

Esas Sayısı : 2015/68

Karar Sayısı : 2017/166

Karar Tarihi: 29.11.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Askeri Yargıtay 1. Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanık hakkında “*gayri tabii mukarenette bulunmak*” suçunu işlediği iddiasıyla açılan kamu davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 153. maddesi şöyledir:

“İffetsiz bir kimse ile evlenen veya böyle bir kimse ile yaşayanlar

Madde 153- (Değişik :22/3/2000 - 4551/31 md.)

İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağına devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükmolunur.

Bir kimseyle gayri tabii 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.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 3.9.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Fatih ŞAHİN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüldüğü düşünüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle, asker kişilerin doğal olmayan cinsel davranışlarının askerlik mesleğinin onurunu zedeleyeceği veya disiplinsizliğe neden olacağı konusunda somut gerekçeler ortaya konulmadan bu fiilleri işleyen asker kişilerin Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) çıkarma cezası ile cezalandırılmasının adalet duygusuyla bağdaşmadığı, özel hayatın en mahrem kısmında yer alan cinsel faaliyetleri nedeniyle bir kişinin meslekten atılmasının özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına ölçsüz bir müdahale oluşturduğu, gayri tabii mukarenette bulunma fiilinin aynı zamanda 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu gereğince de silahlı kuvvetlerden ayırma yaptırımına tabi tutulduğu, asker kişilerin aynı fiilden dolayı hem disiplin hem de cezaî yaptırımı tabi tutulmasının insan onuruyla bağdaşmadığı, askerî personelle benzer nitelikte görev yapan emniyet görevlilerinin veya mesleklerinin özelliği nedeniyle mülkiye, yargı ve din hizmetleri gibi görevlerde çalışanların gayri tabii mukarenette bulunmaları hâlinde meslekten çıkarma gibi ağır bir cezaî yaptırımı tabii tutulması söz konusu değilken asker kişilerin TSK'dan çıkarma cezası ile cezalandırılmalarının eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5. İtiraz konusu kuralda, bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan veya bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca TSK'den çıkarma, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilmesi öngörülmektedir.

6. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

7. Ceza hukuku; toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili olduğundan suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihi bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu; Anayasa'nın temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucu

bu takdir yetkisini kullanırken kişi yararı kadar kamu yararını da göz önünde bulundurmamak zorundadır. Kanun koyucu; kimi suçların niteliğini, işleme biçimini, toplum için verdiği zararı da gözetererek değişik cezalar verilmesini öngörebilir. Bu bağlamda askerlik hizmetinin millî güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmelerini ve yaptırıma bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir. Ancak bu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir denge bulunması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

8. Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, çeşitli nedenlerle özel hayatın korunması hakkına sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içindeki anlama göre belirlenmesi gerekir. Ancak özel hayatın korunması hakkına getirilecek sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

9. Temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dokunulamayacak "*öz*" her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaması gerekir.

10. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

11. Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" kavramı; öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. "*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir.

12. Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "*ölçülülük ilkesi*", temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

13. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan “temel hak ve hürriyetlerin özü”, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük ilkesi” kavramları, bir bütünün parçaları olup “demokratik bir hukuk devleti”nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.

14. İtiraz konusu kuralla asker kişilerin “gayri tabii mukarenette” bulunmaları cezaî yaptırıma bağlanmaktadır. Gayri tabii mukarenette bulunma, doğal olmayan yoldan cinsel davranışta bulunma şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tür cinsel davranışlar çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceği gibi kişiden kişiye veya toplumdan topluma farklılık gösterebilir. Anayasa Mahkemesinin 1.4.2015 tarihli ve E.2014/118, K.2015/35 sayılı kararında belirtildiği üzere söz konusu davranışlar; tüm toplum düzenlerinde doğal olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, toplumun ahlâkî standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan cinsel davranışlardır.

15. Özel hayat, öncelikle bireylerin kendilerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alana işaret etmektedir. Bu mahremiyet alanı, devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı kapsamaktadır. Bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural olarak özel alandır. Bireyin mahremiyet alanı ve bu alanda cereyan eden eylem ve davranışları kişinin özel yaşamı kapsamındadır. Dolayısıyla asker kişilerin özel hayatın en mahrem kapsamında olan cinsel davranışları gerekçe gösterilerek TSK'dan çıkarma cezasıyla cezalandırılmalarını öngören kuralın özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına müdahale oluşturduğu açıktır.

16. Askerî Ceza Kanunu'nda öngörülen cezai yaptırımların esas amacı, askerî disiplini korumak ve sürdürmektir. Bir başka deyişle asker kişilere uygulanan yaptırımlar kamu düzenini sağlamak ve devam ettirmek; verimli, süratli ve etkin bir biçimde çalışmayı sürdürmek; disiplini tesis ve devamlılığını sağlamak; mesleğin onur ve saygınlığını korumak amacıyla getirilmektedir. Bu açıdan bakıldığında askerî disiplinin korunması ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamaya yönelik olarak özel hayatın en mahrem alanında kalan cinsel davranışlar gerekçe gösterilerek asker kişilerin hakkında TSK'dan çıkarma, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezasını öngören kural; meşru bir amaca dayanmaktadır. Bununla birlikte bireylerin temel haklarına yapılan müdahale ile bu müdahaleyle güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunması, ayrıca müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması gerekmektedir.

17. Kanun koyucu düzenleme yetkisi kapsamında, statüleri kanunlarla oluşturulan ve buna göre mesleğe alınan kamu görevlilerine birtakım hak veya yükümlülükler getirebilir. 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. Bu çerçevede askerî ceza kanunları tarafından aynı veya benzer eylemler askerlik hizmetinin gereği olarak genel ceza kanunlarına nispeten daha ağır bir şekilde cezalandırılabilir. Hatta genel ceza kanunlarında öngörülmemiş bazı fiil ve eylemlerin askerî ceza kanunları ile cezalandırılması da mümkündür. Nitekim kanun koyucu da genel ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmeyen doğal olmayan yoldan cinsel davranışları asker kişilerin için yasaklamış ve cezaî yaptırıma bağlamıştır.

18. İtiraza konu kuralla gayri tabii mukarenette bulunan asker kişiler için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırım, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp TSK'dan çıkarma ve rütbenin geri alınması cezasıdır. Kural, sadece asker kişiler ile ilgili bir düzenleme olduğundan ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmemektedir. Özel hayatın gizliliği hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen itiraz konusu kural, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülüdür. Özel hayatın korunmasını, istisnai bir alanda ve anayasal ilkelere uygun olarak asgari oranda sınırlandıran düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik oluşturduğu söylenemez.

19. Hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan “*aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)*” ilkesi gereğince, kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Ancak bu ilke mutlak olmayıp konu bakımından birbirine benzeseler dahi aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bir fiilin farklı hukuk disiplinlerince yaptırıma bağlanması hukuk devleti ve “*aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz*” ilkesine aykırılık teşkil etmez. Bu bağlamda asker kişilerin gayri tabii mukarenette bulunmalarından dolayı 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu gereğince disiplin soruşturmasına ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu gereğince cezai soruşturmaya tâbi tutulmaları aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

20. Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen “*kanun önünde eşitlik ilkesi*” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı; aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumları aynı, ayrı hukuksal durumları farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

21. TSK'nın millî güvenliğin korunmasında üstlendiği görev ve askerlik mesleğinin özellikleri göz önüne alındığında, TSK'da görev yapan asker kişiler ile diğer kamu görevlilerinin hukukî durumlarının aynı olmadığı açıktır. Asker kişiler ile diğer kamu görevlileri aynı hukukî konumda bulunmadıklarından aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

22. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

23. Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

IV. HÜKÜM

22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun, 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin ikinci fıkrasının

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Engin YILDIRIM'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 29.11.2017 tarihinde karar verildi.

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GÖRÜŞÜ

1. 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin ikinci fıkrasında “*Bir kimseyle gayri tabii 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*” düzenlemesine yer verilmiştir.

2. İtiraz konusu kuralla cezai yaptırıma bağlanan fiil, asker kişilerin özel hayatın en mahrem alanlarından biri olan cinsel yönelim¹ bağlantılı cinsel içerikli davranışları olup, anayasamızda vücut bulan özel hayata saygı hakkının (m.20) ve eşitlik ilkesinin (m. 10) koruması altındadır. Özel hayata saygı hakkına dönük incelememiz 13. maddede sunulan güvenceler çerçevesinde, eşitlik ilkesiyle ilgili değerlendirmemiz ise Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla geliştirilen ayrımcılık yasağı kapsamında gerçekleştirilecektir. Anayasal incelemeye geçmeden önce kuralla ilgisi olduğu düşünülen uluslararası hukuk kaynaklarından Türkiye açısından önemli olanlarına değinilecektir.

A. Uluslararası Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında Cinsel Yönelim Ayrımcılığı

3. Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin (İHEB) 2. maddesinde “*herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasiyal ya da başka türden kanaat, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş veya başka türden statü gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, bu Bildirgede belirtilen bütün hak ve özgürlüklere sahiptir*”, 7. Maddesinde de “*kanun önünde herkes eşittir ve farksız olarak kanunun eşit korumasından istifade hakkını haizdir. Herkesin işbu Beyanname'ye aykırı her türlü ayırddedici muamelele karşı ve böyle bir ayırddedici muamele için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır*” denilmektedir.

4. BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nde (MSHS), ayrımcılık yasağına hem 2. maddede hem de 26. maddede yer verilmiştir. Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrasında “*Bu Sözleşme'ye Taraf her devlet kendii ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasiyal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür*” ve 26. maddesinde “*Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayırımı*

¹ Cinsel yönelim (*sexual orientation*) bir kişinin başkalarına karşı fiziksel, romantik, duygusal ve cinsel çekimini, yakınlık duymasını ifade etmektedir. Karşı cinsle ilgi duyma (heteroseksüel), hemcinsle ilgi duyma (homoseksüel), her iki cinsle ilgi duyma (biseksüel) belli başlı cinsel yönelimlerdir. Cinsel yönelim genellikle aynı cinsle duyulan ilgiyle sınırlandırılmakla birlikte, kavram karşı cinsle ilgi duyulmasını, yani heteroseksüel eğilimleri dışlamamaktadır. Bkz. *Türkiye'de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu 1 Ocak – 30 Haziran 2010 Raporu*, Hazırlayanlar: Umut Güner, Pelin Kalkan, Yasemin Öz, s. 20; <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/publication/15-turkiyede-cinsel-yonelim-veya-cinsiyet-kimligi-temelinde-ayrmlcgn-izlenmesi-raporu/>, erişim 19/01/2018.

yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir” düzenlemeleri yer almaktadır.²

5. BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin (ESKHS) 2. maddesinin, 2. fıkrasında da “*Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bu Sözleşme'de belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayrım gözetilmeksizin uygulanmasını taahhüt ederler*” ibaresine yer verilmiştir.

6. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinin ilk fıkrasında, “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*” ve 14. maddesinde de “*Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır*” güvenceleri hüküm altına alınmıştır. Türkiye'nin imzalayıp, henüz onaylamadığı AİHS Ek 12 Numaralı Protokol herhangi bir ayrımcılığı, bu Sözleşme'de korunan bir başka hakkı ihlal etmiş olsun veya olmasın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önüne taşıma imkânı sunmaktadır.³

7. (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın (GG)ASŞ E maddesinde ayrımcılığın yasaklandığı nedenler ucu açık şekilde belirtilmiştir: “*Bu Şartta yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiçbir ayrımcılığa tâbi olmaksızın sağlanacaktır.*”

8. Görüldüğü üzere buraya kadar alıntılıdığımız uluslararası sözleşmelerde ve bildirgelerde belli başlı ayrımcılık türleri sayıldıktan sonra “*başka türden statü*”, “*başka statüler*”, “*başka bir statü bakımından*”, “*diğer statüler*”, “*herhangi başka bir duruma dayalı*” gibi ucu açık ibarelerle güncel gelişmeler sonucunda ortaya çıkan ayrımcılık türlerinin de incelenebilmesine olanak tanınmıştır.

9. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin kişilik, vatandaşlık, adalet, haysiyet ve eşitlikle ilgili olduğuna dikkat çekmiştir.⁴ BM İnsan Hakları Komitesi 2016'da “Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılık ve Şiddete Karşı Korunma” başlıklı kararı kabul etmiştir.⁵ BM Genel Kurulu da

² Türkiye MSHS'nin 26. maddesine çekince koymuştur.

³ Ek 12 Numaralı Protokol'de güncel gelişmeler sonucunda yeni ayrımcılık temellerinin ortaya çıkması nedeniyle tüm ayrımcılık temellerini açıkça yazmak hukuken gereksiz görülmüştür. Bkz: Council of Europe, European Treaty Series - No. 177, “*Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*”, <https://rm.coe.int/16800ccea48>, erişim 24/01/2018, § 20. 1.

⁴ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (2013), *Herkes Eşit ve Özgür Doğar: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği*, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqual_Turkish.pdf, erişim 24/01/2018.

⁵ Resolution adopted by the Human Rights Council on 30 June 2016 32/2: *Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*; <https://documents-dds->

2017 yılında bağımsız uzmanın hazırladığı cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine⁶ dayalı şiddet ve ayrımcılığa karşı korumayla ilgili raporunda herkesin bir tür cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliğinin olduğunu hatırlatarak, gerçek veya algılanan cinsel yönelimi ve/veya cinsiyet kimliği belirli bir toplumsal normdan farklı olan insanların dünyanın birçok yerinde şiddet ve ayrımcılığın hedefi olmasının vicdana aykırı olduğunu kabul etmiştir. Rapor, eşcinselliğin hastalık olarak görülmemesine (*depathologization*) bağlı olarak damgalamadan vazgeçilmesi (*destigmatization*) gerektiğine de vurgu yapmıştır.⁷

10. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğine Dayalı Ayrımcılıkla Mücadelede Alınacak Önlemlere İlişkin Dair Önlemler ile ilgili 2010'da aldığı Tavsiye Kararı'na göre, üye devletlere lezbiyen, gay, biseksüel ve trans (LGBT) kişilerin insan haklarından tam olarak yararlanabilmesi için özel eylem gerekliliğinden bahisle, üye devletlere cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın izlenmesi ve tanzim edilmesi için var olan yasal ve diğer önlemleri incelemek, gözden geçirmeyi sürdürmek, ilgili verileri toplamak ve analiz etmek gibi görevler tavsiye edilmiştir. Buna göre, üye devletler hem kamu sektöründe hem de özel sektörde iş ve meslek konularında cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği temelinde ayrımcılığa karşı etkili bir koruma sunmak için uygun önlemlerin hayata geçirilmesini sağlamalıdır.⁸

11. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla mücadele edilmesi yönünde çeşitli tavsiye kararları almıştır.⁹ Bunlardan

ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/154/15/PDF/G1615415.pdf?OpenElement, erişim 24/01/2018.

⁶ Cinsiyet kimliği (*gender identity*) kişinin biyolojik cinsiyetini değil kendisini ait hissettiği cinsiyete ilişkin kimliğini belirtmektedir. Biyolojik olarak erkek olan biri kendisini kadın gibi hissedebilir. Bu durumda biyolojik cinsiyeti erkek, ancak cinsiyet kimliği kadındır. Cinsiyet kimliği kişinin biyolojik cinsel özelliklerini ifade eden cinsel kimlik (*sexual identity*) kavramı ile karıştırılmamalıdır. Bkz. *Türkiye'de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu 1 Ocak – 30 Haziran 2010 Raporu*, Hazırlayanlar: Umut Güner, Pelin Kalkan, Yasemin Öz, s. 20; <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/publication/15-turkiyede-cinsel-yonelim-veya-cinsiyet-kimligi-temelinde-ayrilmcign-izlenmesi-raporu/>, erişim 24/01/2018.

⁷ *Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity* : note / by the Secretary-General, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/72/172, erişim 29/01/2018, §§ 1-2.

⁸ *Recommendation of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on ground of sexual orientation or gender identity*, CM/Rec(2010)5, 31 March 2010. <https://rm.coe.int/168047f2a6>, erişim 25/01/2018.

⁹ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1635 (2003), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17167&lang=en;> Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1728 (2010), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17853&lang=en;> Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1915 (2010), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17854&lang=EN;> Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 2021 (2013), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=20011&lang=en;> Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1948 (2013), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20010&lang=en;>

1728 (2010) sayılı ve 29 Nisan 2010 tarihli Tavsiye Kararında cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin ayrımcılık yasağı kapsamında olması hususunda yasal düzenlemeler yapılması için üye devletlere çağrıda bulunulmuştur.

12. Türkiye'nin ilk imzalayan (2011) ve onaylayan (2014) ülke olduğu Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) 4/3 maddesinde toplumsal cinsiyet kimliğiyle birlikte cinsel yönelimin de ayrımcılık yasağı kapsamında olduğu ifade edilmiştir.¹⁰

13. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı tarafından yayınlanan "Silahlı Kuvvetler Personelinin Temel Özgürlükleri ve İnsan Hakları El kitabında" üye devletlerin silahlı kuvvetlerindeki eşcinsellere olan yaklaşımlarında uluslararası insan haklarından kaynaklanan yükümlülüklerine, özellikle de ayrımcılık yasağı ve özel hayatı saygı hakkı kapsamında uyumluluk göstermelerinin gerekli olduğuna dikkat çekilmektedir.¹¹

14. BM ve Avrupa Konseyi dışında diğer bölgesel kuruluşlar da cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla ilgili olarak çeşitli kararlar almıştır.¹² 2006 yılında Endonezya'nın Yogyakarta kentinde bir araya gelen ve uluslararası insan hakları hukuku alanında uzmanlardan oluşan bağımsız bir kurul tarafından yayınlanan "Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri" de herhangi bir bağlayıcılığı olmamakla beraber uluslararası kabul edilmiş insan haklarının, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği bazında da tanınması ve irdelenmesi bakımından önemlidir.¹³ Kısaça Yogyakarta İlkeleri olarak bilinen

Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 2048 (2015), <http://assembly.coe.int/nw/xml/ERef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736>, erişim tarihi 25/01/2018.

