık türünü anlatan, muhatabı yok etmeye yönelik saldırgan bir ayrımcılık türüdür. Buna etnik temelli ayrımcılık bağlamında bakılacak olursa, mesela ırkçılık bu türden

¹⁰ *Discrimination* sözcüğünün Türkçe karşılığı ayrımcılık değil ayrımcılıktır. Anayasa’da bu terim kullanılmıştır. Ancak gündelik dilde ve öğretilerde ayrımcılık sözcüğü yerleştiği için burada sözcük (i) harfi olmadan kullanılmıştır.

¹¹ Bu konuda bkz. İdil Işıl Gül/Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, Burcu Yeşiladalı/Gökçeçiçek Ayata (ed.), (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yay., 2011).

¹² Emir Ozeren, “Sexual Orientation Discrimination in the Workplace: A Systematic Review of Literature”, *Procedia: Social and Behavioral Sciences*, Vol. 109, 2014, s. 1208.

bir ayrımcılıktır. Buna karşılık içermeci/liberal ayrımcılık, muhatabın kimliğini yok etmekten ziyade o kimliği yok saymaya dayanan, onu, toplumsal yaşantıda görünür olmadıkça ve egemen olanın içinde eridikçe kabul edilebilir gören ayrımcılık türünü anlatmaktadır. Bu kategoriye etnik temelli ayrımcılık bağlamında bakılacak olursa, mesela asimilasyon bu türden bir ayrımcılık sayılabilir.¹³ Örneğin Nazizm döneminde bir Yahudi, istese bile Alman mertebesine yükselemezdi. Buna karşılık; Fransa’da bir Korsikalı, Fransız kılınabilir, yeter ki o kimliğin içinde erimeyi kabul etsin. Türkiye’de de, azınlıkta kalan etnik grupların ırkçılığa maruz kaldığı iddiası epey tartışmalıyken, bu gruplara yönelik içermeci ayrımcılık, yani bir tür asimilasyonun bulunduğu iddiası daha elle tutulur görünmektedir.

Örnek eşcinsellik üzerinden de verilebilir. Eşcinsellere, mutlaka cehennemde yanacak günahkârlar muamelesinde bulunmak “dışlayıcı ayrımcılık” iken; eşcinsellere, tedavisi er geç bir gün bulunacak bir hastalıktan mustarip oldukları iddiasıyla “şefkat ve empati yüklü” bir muamelede bulunmak “içermeci ayrımcılık”tır.¹⁴ Bülent Somay, bu ayrımı, eşcinseller yönünden şöyle açmaktadır:

“Dışlayıcı/muhafazakâr ayrımcılar, eşcinsellere karşı daha baştan açık bir düşmanca tutum benimserler. (...) Muhafazakâr ayrımcılara kal-sa, eş cinsellere özel kıyafetler giydirilip damgalanmaları, ‘normal’ vatandaşların kullandığı kamusal alanlara girişlerinin yasaklanması gerekir. Onlara göre eşcinseller cinsel kimliklerini bir yandan teşhir etmeli (ki onları ‘ayırabilelim’), ama bir yandan da iyice gizlemelidirler (ki gözümüzü rahatsız etmesin, ar-hayâ duygularımızı zedelemesinler). (...).

Liberal/içermeci ayrımcılar ise muhafazakâr/dışlayıcıların bu çağ dışı tutumlarına çok kızar. Onlar eşcinselleri eşit haklara sahip bireysel olarak toplumsal hayata katmaktan yanadırlar. Yeter ki eş cinseller hadlerini bilsinler, eş cinselliklerini yatak odalarında saklayıp gündelik hayatta biz ‘normaller’ gibi davransınlar. Üstümüze varmasınlar; tamam biz homofobiğiz ama eşcinseller de bizim homo fobimizi(bu ayrı yazım

¹³ Bu kategoriler, Güney Afrika’daki siyahlara yönelik ayrımcılığın kategorize edilmesinde kullanılmıştır. Bkz. Karen Jochelson, *The Colour of Disease: Syphilis and Racism in South Africa, 1880-1950*, (Oxford: Palgrave, 2001), s. 116.

¹⁴ Bülent Somay, “Ayrarak Birleştirmek Mümkün Müdür?”, Kenan Çayır & Müge Ayan Ceyhan (ed.), *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yay., 2012), s. 102.

yazara mı ait?) gıcıklayacak ‘aşırı, abartılı’ davranışlardan kaçınınsınlar. Farklı olsunlar; ama bizim gibi olsunlar. Bir arada yaşayalım, ama fazla dokunmayalım birbirimize; mesafemizi koruyalım – ne olur ne olmaz.”¹⁵

Bülent Somay’ın bu tespiti, Vanessa Baird’in şu analiziyle kesişmektedir:

“Eşcinsellik, tek başına herhangi bir yerleşik düzen veya rejim için gerçek bir tehdit değildir. Ancak tehdit, cinsel azınlığın faaliyetlerinin alternatif bir yaşam tarzının parçası haline gelmesiyle ortaya çıkar. Bu kimliklerin kabulü, bu bağlamda örgütlenmiş toplumsal hareketleri ve aidiyet duygularını da tanımaktır. Bu bir siyasi beyandır. Burada kişiselliğe dayalı bir acayıplıktan çıkıp her türden mutlak değer için tehdit haline gelen bir şeyden bahsetmiş oluruz ki bu otoriter rejimlerin hoşlandığı bir şey değildir.”¹⁶

Aktarılan tespitler, AYM’nin kararlarına bakarken işe yarar birer mercek sunmaktadır.

B. Homofobi

Homofobi, insanlar arasındaki en kapsamlı önyargılardan biri olarak ifade edilir.¹⁷ İngilizcedeki *homosexual* ve *phobia* sözcüklerinin birleşiminden oluşan *homophobia* kavramı, gündelik Türkçede “homofobi” olarak ifade edilse de Türk Dil Kurumu (TDK) Sözlüğü’nde kendisine yer bulmamaktadır.¹⁸

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Baird, op. cit., s. 89.

¹⁷ Homofobi tarih boyunca kadınlardan ziyade erkeklere yönelmiştir. Bunun nedeni büyük ihtimalle fellüs-merkezli seks anlayışıdır. Kadınlar arası eşcinselliğe, fellüsü dışladığı ölçüde saldırılmamakta, erkek egemen algı yönünden bir fantezi payesi verilmektedir. Ibid., s. 80.

¹⁸ TDK, son yıllarda, sözlükteki cinsiyetçi sözcükler ve tanımlamalardan ötürü tartışma konusu olmuştur. Ankara 6’ncı idare mahkemesi “müsait”, “boyalı”, “yollu”, “taze”, “oynak”, “kötü yola düşmek”, “esnaf”, “kötüleştirmek”, “serbest” kelimelerinin argo anlamlarının TDK sözlüğünden ve internet sayfasından kaldırılmasına karar vermiştir. Bu karar, bazı feminist çevrelerde cinsiyetçilik karşıtı bir zafer olarak görülmüştür. Oysa bir sözcüğün toplumda kabul gören cinsiyetçi anlamının, sözlükten çıkarılması yoluyla zayıflayacağı (en azından bu yönde önemli bir kazanım olduğu) düşüncesi tartışmalıdır. İnsan Hakları Mahkemesi’nin yaklaşımı, bu tür ayrımcı sözcüklerin, sözlükten tamamen ayıklanmasının zorunlu olmadığı yönündedir. Bkz. *Aksu v. Türkiye*, İHAM, 4149/04 41029/04, 15/03/2012. Bir sözcüğe verilen ayrımcı anlam,

“Homoseksüel” sözcüğü, dünyada ilk kez Almandada 1869’da¹⁹, Latin harfli Türkçe yazılı kaynaklarda ise 1930 yılında kullanılmıştır.²⁰ Bu sözcük, TDK sözlüğünde “eşcinsel”in karşılığı olarak “*duygusal veya cinsel olarak kendi cinsine ilgi duyan kimse*” şeklinde tanımlanır. “Fobi” ise “*belirli nesnelere veya durumlar karşısında duyulan olağan dışı güçlü korku, yığı*” olarak ifade edilir. Buradan hareketle homofobi sözcüğü, Türkçeye düz bir mantıkla “eşcinsel korkusu” olarak çevrilebilir.

Eşcinsel korkusu, kişilerin kendilerine yönelik eşcinsel arzu ve dürtülerin olmasından veya bastırılmış kıskançlıktan kaynaklanabileceği gibi, dinin etkisinden²¹ veya eşcinselliğin yerleşik değer yargıları için tehdit oluşturması ve cinselliğin yalnızca üreme, aile kurma işleviyle sınırlandıran gelenekçi anlayışa karşı çıkış olarak algılanması gibi muhafazakâr nedenlerden de kaynaklanabilir.²² Gelgelelim korku, sadece korkmakla ilgili olmayan, çok katmanlı ve karmaşık bir duygudur. Bünyesinde, düşmanlık ile kısır bir döngü barındırır. Öyle ki çoğu kez, korku ile düşmanlığı birbirinden ayırt etmek mümkün değildir.²³ Dieter Duhm’a göre göre:

“Düşmanlığını bastırılmış durumdaki endişeli insan, bastırıldığı düşmanlığı nedeniyle daha büyük bir korku geliştirir. Bu korku içinde, kendisine, korktuğu insanlarla bağlantılı olan tehlike, daha da büyük gelecektir. Böylece, söz konusu insanların öznel olarak algılanan düşmanlığı artmakta ve bu sonra, o kişinin daha güçlü kendi (çoğunlukla bilinçdışı) düşmanlık tepkilerini doğurmaktadır. Şimdi de artan bu düşmanlığın

ayrımcılığın adı konularak ve sözcüğün bu anlamına mesafe getiren kayıtlarla birlikte sözlükte yer alabilir. Bilimsel nedenlerle bu bir gereklilik olarak dahi görülebilir.

¹⁹ Aysun Öner, *Beyaz Yakalı Eşcinseller: İş Yerinde Cinsel Yönelim Ayrımcılığı ve Mücadele Stratejileri*, (İstanbul: İletişim Yay., 2005), s. 16.

²⁰ Türk Dil Devriminden önceki kullanımlarla ilgili bilgiye ulaşamadı. Eşcinsel sözcüğü için en eski kullanım 1968 olarak görülmektedir. Bkz. Sevan Nişanyan, *Sözcüklerin Soyağacı: Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü*, (İstanbul: Everest Yay., 2009).

²¹ İslam’ın bu konudaki yaklaşımına ilişkin tartışmalar vardır. Bazıları İslam’da eşcinselliği yasadışı(?) görmekte ama bazılarının göre Kuran, eşcinselliği açıkça kınamaktadır. Bkz. Baird, op. cit., ss. 97 vd.

²² Lynee Segal, *Ağır Çekim: Değişen Erkeklikler, Değişen Erkekler*, Volkan Ersoy (çev.), (İstanbul: Ayrıntı Yay., 1992), s. 200-201.

²³ Dieter Duhm, *Angst im Kapitalismus*, (Mannheim: Verlag Kübler, 1984). Türkçesi: *Kapitalizmde Korku*, Sargut Şölçün (çev.), (Ankara: Ayraç Yay., 2002), s. 146.

iyice baskı altına alınması gerekmektedir; ne var ki, böylece kişinin korkusu da artacaktır. Ve bu durum, böylece sürüp gider.”²⁴

Buradan bakılınca eşcinsel korkusunun, döngüsel olarak eşcinsel düşmanlığını da içerdiğini söylemek mümkündür.²⁵ Bu düşmanlık; nefret, suçlama, aşağılama, yargılama ve yasaklama gibi tutumlarla görünür olabileceği gibi, bağlamına göre yok sayma veya dolaylı yollardan icrai veya ihmalî şekilde ayrımcılık üretmek gibi gizli yollarla da gerçekleşebilir.²⁶

Literatürde de homofobi 1960’larda ortaya çıkan, oldukça yeni bir sözcük olarak ifade edilir ve ilkin eşcinsellerle aynı ortamda olmaktan duyulan korku olarak tanımlanmıştır. İlerleyen yıllarda bu tanım “eşcinsellere karşı aşırı bir öfke ve korku tepkisi” olarak güncellenmiştir. 1970’li yılların sonuna gelindiğinde bu tanım “kişinin kendi cinsinden birine karşı duyduğu aşktan korkması ve bu yüzden başkalarında bu duyguyu gördüğünde nefretle karşılaşması” olarak genişletilmiştir.²⁷ Yani kavram, ilkin bireysel bir süreç olarak görülmüşken²⁸, zaman içinde belirli bir sosyal ve kültürel bağlam içerisinde, kurumlar ve sosyal geleneklerle ilişkili olarak ele alınması gereken, siyasal bir alanda oluşan gruplar arası bir süreç olarak kavranmakta ve önyargılı fikirler ile ayrımcı tutumları kapsayan şekilde algılanmaktadır.²⁹ Homofobinin, transfobi, lezofobi gibi farklı türleri vardır. Cinsiyet çalışmalarında başkaca alt başlıklar kullanılabilir. Bu bağlamda özellikle homofobi ile heteroseksizmin çok sık karıştırıldığı görülmektedir.

Heteroseksizm, kadın veya erkek olarak cinsiyetlendirilmiş heteroseksüel kişiler arasındaki arzu ve cinselliği doğal ve normal; geri kalan-

²⁴ Ibid., s. 149.

²⁵ Tersî için de aynısı geçerlidir.

²⁶ Koray Başar, Mahmut Şefik Nil ve Seven Kaptan, “Eşcinsellikle İlgili Yaygın Yanlışlar, Bilimsel Doğrular”, *Homofobi Kimin Meselesi*, (Ankara: Kaos GL, 2010), ss. 68-77.

²⁷ Bkz. Vanessa Baird, *Cinsel Çeşitlilik: Yönelimler, Politikalar, Haklar ve İhlaller*, (İstanbul: Metis Yay., 2017).

²⁸ Alan P. Bell, Martin S. Weinberg ve Sue Kiefer Hammersmith, *Sexual Preference: Its Development in Men and Women*, (Bloomington: IUP, 1981), s. 17.

²⁹ Nuray Sakallı-Uğurlu, “Eşcinsellik ve Eşcinsellere İlişkin Tutumlar: Önyargı ve Ayrımcılık”, *Lezbiyen ve Geylerin Sorunları ve Toplumsal Barış İçin Çözüm Arayışları*, (Ankara: Kaos GL Kitapları, 2006), ss. 62-74.

ları ise anormal, sapkın veya istisnai olarak gören dışlayıcı bakış açısının görüş ve ayırım ilkelerini anlatmaktadır. Heteroseksizm ile homofobi arasındaki ilişki, cinsiyetçilik ile kadın düşmanlığı (misojinizm) arasındaki ilişkiye benzer. Nasıl ki her cinsiyetçi, kadın düşmanı değildir; her heteroseksist de homofobik değildir. Aralarında bir düzey farkı vardır. Bir heteroseksist ayrımcıdır. Gelgelelim bir homofobik, işi damgalamaya vardırabilir. Homofobik olmamakla birlikte eşcinsellerin evlat edinmesine veya evliliklerinin tanınmasına karşı çıkan kişiler heteroseksist olarak kabul edilebilmektedir.³⁰ Bu ayırım, birisini (bu kurguda heteroseksizmi) daha sevimli veya kabul edilebilir görmek için değil, analitik çözümler için yapılmakta, yani bir tür mercek sunmaktadır.

Bize, konuyu ele alırken daha derinden bakmamıza yardımcı olacak bu kavram ve kavram çiftlerine değindikten sonra şimdi makalenin ana konusunun, yani Anayasa Mahkemesinin eşcinseller hakkında verdiği kararların üzerinde durma zamanı gelmiştir.

II. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşcinsellik

Türkiye’de belli değerlere dayalı normlardan farklı olan her grup ayrımcı muamelelerle karşılaşır.³¹ Cinsiyetçilik ve erkek egemenliği, Türkiye toplumunda oldukça yaygındır.³² Kadınları baskılayan erkek egemenliğine dönük bir karşı çıkış olarak algılanan eşcinselliğe yönelik olumsuz bakış açısı da bundan geride kalmamaktadır.³³ Bir araştırmaya göre toplumun %70’i gey ve lezbiyenlerin, hayatlarını diledikleri gibi sürdürmeleri düşüncesine karşı çıkmakta; %87’si ise bu özelliklere sahip komşu istememektedir.³⁴ Bu durum, doğal olarak kurumlara da yansı-

³⁰ Tin, op. cit., s. 489.

³¹ Bkz. Çayır ve Ayan Ceyhan, op. cit.

³² Konunun farklı bağlamlardaki görünümleri için bkz. Hülya Şimşek, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder ve Deniz Yüksek (ed.), *Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar*, (İstanbul: Koç Üniversitesi Yay., 2018).

³³ Bu ilişki için bkz. Mary Eaton, “At the Intersection of Gender and Sexual Orientation”, *Feminist Legal Theory: An Anti-Essentialist Reader*, Nancy E. Dowd/Michelle S. Jacobs (eds.), (New York&London: NYU Press, 2003), s. 52.

³⁴ Perihan Elif Ekmekçi ve Berna Arda, “An Overview of LGBT Rights and Health Legislation in Turkey from an Ethical Perspective”, *Medicine and Law*, 36(3), 2007, s. 28. Veri içtihat da kullanılmıştır. Bkz. AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, T. 29/11/2017, Engin Yıldırım’ın karşı oyu, § 56.

maktadır. Toplumdaki önyargıların ve kültüre içkin hâle gelmiş ayrımcı tutumların siyasal alanlarda, hele de mahkeme kararlarında yeniden üretimi şaşırtıcı değildir. Toplumun bünyesinde, geçmişten bugüne süzülerek veya pekişerek gelip yer alan ve farklı nedenlere dayanan önyargılar, toplumun içinden gelen yargıçlar kanalıyla bağlayıcı bir mahkeme kararı biçimini alabilir.³⁵ Bu, yargıçların ve dayandıkları normun tüm tarafsızlık ve ayrımcılık karşıtı görüntüsüne ve iddiasına rağmen böyledir. Zira J. Donovan'ın dikkat çektiği gibi hukuk normları çoğu kez yansız (nötr) şekilde kaleme alınır fakat yerleşik ataerkil toplumsal normlar karşısında ayrımcılığa karşı özel olarak duyarlı ve bilinçli yargıçlar bulunmadıkça, bu düzenlemeler tarafgir şekilde farklı uygulanır; hatta normun yansız olması, eşitsizliği ortadan kaldırmak şöyle dursun, tam tersine görünmez kılabilir.³⁶

Anayasa Mahkemesinin eşcinsellere yönelik kararlarına bakıldığında bu belirleme somutlaşmaktadır.³⁷ Aslında, olaylara uygulanan normların soyut dili ve Mahkemenin belirlediği ilkeler, yansız ve çoğulcu görünmektedir. Gelgelelim mesele, kuralların uygulanmasına ve ulaşılan sonuçlara geldiğinde tam aksi bir görüntü karşımıza çıkmaktadır. Hatta birçok konuda kırılma ve kopma yaşayan Mahkemenin bu konudaki yaklaşımında negatif anlamda bir “tutarlılık” dahi izlenebilmektedir.

Örneğin Mahkeme, 1986 yılında bu konuda verdiği ilk kararında bir cinsel yönelim olan eşcinselliği, kategorik olarak “tavır ve davranışları toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyecek nitelikte” görmüş ve toplum sağlığına tehdit olarak kodlayabilmiştir.³⁸ Bu karardan otuz yıldan fazla zaman geçmesine ve Mahkemenin “eski Türkiye'nin otoriter vesayet organı olmaktan çıktığı” savları ileri sürülüyor olmasına rağmen, yaklaşımında (istisnai bazı sapmalar hariç olmak üzere) esaslı şekilde

³⁵ İrrasyonel hareket etmenin bir biçimi olan önyargı sahibi olmak, eğitim, ekonomi gibi farklı toplumsal etkinlikler yoluyla sistemli hâle gelir. Bunun “tanıklığa ilişkin adaletsizlik” yönünden açıklanmasına ilişkin bkz. Gülriz Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yay., 2016), ss. 104 vd.

³⁶ Josephine Donovan, *Feminist Teori*, Aksu Bora (çev.), (Ankara İletişim Yay, 2010), s. 364.

³⁷ Bu makalede AYM kararları üzerinde durulmaktadır. Oysa diğer yüksek mahkemele-
rin durumunun çok daha trajik olduğu kaydedilmelidir. Örnekler için bkz. Senem Doğanoglu, *Adaletin “LGBT” Hâli*, (LGBT Hakları Platformu, 2009).

³⁸ AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, T. 26/11/1986.

farklılaşma olmamış, hatta bu konudaki heteroseksizm daha da görünür hâle gelmiştir. Bu kararlarda eşcinseller, cinsel yönelimleri uyarınca genel ahlaka veya sağlığa aykırı görülerek ötekileştirilmiş veya daha doğru ifadeyle zaten yaygın şekilde var olan ötekileştirme, bir defa da Anayasa Mahkemesi düzeyinde yeniden üretilmiştir.

Öte yandan, Mahkeme'nin 1986 yılından önceki durumu için de bir not düşülebilir. Mahkeme'nin faaliyete geçtiği 1962 yılından itibaren yaklaşık çeyrek asır boyunca bu konuda herhangi bir kararı yoktur. Bunda, konunun mevzuatta yer almıyor olması bir faktör olarak görülebilir. Fakat Mahkeme, eşitlik konusundaki içtihatlarında, ilke düzeyinde bile olsa bu yönde bir belirlemeye, hatta imâyâya dahi yer verebilirdi ama vermemiştir. Aslında bu “tanımama”dan beslenen suskunluk durumundan bir anlam çıkarmak zor değildir. Zira homofobinin dildeki ilk belirtilerinden biri, sözcüklerin yokluğuyla, sessizlikle ve tabulaştırılarak konuşmama yoluyla pekiştirilmesidir.³⁹ Eşcinselliğin adı çoğu kez bilinçli olarak konulmaz, bu yolla toplum düzenine ve kurulu aile yapısına tehdit olduğu düşünülen bir yönelim sansürlenebilir ve tehdit olmaktan çıkarılmaya çalışılır.⁴⁰ Gelgelelim Mahkemenin meseleye ilişkin yaklaşımını dile getirdiği kararlarındaki hetero-cinsiyetçi yoğunluk, bu aşamada, sessizliğinden ayrıca bir anlam çıkarmayı gereksiz kılmaktadır.

A. Parmak İzi Kararı

Anayasa Mahkemesinin kararlarında eşcinsellik konusundaki ilk kararı, az önce değinilen 1986 tarihli karardır. Bu kararda Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen düzenleme, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun 5'inci maddesidir. Bu hüküm uyarınca “*genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların*” parmak izlerinin alınması öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi bu vakada, söz konusu kuralı “*kişi özgürlüğünü, zamana, yere, kişiye göre değişen ölçütlerle polisin öznel değerlendirmesine bağlı olarak kısıtlayan, genel*

³⁹ Christine M. Klapeer, “Für eine neue Grammatik der Anerkennung”, *Heteronormativität und Homosexualitäten*, Waltraud Kannonier-Finster, Christian Fleck, Horst Schreiber, Meinrad Ziegler (Hrsg.), (Innsbruck/Wien/Bozen: Studien Verlag, 2008), ss. 124 vd.

⁴⁰ Yıldırım Türker, “Herkesin Ötekisi”, *Anti-Homofobi Kitabı II*, (Ankara: Kaos GL, 2010), s. 112.

ahlâk ve edep kuralları gibi yaptırımını daha çok toplum vicdanında bulması ve kamu düzeninin ciddi olarak tehlikeye girmesi, söz konusu olmadıkça polisin müdahale etmemesi gereken bir alana, ‘kamu düzeni bakımından tasvip edilmeme’ gibi içeriği açıkça anlaşılmayan bir kavrama dayanılarak, polisin müdahalesini sağladığı” gerekçesiyle Anayasa’ya aykırı görmüş ve iptal etmiştir. Karar bu yönüyle olumludur. Ancak kararın gerekçesine bakıldığında cinsel yönelim temelinde ayrımcı nitelikte bazı açıklamalarla karşılaşılmaktadır.

Mahkeme, söz konusu hükmün belirsiz olduğu sonucuna ulaşırken, tarihsel yorum yöntemine başvurmuş ve maddenin gerekçesinin üzerinde durmuştur. Madde gerekçesinde “*Kanunun (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”* açıklandığını kaydeden Mahkeme, gerekçedeki heteroseksist amacı onaylamıştır:

“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.”

Yani Mahkemeye göre, toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyecek nitelikte bulunan eşcinsellerin parmak izlerinin alınmasında bir sorun yoktur. Sorun, bu tedbirin, eşcinseller gibi “sağlıksızlık üreten” kişilerin dışında kalan, yani bir bakıma toplumun korunmaya değer vasatına da teşmil edilmesi olasılığında gündeme gelmektedir. Mahkeme bu kaygısını, eşcinselleri, “genel kadınlar” ve “fuhuşla melûf olanlar” ile birlikte kümelenme gereği de duyarak şu şekilde dile getirmiştir:

“Polisin ya da siyasî iktidarların ahlâk anlayışlarına bağlı olarak, suç teşkil etmeyen ve hoşgörü ile karşılanabilecek kimi eylemlerin failleri de genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışlar içerisinde buldukları gerekçesiyle, genel kadınlar, eşcinseller, fuhuşla melûf olanlarla aynı kategoride mütalaa edilerek parmak izleri ve fotoğrafları alınabilecektir.”

İlk bakışta ulaştığı sonuç itibarıyla olumlu nitelik taşıyan bu kararın aktarılan gerekçesinde en az iki ağır sorun bulunmaktadır:

Birincisi; eşcinseller, suç oluşturmayan ve hoşgörü ile karşılanabilecek yani “normal” görülen yurttaşlara nazaran daha tali ve kategorik olarak temel hak müdahalesine tâbi bir grup sayılarak aşağı konuma sokulmuştur. Kamusal alanda var olmayı zımnen heteroseksüellik ile ilişkilendiren bu bakış açısı, R. Lister’den ödünç alacağımız bir kavramla ifade etmek gerekirse yurttaşlığı, “cinsel yurttaşlık” kılmış ve bu “cinselleştirme” çerçevesinde gey ve lezbiyenleri bir tür “eksik yurttaş”a dönüştürmüştür.⁴¹ Mahkeme, yurttaşlar arasında hiç gereği olmamasına rağmen cinsel yönelimlerine göre farklılık yaratmıştır. Oysa maddenin dili görece nötrdür. Parmak izi alınacak olanlar, “genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar”dır. Mahkeme bu kategoriye giren eşcinsel yönelimliler için tedbirin uygulanmasında sorun bulmaktadır. Fakat normun (seks işçileri/fahişeler⁴² hariç olmak üzere) bu kategoriye giren heteroseksüel yönelimlilere de uygulanabilecek olmasında sorun görmektedir. Başka bir deyişle aynı tedbir, bazı yurttaşlara reva iken diğerleri için tehdit olarak algılanmaktadır. Aslında burada resmî olmayan ayrımcılığın resmîleştirilmesinin ve içermeci ayrımcılığın izleri sürülmektedir. Zira Mahkeme (mevzuatta yeri olmasa da) zımnen şunu söylemektedir: Heteroseksüel olmayan cinsel yönelimini görünür kılan kişi, bazı tedbirlerle karşılaşmaya da hazır olmalıdır.

İkincisi; eşcinseller, esasen para karşılığı veya düzensiz cinsel ilişki kuranlar (“genel kadınlar” ve “fuhuşla melûf olanlar”) ile birlikte sayılmıştır. Bu sayma biçiminde, kadınları, özel ve genel diye ayıran cinsiyetçilik ile seks işçilerini/fahişeleri, parmak izi alınması mümkün ahlaksızlar kategorisine dahil eden bu yaklaşım, başlı başına bir makaleyi hak eden, özel olarak ele alınması gereken sorunları içermektedir. Ancak burada Mahkemenin eşcinselleri para karşılığı cinsel ilişkiye girenlerin arasında saymış olmasının üzerinde özellikle durmak gerekir. Mahkeme

⁴¹ Cinselleştirilmiş yurttaşlık konusunda bkz. Ruth Lister “Sexual Citizenship”, *Handbook of Citizenship Studies*, Engin F. Isin/Bryan S. Turne (eds.), (London: Sage, 2002), ss. 191-208.

⁴² Bu sözcüklerden hangisinin tercih edildiği, konuya nasıl bakıldığını da imler. Kavram tercihi feministler arasında dahi yeknesaklık yoktur. Bu makalenin konusu olmadığı için her iki kavram birlikte kullanıldı. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki tartışmaya açık ve fuhuşu mesleki faaliyet olarak görmediği ve “fahişelik” kavramını kullandığı kararı için bkz. *S.K.(B.) başvurusu*, AYM, 2014/18275, 04/07/2018.

böyle yaparak, toplumsal bilinçaltında etkin şekilde yönlendirilen eşcinsel kişilerin seks bağımlısı sapkınlar olduklarına ve yaşamlarının her alanlarında kurdukları ilişkileri cinsellik temelinde şekillendirdiklerine dair damgalamanın izini taşıyan ve onları, çalışma yaşamında belli mesleklere sıkıştıran veya zorlayan algıyı resmen yeniden üretmiştir.⁴³ Unutulmamalıdır ki ayrımcılık ile basmakalıp (stereotip) meslek kategorileri arasında bir ilişki vardır. Ayrımcılığın muhatabı azınlık gruplarından kişiler, toplumsal bilinçaltında genellikle belli iş kollarıyla birlikte kodlanırlar. O kadar ki, azınlıkları belli mesleklere iten ayrımcılık ve bu ayrımcılığın sonuçları hem failer hem de muhataplar yönünden gündelik yaşamın fark edilmeyen bir ögesine dönüşür. Mesela bu basmakalıplara göre Romanlar çiçekçidir, engelliler mendil veya sakız satar, eğitimsiz kadınlar evleri temizler, eşcinseller de para karşılığı cinsellik sunar veya gece hayatı/eğlence sektöründe müşterileri eğlendirir. Görüntüde bu insanlar, bu işlere kimse tarafından zorlanmış değildir, hatta pür liberal bir bakışla bu seçimler, piyasa içindeki sonsuz seçenek arasından kişilerin kendi tercihleri gibi görülebilir. Oysa (çoğu saf liberal iddia gibi) bu doğru değildir. Kişiler, söz konusu meslekleri tercih etmiştir veya etmemiştir fakat her halükârda ayrımcı basmakalıpların ve bundan beslenen sosyal adaletsizliğin sonucu olarak bu “mesleklerin” içine hapsedilmişlerdir.⁴⁴ Bu muhatapların “gönüllülüğüne dayanan” çerçeveleme, toplumsal yaşamda farklı biçimlerde yeniden üretilmektedir. Görülmektedir ki “anayasal eşitliğin bekçisi” Anayasa Mahkemesi de bu üretim sürecinden vareste değildir.

B. Doğal Olmayan Yoldan Yapılan Cinsel Davranış Kararı

Anayasa Mahkemesinin aktarılan karardan sonra, konuyla ilgili önem taşıyan ilk kararı, yine yaklaşık bir çeyrek asır sonra, 2015 yılında yayımlanmıştır.⁴⁵ Bu davanın konusu Türk Ceza Kanunu’nun, eşcinsel

⁴³ Y. Türker’in dikkat çektiği gibi, Türkiye’de eşcinseller hiç durmadan cinsellik ve seks düşünen vb. tanımlamalarla damgalanmaktadır. Türker, op. cit. s. 111.