¹⁰ *Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*, <https://rm.coe.int/1680462545>, erişim 25/01/2018. Bu Sözleşme cinsel yönelim ayrımcılığının açıkça kabul edildiği ilk uluslararası sözleşmelerden biri olmakla birlikte cinsel yönelimin ayrımcılık yasağı kapsamında açıkça sayıldığı en önemli uluslararası belge Avrupa Birliği Temel Haklar Şartıdır. Şart'ın'nın 21. maddesinde "cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtımsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, hususiyet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel yönelim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması yasaktır" denilerek cinsel yönelim, ayrımcılık yasağı kapsamında açıkça belirtilmiştir.

¹¹ Organization for Security and Co-operation in Europe (ODIHR), (2008), *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel*, s. 141. <http://www.osce.org/odihr/31393?download=true>, erişim 26/01/2018.

¹² Örneğin Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu, 2008-2012 arasında cinsel azınlıkların haklarının korunması ve cinsel yönelim temelli ayrımcılıkla mücadele yönünde çeşitli kararlar almıştır. Bkz: Abrusci, Elena (2017), "A Tale of Convergence? Discrimination based on Sexual Orientation in Regional Human Rights Bodies and the Human Rights Committee", *Nordic Journal of Human Rights*, 35(3), s. 243.

¹³ Bu ilkeler, devletlerin, cinsel yönelimleri veya cinsiyet kimliklerine bakmaksızın, bütün insanların insan haklarına saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüklerini tanımlamak için önemli bir araç olarak görülmekte olup, insan haklarının insan onuruna hizmet ettiğini hatırlatmaktadır. Bkz: International Commission of Jurists, (2007), *The Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity*

bu metinde herkesin cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği esaslı ayrımcılığa tabi olmaksızın tüm insan haklarından yararlanma hakkının mevcut olduğu, kanunların cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği ayrımcılığını yasaklayacağı ve bu tür ayrımcılığa karşı herkesi eşit şekilde koruyacağı belirtilmiştir.

B. Uluslararası Mahkeme ve Yargı Benzeri Organların Kararları ve Genel Yorumlarında Cinsel Yönelim Ayrımcılığı

15. Ayrımcılık nedenlerini AİHS'nin 14. maddesinde açıkça sayılan temellerle sınırlandırmayan AİHM, tanımlanabilir bir özellik ve konumdan kaynaklanan ve aynı veya benzer durumda bulunan kişiler veya topluluklar arasındaki farklı muameleleri bu madde kapsamında değerlendirmektedir.¹⁴ AİHM ayrımcılığı kısaca “*nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi*” olarak tanımlamaktadır.¹⁵ Mahkeme kararlarında, Sözleşme'nin 14. maddesinin her türlü farklı muameleyi değil, “benzer” veya “karşılaştırılabilir” durumda olan birey ve grupları, ayrımcı nitelikteki farklı muamelelere karşı koruduğu düşüncesinin öne çıktığını görmekteyiz. AİHM'ye göre Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından bir muameledeki farklılık, “objektif ve makul bir haklılığa sahip değilse”, başka bir deyişle “meşru bir amaç” izlemiyorsa, izlenilen yol veya araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurulduğunda ayrımcılığa neden olacaktır.¹⁶ Burada toplum veya kamu menfaati ile kişinin müdahaleye uğrayan hakkı arasında adil veya makul bir dengeyin kurulmasına çalışılmaktadır. Buna ek olarak ayrımcılık daha iyi bir muamele öngörülmemesine rağmen, bir kişinin veya grubun, uygun ve makul bir gerekçenin yokluğunda, karşılaştırılabilir kişi veya gruptan daha az iyi davranışa tabi tutulduğu durumları da içermektedir.

16. AİHM kararlarına bakıldığında AİHS'nin 14. maddesinde açıkça sayılmamasına karşın cinsel yönelim¹⁷ ve cinsiyet kimliği¹⁸ gibi ayrımcılık temelleri

http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf. Yogyakarta İlkeleri hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Bkz. Brown, David (2010), “Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law: An introduction to the Yogyakarta Principles”, 31 *Michigan Journal of International Law*, ss: 821-879; O'Flaherty, Michael ve John Fisher (2008), “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles”, *Human Rights Law Review*, 8(2): 207-248. Yogyakarta İlkeleri hakkında Türkçe bir kaynak için bkz. http://www.pembehayat.org/dosya/yogyakarta_ilkeleri.pdf, erişim 26/01/2018.

¹⁴ *X and Others v. Austria* [GC], B.No. 19010/07, 19/02/2013, § 98; *Eweida and Others v. the United Kingdom*, B. No. 48420/10, 15/01/2013 § 86; *Carson and Others v. the United Kingdom*, B. No. 42184/05, 16/03/2010, § 61. Bunlar ve atıf yapılan diğer tüm AİHM kararları Mahkeme'nin resmi internet sayfasından alınmıştır (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#>).

¹⁵ *Zarb Adami v. Malta*, B. No. 17209/02, 20/06/2006, § 71; *Kiyutin v. Russia* B.No: 2700/10, 10/03/2011 § 59.

¹⁶ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, B.No: 9214/80, 25/05/1985, § 72; *Marckx v. Belgium*, B.No: 6833/74, 13/06/1979, § 33.

¹⁷ *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, B.No. 33290/96, 21/12/1999, §§ 28, 36; *X and Others v. Austria* [GC], B.No. 19010/07, 19/02/2013, § 99; *Kozak v. Poland* B. No. 13102/02, 02/03/2010, § 92, 98; *Bayev and Others v. Russia*, B. No. 67667/09, 20/06/2017 § 69; *Konstantin Markin v. Russia* [GC], B. No. 30078/06, 22/03/2012, § 143;

şüpheli temel olarak bu madde kapsamında incelenerek koruma altına alınmıştır. AİHM'e göre sadece cinsel yönelim mülhazalarından kaynaklanan ayrımcılık Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamındaki ayrımcılık yasağının geçerli olduğu alanlardan birini oluşturmaktadır ve ırk, köken ve renk temelli ayrımcılık kadar önemlidir.¹⁹ Mahkeme cinsel yönelim temelli farklı muamelenin nesnel ve makul olarak kabul edilebilmesi için meşru amaç ve kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantının ve oldukça önemli gerekçelerin varlığını aramakta ve farklı topluluklar arasındaki muamele farklılıklarının sadece ve sadece cinsel yönelimden ve cinsiyet kimliğinden kaynaklanması söz konusu olduğunda Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmiş olacağı sonucuna ulaşmaktadır.²⁰ AİHM, 2016 sonu itibarıyla cinsel yönelim temelli 50'den fazla ihlal kararı vermiştir.²¹

17. BM İnsan Hakları Komitesi, MSHS'nin 26. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak söz konusu maddenin ve ayrımcılığın içeriğinin belirlenmesine yönelik olarak 1989 yılında 18 No'lu Genel Yorum'u kabul etmiştir. Komite, "ayırma, dışlama, kısıtlama veya ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, siyasi veya diğer görüşlere dayalı olarak gerçekleştirilen ve bütün hak ve hürriyetlerin herkes tarafından tanınmasını ve kullanılmasını engelleyecek veya tanınmasını ve kullanılmasını sınırlandıracak her türlü tutum ayrımcılıktır" şeklinde bir tanımlamaya gitmiştir.²² Komite, bir kararında MSHS'nin 2. ve 26. maddesinde bulunan "cinsiyet" ibaresinin aynı zamanda cinsel yönelimi de kapsadığını kabul ederek başvuruca cinsel yöneliminden dolayı ayrımcılık yapıldığını ve MSHS'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak özel hayatı koruyan 17. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.²³ Bir başka kararında

Vallianatos and Others v. Greece [GC], B. No. 29381/09 ve 32684/09, 07/11/2013, § 77; *Hämäläinen v. Finland* [GC], B. No. 37359/09, 16/07/2014, § 109; *Alekseyev v. Russia*, B. No. 4916/07, 25924/08 ve 14599/09, 21/10/2010, § 108; *P. V. v. Spain*, B.No. 35159/09, 30/11/2010, § 30; *Frette v. France* B.No. 36515/97, 26/02/2002; *S. L. v. Austria*, B. No. 45330/99, 09/01/2003; *Karner v. Austria*, B.No. 40016/98, 24/07/2003; *E.B. v. France* [GC], B.No. 43546/02, 22/01/2008; *X v. Turkey*, B. No. 24626/09, 09/10/2012, § 57, 64.

¹⁸ *Identoba and Others v. Georgia*, B. No. 73235/12, 12/05/2015, § 96.

¹⁹ *Vejdeland and Others v. Sweden*, B. No. 1813/07, 09/02/2012 § 55.

²⁰ *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, B. No. (31–32/1997/815–816/1018–1019), 30/07/1998, § 75; *E.B. v. France* [GC], B.No. 43546/02, 22/01/2008 §§ 91, 96; *Fabris v. France* [GC], B. No: 16574/10, 07/02/2013, § 56 ve *Karner v. Austria*, B.No. 40016/98, 24/07/2003, *Pajić v. Croatia*, B.No. 68453/13, 23/02/2016, § 83.

²¹ McGoldrick, Dominic (2016), "The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law", *Human Rights Law Review* 16, s. 635.

²² Uyar, Lema (2006), *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006*, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 43.