⁴⁴ Bu konuda etraflı bir analiz için bkz. Kenan Çayır, “Gruplararası İlişkiler Bağlamında Ayrımcılık”, *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, op. cit., s. 12; İdil Işıl Gül, “Ayrımcılığın Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü”, op. cit., s. 271.

⁴⁵ Bu karardan önce 1989 yılında verilen bir kararın karşı oy yazısında “kadın”, “kız” “eşcinsel erkek” kavramları üzerinde durulmuştur. Bkz. AYM, E. 1988/4, K. 1989/3, T. 12/01/1989, Necdet Daracoğlu ve Servet Tüzün’ün karşı oyu.

ilişkilere dair yazı, ses veya görüntülerin bulundurulmasına hapis cezası verilmesi riski getiren md. 226/4 hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıdır. Hüküm aynen şu şekildedir:

“Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya **doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara** ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışı arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”⁴⁶

İçeriğinin belirsiz olduğu gerekçesiyle bu maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Aslında Türkiye'deki mevzuatta açıkça olmasa da gizli şekilde homofobik ve transfobik hükümler yaygındır.⁴⁷ Bu hüküm ise gizlilik ile açıklık arasında bir yerde durmaktadır. Fakat bünyesinde belirsizlik olduğu nettir. Zaten bilindiği gibi yasalarda belirsizlik yaratarak keyfi uygulamaları mümkün ve meşru kılmak da bir başka ayrımcılık uygulamasıdır.⁴⁸ Burada da böyle bir durumdan bahsedilebilir. Anayasa Mahkemesi, bu hükmün iptal edilmesi istemini yorum kaydıyla reddetmiştir. Mahkeme'ye göre:

“[Doğal olmayan yol] ibaresinin kişiden kişiye veya toplumdan topluma farklılık gösterebileceği düşünülebilir ise de (...) söz konusu davranışların şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi 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’ ilkelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.”⁴⁹

⁴⁶ Vurgular orijinal metinde yoktur.

⁴⁷ Volkan Yılmaz, “The New Constitution of Turkey: A Blessing or a Curse for LGBT Citizens?”, *Turkish Policy Quarterly*, Vol. 11, 2013, ss. 131–140.

⁴⁸ Melek Göregenli, “Önyargı ve Ayrımcılığı Azaltmak”, *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, op. cit., s. 249.

⁴⁹ AYM, E. 2014/118, 2015/35, 01/04/2015.

Ancak karşı oy yazan yargıçların da ifade ettikleri gibi bu hükümdeki “doğal olmayan yoldan” yapılan cinsel davranış ifadesi Yargıtay tarafından “anal, oral, grup seks, lezbiyen, eşcinsel ilişki, ensest ilişki” biçimlerini kapsayacak şekilde kavranmaktadır. Anayasa Mahkemesinin karar gerekçelerinin bağlayıcılığının tartışmalı olduğu da dikkate alındığında ifadeye içkin olan belirsizlik tam olarak giderilmiş sayılmaz.⁵⁰ Gerçi Mahkeme, bu kararında iptal istemini reddederken, çoğunlukçu bir genel ahlak temelinden hareket etmemiştir ama yine de ahlaksal bir referansa başvurmadan da geri durmamıştır. Hüküm, kendisi suç teşkil etmeyen cinsel faaliyetlerin, belli bir ahlak standardına aykırı olması hâlinde depolanmasını suç kılmaktadır. Hükümdeki “doğal olmayan davranışlar” ifadesine “demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan (...) davranışlar” şeklinde anlam verilmiştir. Ancak bu anlam, yargıç Osman Alifeyyaz Paksüt’ün karşı oy yazısında dikkat çektiği gibi “dinen ve ahlaken de caiz olmayan, kişilerin özel yaşamlarının gözetlenmesi, teşhir edilmesi ve çoğunluğa uymayanların cezalandırılması şeklindeki ilkel bir müdahaleyi meşru hâle getirebilecektir.”⁵¹ Ayrıca kendisi suç olmayan fakat doğal olmadığı için ahlaka aykırı görülebilecek cinsel faaliyetin depolanmasının (yayma amacı taşımaya bile) suç kılınması, özel yaşama saygı hakkına, ceza tehdidi yoluyla bir müdahaledir.⁵² Mahkeme çoğunluğu müdahaleyi de göz ardı etmiştir.

Bunların yanı sıra, konunun bir de ayrımcılık boyutu vardır. Bir kişi tamamen mahrem saydığı alanında bu tür bir ilişki yaşıyor ve hatta bu ilişkiyi kaydediyor olabilir. Bunun toplumla veya genel ahlakla bir ilgisi yoktur. Zira aynısı, mesela heteroseksüel bir kişi için de geçerli olabilir. Örnek vermek gerekirse yetişkin bir erkek, yetişkin bir kadınla, rızaya dayalı cinsel ilişkiye girebilir ve yine rızayla bunu kaydedebilir. Böyle bir durumda hapis cezası riskiyle karşılaşmaz. Böyle bir karşılaştırma yapıldığında kararın ayrımcı olduğu daha net görülmektedir.

Son olarak, bu noktada Yargıtay kararlarında doğrudan, Anayasa Mahkemesi kararında da dolaylı olarak görülen, “doğal olmayan yoldan

⁵⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz. İsmail Köküsarı, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, (İstanbul: XII Levha yay., 2009), ss. 190 vd.

⁵¹ AYM, E. 2014/118, 2015/35, 01/04/2015, Osman Alifeyyaz Paksüt’ün karşı oyu.

⁵² AYM, E. 2014/118, 2015/35, 01/04/2015, Engin Yıldırım’ın karşı oyu.

yapılan cinsel davranış”ın genel ahlak ile birlikte ele alınması sorgulanmalıdır. Homofobi için gösterilen en temel neden doğaya aykırı olmasıdır.⁵³ Roma’da Aziz Pavlus’un ilk yazılarında dahi rastlanan eşcinselliğin “doğal olmadığı için kötü olduğu” savı bugün birçok Avrupa ülkesinde takip edilebilmektedir.⁵⁴ Antik dönemde, “belirlenmiş tanrısal düzen”i anlatan doğallık, tek tanrılı dinlerin etkisiyle üremeye yönelmek ile bağlaşıklık bir anlamda kavranmıştır.⁵⁵ Doğal olanın böyle kavranması ise heteroseksizmi ve homofobiyi beslemiştir.

Bu bağlamda cinsellik hakkındaki ahlâki yargıların haklı kılınmasında rol oynayabilen “doğal” kavramına yönelik en az üç farklı soru sormak gerekmektedir:

Birincisi; cinselliğe doğallık merceğinden bakıldığında doğal cinsel davranış, bir erkek ile kadının istikrarlı bir bağ oluşturarak bir yavru üretmesine yönelik davranış olacaktır. Ancak konu bir defa böyle kavrandığında, bu defa sadece üremeye dönük cinselliği doğal, geri kalan yani döllemeye yönelik olmayan tüm cinsel ilişki biçimlerini veya mastürbasyonu da az veya çok doğal olmayan kategoride saymamız ve buradan da bir ahlaksızlık sonucuna ulaşmamız gerekmez mi? Bir defa doğal olanın dışına çıkmanın ahlaksızlık olduğunu söyleyecek olursak, tutarlılık adına insanın sahip olduğu organları “doğal” sayılmayacak her kullanımında bir ahlaksızlık sorunu ile karşılaşmaya da hazır olmamız gerekir. Örneğin doğal durumda bizi başka hayvanlara av olmaktan korumak ve diğer türdeşlerimizle ilişki kurmak için var olan kulağımızı, çok yüksek sesli bir rock konserinde, doğal sınırları zorlayarak ve sırf haz almak amacıyla müzik dinlemek için kullandığımızda da ahlaksızlık etmiş mi sayılacağız?

İkincisi; doğal olanın, doğal olmayana üstün olduğunu söylemek her zaman için geçerli değildir. Örneğin ölüm doğaldır, kimyasal ilaçlar ise doğal olanı engellemeye yönelik yapay tedbirlerdir. Deprem doğaldır ama depreme karşı güçlü girişler inşa etmek, doğal olmasa da gerekli, insan yaşamını korumaya dönük meşru ve üstün bir eylemdir. Dolayısıyla-

⁵³ Baird, op. cit., s. 82.

⁵⁴ Stephen Huny, *Contemporary Christianity and LGBT Sexualities*, (London/NW: Routledge, 2009), s. 5.

⁵⁵ Doğal kavramının Stoacı kökleri, hukukta doğal kavramının ve doğal hukukun evrimi konusunda bkz. Oktay Uygun, *Hukuk Teorileri*, (İstanbul: XII Levha Yay., 2017), ss. 5 vd.

la insanın sadece doğal olana riayet etmesini istemek ve doğal görülme-yecek olana, yani dar bir kaderciliğe teslim olmak ahlaki açıdan güçlü bir temel taşıyamaz.⁵⁶

Üçüncüsü; doğa durumunda cinselliğin sadece üreme amacıyla gerçekleşip gerçekleşmediği oldukça şüphelidir. Eğer insanın dışındaki hayvanlar⁵⁷ bir veri olarak kabul edilecek olursa, onların niyetlerle değil güdülerle hareket ettiği, yani üremek amacıyla değil cinsel dürtülerle ilişkiye girdiği ve üremenin rastlantısal bir sonuç olduğu sonucuna ulaşmaz mıyız? Ayrıca konuyu böyle kavrayacak olursak hayvanlar arasındaki eşcinsel ilişkileri de doğal kavramlaştırmasının içinde görmek ve eşcinselliğin aleyhine doğal olana yaptığımız ahlaki atfın kendi kendine çürüttüğünü kabul etmek zorunda kalmaz mıyız? Zira yapılan araştırmalarda 450 kuş ve memeli türünde eşcinsel davranışa rastlandığı söylenmektedir. Bu araştırmalara göre örneğin erkek orangutanlar oral seksi sevmektedir, erkek morslar birbirleriyle anal seks yapmaktadır. Katil balinalar yaz aylarında zamanlarının onda birini eşcinsel faaliyete ayırmaktadır.⁵⁸

Bu söylenenlerden tecavüz gibi, çocuk istismarı gibi cinsellik biçimlerinin ahlak ile ilişkisiz olduğu anlamı çıkmamalıdır. Çünkü her biri suç olarak düzenlenmiş bu tür cinsel davranışların bünyesinde şiddet ve bireylerin iradeleri dışında zorlanması söz konusudur ve tam da bu nedenle ahlaki yönden haklı kılınmamaktadır. Ancak rızaya dayalı eşcinsellik yönünden böylesi bir art alan yoktur.

C. Gayrî Tabî Mukarenet Kararı

Anayasa Mahkemesinin “doğal olmayan cinsel davranış” konusunu “gayri tabî mukarenet” sözcükleri üzerinden ele aldığı ikinci kararı Askerî Ceza Kanunu ile ilgilidir. Askerî Yargıtay, önüne gelen bir davada Kanun’un 153’üncü maddesinin son fıkrasının Anayasa’nın hukuk

⁵⁶ Aşırı kadercilik, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından da Sözleşme’nin 9’uncu maddesi kapsamında sayılmamıştır.

Strazburg organları, refahın da kıtlığın da Tanrı’dan geldiğine inanan başvuruçunun zorunlu trafik sigortasının Tanrı’nın isteklerine karşı gelmeye zorlama anlamına geldiği iddiasını kabul edilebilir bulmamıştır. Bkz. *X. v. Hollanda*, İHAM, 2988/66, 31/05/1967.

⁵⁷ Bundan sonra, duru anlatım için sadece hayvanlar şeklinde ifade edilecektir.

⁵⁸ Baird, op. cit., s. 108.

devleti, eşitlik ilkesi ve özel yaşama saygı hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle konuyu Anayasa Mahkemesinin önüne taşımıştır. İlgili düzenleme aynen şu şekildedir:

“Bir kimseyle *gayrî tabî 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.”⁵⁹

Bu hüküm, “hiçbir zaman tamamen önlenemeyen gerçek ya da hayali bir eşcinsel tehdit algısına bağlı olan” askerî homofibi”nin, geçmişte çok sayıda ülkede görülen hukuksal tezahürüdür.⁶⁰ Bu tür normlar geçmişte yaygın şekilde bulunuyor olsa da bugün Avrupa ülkelerindeki mevzuattan ayıklanmıştır.

Anayasa Mahkemesi bu olayda, aktarılan düzenlemenin özel yaşama saygı hakkına bir müdahale yarattığını kabul etmekle birlikte, “askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak” gibi meşru bir amacı olduğunu söylemiş, ayrıca bu yaptırımın askerlere özgü olmasının ve özgürlükten yoksun bırakma gibi bir sonuç doğurmamasının da ölçülülük ilkesiyle uyumlu olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre:

“Askerlik mesleği, disiplin ve fedakârlık temeline dayanır. Bundan dolayı bu görevi ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tâbi tutulmaları olağan karşılanmaktadır. Kaldı ki kişiler askerlik mesleğini seçmekle birlikte artık sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askerî disiplinin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş olmaktadır.”⁶¹

İlginçtir, Mahkeme bu kararda, “gayrî tabî mukarenet” (doğal olmayan yakınlık) ifadesinin belirli olup olmadığı sorununu, hatta “doğal olmayan cinsel davranış” kararında doğal olmayan cinsel davranış ifadesinin eşcinselleri kapsamadığına ilişkin belirlemelerini yok saymış, sanki böyle bir karar vermemiş gibi davranmıştır. Oysa Yargıtay’ın ve Askerî Yargıtay’ın önceki kararları uyarınca “gayrî tabî mukarenet” ifadesinin eşcinsel ilişkileri kapsadığı açıktır. Mahkeme, bu konuda bir kayıt veya yorum getirmeyerek, hükmün bu şekilde uygulanmasına zımnen onay vermiştir. Öte yandan bu hükümde, eşcinsel ilişkinin nerede ve nasıl ya-

⁵⁹ Vurgular orijinal metinde yoktur.

⁶⁰ Tin, op. cit., s. 177.

⁶¹ AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, T. 29/11/2017.

şandığına ilişkin herhangi bir ayırım yoktur. Mahkeme, kategorik olarak eşcinselliğe Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası (erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası) verilmesini, sadece “askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak” amacına atıf yaparak haklı görebilmiştir. Ayrıca Mahkeme, kişinin eşcinsel olması ile askerlik hizmetlerinin gerekleri arasında herhangi bir ilişki kurmamış, bu konuya açıklık kazandırmamıştır. Oysa Birleşik Krallık Ordusundaki mesleklerinden, eşcinsel oldukları için çıkarılan kişilerin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine yaptığı başvurularda Birleşik Krallık hükûmeti bu tedbir için gerekçeler sunmaya çalışmıştır. Fakat Strazburg organları düzensizliğin önlenmesi veya şantaj riski ve ulusal güvenlik temelli tezleri yeterli bulmamıştır.⁶² Bu olaylarda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, asker veya sivil personellerin eşcinsel olup olmadıklarına yönelik soruşturmaları ve yönelimlerin tespit edilmesinden sonra meslekten çıkartılmalarını Sözleşme'nin 8'inci (özel yaşama saygı hakkı) ve 14'üncü (ayrımcılık yasağı) maddelerine aykırı görmüştür. Anayasa Mahkemesi böyle bir ihlal bulmadığı gibi müdahalenin amacının ne olduğu konusunda bir sorgulama dahi yapmamıştır.

Türkiye, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne taraftır. Bu nedenle az önce aktarılan kararların Türkiye yönünden de yol gösterici etkisi (*Orientierungswirkung*) bulunmaktadır.⁶³ Anayasa Mahkemesinin evli kadınların evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmeleriyle ilgili kararında da tespit ettiği gibi İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin ihlal kararları, Türkiye hukuk sisteminde çatıştığı kanun hükümleri üzerinde “zımnî ilga” etkisi doğurabilmektedir.⁶⁴ Bu mantıktan hareketle söz konusu kararlar uyarınca Askerî Ceza Kanunu'nun 153'üncü maddesinin de zımnî ilga olduğu düşünülebilirdi. Fakat Mahkeme bu olayda önceki içtihadından neden ayrıldığını da ifade etmeden bu sonucu dışlamıştır. Hatta Mahkeme manipülatif bir görüntü sunmuştur. Şöyle ki; Mahkemenin ihlal kararı vereceği davalarda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına bolca atıf yapıyor olmasına, aynı konuda çok net ve somut

⁶² Bkz. *Perkins ve R. v. Birleşik Krallık*, İHAM, 43208/98 ve 44875/98, 22/10/2002; *Beck, Copp ve Bazeley v. Birleşik Krallık*, İHAM, 48535/99, 48536/99 ve 48537/99, 22/10/2002.

⁶³ Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch*, (Helbing et. al: C. H. Beck, 2016), s. 106.

⁶⁴ *Sevim Akat Eşki başvurusu*, AYM, 2013/2187, 19.12.2013, § 44.

olaya uygun içtihatlar olmasına rağmen, bu kararlara hiç yer verilmemiş veya bunlara dönük bir tartışma yürütülmemiş olması da Mahkemenin argümantasyon tutarlığı yönünden sorun yaratmaktadır. Mahkeme'nin bu pratiği, mantık teorisinde “kiraz toplama” (*cherry picking*) olarak ifade edilen türdendir.⁶⁵ Kiraz toplama “belli bir pozisyonla çelişen vakaları veya verileri yok sayarak, sadece onu destekleyen ve onaylatanları kullanmak” anlamına gelmektedir. Nasıl ki kiraz hasadında sadece arzu edilen kirazların toplanması durumunda, sepetteki numunelere bakılarak ağaçtaki meyvelerin genel durumuyla ilgili bir yanılgıya ulaşılabilecekse, Mahkemenin bu yaklaşımından da benzer türden bir yanılgı oluşmaktadır.⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, birçok kararında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile uyumlu bir yaklaşım sergiliyor ve bu kararlara değer atfediyorken, anılan kararda bu kararlar hiç yer vermemesi, başka bir deyişle bunları görünmez kılması, söz konusu kararın Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleriyle uyumluluğu konusunda yanılgı üretmektedir. Yargısal kararlarda “kiraz toplama”, verilerin seçici kullanımı (*selective use of evidence*) yoluyla arzu edilen subjektif sonuçlara ulaşılmasını temin eder. Yani bir bakıma, önyargı ile yüklü sonuçlara, objektif bir nedensellik elbisesi giydirilmesi anlamına gelir.⁶⁷ Aslına bakılırsa, eşcinsellikten ziyade bizzat bu yöntemin ahlakiliği tartışmaya açıktır.

Diğer yandan, eşcinsellerin orduda görev almamasına ilişkin ahlaki, disiplinsel, mesleki, tıbbi ve psikolojik savlarının her biri bilimsel olarak çürütülmüştür.⁶⁸ Bu bağlamda ileri sürülen gerekçelerin bilimsel

⁶⁵ Bu yönteme (potansiyel kültürel önyargıların içtihadı keyfi şekilde dahil edilmesi şeklinde) uluslararası organların kararlarında da rastlanılabilmektedir. Bu konularda bkz. Maria Sjöholm, *Gender-sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems*, (Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2018), s. 144 vd.

⁶⁶ Thomas Kadner Graziano, “Is it Legitimate and Beneficial for Judges to Compare?”, *Court and Comparative Law*, Mads Andenas and Duncan Fairgrieve (eds.) (Oxford: OUP, 2015), ss. 25 vd.; Andrew Friedman, “Beyond Cherry-Picking: Selection Criteria for the Use of Foreign Law in Domestic Constitutional Jurisprudence”, *Suffolk University Law Review*, Vol. 44, 2011, s. 163 vd.

⁶⁷ Ibid.; Mark Tushnet, “International Law and Constitutional Interpretation in the Twenty-First Century: Change and Continuity”, *International Law in the U.S. Supreme Court: Continuity and Change*, David L. Sloss/Michael D. Ramsey/William S. Dodge (eds.), (Cambridge: CUP, 2011), ss. 514 vd.

⁶⁸ Joshua Polchar/Tim Sweijts/Philipp Marten ve Jan Galdiga, *LGBT Military Personnel: A Strategic Vision for Inclusion*, (The Hague: The Hague Centre for Strategic Studies, 2014), ss. 25 vd.

yönden haklı kılınabilmesi mümkün değildir. Hâl böyleyken kuşkulu bir temelde yapılan ayrımcılık, sübjektif değer yargılarıyla meşru görülemezdi. Anayasa Mahkemesi, bu bilimsel gerçeklerin üzerinde durmuyarak, objektif gerçekleri önyargı yüklü sübjektif doğrulara feda edebilmiştir.

Son olarak burada cinsel davranışlar ile ahlak arasında zımmen bir bağ kurulmuş olmasını sorgulayabiliriz. Bu sorgulamanın her bir olayın kendi koşulları uyarınca yapılması gerekir. Zira cinsellik ile ahlak arasında hiçbir ilişkinin olmadığı söylenemez. Örneğin kişinin evli olduğu kişinin dışında bir başka kişiyle cinsel ilişkiye girmesi ahlaki bir mesele olarak görülebilir. Fakat buradaki ahlaki sorunsal, cinsel ilişkinin kendisiyle ilgili değil, kişinin evli olduğu kişiyle kurmuş olduğu sadakat iddiasına aykırı davranması, başka bir deyişle doğru söylememiş olmasıyla ilgilidir. Aslında kişilerin cinsel davranışları, tıpkı yargıç Engin Yıldırım'ın karşı oyunda belirttiği gibi, “özel hayatlarının en mahrem kısmını oluşturmaktadır ve meşru bir neden olmadan devletin asla ve asla karışmaması gereken bir alandır.” Yani bu davranışlar bireysel, başka bir deyişle sadece söz konusu kişileri ilgilendiren, toplumun dayatamayacağı bir şeydir. Bir yanı sıra cinsellik, özel yaşamın yanı sıra, haz alma ve kendini gerçekleştirme aracı olarak, Anayasanın 5'nci maddesinde de karşılık bulan öznel gelişim hakkının bünyesinde de yer almaktadır.

Eğer anayasalcılık akımının özünde, ABD anayasasının başlangıç kısmında da ifade edildiği gibi bireylerin mutluluklarını takip etmesi yatıyor ise, insanların kendi cinsel doyumlarını yaşamalarına engel olunmaması, yani daha mutlu insanları beraberinde getireceği için devletin cinsel birliktelik biçimlerine yönelik ahlaki gerekçelerle müdahalesinin de haklı kılınmaması gerekir. Yani konuya azami mutluluk temelinde faydacı bir anlayışla bakıldığında, buna müdahale etmek ahlaki sayılmaz.⁶⁹ Öte yandan, konunun ahlaki boyutuna faydacılık yönünden değil de bireylere kendi içlerinde amaç olarak saygı gösterilmesi temelinde yaklaştığımızda da ulaşacağımız ahlaki sonuç farklı değildir. Zira bu yaklaşım uyarınca kişilerin toplumsal adetlerin emirlerine göre değil, birer özerk birey olarak, içselleştirdikleri kurallara göre özgürce eyleyebiliyor olmaları gerekir. Eşcinsel bir ilişkide tutum insanın kendine amaç olduğu ve bir başka insan araç kılınmadığı müddetçe bu özerkliğe müdahale ahlaksal değildir. ABD'de meseleye bu temelde liberter-

⁶⁹ Faydacı ahlak anlayışı ve hukuksal temelleri konusunda bkz. Uygun, op. cit., ss. 117 vd.

yen bakan bir mahkemenin ifade edildiği gibi “mahkemelerin ödevi ahlak kodlarını dayatmak değil herkesin özgürlüğünü savunmaktır”.⁷⁰

Sonuç olarak, her bir tekil durum için farklı temellere dayanarak farklı ahlaki tartışmalar sürdürülebilir. Gelgelelim bir cinsellik biçimine dönük her türlü kategorik çıkarım önyargıyla maluldür ve soyut ahlaki göndermelerle haklı kılınamaz.

Ç. Eşcinsel Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretmeni Kararı

Anayasa Mahkemesinin kişilerin cinsel yönelimlerinden ötürü meslekten çıkarılmalarıyla ilgili heteroseksist yaklaşımı, ordu mensuplarıyla sınırlı değildir. Mahkeme, ordu bağlamında somut norm denetimi yoluyla verdiği kararın bir benzerini, eğitim sektörü bağlamında, bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) yoluyla bir öğretmen hakkında da vermiştir.

Z. A. kararında başvuru, bir ilköğretim okulunda din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmenidir. Okulun hademesi ve kasabada yaşayan iki kişi, başvuruçunun kendilerine eşcinsel ilişki teklif ettiğini, bu kişilerden biri de başvuruçunun kendisiyle eşcinsel ilişkiye girdiğini iddia etmiştir. Bu iddiaya binaen ilköğretim müfettişi soruşturma yürütmüş ve başvuruçunun, kasaba halkından kişilerle eşcinsel ilişkiye girdiğini kabul etmiştir. Yapılan soruşturmanın sonucunda, başvuruçunun, “görev yaptığı okul ve çevresinde huzursuzluk yarattığı” ve “öğretmenlik mesleği ile bağdaşmayan iffetsizliğinin sabit olduğu” söylenerek meslekten çıkarılmasına karar verilmiştir.⁷¹ Bu karar, idari yargı tarafından da onanmıştır. Bir süre sonra 2006 yılında “Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun” çıkarılınca başvuruçunun yeniden mesleğine dönmek istemiş fakat bu talebi “öğretmenlik göreviniz esnasında yaptığınız fiilden dolayı yeniden öğretmenliğe atanmanız uy-

⁷⁰ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁷¹ Meslekten çıkarma tedbirinin dayanağı 10/06/1930 tarihli ve 1702 sayılı İlk ve Orta Tedrisat Muallimlerinin Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanun’un 27’nci maddesidir. Madde şu şekildedir: “Meslekten çıkarılmak aşağıdaki hallerde tatbik olunur:

- 1- Gerek talebeye karşı ve hariçte muallimlik sıfatile telif edilmeyen iffetsizliği sabit olan,
- 2 - Talebeyi Vekaletin ve mektebin amirleri ve muallim ve memurları aleyhine itaatsızlığa teşvik eden,
- 3- Müdür başmuallim ve muallimlerle ilk tedrisat müfettişlerinden talebesine kopya verenler.”

gun bulunmamıştır” denilerek reddedilmiştir. Başvurucunun idari yargıda açtığı dava da reddedilmiştir. Konu Anayasa Mahkemesine geldiğinde Mahkeme konuyu şu şekilde anlamış ve sonuçlandırmıştır:

“Başvurucunun atanma talebinin reddine ilişkin işlem ile söz konusu disiplin süreci birlikte ele alındığında yeniden öğretmenlik mesleğine atanma talebini değerlendiren idare tarafından başvurucunun cinsel yönelimine değil görev yaptığı okula yansıttığı davranışlarına odaklanılmış olduğu görülmektedir. Mahrem kalması gereken cinsel hayatına dair unsurların başvurucunun özenli sayılamayacak davranışları sonucu kendisi tarafından kamunun bilgisine açılmış olmasına, dolayısıyla küçük bir kasabada okul çalışanları, öğrenciler ve veliler tarafından bilinir olmasına önem atfedildiği, idare tarafından bu durumun öğretmenlik sıfatıyla bağdaşmayan iffetsizlik oluşturduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla somut olayda cinsel yönelimi dikkate alınarak başvuru hakkında işlem tesis edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Diğer bir ifadeyle bireysel başvuruya konu idari işlemde başvurucunun yeniden öğretmenliğe atanma talebinin **cinsel yönelimi nedeniyle değil soruşturmaya konu fiilleri** nedeniyle reddedildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle başvurucuya farklı bir muamelede bulunulmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda atamaya yetkili makamın öğretmenlik mesleğine atanma talebini reddederken başvurucunun daha önceki disiplin cezasına konu **eylemine**, sadece söz konusu **kadronun gerektirdiği kişisel niteliklerden** birine sahip olup olmadığına kanaat getirmek için **dikkate aldığı** sonucuna ulaşılmıştır. **Çocukların sağlıklı şekilde yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri hususundaki toplumsal menfaat** nazara alındığında kamusal makamların almış olduğu tedbirin makul olduğu ve bu husustaki takdir yetkisinin sınırlarının aşıldığı söylenemez.”⁷²

Sayfalarca süren kararın özünü tek cümleyle ortaya koymak gerekirse; aslında bu olayda Anayasa Mahkemesi, bir öğretmenin, bir okul hizmetlisine cinsel ilişki teklif ettiği yönündeki (ispatlanmamış) spekülatif bir iddiaya ve eşcinsel olduğunun kasabada bilinir olmasına dayanılarak meslekten çıkarılmasında ve bu nedenle sonradan çıkarılan af kanunun kendisine uygulanmamasında Anayasa’ya aykırılık görmemiştir.

⁷² Z. A. başvurusu, AYM, 2013/2928, 18/10/2017, §§ 73-75. Vurgular orijinal metinde yoktur.

Mahkeme bu olayda müdahalenin meşru amacı yönünden “çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri” gerekliliğine atıf yapmıştır.

Mahkeme'nin bu olaydaki “sağlıklılık” göndermesi görecelidir ve açıklanmaya muhtaçtır. Örneğin karar, şu soruya bir yanıt vermemektedir: Acaba burada sağlıksızlık, bir öğretmenin cinsel yönelimiyle bağlantılı olarak yaşadığı bir sorundan ötürü mesleğinden çıkarılması mıdır yoksa kişisel yaşamın en mahrem deneyimleri de dâhil olmak üzere, bireylerin hayatlarının her alanına nüfuz eden, genel geçer cinsiyet kalıplarının dışında kalanları hizaya sokan ve bir eşcinselin görünür olması durumunda ne gibi müeyyidelerle karşılaşacağını eylemli şekilde öğreten cinsiyet rejiminin onaylanması mıdır?

Aslında burada da önceki sayfalarda değinilen türden bir heteroseksist yaklaşım daha görünür olmaktadır. Daha önce değinildiği gibi heteroseksizm, homofobiden farklı olarak eşcinsellerin varlığını reddetmez, hatta “içermeci ayrımcılık” olarak ifade edilen türden bir yaklaşımla, belli sınırlar içinde kaldıkça onları “hoş” görür. Bu bakımdan damgalanmış gruplar, kendileriyle ilgili kalıp yargılara uygun hareket ettiği müddetçe toplumsal bir sorun olmayacağı düşünülür. Ancak kalıp yargının dışına çıkıldığında hat aşılmış, bu sınıra kadar hoş görülmüş olana artık haddini bildirmek lazım gelir olmuştur. Bu bakımdan, bir eşcinselin şarkıcı veya modacı olması kalıp yargılara uygundur, bu sınırlar içinde tolere edilebilecek bir “süs” olarak görülebilir. Gelgelelim bir eşcinselin öğretmen, hele de din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmeni olması, bu kalıplar içinde kabul edilebilir sayılamaz. Başvurucu, örneğin kitleleri eğlendiren bir figür olsaydı kabul görebilirdi ama öğretmenlik yapmaya kalkarak belli ki “haddini” aşmıştır. Zira eşcinsel, böyle yaparak toplumdaki kalıp yargılara uygun olmayan bir role soyunmuş olmaktadır.⁷³ Hâl böyle olunca da idare haddini bildirmiş, mahkemeler de onamıştır.