²³ *Toonen v. Australia*, Comm. 488/1992, (CCPR/C/50/D/488/1992), (04/04/1994), § 8.7, <http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/1994.03.31>; *X v. Colombia*, Comm. 1361/2005, U.N. Doc. A/62/40, Vol. II, at 293 (HRC, 30/03/2007), § 7.2, http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2007.03.30_X_v_Colombia.htm, erişim 11/02/2018.

da Komite cinsel yönelimin 26. maddede zikredilen “diğer statü” ibaresi kapsamında olduğuna karar vermiştir.²⁴

18. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Ulaşılabilecek En Yüksek Sağlık Standardına Sahip Olma Hakkıyla ilgili Genel Yorum 14’de²⁵, Su hakkıyla ilgili Genel Yorum 15’de²⁶, Çalışma Hakkıyla ilgili Genel Yorum 18’de²⁷, Sözleşme’nin 2. maddesinin 2. paragrafı ve 3. maddesinin, işe girişte ve işe devamda ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, fiziksel veya ruhsal engellilik, sağlık durumu (HIV/AIDS de dâhil olmak üzere), cinsel yönelim veya medeni, siyasi ve sosyal statü veya başka bir statü bakımından çalışma hakkının eşit şekilde kullanılmasını etkilemeye ya da ortadan kaldırmaya yönelen ya da böyle bir etki doğuran her türlü ayrımcılığın yasaklandığını vurgulamaktadır.

19. BM İşkenceyi Önleme Komitesi, Çocuk Hakları Komitesi ve Kadınlar Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi denetledikleri BM sözleşmelerinde cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine açıkça atıfta bulunarak LGBT’lerin temel haklardan eşit şekilde yararlandırılmalarının gerekliliğine işaret etmişlerdir. ASS’yi denetleyen Avrupa Sosyal Haklar Komitesi de, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini yasaklanmış ayrımcılık temellerinden olarak kabul etmektedir.²⁸

C. İtiraz Konusu Kuralla İlgili Anayasal Değerlendirme

a) Anayasa’nın 20. ve 13. maddeleri yönünden

20. İtiraz konusu kuralla bir kimseyle “*gayri tabii mukarenette*” bulunan veya bu fiili kendisine rızasıyla yaptırılan asker kişiler hakkında fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca TSK’den çıkarma, erbaşlar içinse rütbenin geri alınması cezası verilmesi öngörülmektedir.

21. Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre “mukarenet”²⁹, “yaklaşma kavuşma, bitişme, dostluk, yoldaşlık” anlamına gelen bir kelime olup, “gayri tabii mukarenette” bulunma ibaresiyle, doğal olmayan cinsel davranış ve ilişki biçimleri anlaşılmaktadır. Yetişkinler arasında rızaya dayalı cinsel davranışların ve ilişkilerin geniş kapsamlı, çok boyutlu, toplumdan topluma ve kişiden kişiye değişen çok farklı nitelikler taşıması bu davranışların hangisinin doğal nitelenmesine sahip olduğunun belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Cinsel davranışların doğallığını tespitte yarayacak bilimsel net bir ölçüt

²⁴ *Young v. Australia*, Comm. 941/2000, U.N. Doc. A/58/40, Vol. II, at 231 (HRC 2003) erişim: 02.01.2007, § 10.3, http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2003.08.06_Young_v_Australia.htm, erişim 11/02/2018.

²⁵ Uyar, Lema (2006), *Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006*, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 244.

²⁶ Uyar, Lema (2006), s. 270.

²⁷ Uyar, Lema (2006), s. 329.

²⁸ *Greek General Confederation of Labour (GSEE) v. Greece*, Complaint No. 111/2014, 23/03/2017, § 133; *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia*, Collective Complaint, No. 45/2007, 30/03/2009 §§ 60-61, 72. Kararlar Komite’nin resmi internet sayfasından alınmıştır. (<http://hudoc.esc.coe.int/eng#>).

²⁹ <http://www.tdk.gov.tr>; <https://www.etimolojiturkce.com/mukarenet>.

olmadığından yetişkin insanlar arasındaki bazı cinsel davranışların ve ilişkilerin doğal olan veya olmayan gibi keyfiliğe neden olabilecek bir şekilde cezai yaptırıma tabi tutulması toplumsal ve kültürel anlamda doğal olmadığı kabul edilen ancak bu özelliği tartışmalı bazı cinsel davranış ve ilişki biçimlerini benimseyenlerin temel haklarına ölçülü olmayan müdahalelerde bulunulmasına ve bu kişilerin ayrımcı muamelelerle karşılaşmasına neden olmaktadır. Diğer taraftan, günümüzde neredeyse tüm toplumlarda, örneğin ölü insan bedeni üzerindeki cinsel davranışlar ve benzeri eğilimler doğal olmayan cinsel davranışlar arasında yaygın bir şekilde kabul edilmekte ve bu türden davranışlar insan haklarının sunduğu güvencelerden yararlanmamaktadır.

22. İtiraz konusu kural esas olarak eşcinsel ilişkiler ve davranışlar için uygulanmaktadır. Nitekim askeri mahkemelerin kuralla ilgili kararları da bunu teyit etmektedir.³⁰ Dünya toplumlarının çoğunda çok yakın zamanlara kadar aynı cinsten kişilerin cinsel ilişkide bulunması doğal olmayan cinsel davranış kapsamında görülüp, “hastalık”³¹ veya “sapkınlık” olarak nitelendirilip, cezai yaptırımlara tabi tutulurken gelişen insan hakları anlayışı ve toplumsal yaklaşımlarla birlikte bu değişmeye başlamıştır. Eşcinsel ilişkilerin “gayri tabii mukararet” kavramı içinde değerlendirilmesi insan hakları alanında ortaya çıkan çağdaş gelişmelerle çelişmektedir.

23. Asker kişilerin özel hayatın en mahrem alanı sayılan cinsel alandaki “doğal olmayan” davranışları nedeniyle TSK’dan çıkarma, erbaşların da rütbelerinin geri alınmayla cezalandırılmalarını öngören kuralın özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına müdahale oluşturduğundan kuşku bulunmamaktadır. Cinsel eylem, tutum ve davranışlar, devletin kural olarak karışmaması gereken, ancak istisnai hallerde meşru amaçlarla, o da asgari seviyede müdahale edebileceği mahremiyetin esas olduğu çok hassas özel bir giz alanda gerçekleşmektedir.

³⁰Örneğin, Askeri Yargıtay, E.No: 2016/175, K.No: 2016/199, 29/03/2016; <http://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/57516177b454050bc8dcb645>, erişim 27/01/2018; E. 131, K. 129, 6/3/1996. Kararlar için bkz: Çelen, Orhan (2001), Askeri Ceza Kanunu, Ankara, s. 671; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) kararlarına örnek olarak da bkz. E. 1993/569, K. 1993/1180, 28/12/1993, E. 1998/888, K. 1999/482, 11/05/1999; E. 2003/156, K. 2003/443,18/03/2003. AYİM kararlarıyla ilgili değerlendirmeler için bkz. *Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu 1 Ocak – 30 Haziran 2010 Raporu*, Hazırlayanlar: Umut Güner, Pelin Kalkan, Yasemin Öz, <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/publication/15-turkiyede-cinsel-yonelim-veya-cinsiyet-kimligi-temelinde-ayrmlcgn-izlenmesi-raporu/>, erişim tarihi 19/01/2018.

³¹ Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği’nin eki Hastalık ve Arızalar listesinde eşcinsellik, travestilik ve transseksüellik psikoseksüel bozukluk olarak kabul edilmekte olup bu bireylerin orduda görev alması engellenmektedir. Türkiye’deki askeri psikiyatri, tüm dünyada kabul edilen ve psikolojik hastalıkları tanımlayan Amerikan Psikiyatri Birliği’nin DSM-IV adlı kriteri yerine, aynı kuruluşun daha eski tarihli DSM-II kriterini esas alarak eşcinsellik, travestilik ve transseksüelliği hastalık kabul etmektedir. Buna karşılık Amerikan Psikiyatri Derneği eşcinselliğin bir hastalık olmadığını kabul ederek bunu “Zihinsel Bozuklukların Teşhis ve İstatistiksel El kitabından” 1973 yılında, Dünya Sağlık Örgütü de 1990 yılında Uluslararası Hastalık Sınıflandırmasından (ICD-10) çıkartmıştır. Bkz. Nugraha, Ignatius Yordan (2017), “The compatibility of sexual orientation change efforts with international human rights law”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*. 35(3), s. 180

24. İtiraz konusu kuralın askerî disiplinin tesis ve devamlılığını sağlamak, askerlik mesleğinin saygınlığını korumak ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamaya yönelik meşru bir amaca hizmet ettiği söylenebilir. Bununla beraber kişilerin temel haklarına yapılan müdahale ile güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunması, ayrıca müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerin uygun olması beklenmektedir.

25. Disiplin temeline dayalı olan askerlik mesleğini ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tabi tutulmaları olağan karşılanmakla beraber bu durum onların temel anayasal haklardan yararlanmalarının önünde engel oluşturmamalıdır. AIHM, asker bir kişinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaştığı bir kararında “ifade özgürlüğünün kışılan kapısında durmadığına” dikkat çekmişti.³² Nizamiye kapısı, asker kişilerin meşru ve geçerli bir nedenin yokluğunda herkes gibi insan haklarından yararlanmasını engelleyen bir işlev görmemelidir. Bu haklar nizamiyeden içeriye girildiği andan itibaren askıya alınmamakta ve sağladıkları güvenceler varlıklarını ve koruma alanlarını kışla içinde de sürdürmektedir. Askerlik mesleğinin doğasından kaynaklanan katı disiplin gibi özellikler mutlak bir değer olmayıp, anayasal haklarla karşılaştığında onlara her daim olmasa bile genelde galebe çalan bir tür koz olarak görülmemelidir.