Anayasa Mahkemesi bu kararda müdahaleyi haklı kılan amacı “çocukların sağlıklı şekilde yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri” olarak gösterilmiştir. Mahkeme böyle söylüyor olsa da kullandığı “sağlık” kriterinde “halkın hassasiyetleri”ne değen bir yön de vardır. Bu hassasiyet söyleminin arka planında çoğunluğun ahlak anlayışı yatmaktadır. Mahkeme

⁷³ Anayasa Mahkemesi, başvurucunun öğretmen olmasının yanında Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi öğretmeni olmasına dikkat çekmiş fakat başvuruda ve idarenin yanıtlarında bu konu üzerinde özel ihtilaf olmadığı için bu noktayı teknik nedenlerle kaydetmekle yetinmiş ve ek değerlendirme yapmamıştır. Z. A., § 51.

bu kararda genel ahlak kavramını, geçmişte verdiği bir kararda yaptığı gibi açıkça “belli bir zamanda belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlak kuralları” şeklinde tanımlamış değildir.⁷⁴ Ancak bunun izleri bugün dahi görülebilmektedir.⁷⁵ Mahkeme açıkça kabul etmese bile, genel ahlak kavramına verdiği anlam, toplumdaki herkesi kendisine tâbi kılan, hatta insan haklarını bile kuşatan çoğunlukçu bir ahlak anlayışını içeriyor gibidir. Böyle bir yaklaşım oldukça tehlikelidir. Çünkü Türkiye toplumunun eşcinselliği ahlaksızlık olarak gördüğü gerçeğinden hareket edilerek benimsenecek ahlaki çıkarımlar karşısında eşcinsellerin herhangi bir temel hak güvencesinden gerçek anlamıyla yararlanması mümkün olmaz. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin bir kararında da ifade ettiği gibi “Mahkemenin [müdahalenin] ahlak nedeniyle haklı kılınması konusundaki değerlendirmelerinde halkın hassasiyetlerinin önemli bir rol oynayabileceği doğrudur. Fakat Sözleşme’nin bir azınlık grubu için uygulanmasının, çoğunluğun kabul etmesi kaydına bağlı kılınması Sözleşme’nin altında yatan değerler ile uyumsuz olur.”⁷⁶

İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu konudaki ilkesel yaklaşımı oldukça nettir:

“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 olduğu gibi, Mahkeme tarafından farklı muamele için yeterli bir haklı görme nedeni sayılmaz. (...)”⁷⁷

İnsan Hakları Mahkemesi bu konuda ilkesel olarak nettir. Bu kararlarda da onaylandığı gibi uluslararası insan hakları hukukunda ahlak anlayışı sayıya indirgenmez.⁷⁸ Buna göre toplumun egemen çoğunluğunun gerici ve sorunlu ahlak anlayışı ile Anayasa’da geçen ve ideal bir

⁷⁴ AYM, E. 1963/128, K. 1964/8, K.T. 28/01/1964.

⁷⁵ AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, T. 29/11/2017. Engin Yıldırım’ın karşı oyu.

⁷⁶ *Bavey ve diğerleri v. Rusya*, İHAM, 67667/09 44092/12 56717/12, 20/06/2017, § 70.

⁷⁷ *Ibid.*, § 68.

⁷⁸ Genel ahlak kavramının insan hakları hukukundaki anlamı konusunda çok güncel bir çalışma için bkz. Ryen Thoreson, “The Limits of Moral Limitations: Reconceptualizing ‘Morals’ in Human Rights Law”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 59(1), 2018, ss. 197-244.

çoğulcu düzenin unsuru olarak anlam bulan ahlak kavramı aynılaştırılmaz. Bu gerçek, Anayasa Mahkemesini de bağlar. Ne var ki Mahkeme bu olayda da sorunu, ahlak üzerinden tartışmaktan kaçınmış, karşı oy kullanan yargıç Engin Yıldırım'ın tutarlı savları karşısında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarını yine göz ardı etmiştir. Yani bir bakıma yeniden “kiraz toplamıştır.”

Mahkemenin haklılık nedenini “çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri” temeliyle açıklaması karşısında, bu savın bir de çocukların perspektifinden sorgulanması gerekmektedir. Konuya buradan bakıldığında mesele, sadece eşcinsel öğretmenin ayrımcılığa uğraması meselesi değil, öğrencilerin egemen olandan farklı olanın nasıl dışlandığı pratiğine şahit olması, bu yolla hem ilkel bir heteroseksizmin yeniden üretilmesi hem de eşcinsel öğrenciler için bir tür korku ve hizaya çekme ritüeli olarak görülmez mi?⁷⁹

Bilinmelidir ki insanlar bağınaz veya homofobik doğmazlar, bunu sonradan öğrenirler. Homofobi, sistemin ahlak dizgesi kisvesi altında, çoklu eşitsiz amaçlar için korunan kurumlarca aşılır.⁸⁰ Eşcinsellere yönelik ayrımcılık, şiddet ve hukuksal taciz gibi homofobik ögeler, hegemonik heteroseksüel erkekliğin yeniden üretilmesi için olmazsa olmazlardandır.⁸¹ İşte okul ve okuldaki eğitim süreci, çoğunluğun parçası olmanın ve bir erdem olarak egemen olana benzemenin sosyal yönden onaylanmanın tek yolu olduğu yönündeki sosyalizasyonun en önemli aracıdır. Okulda genellikle yerleşik ayrımcı ideolojiler pekiştirilebilmektedir. Bu, erkeksilik ideolojisini güçlendiren ve giderek ırkçılaştıran bir etkiye yol açılabilmektedir.⁸² Eğer ayrımcılıkla mücadele edilmesi isteniyorsa bu konuda özel bir hassasiyet gösterilmesi gerekir. Nitekim Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde (md. 26/2) ifade edildiği gibi “eğitim, insan kişiliğini tam geliştirmeye ve in-

⁷⁹ Cinsel yönelim ayrımcılığının sadece cinsel yönelimle ilgili bir konu olmadığı konusunda bkz. Aksu Bora, “Toplumsal Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık”, *Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, s. 185.

⁸⁰ Yusuf Eradam, “Fear Factor ya da Homofobinin Ecele Faydası”, *Anti-Homofobi Kitabı II*, s. 136.

⁸¹ Robert William Connell, *Toplumsal Cinsiyet ve İktidar*, Cem Soydemir (çev.), (İstanbul: Ayrıntı Yay., 2017), s. 247.

⁸² Melek Göregenli, “Gruplararası İlişki İdeolojisi Olarak Homofobi”, *Anti-Homofobi Kitabı*, (Ankara: Kaos GL, 2009), s.12.

san haklarıyla temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmeye yönelik olmalıdır. Eğitim, bütün uluslar, ırklar ve dinsel topluluklar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu özendirilmeli ve Birleşmiş Milletlerin barışı koruma yolundaki çalışmalarını geliştirmelidir.” Ayrıca BM İnsan Hakları Eğitimi ve Öğretimi Bildirgesi'nde ifade edildiği gibi “insan hakları ihlallerinin ve suistimallerinin önlenmesine; ayrımcılık, ırkçılık, basmakalıp önyargılar ve nefret kışkırtıcılığının her biçimi ile ve bunların temelinde yatan zararlı tutum ve önyargılar ile mücadele ederek bunların ortadan kaldırılmasına katkıda bulunmak” eğitimde özellikle dikkat edilmesi gereken bir noktadır. Bu nedenle küçük sınıflardan itibaren mevcut olanın tam ters yönde bir eğitimin geliştirilmesi, eşcinsellikle ilgili tarafsız bir söylemin eğitim kurumlarında yer alması hem homofobinin zararlarıyla mücadele edilmesi hem de genç eşcinsel çocukların özgürce gelişip kimliklerini oluşturabilmeleri için olmazsa olmaz görünmektedir. “Çocukların sağlıklı şekilde yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri” insan haklarıyla uyumlu, hoşgörülü ve çoğulcu bir eğitim ile mümkündür. Böyle bir eğitim ise homofobinin dışlanmasını zorunlu kılar. Toplumun genelinin hassasiyetlerinin ve kabullerinin konforuna sığınan Anayasa Mahkemesi ise buna katkıda bulunmuş değildir. Daha açık ifade etmek gerekirse, elini taşın altına sokmaktan kaçan Mahkeme, bu rejimin, ona onay vererek bir parçası olmuştur.

D. Cinsiyet Değişikliği Kararları

Anayasa Mahkemesinin doğrudan eşcinsellerle ilgili olmasa da diğer cinsel azınlıklarla da ilgili kararlar vermeye başladığı görülmektedir. Bu kararlara geçmeden önce bu karar kategorisi ile ilgili trans sözcüğünün anlamına ilişkin kısa bir alıntı yapmak anlamlı görünmektedir:

“Transgendered (kısaca trans) kişilerle ilgili çok sayıda açıklama yetersiz kalabilmektedir. Zira birçok trans kişinin terapiden veya ameliyattan sonra aynı zamanda gey veya lezbiyen olmaları, heteroseksüel çoğunluk için kafa karıştırıcıdır. Kadından erkeğe, erkekten kadına translar, travestiler, interseksler, hadımlar, yaşamlarını biyolojik cinsiyetlerinden farklı toplumsal cinsiyetle sürdürmek anlamında trans olan, ama biyolojilerini değiştirmek konusunda herhangi bir girişimde bulunmayanlar; ameliyat ya da hormon terapisi yoluyla kısmî ya da tam bir cinsiyeti yeniden belirleme süreci yaşayanlar, sadece hormon terapisinden geçmeyi tercih edenler bulunuyor. Bunların yanında, toplumsal ve

biyolojik iddialara rağmen daima kendilerini içten içe aynı cinsiyette hisseden ‘kadından kadına’, ‘erkekten erkeğe’ translar vardır.”⁸³

Anayasa Mahkemesinin trans kişilerle ilgili kararlarına bakıldığında, eşcinsellere yönelik kararlarına nazaran daha esnek bir yaklaşımının

“Kuzey Amerika İnterseks Derneği’ne göre her 2 bin bebekten biri yaklaşık yirmi beş farklı nedenden ötürü belirsiz cinsel organlarla doğmaktadır. İnterseks kişilerin cinsiyetini belirlemek için her yıl 2000 ameliyat yapılmaktadır ve bu, ilerleyen yaşlarda ‘nedeni bilinmez’ ağrılara neden olabilir” (Baird, s. 124). Bu veriye göre içimizden herhangi birinin -belki de bilmeden- interseks geçmişi olabilir.

olduğu görülür.⁸⁴ Mahkeme 2017 yılında verdiği bir norm denetimi kararında Türk Medeni Kanunu’nun 44’üncü maddesinde öngörülen, cinsiyet değiştirmek isteyen bir transseksüelin cinsiyet değişikliğine izin verilmesi için “üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu”nun bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şartını Anayasa’ya aykırı bulmuştur.⁸⁵ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 2015 yılında özel yaşama saygı

gösterilmesini isteme hakkına aykırı gördüğü bu hükmün Anayasa’ya da aykırı bulunmuş olması uluslararası siteme uygun bir yaklaşımdır.⁸⁶ Konuyu kişinin maddi ve manevi varlığı ile özel hayatı ile ilgili ele alan Mahkeme, etraflı değerlendirmelere girmekten sakınmış ve konuyu net bir ölçülülük değerlendirmesiyle sonuçlandırmıştır:

“Cinsiyet değişikliği ameliyatı olacak kişinin bu ameliyat öncesinde üreme yeteneğinden yoksunluğunu sağlamak üzere ayrı bir tıbbî müdahaleye maruz bırakılması, bedensel ve ruhsal olarak ilgili yönünden katlanılması gerekli olmayan bir müdahale niteliği taşımakta olup kişinin maddî ve manevî varlığı ile özel hayatı yönünden getirilen bu sınırlama

⁸³ Baird, s. 120.

⁸⁴ Türkiye’de transseksüel kişilerin hukuksal durumu ve buna ilişkin evrim konusunda bkz. Yeşim M. Atamer ve Z. Damla Taşkın, “Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri”, *Yargıtay Dergisi*, 42(4), 2016, ss. 722 vd.

⁸⁵ Her 12 bin kişiden biri erkekten kadına transseksüel, her 30 bin kişiden biri kadından erkeğe transseksüeldir. Baird, op. cit., s. 134.

⁸⁶ *Y.Y. v. Türkiye*, İHAM, 14793/08, 10/03/2015.

ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin varlığından söz edilemeyeceğinden, ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımaktadır.”⁸⁷

Mahkeme bu kararını, çok daha fazla uluslararası belgeye ve karara gönderme yapmak suretiyle bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) içtihadına da aktarmıştır. Mahkeme, *M.K.* kararında, “üreme yeteneği bulunduğu” gerekçesiyle cinsiyet değişikliği ameliyatına izin verilmemiş olan başvurusunun başvurusunu kabul etmiştir.⁸⁸

Ancak Mahkeme’nin bu konudaki yaklaşımı tamamen sorunsuz değildir. Mahkeme, norm denetimi bağlamında az önce değinilen kararlarla aynı gün verilen bir başka kararda tutarsız bir sonuca ulaşmıştır.⁸⁹ Söz konusu kararda Medeni Kanun’un 44’ncü maddesinin 2’nci fıkrası Anayasa’ya aykırı görülmemiştir. Hüküm şu şekildedir:

“Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”

Bir davada bu hükmü uygulayacak olan Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, cinsiyet değişikliği geçirmemiş trans kadınların, erkek cinsel organı ameliyatı olmadıkları için kadın kimliği taşınmaya zorlanmalarının maddi ve manevi varlıklarını koruma haklarına aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bu sav, AYM’nin 16 üyesinden 10’unu ikna edememiştir. Çoğunlukta kalan üyelere göre bu normun amacı, kamu düzeninin korunmasıdır. Bu noktada şu soru kritik hâle gelmektedir. Bir kişinin nüfus sicilinde cinsiyetinin kaydedilmesinin kamu düzeni yönünden ne gibi bir işlevi olabilir? Burada akla gelen ve karara da yansıyan öğeler, hukuksal metinlerde yer alan kadınlar lehine getirilen hükümler olabilir. Örneğin kadınlar daha az prim ödeyerek erken yaşta emekli olabilmekte, maden ocaklarında çalışmaya zorlanmamakta, evlendikten 1 yıl içinde kendi arzularıyla iş akdini sona erdirerek kıdem tazminatına hak kazanabilmektedirler. Çeşitli alanlarda kadınlar lehine geçici özel önlemlerin (pozitif ayrımcılık) uygulanabilmesi de kişinin hukuken kadın olarak

⁸⁷ AYM, E. 2017/130, K. 2017/165, 29/11/2017. Bir üye (Muammer Topal) bu tedbirin ölçüsüz olmadığı düşüncesiyle karşı oy yazmışsa da bu tedbirin neden ölçülü sayılabileceğine dair ilgili ve yeterli gerekçe sunmamıştır.

⁸⁸ *M.K. başvurusu*, AYM, 2015/13077, 26/07/2018.

⁸⁹ AYM, E. 2015/79, K. 2017/164, T. 29/11/2017.

tanınmasına bağlıdır. Konuya buradan bakıldığında bir yandan kadınlar için geçici özel önlem (pozitif ayrımcılık) talebinde bulunup diğer yandan kişilerin cinsiyetinin hukuk tarafından tespit edilmemesini savunmak tutarlı olmayacaktır. Öte yandan, böyle bir sicil tutulması anlamlı görünmekle birlikte, bunun sadece talebe bağlı olması gerektiği düşünülebilir. Ne var ki böyle bir uygulamanın kötüye kullanılması mümkündür. Türkiye’de özellikle sosyal güvenlik hukukundaki suistimaller (örn. yanlış beyan, sahte sigortalı gösterme, ölmüş kişinin bildirilmemesi vb.) dikkate alındığında bu kayıtların sadece talebe bağlı olarak tutulmaması meşru bir amaç taşıyor gibidir. Dolayısıyla cinsiyet değişiklikleriyle ilgili durumlarda tescilin sadece beyana dayalı olmaması anlaşılır görülebilir. Ne var ki; bu tescil için cinsiyet değişikliği operasyonu gibi geri dönülemez etkiler doğuran ve tıbbi vs. riskler içeren bir koşul getirilmesi, yani kişinin yeni cinsiyetinin tanınması için ameliyata zorlanması, ulaşılmak istenen amaç karşısında çok ağırdır. Zira her transseksüel biyolojik ve psikolojik cinsiyetlerini birleştirmek ve hukuksal durumla uyumlu kılmak için ameliyat geçirmek istemeyebilir. Operasyonu gerçekleştirebilecek doktor sayısının azlığı, kişinin yaşı ve sağlık durumunun getireceği riskler, dinsel veya kültürel nedenler, çalışma/okul yaşamından uzak kalacak olmak, ameliyat sonrasında kendisiyle ilgilenecek kişilerin olmaması vb. gibi günlük yaşam kaygıları, kişinin cinsiyet değişikliği operasyonundan uzak durmasına neden olabilir.⁹⁰

Yani somut olayda bir çatışma vardır. Kişilerin sadece beyanına bağlı cinsiyet tescili, suistimaller ve buna bağlı olarak kamu düzeni sorunu riskini barındırmaktadır. Diğer taraftan trans kişilerin cinsiyetlerinin tescili için mutlaka operasyon geçirmelerinin gerekli görülmesi bu kişilerin vücut bütünlüklerine yönelik ölçsüz bir müdahalede bulunulması riski barındırmaktadır. Bu iki risk karşısında AYM üyelerinin çoğunluğu, birinci riski daha önemli bulmuş ve kamu düzenini, trans kişilerin vücut bütünlüğüne tercih edebilmiştir. Oysa böyle bir tercih zorunlu değildir. Özellikle Alman öğretisinde geliştirilen ve bir tür “kazan-kazan formülü” olarak ifade edilen “pratik uyum” yöntemi, böyle durumlar için oldukça elverişlidir. Büyük ölçüde, Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin eski yargıcı Konrad Hesse tarafından geliştirilmiş olan

⁹⁰Atamer/Taşkın, op. cit., ss. 758-759. Jens Scherpe/Peter Dunne, “Comparative Analysis and Recommendations”, *The Legal Status of Transexual and Transgender Persons*, (Cambridge: Intersentia, 2015), ss. 639 vd.

ve hem bir yorum hem de bir sınırlandırma metodu olarak ifade edilen pratik uyuşum (*Praktische Konkordanz*) “Anayasa’nın bütünlüğü” (*Einheit der Verfassung*) ilkesine dayanır.⁹¹ İlkenin sınırlandırmaya yönelik anlamı Hesse tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

“Anayasa’nın güvence altına aldığı haklar ve menfaatler, birbirleriyle ilişkilendirilmelidir; böylelikle bunların her biri, uygulama bulabilirler. Hakların çatışması durumunda bunlardan hiçbiri, değerlerin alelacele dengelenmesi veya soyut değerlendirmeler yapmak suretiyle bir diğerinin zararına uygulama bulmamalıdır (...) Çatışan haklar ve menfaatlerin optimal etki kazanabilmesi için sınırlandırmalara tabi olmaları gerekmektedir. Sonuç itibarıyla, sınırlandırmalar spesifik durumlar ışığında orantılı şekilde yapılmalıdır. Çatışan anayasal değerlerin uyuşumunun sağlanması için gerekli olandan daha kapsamlı olmamalıdır.”⁹²

Çatışan değerlerin her ikisinin de optimum düzeyde korunmasına dayanan bu ilke, bir normun iptali isteminin yorum kaydıyla reddedilmesi veya normun iptal edilip, karar gerekçesinde sorunun nasıl çözüleceğine dair yol gösteren açıklamalara yer verilerek yasama organına çağrı yapılması yöntemiyle uygulanmaktadır. Bu olayda da hükmün iptal edilmesi, iptal kararının yürürlüğünün bir yıl süreyle ertelenmesi ve gerekçede de nasıl bir düzenlemenin Anayasa’ya aykırı sayılmayacağını açıklanması yerinde bir yöntem olurdu. Bu bakımdan Yargıç Engin Yıldırım’ın da dikkat çektiği bilimsel gelişmelerin üzerinde durulabilirdi. Yıldırım’a göre:

“Transseksüellik yakın bir tarihe kadar tıp tarafından cinsel kimlik bozukluğu olarak nitelendiğinden bir hastalık olarak kabul edilmekteydi. Amerikan Psikiyatri Birliği’nin en son yayınladığı Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve İstatistiksel El Kitabı 5’ de (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders-DSM 5) cinsel kimlik bozukluğu yerine cinsiyet uyumsuzluğu, cinsiyetten yakınma veya cinsiyet hoşnutsuzluğu olarak çevirebileceğimiz “gender dysphoria” kavramı kullanılmıştır. Yapılan bir bilimsel araştırmaya göre transseksüellerin beyinlerindeki nörolojik yapılar biyolojik veya anatomik cinsiyetlerine değil karşı cinsin beynin-

⁹¹ Bu metot, yazarın artık klasikleşmiş ders kitabında ortaya konmuştur. Bkz. Konrad Hesse, *Gründzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (Heidelberg: C.F. Müller, 1995), ss. 72 vd.

⁹² *Ibid.*, s. 72.

deki nörolojik yapılara benzemektedir. Başka bir ifadeyle transseksüel kişilerde biyolojik cinsiyetle beyindeki cinsiyet, hissedilen ve deneyimlenen cinsiyet arasında uyumsuzluk söz konusudur.”⁹³

Öte yandan bazı araştırmacılar eşcinsellerle heteroseksüeller arasındaki farkın beyinde olduğunu iddia etmektedir. Yeni tarihli bazı araştırmalar ise eşcinselliğin genetik bir yanı olduğu ve X kromozomu üzerinden aktarıldığı yönündedir.⁹⁴

Bu bakımdan konu, bir kişinin sadece keyfi beyanına göre cinsiyet tescili yapılması ile mutlaka operasyon geçirmesi üzerine cinsiyet tescili yapılması ikilemine sıkıştırılmak durumunda değildir. Kişinin beyindeki, hissettiği ve deneyimlediği cinsiyete yönelik operasyon düzeyine ulaşmayan koşullar getirilmesinin ölçülü olabileceğine gönderme yapılabilir ve bir pratik uyuşum içerikli iptal kararı verilebilirdi. Ancak Mahkeme çoğunluğu, bunu tercih etmemiş, bu alanda da ayrımcılık üretmiştir.

E. Trafik Tehlikeye Düşürme Kararı

Anayasa Mahkemesinin ayrımcı nitelikte görülebilecek bir diğer kararı da *Cemal Duğan* kararıdır. Bu olayda başvuru “travesti” olduğunu söylemektedir.⁹⁵ Başvuru, yolda yürüdüğü sırada etrafa rahatsızlık veren ya da hukuka aykırı herhangi bir harekette bulunmadığı hâlde, kolluk görevlilerince rızası dışında polis aracına bindirilerek Emniyet Müdürlüğüne götürüldüğünü ileri sürmektedir. Resmî yazılı kayıtlarda ise, başvuru kara yolunda seyir hâlindeki araçları durdurmaya çalıştığı ve trafik tehlikeye düşürecek davranışlarda bulunduğu ifade edilmektedir. Söz konusu kayıtlara göre, başvurucuya, neden orada bulunduğu sorulmuştur. Başvuru ise otostop yaparak fuhuş amacıyla müşteri aradığını beyan etmiş, bunun üzerine Ahlak Büro Amirliğine gö-

⁹³ AYM, E. 2015/79, K. 2017/164, T. 29/11/2017, Engin Yıldırım’ın karşı oyu. Ayrıca bkz. karşı oyda da atıf yapılan Blaise Vanderhorst, “Whither Lies the Self: Intersex and Transgender Individuals and a Proposal for Brain-based Legal Sex”, *Harvard Law and Policy Review*, Vol. 9, 2015, s. 260. Keza bkz. Polchar/Sweijts/Marten/Galdiga, op. cit., s. 27.

⁹⁴ Baird, op. cit., s. 115-116. Tıbbi gelişmeler konusunda bkz. ibid., ss. 109 vd.

⁹⁵ *Cemal Duğan başvurusu*, AYM, 2014/19308, 15/02/2017, § 31.

türülmüş ve kendisine “yayaların uyacakları kurallar”a uymadığı için para cezası kesilmiştir.⁹⁶

Anayasa Mahkemesi bu olayda başvurunun kişi özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğunu kabul etmekle birlikte bu müdahalenin, “başvurucunun trafiği tehlikeye düşüren davranışlarına son verilmesi” gibi meşru bir amaçla yapıldığı ve yaklaşık 1 saat kadar sürdüğü için makul olduğu gerekçeleriyle haklı kılınabilir olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Mahkeme, bu olayda başvurunun “travesti” olmasından kaynaklı farklı bir muameleye maruz kalıp kalmadığının üzerinde durmamıştır. Gerçekten de söz konusu olayda trafiği tehlikeye düşüren kişi trans değil de mesela *cis*⁹⁷ bir erkek olsaydı bu kişi, trafik cezası kesme amacıyla ahlak bürosuna (daha iyimser bir ifadeyle örneğin herhangi bir polis merkezine) götürülür ve orada bekletilir miydi? Büyük ihtimalle hayır.⁹⁸

Anayasa Mahkemesi, bir kararında cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliğini Anayasa’da açıkça yer almıyor olsa da Anayasa’nın 10’uncu maddesindeki kuşkulu temellerin arasına dahil etmişti.⁹⁹ Bir farklı muamele, kuşkulu temel bulunan bir vakada söz konusu olduğunda bunu haklı kılmak oldukça güçtür ve hassasiyetle temellendirilmelidir.¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi bu sorunun üzerinde durmak zorundaydı. Bunu yapmayarak, kuşkulu temelde inceleme yapmaktan kaçınmıştır. Üstelik bu konuda yargıç E. Yıldırım’ın güçlü karşı oyu karşısında, durumun farkında olmadığı ve bilinçsiz olduğu da söylenemez.

⁹⁶ 2918 sayılı kanununun 68’inci maddesi şu şekildedir:

“Yaya yollarında, geçitlerde veya zorunlu hallerde taşıt yolu üzerinde bulunan yayaların, trafiği engelleyecek veya tehlikeye düşürecek şekilde davranışlarda bulunmaları veya buraları saygısızca kullanmaları yasaktır. Bu madde hükümlerine uymayan yayalar 1 800 000 lira para cezası ile cezalandırılırlar.”

⁹⁷ *Cisgender*, doğuşuyla birlikte kendisine atanan cinsiyeti ile kimliği aynı olan insanlar için kullanılır. Bu kavram için Türkçede henüz bir terime rastlayamadık. Sözcüğün etimolojisinden hareketle “yöndeş toplumsal cinsiyet” veya “yöndeşcinsel” kavramları önerilebilir.

⁹⁸ Yargıç Engin Yıldırım da aynı görüştedir. Bkz. *Cemal Duğan başvurusu*, AYM, 2014/19308, 15/02/2017, Engin Yıldırım’ın karşı oyu.

⁹⁹ *Şahin Karaman başvurusu*, AYM, 2012/1205, 08/05/2014, § 41.

¹⁰⁰ Anne F. Bayefsky, *Defining Equality Rights, Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Anne F. Bayefsky, Mary Eberts (Eds.), (Toronto, Calgary, Vancouver: Carswell, 1985), s. 167.

Aslında bu olay, toplumca damgalanmış insanlara yönelik zalimliği anlatan “ahlaki dışlama” örneği olarak görülebilir.¹⁰¹ Melek Göregenli’nin aktardığı gibi araştırmalar, dezavantajlı grupların yoksunlukları ve olumsuz koşulları nedeniyle insanlar tarafından hor görüldüklerini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda ayrımcılık, o grupların kendi davranış veya varoluş biçimlerinin sonucu olarak algılanmakta, başlarına gelenleri hak ettikleri düşünülmektedir.¹⁰² Zira “ahlakça dışlanmış olanlar, önemsiz kişiler, gözden çıkarılabilir yahut hak etmeyenler olarak algılanırlar. Sonuç olarak onlara zarar vermek kabul edilebilir, uygun ya da yerinde/adil görünmektedir.”¹⁰³ Anayasa Mahkemesi, çoğu içermeci ayrımcı tavrında olduğu gibi, bunu açıkça dile getirmiş ve bu ayrımcılığı açıkça yansıtmış değildir. Gelgelelim bir kişiye trafik cezası kesilmesi için ahlak bürosuna kadar götürülmesi ve orada bekletilmesinin “makul” görülebilmesi, böyle bir muamele, bu kişinin travesti olmasının mütemim cüzü olarak algılanmadan mümkün olamazdı.

III. Anayasa Mahkemesinin Kararlarındaki Homofobik Dil

Heiddeger’e göre insan dili konuşmaz, dil insanı konuşur. Yargıçlar için de “kararlarıyla konuşurlar” denir. İki söylemi birleştirecek olursak mahkemelerin kararlarında kullanılan dilin, yargıçları konuştuğunu, bazen onların nasıl bir dünya görüşü içinde olduğunu bize anlattığını söyleyebiliriz. Başka bir deyişle Anayasa Mahkemesinin kararlarındaki sözcük seçimleri, bazen sayfalarca süren karar gerekçesinde anlatılmak istenenlerden daha çok fazlasını anlatabilmektedir. Eşcinsellik kararlarına komşu bir karar kategorisi bu durumu güzel anlatmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin, dört kadın başvurusunun başvurusunu beş erkek üyenin incelediği *Gülşah Öztürk ve diğerleri* başvurusunda, güvenlik görevlilerinden bahsederken ülkedeki egemen çoğunluk için saygın nitelikteki “bayan” ifadesini kullanırken,¹⁰⁴ göstericilerden bahsettiğinde ülkedeki aynı kesim için pejoratif nitelik taşıyan “kadın” ifadesini tercih etmesi,

¹⁰¹ Bu konuda bkz. Melek Göregenli, “Ayrımcılığın Meşrulaştırılması”, *Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, ss. 67 vd.

¹⁰² Ibid., s. 69.

¹⁰³ Susan Opatow, “Moral exclusion and injustice: An introduction”, *Journal of Social Issues*, 46(1), 1990, s. 1.

¹⁰⁴ Örn. bkz. *Esra Nur Özbey* başvurusu, 2013/7443, 20/05/2015.

Mahkeme'nin otorite-birey ikiliğini algılama biçimini anlamamıza yardımcı olacak gizli bir gösterge olabilir:

“İzlenen kamera kayıtlarında grubun TBMM'ye gitmekte ısrar etmeleri üzerine grupta bulunan eylemciler teker teker **bayan polis** memurları tarafından gözaltına alınmaya başlanmıştır. Polislerin gözaltına almaya başlamaları üzerine gruptaki **kadınlar** birbirlerine kenetlenerek gözaltına alınmaya pasif olarak direnmeye başlamıştır. Direnen eylemciler **bayan polisler** tarafından el ve ayaklarından çekilerek veya taşınarak polis aracına alınmışlardır.”¹⁰⁵

Cinsiyet çalışmalarına ilişkin literatürde ısrarla üzerinde durulduğu üzere dil, ayrımcılığın gerçekleştirildiği ve yeniden üretildiği en güçlü araçlardan biridir. Toplumsal rollere bağlı olarak dil, statü ve iktidarın toplumsal asimetrelerini erkek egemenliğinin ve heteroseksüel çoğunluğun lehine ustaca yeniden üretir. Cinsel basmakalıplar, çoğu kez günlük yaşantıdaki iletişim biçimlerine yansıtılır. İnsanların bilincindeki basmakalıplar ve cinsiyet rolleri, dil kanalıyla dışarıya taşabilmektedir.¹⁰⁶

Cinsiyet temelli ayrımcılık ile cinsel yönelim ayrımcılığı arasındaki fark bazen yok gibidir. Örneğin heteroseksüel bir kadının, kendi cinsiyetinden beklenenleri yerine getirmemesi ve reddetmesinden dolayı ayrımcılığa uğraması ile bir lezbiyenin kendisinden beklenenleri yerine getirmediği ve reddettiği için ayrımcılığa uğraması aynı noktada bulunmaktadır.¹⁰⁷ Bu buluşum dilde de olabilmektedir.