26. Mahkememiz çoğunluğu, “gayri tabii mukarenette” bulunan asker kişiler için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırımın, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) çıkarma ve rütbenin geri alınması cezası olması, sadece asker kişileri kapsamı ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçlamasından dolayı demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmediği kanaatindedir (AYM kararı § 18). Benzer şekilde, çoğunluk itiraz konusu kuralın hakkın özüne dokunmadığını, istisnai bir alanda dar kapsamlı ve asgari oranda bir sınırlama getirdiğinden hareketle kuralı ölçülü bulmuş ve düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bununla birlikte, kuralın hakkın özüne dokunmaması, getirdiği sınırlamanın birey hakları ile kamu yararı arasında birincisi aleyhine açık bir dengesizliğe ve ölçüsüzlüğe yol açmadığı sonucunu doğurmaz.

27. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı güvence altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, özel hayatın korunması hakkına sınırlamalar getirilebileceği ifade edilmişse de bunların Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen güvencelere aykırılık taşımaması gerekmektedir.

28. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların da demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir. Bu ilke, “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik” öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, “gereklilik” ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, “orantılılık” ise

³² *Grigoriades v. Greece*, B. No: 121/1996/740/939, 25/11/1997 § 45.

bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengeyin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.³³

29. Özel hayata saygı hakkının önemli bir unsuru olan mahremiyet cinsel hayat ve cinsel davranışlarla ilgili durumlarda daha da önem kazanmaktadır. Özel hayatın gizliliği devletin karışmaması gereken bir giz alanının ötesinde kişinin kendi kişiliğini geliştirebilmesine, ifade edebilmesine, yaptırım korkusu olmadan mahrem ilişkiler kurabilmesine saygı anlamına gelmektedir. AYM'ye göre özel hayat kavramı, "...kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı..." gibi unsurları koruyarak, kişinin herhangi bir dış müdahaleye maruz kalmadan kendi hayatını arzuladığı şekilde sürdürmesini güvence altına almaktadır.³⁴ Görüleceği üzere, cinsel yönelim de Mahkememiz tarafından özel hayatın bir parçası olarak kabul edilmektedir. İster heteroseksüel isterse de homoseksüel olsun cinsel yönelim özel hayatın önemli bir unsurudur. Kişinin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirmek için diğer insanlarla rızaya dayalı duygusal ve cinsel ilişki de dâhil olmak üzere çeşitli şekillerde ve türde ilişkiler kurması özel hayata saygı hakkının kapsamındadır. Anayasa'nın 20. maddesi de temelde bireylerin özel hayatlarına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfi müdahalelerin önlenmesini amaçlamaktadır.³⁵

30. Kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Bununla birlikte bu kişilerin de diğer bireyler için öngörülen sınırlamalarda olduğu gibi asgari güvence ölçütlerinden istifade etmeleri gerekir.³⁶ AİHM'ye göre kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmaları özel hayatın gizliliğine yönelik bir müdahale oluşturmaktadır.³⁷ Özel hayatın bir yönüyle bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirmek için diğer insanlarla, özellikle duygusal ilişkiler kurma ve bunu devam ettirme hakkı olduğu Mahkeme tarafından vurgulanmıştır.³⁸ Bu hak, devletin bireyin kişilerarası ilişkiler yoluyla kendini gerçekleştirmesine yönelik müdahalesini sınırlandırmaktadır. Bu çerçevede mesleki hayat kapsamındaki faaliyetlerin de özel hayat kavramına dâhil olduğu AİHM içtihatlarında kabul görmüştür.³⁹ Özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını dilediği gibi yaşayabileceği bir iç alanla kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Çoğu kişi için diğer insanlarla olan temasları ve ilişkileri mesleki hayat ortamında gerçekleşmektedir. Kişinin özel yaşamındaki davranışları ve sosyal ilişkilerinin, mesleki yaşamı, ilişkileri ve görevine olumsuz etkilerinin somut olarak ortaya konulmadığı hallerde AİHM Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali sonucuna ulaşabilecektir.⁴⁰

³³ AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/04/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/05/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/06/2016; Bireysel başvuruda ölçülülük ilkesinin kullanımına bir örnek olarak bkz. *Mehmet Akdoğan ve Diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38.

³⁴ *Ahmet Acartürk*, B. No: 2013/2084, 15/10/2015, § 46; *Ata Türkeri*, B.No. 2013/6057, 16/12/2015, § 30.

³⁵ *Ata Türkeri*, B.No. 2013/6057, 16/12/2015, § 42.

³⁶ *Özpinar v. Turkey*, B. No. 20999/04, 19/10/2010, § 72.

³⁷ *Özpinar v. Turkey*, B. No. 20999/04, 19/10/2010, § 47-48.

³⁸ *Y.Y. v. Turkey*, B. No: 14793/08, 10/03/2015, § 57; *Schlumpf v. Switzerland*, B.No. 29002/06, 08/01/2009, §§ 77-78.

³⁹ *Özpinar v. Turkey*, B. No. 20999/04, 19/10/2010, § 45; *Niemietz v. Germany*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29.

⁴⁰ *Özpinar v. Turkey*, B. No. 20999/04, 19/10/2010, § 72.

31. AİHM, silahlı kuvvetlerin operasyonel etkinliğine yönelen gerçek bir tehdidin varlığı halinde, devletin bireylerin özel hayatlarına bazı sınırlamalar getirebileceğini kabul etmekle beraber ulusal makamların bu tür kuralları, diğer herkes kadar aynı anayasal haklara sahip olan askeri personelin özel hayatlarına saygı hakkından yararlanmalarını önlemek için kullanamayacağını altını çizmektedir. Strazburg Mahkeme'si bir kararında eşcinsel olmanın veya ilişkide bulunmanın, aynı konumda olan zıt cinslerle karşılaştırıldığında ordudan çıkarılma için tek neden olmasının Sözleşme'nin 8. ve 14. maddelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.⁴¹ Mahkeme, başvurucuların özel hayatlarının soruşturularak cinsel yönelimleri ile ilgili araştırma yapılmasını ve bu kişilerin sadece eşcinsel oldukları yönündeki açıklamalarına dayanarak, bu özelliklerinin orduya nasıl zarar verdiği kanıtlanmadan, ordudan ihraç edilmelerini hak ihlali olarak nitelendirmiştir. Mahkeme'ye göre özel hayatın mahremiyetine yönelik bir müdahalede, devlet neden buna ihtiyaç duyduğu hususunda ciddi ve ikna edici gerekçeler sunmalı ve müdahalenin ilgili şartlar altında gerekli olduğunu göstermelidir. Silahlı kuvvetlerde eşcinsellerin görev yapmasının ordunun disiplinine ve operasyonel etkililiğine ve etkinliğine yönelik risk oluşturduğu iddia ediliyorsa, bu iddianın dayanaklarının somut örneklerle ortaya konulması gerekir.

32. Askeri Yargıtay'ın AİHM içtihatlarını benimseyerek verdiği bir karar da konumuz açısından önemlidir. "... Yani eşcinsel bir kişinin askerliğe elverişsiz olduğuna karar verebilmek için o kişinin birlik içerisindeki davranışlarına bakmak gerekmektedir. Kişinin eşcinsellik açısından askerliğe elverişsiz olması durumu o kişinin eşcinsellik davranışlarını dış dünyaya yansıtması ile mümkündür. Yani kişi eşcinsel davranışlarla birlik disiplinini zedelemelidir. ... birlik içerisindeki davranışları görülmeden, eşcinsel olması nedeniyle kışla disiplininin nasıl zarar gördüğü ortaya konulmadan askerliğe elverişsizliğinin tespit edilebilmesi imkanı yoktur. Sanığın eşcinsel olma özelliğinin, eşcinsel olmasından kaynaklanan davranışlarının orduya ne tür zarar verdiği, somut olaylarla ortaya konmadan, salt eşcinsel olduğu yönündeki beyanları dikkate alınarak, eşcinsellik yönünden askerliğe elverişli olup olmadığının araştırılması, AİHM'ne göre cinsel yönelim ayrımcılığı anlamına gelmektedir."⁴² Askeri Yargıtay kişiyi sadece eşcinsel olduğu için askerliğe elverişsiz saymamak gerektiğini belirterek, bu cinsel yönelimin orduya ne tür zararlar verdiğinin ve nasıl disiplini bozduğunun somut olarak ortaya konulmasını idareden beklemektedir.