¹⁰⁵ *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, AYM, 2013/3936, 17/02/2016, § 56. Kararın devam eden paragraflarında bu kavramlar tekrar yer değiştirmektedir. Mutlak bir tutarlılık yoktur. Art niyet olmadığı da ileri sürülebilir.

¹⁰⁶ Michela Menegatti/Monica Rubini, “Gender Bias and Sexism in Language”, *Oxford Research Encyclopedia of Communication*, vol.1, (New York: Oxford University Press, 2017), ss. 451 - 468.

¹⁰⁷ Heteroseksüelizm erkek merkezli gerçekliğin temel unsuru olduğu için eşcinsellik, erkek egemenliğine dönük bir karşı çıkış olarak algılanır. Heteroseksüelliğin normatif statüsü ile kadınların baskılanması arasında bir ilişki konusunda bkz. Mary Eaton, “At the Intersection of Gender and Sexual Orientation”, *Feminist Legal Theory: An Anti-Essentialist Reader*, Nancy E. Dowd/Michelle S. Jacobs (eds.), (New York&London: NYU Press, 2003), s. 52.

TEMEL TERMİNOLOJİK BİLGİLER

Biyolojik Cinsiyet Türleri:

Kadın/Erkek/Cinsiyetlerarası (İnterseks)

Cinsel Yönelim Türleri:

Heteroseksüel/Homoseksüel/Biseksüel

Bazı Transgender (Kendisini Biyolojik Cinsiyetine Ait Hissetmeyen Kişi) Türleri:

Transeksüel: Doğuştan sahip olduğu biyolojik cinsiyetinden farklı biyolojik cinsiyetteki kişi.

Travesti: Cinsiyet değiştirme arzusu olmakla birlikte karşı cinsiyete gibi görünen davranan kişi.

A. Mahkeme'nin Dilindeki Heteronormativite

Heteronormativite, insanları, yaşamda doğal rollere sahip, birbirlerinden tamamen farklı iki ayrı cinsiyete (erkek ve kadın) ayıran, heteroseksüelliğin “normal”, diğer yönelimleri ve cinsiyet kimliklerini “anormal” gören, cinselliğin ve evlilik ilişkilerinin sadece biyolojik bir erkek ve bir kadın arasında yaşanması gerektiğini öngören bir bakış açısını ifade eder.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında, hiç gereği olmamasına rağmen heteronormatif bir dil kullanmaktadır. Örneğin “fuhuş amacıyla başkalarını rahatsız etme” gerekçesiyle uygulanan para cezasına karşı yapılan bir bireysel başvuruda Mahkeme'nin yaptığı şu tespit, oldukça tipik bir örnek olarak kullanılabilir:

“Hukukumuzda yetişkin bireylerin gerçekleştirdiği isteğe dayalı fuhuşu düzenleyen tek norm olan söz konusu Tüzük (Fuhuş Yüzünden Bulaşan Hastalıklarla Mücadele Nizamnaması) sadece fuhuş meslek edinmiş ‘*kadınlar*’ yönünden düzenlemeler içermektedir. Dolayısıyla Tüzük'te fuhuş meslek edinmiş *erkekler* veya *eşcinsellere* ilişkin her-

hangi bir düzenleyici norm bulunmamaktadır ve bu kişilerin fuhşu yönünden hukuk boşluğu mevcuttur.”¹⁰⁸

Dikkat edilecek olursa, Anayasa Mahkemesinin bu tespiti, aynı düzlemde üç farklı kategoriden bahsediyor: Erkek, kadın ve eşcinsel. Objektif olarak soralım: Acaba mahkemenin bu ayrımı yaptığı düzlem nedir? Yani söz konusu kategoriler, hangi ölçüte göre belirlenmiştir?

Kararın bağlamından bu kategorileştirmenin toplumsal cinsiyet kimliği veya cinsel davranışlarla ilgili olmadığı anlaşılıyor. Zira toplumsal cinsiyetle ilgili bir bağlam kullanılmıyor, ayrıca transseksüel veya travesti gibi trans kişilere yer vermiyor. Geriye biyolojik cinsiyet ve cinsel yönelim düzlemleri kalıyor.

Mahkemenin bu sıralamayı yaparken kastettiği şey eğer “biyolojik cinsiyet” ise, bu sıralama doğru değildir çünkü biyolojik cinsiyetler;

1-) XY cinsiyet kromozomlarına sahip “erkekler”,

2-) XX cinsiyet kromozomlarına sahip “kadınlar”

3-) Üreme sistemi tam olarak erkekler ya da kadınlar gibi olmayan ve/veya kromozomu XXY gibi farklı şekilde dizilmiş “cinsiyetler arası” (interseks) şeklinde sıralanır.¹⁰⁹ Bu kategoriler içinde “eşcinsellik” diye bir biyolojik cinsiyet yoktur.

¹⁰⁸ Cem Burak Karataş başvurusu, AYM, 2014/19152, 18/10/2017, 2014/19152, 18/10/2017, § 79. Bu belirlemede yaygın bulaşıcı hastalıklardan AIDS’in bir “eşcinsel hastalığı” olarak kodlanmasının izleri de sürülebilir. J. Butler’e göre bu kodlama stratejik bir inşa içerir: “Eşcinselin, bir sınır ihlali olarak görülen eşcinsellik nedeniyle edindiği kirlenmişlik statüsü ile eşcinsel kirlenmenin özgül bir kipliği olarak görülen hastalık arasındaki sürekliliğin hesaph inşasıdır bu. Hastalığın bedensel sıvı alışverişiyle bulaşması, sansasyon meraklısı homofobik imleme istemlerinin kurduğu görsellikte, geçirgen bedensel sınırların toplumsal düzen açısından teşkil ettiği tehlikelere işaret eder.” Judith Butler, *Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi*, (İstanbul: Metis Yay., 2016), s. 218.

¹⁰⁹ Almanya’da 2016 yılında Alman Yargıtayı (*Bundesgerichtshof*), Alman hukukunda doğum belgelerine “ara” veya “farklı” yazılmasının mümkün olmadığı yönünde karar vermiştir. Mahkeme’ye göre interseks (cinsiyetler arası) kişiler, 2013 yılından itibaren doğum belgelerindeki cinsiyet kısmını boş bırakabilmektedirler. Bu konu anayasa şikâyeti yoluyla Alman Anayasa Mahkemesinin önüne geldiğinde ise Mahkeme, başvuruçunun kendisini cinsiyetsiz bir kişi olarak görmediğini, kadın ve erkek cinsiyetlerinin ötesinde bir cinsiyet olarak duyumsadığını kaydetmiş ve üçüncü cinsiyet seçeneğinin bulunması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme, bu konudaki yasal değişiklikler için 31 Aralık 2018 tarihine kadar yasama organına süre tanımış ve bunun üzerine yasama organı, cinsiyetler arası (*interseks*) kişiler için yeni bir cinsiyet sınıfı

Mahkeme'nin bu sıralamayı yaparken kastettiği şey “cinsel yönelim” ise, bu sıralama yine doğru değildir çünkü cinsel yönelimler;

1-) Karşı cinsiyetteki kişilere cinsel ve duygusal ilgi duyan karşı cinseller (heteroseksüeller),

2-) Aynı cinsiyetteki kişilere cinsel ve duygusal ilgi duyan eşcinseller (homoseksüeller),

3-) Hem karşı cinsiyetteki hem de aynı cinsiyetteki kişilere cinsel ve duygusal ilgi duyan biseksüeller şeklinde sıralanır. Bu kategoriler içinde “erkekler” ve “kadınlar” şeklinde bir cinsel yönelim yoktur. Öte yandan bu tespitite trans kişilerin dışlanmış olması karşısında bu yaklaşımın cissexist olduğu da kolaylıkla söylenebilir.

Görünen o ki Anayasa Mahkemesi, kadınlık ve erkeklik biyolojik cinsiyetlerini heteroseksüellik ile aynılaştırmakta, eşcinselleri (homoseksüelleri) -belki de içlerine biseksüelleri de dahil ederek- üçüncü bir kategori olarak görmektedir. Bu, toplumdaki yaygın bilgi yanlışının ve sorunlu bakış açısının, yargı kararıyla yeniden üretilmesidir. Hepimiz biyolojik ve toplumsal cinsiyeti çift kutuplu ve iki biçimli olarak kategorize etme konusunda güçlü bir kültürel şartlanma yaşarız. Ne var ki bu şartlanma bir haklılaştırma nedeni olamaz. İnsanların cinsel yönelim olarak karşı biyolojik cinsiyete ilgi duymalarını biyolojik cinsiyetleriyle birleşik şekilde algılamak, aslında bir “normal” kategorisi üretir; bu bakımdan eşcinsel yönelimleri dışlar ve “normal dışı” hâle getirir. Başka bir deyişle Mahkemenin aktarılan tespiti, heteronormativitenin banal ve saklanamamış bir şekilde yeniden üretimidir.

B. Mahkeme'nin Dilindeki Heteroseksist Özensizlik

Mahkeme'nin hukuksal metinlerde kabul gören “cinsel yönelim” ve “cinsel kimlik” kavramlarını değil, “galat-ı meşhur” bir kavram olan

düzenlemiştir. Karar için bkz. 1 BvR 2019/16, 10/10/2017. Kararın arka planı için bkz. Gerhard Schreiber, “Geschlecht als Leerstelle? Zur Verfassungsbeschwerde 1 BvR 2019/16 gegen die Versagung eines dritten Geschlechts- eintrags”, *Ethik und Gesellschaft*, 2017(1), ss. 1- 30. Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. Stephan Rixen, “Geschlechtertheorie als Problem der Verfassungsauslegung”, *Juristen Zeitung*, vol. 73, 2018, ss. 317-327.

“cinsel tercih” kavramını kullanıyor olması da konuya incelikli bakmadığına dair ek bir kanıt olarak kullanılabilir.¹¹⁰

Bu bağlamda dikkat çeken nokta, Mahkemenin çoğunluğu ile bu konuda özel bir duyarlılık taşıyan üyesi Engin Yıldırım arasında görülen terminolojik farklılaşmadır. Yargıç Yıldırım, uluslararası insan hakları hukukuna uygun olarak, istikrarla “cinsel yönelim” ve “cinsel kimlik” kavramlarını kullanırken¹¹¹, Mahkeme’nin çoğunluğu, bilinçli mi değil mi bilinmez ama çok sayıda kararda “cinsel tercih” kavramına başvuruyor.¹¹² Hatta bu durum kargaşa dahi yaratabiliyor. Bir kararda E. Yıldırım “başvurucunun *cinsel yönelim* olarak travesti olduğunu” belirttiğini söylerken;¹¹³ çoğunluk, başvurucunun “*cinsel tercih* bakımından travesti kimliğinde olduğunu” belirttiğini ifade edebiliyor.¹¹⁴ İşin altı çizilmesi gereken ilginç yanı, travestilik, bir cinsel yönelim veya bir cinsel tercih değil, çoğu kez kişilerin içine girdikleri bir rol ve/veya süreklilik arz edecek şekilde fantezi içeren bir cinsel davranış veya yaşam biçimidir. Bu bakımdan cinsiyet kimliği ile ilgili bir meseledir. Ancak şimdilik bunu bir tarafa bırakmak ve odağı “cinsel yönelim” ve “cinsel tercih” ayrışmasına çekmek doğru görünüyor.

Ruhbilimcilere göre “cinsel tercih” sözü yanıltıcıdır. Tercih sözcüğü iradi bir seçim anlamına gelir. LGBTİ+ için söz konusu olan, iradi bir

¹¹⁰ Bazı aktiviteler bu nitelemeyi sahiplenmektedir. Öte yandan bu “galat-ı meşhur”un sosyal bilimlerdeki yansıması, bir ölçüde Foucault’nun yanlış anlaşılması olmasından da kaynaklanmaktadır. Yanlış anlamaların kaynağı olarak bkz. Michel Foucault, *Cinselliğin Tarihi*, Hülya Uğur Tanrıöver (çev.), (İstanbul: Ayrıntı Yay., 2016).

¹¹¹ Örn. bkz. AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, T. 29/11/2017. Engin Yıldırım’ın karşı oyu. Yargıcın “cinsel azınlık” kavramına da başvurduğu olmuştur. Buna Türkçe hukuk literatüründe de rastlanmaktadır. Örn. bkz. Nergiz Karadağ, *Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları*, (İstanbul: XII Levha, 2008). Cinsiyet rolü teorisi ve sosyalist teori, insanların ezici çoğunluğunun doğal olarak heteroseksüel olduğunu varsayıyor, hatta ilk eşcinsel haklar hareketleri bile bu görüşü kabul ediyordu. Ama yeni toplumsal hareketler bu görüşü paylaşmamış, eşcinselliğin özgürleşmesi, baskı altındaki bir azınlık için eşit haklar edinmeye yönelik geleneksel bir kampanya olarak görülmemeye başlanmıştır. Bu tarihi gelişime dönük daha fazla bilgi için bkz. Connell, op. cit., s. 64.

¹¹² Örn. bkz. Z. A. başvurusu, 2013/2928, 18/10/2017, § 63. Aksi yönde bkz. *Sinem Hun başvurusu*, AYM, 2013/5356, 08/05/2014, § 32; *Ahmet Şancı başvurusu*, 2012/29, 05/11/2014; *Şahin Karaman başvurusu*, 2012/1205, 08/05/2014, § 41.

¹¹³ *Cemal Duğan başvurusu*, AYM, 2014/19308, 15/02/2017, Engin Yıldırım’ın karşı oyu, § 1.

¹¹⁴ Adı geçen karar, §6.

seçimden önce, kişinin kendi denetiminde olmayan “cinsel yönelim”dir.¹¹⁵ Cinsel, romantik ve duygusal boyutlar taşıyan cinsel yönelim, kendilik kavramını içermekte, bu yönüyle de cinsel davranıştan farklı olarak, bir seçimin sonucu olmamaktadır. Çünkü tercihlerde irade vardır, cinsel yönelimde ise böyle bir irade yoktur. İnsanlar, seçimlerde belli bir partiye oy vermeyi, et yememeyi, belli bir müzik enstrümanını çalmayı vb. tercih edebilirler. Ancak insanlar kendi cinsiyetinden bir kişiyi cinsel, romantik veya duygusal açıdan arzulamak yönünde bir tercihte bulunamazlar. Kişi, eşcinsel olmayı değil, olsa olsa eşcinselliğini yaşayıp yaşamamayı tercih edebilir.

İradenin varlığı veya yokluğu ise kişiye yönelik ayrımcılığın haklı kılınması yönünden oldukça kritik bir anlam taşır. Konunun “tercih” terminolojisiyle kavranması, tercih sahibinin, kendi tercihlerinin öngörülebilir sonuçlarına da katlanmayı bizzat göze almış olduğu gibi, oldukça riskli bir çıkarım yapılmasına neden olabilir ve eşcinsellere yönelik ayrımcılık yönünden tehlikeli bir meşrulaştırma dayanağı sağlayabilir. Bununla beraber, eşcinsel özgürlüğü hareketi içinde, “tercih” ifadesinin reddedilmesinin, eşitlik talep eden kişileri “bu benim tercihim değil, bundan dolayı haklarıma saygı duyun” gibi söylemler geliştiren, hak talep etmekten ziyade “merhamet” dileyen kişilere dönüştürebileceği riskine düşürebileceği de dile getirilmektedir. Bu istisna bir yana, esasen “cinsel tercih” ifadesi literatürde yaygın şekilde kabul görmemektedir. Ancak az önce ifade edildiği gibi Anayasa Mahkemesinin yaklaşımında bu yönde en ufak bir titizlik yoktur. Mahkemenin özensizliğinin heteronormativiteden beslendiğini söylemek abartı sayılmaz.