33. "Gayri tabii mukarenette" bulunan asker kişiler ve erbaşlar için kanun koyucu tarafından belirlenen TSK'dan çıkarma ve rütbenin geri alınması yaptırımı özel hayatın en mahrem alanlarından birine ait tercihlerden dolayı asker kişinin işini kaybetmesi gibi ağır bir sonuç doğurmaktadır. Dolayısıyla hürriyeti bağlayıcı bir yaptırım öngörülmemesi mevcut yaptırımın kişi üzerinde neden olabileceği olumsuz etkilerin dikkate alınmamasını gerektirmez. Kişinin çalışma yaşamı ve mesleki faaliyetleri kişiliğinin gelişimi ve gerçekleştirilmesi için ona imkân tanıyan önemli bir hayat alanı olup, özel hayat kavramının kapsamı içinde değerlendirilmektedir. Kişinin işini kaybetmesi sonucunu doğuran itiraz konusu kuralla kişi geçimini sağlamaktan alıkonularak kendisinin ve aile

⁴¹ *Smith and Grady v. the United Kingdom* B. No. 33985/96 ve 33986/96, 27/09/1999 §§ 97-98. Aynı yöndeki başka kararlar için, bkz: *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, B. No: 31417/96 ve 32377/96, 27/09/1999, § 90; *Beck, Copp and Bazeley v. the United Kingdom*, B. No. 48535/99, 48536/99 ve 48537/99, 22/10/2002; *Perkins and R. v. the United Kingdom* B.No: 43208/98 ve 44875/98, 22/10/2002.

⁴² Askeri Yargıtay 3. Daire, 2005/1178-1174 E.K, K.T. 25/10/2005.

hayatının maddi refahında olumsuz bazı sonuçlarla karşılaşabilmektedir. Bu durum da kişinin yakın çevresini ve diğer insanlarla ilişkilerini ve niteliklerinin cevap verdiği işi yapma yetkisini etkileyerek, öz algısı, öz saygısı ve gelecek beklentileri üzerinde olumsuz sonuçlara neden olabilecektir.

34. Asker kişinin, itiraz konusu kural gereğince TSK ile işiğinin kesilmesi yaptırımına maruz kalması mesleki yetersizlik veya bununla ilgili bir nedenden dolayı değil özel hayatıyla ilgili davranış ve tercihlerinden kaynaklanmaktadır ve bu, çok istisnai haller hariç olmak üzere, ne devleti ne de başkalarını ilgilendirmektedir. Denebilir ki, asker kişiler hayatlarının askerlik mesleğinin doğasından kaynaklanan bazı sınırlamalara tabi olacağını bilerek bu mesleği seçmektedir. Bununla birlikte, bu sınırlamaların Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ölçüsüzce engellemesi ve demokratik toplumda acil ve zorlayıcı bir sosyal ihtiyacı karşılaması gerekmektedir.

35. Özel hayatın gizliliği hakkının sınırlanması mümkün olmakla beraber Anayasa’nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa’da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan ilkeler, özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılmasında da dikkate alınmalıdır. Buna göre demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilmeli, sınırlamada öngörülen meşru amaç ile sınırlandırma aracı arasında orantısızlık bulunmamalı, sınırlandırmayla ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir.⁴³

36. “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramı, öncelikle özel hayatın gizliliği hakkı üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbirler niteliğinde olmasını, başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendisini göstermesini gerektirmektedir. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı ve acil bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacıyla yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez.⁴⁴ İtiraz konusu kural, öngörülen meşru amaç olan askeri operasyonel etkililik ve etkinlik ile bu hedefe dönük disiplinin sağlanmasında ne elverişli, ne gerekli ne de orantılı bir araçtır. Kişilerin özel hayatlarının en mahrem kısmını oluşturan cinsel hayatlarına ait davranışları, faaliyetleri ve sosyal ilişkilerinden hareketle mesleki yaşamlarının sonlandırılması sonucunu doğuran ağır bir yaptırımla karşılaşmaları ölçülü bir müdahale olarak kabul edilemez. Elbette, cinsel yönelimden kaynaklı davranışlar askerlik mesleği ve disiplin üzerinde gösterilebilir somut olumsuzluklara yol açıyorsa kuralda öngörülen yaptırıma gidilebilir ancak özel hayata ait tercihlerden dolayı asker kişinin mesleğin onurunu zedeleyeceği, disiplinsizliğe neden olacağı otomatik olarak varsayılmamalıdır.

37. Asker kişilerin “doğal” olmayan cinsel davranışlarının askerlik mesleğinin onurunu zedeleyeceği veya disiplinsizliğe neden olacağı konusunda somut gerekçeler sunulmadan özel hayatın en mahrem kısmında yer alan cinsel yönelimlerinden kaynaklı davranış ve ilişkileri nedeniyle kuralda belirtilen ağır ve adil olmadığı söylenemeyecek olan yaptırımlara adeta otomatikman maruz kalması özel hayata saygı

⁴³ *Marcus Frank Cerny* [GK], B. No: 2013/5126, 02/07/2015, § 73.

⁴⁴ *Ata Türkeri*, B. No: 2013/6057, 12/12/2015, § 44.

hakkına demokratik toplum düzeni bakımından gerekli ve ölçülü olmayan bir müdahale olduğundan Anayasa'nın 20. ve 13. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

b) Anayasa'nın 10. maddesi yönünden

38. Anayasa'nın 10. maddesinin ilk fıkrasında “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*” hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*” hükmü gereğince yasama, yürütme ve yargı organları ve idari makamları eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uygun davranmakla yükümlüdürler.⁴⁵ İlk fıkradaki “*herkes*” ibaresi ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamış ve “*benzeri sebepler*”le de ayırım yapılamayacağı esası getirilmiştir. Madde eşitlik ilkesinden faydalanacak kişiler ve ilkenin kapsamı konusunda bir herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Mahkememize göre de ayrımcılık temelleri yalnızca maddede sayılanlarla sınırlı değildir.⁴⁶

39. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun 10. madde gerekçesinde, “*İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsanlar arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar*” diyerek bu maddenin insan haysiyetiyle olan ilişkisini vurgulamıştır.⁴⁷

40. AYM içtihatlarına göre eşitlik ilkesinin amacı, “*aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır*”.⁴⁸ Anayasa'nın 10. maddesi “*ayrımcılık yasağı*” biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin, anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekir.⁴⁹ Böylece eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da kapsamış olmaktadır.

41. Anayasa Mahkemesi ayrımcılığı, “*nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi olarak tanımlamakta ve din, siyasi görüş, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddi olarak*” tanımlamıştır.⁵⁰ AYM'ye göre ayrımcılık iddiası “*başvurucunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan*

⁴⁵ Tuğba Arslan, B.No: 2014/256, 25/06/2014, § 110.

⁴⁶ AYM, E.1986/11, K.1986/26, K.T. 04/11/1986.

⁴⁷ Akad, Mehmet ve Abdullah Dinçkol (1998), *Gereççeli İçtihatlı 1982 Anayasası Madde Gereççeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, İstanbul: Alkım Yayınevi, s. 38.

⁴⁸ AYM, E.2009/47, K.2011/51, K.T. 17/03/2011.

⁴⁹ AYM, E.1996/15, K.1996/34, K.T. 23/09/1996; E. 1987/16, K. 1988/8, 19/04/1988. Bu yöndeki bireysel başvuru kararı için bkz. Tuğba Arslan, B.No: 2014/256, 25/06/2014, § 108.

⁵⁰ Tuğba Arslan, B. No. 2014/256, 25/06/2014 § 112.

muamelenin, kendisine yapılanla arasında farkını bulduğunu ve bunun meşru bir temeli olmaksızın sırfırk, renk, cinsiyet, din, dil, cinsel yönelim vb. ayırıcı bir nedene dayandığını makul delillerle” ortaya koyduğu takdirde ciddiye alınabilecektir.”⁵¹

42. AYM'nin çok sayıda kararında benimsediği eşitlik anlayışı haklı bir neden⁵² bulunmadıkça hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınmamasını amaçlamaktadır. Buna göre, haklı neden ölçütü ile yasal düzenlemelerle yapılan bir sınıflandırma ile yasal düzenlemenin amacı arasındaki bağın mevcudiyetini, sınıflandırmanın yasa ile öngörülen amaca hizmet edip etmediğini ve orantılı olup olmadığını belirlemektedir. Kanunların, eşitlik ilkesine aykırı olmadığını söyleyebilmek için, “*sınıflandırmanın anlaşılabilir bir farklılığa dayanması, sınıflandırmanın kanunun amacıyla ilişkili, akla uygun ve adil olması, nedensiz, haksız, keyfi olmaması gerekir*”.⁵³ Anayasa'nın 10. maddesinin denetiminde hukuksal durumları aynı olanlar, başka bir deyişle karşılaştırılabilir olanlar arasında haklar ve özgürlüklerden yararlanma açısından farklılık olup, olmadığına bakılarak, şayet farklılık varsa bunun nesnel ve makul bir haklı bir nedene dayanıp, dayanmadığı araştırılacaktır. Haklı nedeninin varlığının tespit edilemediği durumlarda ilgili kural anayasal denetimden geçmeyecektir.