SONUÇ

Toplumsal cinsiyet rolleri, insanların çeşitliliğe ve değişime karşı hoşgörüsünün sınırlarını çizer. Bu rollerin ürünü olan homofobi de insanların diline, kültürüne, toplumsal yaşamına ve toplumun kurumlarına sirayet eden, tehdit algısına dayalı bir nefret sistemidir ve bu nedenle çoğulculuk karşıtıdır. Toplumsal cinsiyet rollerini üreten egemen düşünce, eşcinselliği tehdit olarak görür çünkü heteroseksüel normdan sapsak, kişilerin cinsiyetlerini, cinsel yönelimlerini ve genel olarak kadınların ve erkeklerin toplumdaki rollerini tespit eden geleneksel kurallara

¹¹⁵ Necmiye Alpay, “LGBT: Tercih mi yönelim mi?”, *BirGün*, 23/10/2008.

bir karşı çıkıştır. Gerçi böylesi bir karşı çıkış, bazı otoriter rejimlerde dahi, kamusallaşmadıkça ve sınırları çizili bir alanda kaldığı müddetçe belli bir hoşgörüyü karşılanabilmekte, ayrı tutulsa da egemen çoğunluğun içinde bir “renk” olarak eritilip hazmedilebilmektedir. Ne var ki kamusallaşma, toplumsal cinsiyet sınırlarının dışına taşma anlamına gelir ve bu durumda bir meydan okuma algısı oluşur. İşte, cinsel azınlık gruplarının son çeyrek yüzyılda gizli ve sessiz kalmaktan çıkıp açıkça hak mücadelesi vermeye başlamaları, bu meydan okuma algısını arttırmıştır. Eşcinsellik, tarihte hiç olmadığı kadar konuşulur ve kamuoyunun gündemini meşgul eder olmuştur.

Demokratik ülkelerde, belli bir direnç bulunuyor olsa da geleneksel bakış açısı güncellenmekte ve hak talepleri olumlu şekilde karşılık bulabilmektedir. Buna karşılık, geleneksellik kalelerini tahrip ettiği düşünülen görünürlük, bazı ülkelerde homofobik baskı dalgalarını ve şiddeti de arttırmıştır. Otoriter ülkelerdeki kurumlar, görünür olmakla meydan okumaya dönüşen adalet talebinin haddini bildirmekle meşguldür. Öyle ki bu had bildirme işi, bazı ülkelerde sistemli bir devlet politikasına kadar uzanmıştır.¹¹⁶

Geleneksel kodların ve her türden cinsiyetçiliğin yaygın şekilde görüldüğü Türkiye de bu devletlerin arasına girme yönünde süratle ilerlemektedir. Fakat Türkiye’de, her şeye rağmen özgürlük, eşitlik ve (hangi cinsiyetten olursa olsun) kardeşlik fikrini paylaşanlar, açık fikirlilik ve hoşgörü ile anlamını bulan demokratik toplum ideali yolunda, cinsel azınlıklarla yol arkadaşlığı yapmaktadır. Bu bakımdan özgürlük hareketinin sesi, bazı kurumlarda cılız da olsa yankı bulabilmektedir. İşte Anayasa Mahkemesi de bu kurumlardan biridir. Gerçi aktarılan kararlarda da görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi homofobiyi ve mevzuatta açıkça yazılı olmayan gayri resmî ayrımcılığı yargısal olarak yeniden üreterek resmîleştirebilmekte, kararlarında heteroseksist öğelere yer verebilmektedir. Buna karşılık; Mahkemenin bazı kararlarında rastlanan (başta bu makalede de kendisine çokça atıf yapılan yargıç Engin Yıldırım olmak üzere azınlıkta kalan üyelerin) karşı oyların, birer yankı olduğu göz ardı edilemez. Bu karşı oylar, çok sayıda olumsuzluğa karşın umutları var etmektedir. Bu sesin gürleşmesinin ise birlik içinde çeşitlilikle yürütülen, özgürlük ve eşitliğe yönelik hak mücadelelerinden geçtiği açıktır.

¹¹⁶ Nikita Sleptcov, “Political Homophobia as a State Strategy in Russia”, *Journal of Global Initiatives*, Vol. 12(1), 2017, ss. 140-161.

KAYNAKÇA**KİTAP VE MAKALELER**

ALPAY, Necmiye, “LGBT: Tercih mi yönelim mi?”, *BirGün*, 23/10/2008.

ATAMER, Yeşim M. ve Z. Damla Taşkın, “Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri”, *Yargıtay Dergisi*, 42(4), 2016.

BAIRD, Vanessa, *Cinsel Çeşitlilik: Yönelimler, Politikalar, Hakla ve İhlaller*, (İstanbul: Metis Yay., 2017).

BAŞAR, Koray, Mahmut Şefik Nil ve Seven Kaptan, “Eşcinsellik ile İlgili Yaygın Yanlışlar, Bilimsel Doğrular”, *Homofobi Kimin Meselesi*, (Ankara: Kaos GL, 2010).

BAYEFESKY, Anne F., *Defining Equality Rights, Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Anne F. Bayefsky, Mary Eberts (Eds.), (Toronto, Calgary, Vancouver: Carswell, 1985).

BELL, Alan P., Martin S. Weinberg ve Sue Kiefer Hammersmith, *Sexual Preference: Its Development in Men and Women*, (Bloomington: IUP, 1981).

BORA, Aksu, “Toplumsal Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık”, *Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yay., 2012).

BORUDE, Gwen J./Sarah J. Greene, “Cross-Cultural Codes on Twenty Sexual Attitudes and Practices”, *Ethnology*, Vol. 15(4), 1976.

BUTLER, Judith, *Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi*, (İstanbul: Metis Yay., 2016).

CONNELL, Robert William, *Toplumsal Cinsiyet ve İktidar*, Cem Soydemir (çev.), (İstanbul: Ayrıntı Yay., 2017).

CORRAZE, Jacques, *Eşcinsellik*, İbrahim Yakupoğlu (çev.), (İstanbul: İletişim, 1991).

ÇAYIR, Kenan, “Gruplararası İlişkiler Bağlamında Ayrımcılık”, *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yay., 2012).

DOĞANOĞLU, Senem, *Adaletin “LGBT” Hâli*, (LGBT Hakları Platformu, 2009).

DONNOVAN, Josephine, *Feminist Teori*, Aksu Bora (çev.), (Ankara İletişim Yay, 2010).

DUHM, Dieter, *Angst im Kapitalismus*, (Mannheim: Verlag Kübler, 1984).

DUHM, Dieter, *Kapitalizmde Korku*, Sargut Şölçün (çev.), (Ankara: Ayraç Yay., 2002).

EATON, Mary, “At the Intersection of Gender and Sexual Orientation”, *Feminist Legal Theory: An Anti-Essentialist Reader*, Nancy E. Dowd/Michelle S. Jacobs (eds.), (New York&London: NYU Press, 2003).

EATON, Mary, “At the Intersection of Gender and Sexual Orientation”, *Feminist Legal Theory: An Anti-Essentialist Reader*, Nancy E. Dowd/Michelle S. Jacobs (eds.), (New York&London: NYU Press, 2003).

EKMEKÇİ, Perihan Elif ve Berna Arda, “An Overview of LGBT Rights and Health Legislation in Turkey from an Ethical Perspective”, *Medicine and Law*, 36(3), 2007.

ERADAM, Yusuf, “Fear Factor ya da Homofobinin Ecele Faydası”, *Anti-Homofobi Kitabı II*, (Ankara: Kaos GL, 2010).

FOUCAULT, Michel, *Cinselliğin Tarihi*, Hülya Uğur Tanrıöver (çev.), (İstanbul: Ayrıntı Yay., 2016).

FRİEDMAN, Andrew, “Beyond Cherry-Picking: Selection Criteria for the Use of Foreign Law in Domestic Constitutional Jurisprudence”, *Suffolk University Law Review*, Vol. 44, 2011.

GÖREGENLİ, Melek, “Ayrımcılığın Meşrulaştırılması”, *Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yay., 2012).

GÖREGENLİ, Melek, “Gruplararası İlişki İdeolojisi Olarak Homofobi”, *Anti-Homofobi Kitabı*, (Ankara: Kaos GL, 2009).

GÖREGENLİ, Melek, “Önyargı ve Ayrımcılığı Azaltmak”, *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yay., 2012).

GRAZIANO, Thomas Kadner, “Is it Legitimate and Beneficial for Judges to Compare?”, *Court and Comparative Law*, Mads Andenas and Duncan Fairgrieve (eds.) (Oxford: OUP, 2015).

GÜL, İdil Işıl/Ulaş Karan, *Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, Burcu Yeşiladalı/Gökçeçişek Ayata (ed.), (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yay., 2011).

HESSE, Konrad, *Gründzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (Heidelberg: C.F. Müller, 1995).

HUNY, Stephen, *Contemporary Christianity and LGBT Sexualities*, (London/NW: Routledge, 2009).

JAGOSE, Annamarie, *Queer Teori: Bir Giriş*, Ali Toprak (çev.), (İstanbul: Nota Bene Yay., 2017).

JOCHELSON, Karen, *The Colour of Disease: Syphilis and Racism in South Africa, 1880-1950*, (Oxford: Palgrave, 2001).

JOHNSON Paul, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, (NY: Routledge, 2013).

KARADAĞ, Nergiz, *Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları*, (İstanbul: XII Levha, 2008).

KLAPEER, Christine M., “Für eine neue Grammatik der Anerkennung”, *Heteronormativität und Homosexualitäten*, Waltraud Kannoier-Finster, Christian Fleck, Horst Schreiber, Meinrad Ziegler (Hrsg.), (Innsbruck/Wien/Bozen: Studien Verlag, 2008).

KÖKÜSARI, İsmail, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, (İstanbul: XII Levha yay., 2009).

KYLE, Rebecca, “What Accounts for Cross-Cultural Variation in the Expression of Homosexuality?”, *Chrestomathy*, Vol. 8, 2009.

LISTER, Ruth, “Sexual Citizenship”, *Handbook of Citizenship Studies*, Engin F. Isin/Bryan S. Turne (eds.), (London: Sage, 2002).

MACKINNON, Catharine A., *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, Türkân Yücesoy/Sabir Yücesoy, (İstanbul: Metis Yay., 2015).

MENEGATTI, Michela/Monica Rubini, “Gender Bias and Sexism in Language”, *Oxford Research Encyclopedia of Communication*, vol.1, (New York: Oxford University Press, 2017).

MÜLLER-GÖTZMANN, Christian, “Sexualwissenschaftliche Grundlagen”, *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft*, Christian Müller-Götzmann (Hrsg.), (Berlin: Springer, 2009).

NİŞANYAN, Sevan, *Sözcüklerin Soyağacı: Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü*, (İstanbul: Everest Yay., 2009).

OKSAÇAN, Halit Erdem, *Eşcinselliğin Toplumsal Tarihi*, (İstanbul: Tekin Yay., 2012).

OPOTOW, Susan, “Moral exclusion and injustice: An introduction”, *Journal of Social Issues*, 46(1), 1990.

OZEREN, Emir, “Sexual Orientation Discrimination in the Workplace: A Systematic Review of Literature”, *Procedia: Social and Behavioral Sciences*, Vol. 109, 2014.

ÖNER, Aysun, *Beyaz Yakalı Eşcinseller: İş Yerinde Cinsel Yönelim Ayrımcılığı ve Mücadele Stratejileri*, (İstanbul: İletişim Yay., 2005).

POLCHAR, Joshua/Tim Sweijs/Philipp Marten ve Jan Galdiga, *LGBT Military Personell: A Strategic Vision for Inclusion*, (The Hague: The Hague Centre for Strategic Studies, 2014).

RIXEN, Stephan, “Geschlechtertheorie als Problem der Verfassungsauslegung”, *Juristen Zeitung*, vol. 73, 2018.

SAKALLI-UĞURLU, Nuray, “Eşcinsellik ve Eşcinsellere İlişkin Tutumlar: Önyargı ve Ayrımcılık”, *Lezbiyen ve Geylerin Sorunları ve Toplumsal Barış İçin Çözüm Arayışları*, (Ankara: Kaos GL Kitapları, 2006).

SCHERPE, Jens/Peter Dunne, “Comparative Analysis and Recommendations”, *The Legal Status of Transexual and Transgender Persons*, (Cambridge: Intersentia, 2015).

SCHREIBER, Gerhard, “Geschlecht als Leerstelle? Zur Verfassungsbeschwerde 1 BvR 2019/16 gegen die Versagung eines dritten Geschlechts- eintrags”, *Ethik und Gesellschaft*, 2017(1).

SEGAL, Lynee, *Ağır Çekim: Değişen Erkeklikler, Değişen Erkekler*, Volkan Ersoy (çev.), (İstanbul: Ayrıntı Yay., 1992).

SJÖHOLM, Maria, *Gender-sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems*, (Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2018).

SOMAY, Bülent, “Ayrıarak Birleştirmek Mümkün Müdür?”, Kenan Çayır & Müge Ayan Ceyhan (ed.), *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yay., 2012).

SPERTI, Angioletta, *Constitutional Courts Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, (Oxford: Hart Publishing, 2017).

ŞİMGİ, Hülya, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder ve Deniz Yüksek (ed.), *Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar*, (İstanbul: Koç Üniversitesi Yay., 2018).

SLEPTCOV, Nikita, “Political Homophobia as a State Strategy in Russia”, *Journal of Global Initiatives*, Vol. 12(1), 2017.

THORESON, Ryen, “The Limits of Moral Limitations: Reconceptualizing ‘Morals’ in Human Rights Law”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 59(1), 2018.

TIN, Louis-Georges, *The Dictionary of Homophobia: A Global History of Gay & Lesbian Experience*, (Arsenal Pulp Press, 2008).

TUSHNET, Mark, “International Law and Constitutional Interpretation in the Twenty-First Century: Change and Continuity”, *International Law in the U.S. Supreme Court: Continuity and Change*, David L. Sloss/Michael D. Ramsey/William S. Dodge (eds.), (Cambridge: CUP, 2011).

TÜRKER, Yıldırım, “Herkesin Ötekisi”, *Anti-Homofobi Kitabı II*, (Ankara: Kaos GL, 2010).

UYGUN, Oktay, *Hukuk Teorileri*, (İstanbul: XII Levha Yay., 2017).

UYGUR, Gülriz, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yay., 2016).

VANDERHORST, Blaise, “Whither Lies the Self: Intersex and Transgender Individuals and a Proposal for Brain-based Legal Sex”, *Harvard Law and Policy Review*, Vol. 9, 2015.

YILMAZ, Volkan, “The New Constitution of Turkey: A Blessing or a Curse for LGBT Citizens?”, *Turkish Policy Quarterly*, Vol. 11, 2013.

KARARLAR

ANAYASA MAHKEMESİ

AYM, E. 1963/128, K. 1964/8, K.T. 28/01/1964.

AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, T. 26/11/1986.

AYM, E. 1988/4, K. 1989/3, T. 12/01/1989.

AYM, E. 2014/118, 2015/35, 01/04/2015.

AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, T. 29/11/2017.

AYM, E. 2017/130, K. 2017/165, 29/11/2017.

AYM, E. 2015/79, K. 2017/164, T. 29/11/2017.

Cem Burak Karataş başvurusu, AYM, 2014/19152, 18/10/2017, 2014/19152, 18/10/2017.

Cemal Duğan başvurusu, AYM, 2014/19308, 15/02/2017.

Esra Nur Özbey başvurusu, AYM, 2013/7443, 20/05/2015.

Gülşah Öztürk ve diğerleri başvurusu, AYM, 2013/3936, 17/02/2016.

M.K. başvurusu, AYM, 2015/13077, 26/07/2018.

S.K.(B.) başvurusu, AYM, 2014/18275, 04/07/2018.

Sinem Hun başvurusu, AYM, 2013/5356, 08/05/2014.

Şahin Karaman başvurusu, AYM, 2012/1205, 08/05/2014.

Z. A. başvurusu, AYM, 2013/2928, 18/10/2017.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ

Aksu v. Türkiye, İHAM, 4149/04 41029/04, 15/03/2012.

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

X. v. Hollanda, İHAM, 2988/66, 31/05/1967.

Y.Y. v. Türkiye, İHAM, 14793/08, 10/03/2015.

ALMANYA

1 BvR 2019/16, 10/10/2017.

ABD

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 200