43. Cinsiyet TDK Türkçe Sözlüğüne “bireye, üreme işinde ayrı bir rol veren ve erkekle dişiği ayırt ettiren yaradılış özelliği, eşey, cinslik” olarak tanımlanmaktadır.⁵⁴ Cinsiyet kavramını sadece kadın ve erkeğin biyolojik özellikleriyle sınırlı tutmamak gerekmektedir, zira bu kavram günümüzde cinsiyetin toplumsal yansımalarını da kapsadığından hem biyolojik hem de toplumsal olana işaret etmektedir.⁵⁵ Cinsel yönelim ayrımcılığı cinsiyetle ilgili toplum çoğunluğunca benimsenen cinsiyete dayalı tercihler, toplumsal ve kültürel varsayımlar, beklentiler ve normlara aykırı davrananlara yöneldiğinden cinsel yönelimin cinsiyet ayrımcılığıyla hiç ilgisi olmadığı söylenemez. Şunu da eklemek gerekir ki, cinsiyet ayrımcılığının kökeninde kadınlara dönük ayrımcılıkla mücadelenin yatması, örneğin bazı mesleklerden erkeklerin dışlanması da cinsiyet ayrımcılığıyla mücadele kapsamında görülmesini engellemiştir. Benzer şekilde cinsiyet ayrımcılığı

⁵¹ Murat Durmaz, B. No. 2013/5956, 15/04/2014, § 32; Sadıka Şeker, B. No. 2013/1948, 23/01/2014, § 59; Kamil Çakır, B. No. 2013/997, 15/10/2014, § 45.

⁵² AYM'nin kullandığı “haklı neden” ölçütü AİHM'nin uyguladığı “meşru amaç” ölçütüyle aynı işlevi görmektedir.

⁵³ AYM, E. 2006/159, K. 2010/47, 24/03/2010; E. 1987/16, K. 1988/8, 19/04/1988.

⁵⁴ Türk Dil Kurumu (2011), *Türkçe Sözlük*, Ankara: TDK Yayınları 11. Baskı, s.468. Sözlük, “cinsel sapık”, “cinsel taciz”, “cinsellik bilimi”, “cinsiyet ayrımcılığı”, “çift cinsellik” ve “eşcinsellik” gibi kavramları tanımlamakla beraber “cinsel yönelim”, “toplumsal cinsiyet”, “cinsel tercih”, “cinsel kimlik” ve “cinsiyet kimliği” gibi kavramlara yer vermemiştir. TDK Sözlüğünde olduğu gibi başka sözlüklerde de cinsiyet biyolojik temelli tanımlanmaktadır. Örneğin, Misalli Büyük Türkçe Sözlüğe göre cinsiyet “bir canlı varlığın üremede oynadığı role göre erkek veya dişi oluşunu belirleyen özellik, erkek veya dişi oluş” anlamına sahiptir. Bkz: Ayverdi, İlhan, (2005), *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, İstanbul: Kubbealtı Neşriyatı 1. Cilt A-G, s. 497. Bu sözlükte de cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kavramlarına yer verilmemiştir.

⁵⁵ Türkçedeki “cinsiyet” kavramı biyolojik cinsiyeti (*sex*) belirtirken, cinsiyet kaynaklı toplumsal roller ve işlevler genel olarak “toplumsal cinsiyet” (*gender*) kavramı ile ifade edilmektedir. Bununla beraber, karşıoy görüşümde cinsiyet kavramını hem biyolojik hem de toplumsal anlamlarını da kapsayacak şekilde kullanacağım.

sadece kadın ve erkeğin biyolojik özellikleri ve toplumsal rollerinden türeyen ayrımcılığı değil cinsel yönelim kaynaklı ayrımcılığı da kapsayabilmektedir.

44. Cinsel yönelim kaynaklı ayrımcılığın Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan ayrımcılık temelleri içinde olan cinsiyet ayrımcılığı kapsamında görülebilmesi mümkünse de, maddenin devamındaki “ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin” ibaresi cinsel yönelim ayrımcılığının cinsiyet ayrımcılığı içinde değerlendirilmesini gereksiz kılmaktadır. Uluslararası hukuk âleminde yaptığımız kısa turda cinsel yönelim temelli ayrımcılığın, temel uluslararası insan hakları sözleşmelerinde doğrudan ifade edilmediğini, ilgili metinlerde var olan ucu açık ibarelerin yetkili mahkeme ve komitelerce yorumlanması sonucunda bunun ayrımcılık yasağı kapsamına sokulduğunu görmüştük. Anayasa koyucu 10. maddede açık uçlu bir ayrımcılık temeli bırakarak, günün değişen koşulları karşısında ayrımcılığa yol açabilecek yeni toplumsal sınıflandırmaların ortaya çıkması halinde, maddenin yaşayan ve dinamik bir şekilde yorumlanmasının, dipdiri kalmasının ve içinin doldurulmasının önünü kapatmak istememiştir. “Benzeri sebepler” ibaresi maddede belirtilen cinsiyet ayrımcılığıyla ilişkili, ilintili ve bağlantılı olarak yorumlandığında itiraz konusu kuralın içerdiği cinsel yönelim de yasaklı ayrımcılık temellerinden biri olacaktır. Buradaki temel iddiamız cinsel yönelimin “benzeri sebepler” kavramı dâhilinde Anayasa'nın 10. maddesinde yasaklanan ayrımcılık temellerinden birini oluşturduğudur.

45. “Benzeri sebepler” ibaresinin yalnızca maddede açıkça sayılan ayrımcılık temellerine benzer temeller çerçevesinde yorumlanmasının ibarenin kapsamını oldukça daraltacağı, bunun da maddede sayılan temellerden hiç biri ile benzerlik taşımayan başka temellerden kaynaklanan ayrımcılıkların anayasal denetim dışında bırakılması riskini doğuracağı öğretide dile getirilmiştir.⁵⁶ Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi “benzeri sebepler” ibaresinin geniş yorumlanmasına açık olduğunu bir kararında “...eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. ‘Benzeri sebeplerle’ de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş...” diyerek ifade etmiştir.⁵⁷ Mahkeme, bireysel başvuru kararlarında da maddedeki “herkes” ve “benzeri sebepler” ifadelerinin ayrımcılığa karşı korunan kişi ve ayrımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşımı benimsemediğinin bir göstergesi olarak, bu ibarelerin ayrımcılığa karşı korunan kişi bakımından açık uçlu bir şekilde yorumlamanın önünü açık tutma eğilimindedir.⁵⁸

46. Eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmaya imkân tanıyan temel bir ilke olarak kabul edilmekte olup Anayasa'nın 10. maddesi ilkenin kapsamı konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Toplumun çoğunluğundan farklı cinsel yönelime sahip kişilerin “herkes” kapsamında hak özneleri olarak anayasada yer verilen hak ve özgürlüklerden ayrımcılık yasağı kapsamında yararlanmaları gerektiği kuşkusuzdur. Ayrımcılık yasağı, “din, siyasi görüş, cinsel ve

⁵⁶ Örneğin bkz. Karan, Ulaş, (2015), “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi* 32, s. 248.

⁵⁷ AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, K.T. 04/11/1986. Mahkeme içtihatlarına bakıldığında soyut ve somut norm denetimi kapsamında dil (2009/47, K. 2011/51, 17/03/2011), yaş (E. 2000/39, K. 2002/35, 20/03/2002; E. 2009/93, K. 2011/73, 28/04/2011) ve engellilik (E. 2002/70, K. 2004/56, 06/05/2004) gibi 10. maddede sayılmayan ayrımcılık temelleri ile ilgili karar verildiği görülmektedir.

⁵⁸ *Tuğba Arslan*, B. No. 2014/256, 25/06/2014 §§ 115; *İbrahim Uysal*, B. No. 2014/1711, 23/07/2014, § 48; *Hüseyin Kesici*, B. No. 2013/3440, 20/04/2016, § 56.

cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini” içerir.⁵⁹ Anayasa’nın 10. maddesinde cinsel yönelim ile ilgili özel bir düzenleme bulunmaması bunun madde kapsamı dışında tutulduğu anlamına gelmemelidir. Anayasa Mahkemesi cinsel yönelimi en az ırk, köken, renk kadar ciddi bir ayrımcılık temeli olarak gördüğünü ve özel hayatın mahrem yönlerinden birini oluşturduğunu kabul etmiştir.⁶⁰ Mahkemenin, bireysel başvuru kararlarında cinsel yönelimi ayrımcılık çeşitleri arasında saymakla beraber bunu şüpheli bir ayrımcılık temeli olarak görmediği bu yönde hak ihlali bulmadığı bireysel başvuru kararları da mevcuttur.⁶¹

47. “Şüpheli” ifadesi belirli temelerde ortaya çıkan farklı muamelelerin ayrımcılığa neden olma ihtimalinin yüksek olduğuna dair bir şüphenin varlığını ifade etmektedir. Peki, bir topluluğa veya gruba dönük farklı muamelelerin şüpheli ayrımcılık temeli oluşturduğunu nasıl tespit edebileceğiz? Bu konuda, söz konusu topluluğun onu diğer insan topluluklarından ayırt eden değişmez, açık ve ayırt edici özellikler taşıması, geleneksel olarak kökleşmiş basmakalıp ve derin önyargılardan beslenen sistematik yaygın bir ayrımcılığa uğraması, siyasi ve toplumsal manada güçsüz ve zayıf olması ve bütün bunların bir sonucu olarak maddi ve manevi varlıklarını, kişiliklerini geliştirmelerinin ve içinde yaşadıkları topluma katkı yapmalarının mümkün olamaması, o topluluğun veya grubun karşılaştığı farklı muamelelerin şüpheli temellerini ortaya koymaya yarayan testleri bize sunmaktadır.⁶²

48. İtiraz konusu kuralın ana muhatabı esas olarak cinsel yönelimi eşcinsellik olan asker kişiler ve erbaşlar olmakla birlikte kural, LGBTİ+⁶³ kısaltması altında yer alan bir insan grubunu veya topluluğunu cinsel yönelimlerinden dolayı karşılaştırılabilir veya benzer konumda olan başka insan topluluklarına göre ayrımcılık sonucunu doğuran şüpheli bir temelde farklı muameleye tabi tutmaktadır. AYM 10. madde incelemesinde ayrımcılığın tespit edilebilmesi için ilk olarak iki veya daha fazla grup ya da kategori kişi arasında karşılaştırma yapmakta ve bir grubun ya da kategorinin diğerine göre olumsuz yönde daha farklı muameleye tabi tutulup tutulmadığını tespit etmeye çalışmaktadır.⁶⁴ Bir karşılaştırmanın yapılabilmesi için aynı veya benzer bir karşılaştırma öznesinin mevcut olması gerekmektedir. Farklı muamelelerin varlığı tespit edildikten sonra bunun makul ve nesnel gerekçeye veya gerekçelere dayanan haklı bir nedeninin olup, olmadığı Mahkemece

⁵⁹ Tuğba Arslan, B. No. 2014/256, 25/06/2014 § 114.

⁶⁰ Sinem Hun, B. No: 2013/5356, 08/05/2014, § 32; Ahmet Şanci, B. No: 2012/29, 05/11/2014; Şahin Karaman, B.No: 2012/1205, 08/05/2014, § 41; Mehmet Fatih Yiğit ve Diğerleri B.No: 2014/16838, 09/09/2015 § 82; Cemal Duğan, B. No. 2014/19308, 15/02/2017, § 42. (AYM cinsel yönelim yerine bazen cinsel tercih kavramını da kullanmaktadır).

⁶¹ Sadıka Şeker, B. No. 2013/1948, 23/01/2014, § 59.

⁶² Bu testler temelde Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. Bu konuda bkz. Claus, Andrea L. (2011), “The Sex Less Scrutinized: The Case for Suspect Classification for Sexual Orientation”, *Phoenix Law Review* 5, s. 153.

⁶³ LGBTİ+ kısaltması Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Transseksüel, İnterseks ve diğer cinsel yönelimleri ifade etmektedir.

⁶⁴ Örneğin AYM bir bireysel başvuru kararında başörtülü kadın avukatlar ile başörtüsüz kadın avukatların karşılaştırılabilir durumda olduğuna belirtmiştir. Bkz. Tuğba Arslan, B. No. 2014/256, 25/06/2014, § 118.

ele alınmaktadır.⁶⁵ Bu aşamalardan sonra, AYM “devletin kullandığı araç ile gerçekleştirmeye teşebbüs ettiği amaç arasında, gerçekten makul bir orantılılık ilişkisinin ortaya konulup konulmadığını” inceleyecektir.⁶⁶

49. Çoğunluk, “TSK’nın milli güvenliğinin korunmasında üstlendiği görev ve askerlik mesleğinin özellikleri göz önüne alındığında TSK’da görev yapan asker kişiler ile diğer kamu görevlilerinin hukuki durumlarının aynı olmadığı” gerekçesiyle asker kişiler ile diğer kamu görevlileri arasında eşitlik karşılaştırması yapılamayacağı kanaatine ulaşmıştır (AYM kararı § 21). Burada eşitlik karşılaştırması yapılması gereken grup asker kişilerle diğer kamu görevlileri olmayıp, TSK içindeki tabii mukarenette bulunan asker kişilerle gayri tabii mukarenette bulunan asker kişilerdir. Aynı konumda bulunan asker kişilerden doğal kabul edilen cinsel yönelime, davranışa sahip olanlar herhangi bir yaptırımla karşılaşmazken, doğal olmadığına hükmedilen cinsel yönelime sahip olanlar işten çıkarılma gibi ağır bir yaptırıma uğratılarak farklı bir muameleye tabi tutulmaktadır.

50. İtiraz konusu kuralın aynı konumda bulunan asker kişiler ve erbaşlar arasında cinsel yönelim kaynaklı farklı bir muameleye neden olduğu tespitimizden sonra bunun makul ve nesnel bir gerekçeye dayanan haklı nedeninin varlığının aranması gerekmektedir. Askerî disiplinin sağlanması ve askerlik mesleğinin onur ve saygınlığını korumak amacıyla kuralın getirilmesi farklı muamelenin haklı bir nedene dayandığını bize göstermemektedir, çünkü bu makul ve nesnel olarak çoğunluk kararında ortaya konulmamıştır. Denebilir ki bu tarz bir denetim itiraz veya iptal incelemelerinden ziyade bireysel başvuru kararları için daha uygundur. Diğer taraftan idarece belirtilen kuralın dayanağının AYM tarafından hiç incelenmeden neredeyse aynen farklı muamelenin haklı nedeni olarak kabul edilmesi 10. maddenin itiraz ve iptal başvurularında bir tür içinin boşaltılması anlamına gelebilecektir.

51. Şu ana kadar özetleyecek olursak itiraza konu olan kural, aynı konumda karşılaştırılabilir iki grup asker kişi ve erbaş arasında makul ve nesnel haklı bir nedenle yokluğunda doğal olmadığı varsayılan cinsel yönelime sahip olanlar aleyhine 10. madde anlamında eşitsizliğe ve ayrımcılığa neden olmaktadır. Bir an için haklı bir nedenle olduğunu varsaysak bile, bir araç olarak kuralla öngörülen yaptırımın varılmak istenen amaçla makul bir orantılılık içinde olmadığını ifade edebiliriz.

52. Kuralın neden olduğu farklı muamelenin 10. maddedeki “benzeri sebepler” ibaresi kapsamı içinde rahatlıkla konuşulabileceğimiz cinsel yönelim kaynaklı şüpheli bir temelden türediğini bu karşıoy görüşünde savunmaktayız. Bu temelin şüpheli olduğu kanaatine daha önce (§ 47) belirlediğimiz testleri uygulayarak aşağıdaki şekilde ulaştık.

53. Öncelikle, kuralın ana muhatabı olan eşcinsel (ve LGBTİ+) cinsel yönelimli asker kişiler heteroseksüel cinsel yönelimli diğer asker kişiler ve insan topluluklarından ayırmakta ve bu yönleri onların açık ve ayırtedici özelliklerini yansıtmaktadır. Eşcinsel cinsel yönelim bu topluluğu diğer insan topluluklarından ayıran, kendi kontrollerinde olmadığı düşünülen, neredeyse değişmez esaslı bir tanımlayıcı özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel yönelim kişiliğin temel unsurlarından biridir ve ayrımcı

⁶⁵ Tuğba Arslan, B. No. 2014/256, 25/06/2014 §§ 119-122.

⁶⁶ Tuğba Arslan, B. No. 2014/256, 25/06/2014 § 123.

muameleye tabi kalmamak için kişiden cinsel yönelimini değiştirmesi beklenmemelidir.⁶⁷ Herkes kendi varoluşunu tanımlamada eşit kişisel özerklik ve özgürlüğe sahiptir. TDK Sözlüğünde özerkin bir anlamı “kendi kendisini idare edebilen” kimsedir.⁶⁸ Özerklik felsefi manada ise “kişinin kendisinin belirlemesinden, yönlendirmesinden, yönetmesinden oluşan ve her tür baskı ve zorlamadan bağımsızlıkla belirlenen hali; bir insanın kendi kendisini belirleme gücü;” olarak tanımlanmaktadır”.⁶⁹ Özerk bir bireyden, farklı muamele kaynaklı ayrımcılıktan kurtulmak için kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan ve kişiliğinin önemli ve ayrılmaz bir parçasını oluşturan cinsel yönelimini inkâr etmesini veya değiştirmesini beklememelidir.

54. Bir kişinin veya kişi grubunun karşılaştığı farklı muamele bakımından ilgisiz ve etkisiz bir özelliğinin, muamelenin belirleyici bir unsuru olarak kullanılması ayrımcılık doğurmaktadır. İnsan hakları doğuştan sahip olunan haklar olduğu için bireyin hayat tarzı, cinsel yönelimi ve özellikleri nedeniyle yitirilmemelidir. Doğuştan gelen ya da sonradan edinilen bazı özelliklerinden ötürü belli bir topluluğa dâhil olan (ya da edilen) insanları ayırt edici bu özelliklerinden dolayı onların diğerlerinden daha aşağı ve hatta kötücü oldukları yönünde bir algıya neden olabilecek yaptırımlar öngören her türlü hukuki kural ayrımcılığa sebep olacaktır. Bu durum egemen çoğunluktan farklı cinsel yönelimi olan insanlara diğer insanlar, toplum, hukuk ve devlet tarafından bir çeşit alt-insan, insan olmaya tam anlamıyla layık olmayan insan muamelesi yapılmasını adeta meşrulaştıracaktır.

55. İtiraz konusu kural LGBTİ+ bireylerle ilgili tarihin derinliklerinden gelen ve sistematik olarak toplumsal hayatta kökleşmiş basmakalıp ve derin önyargıları yansıtarak, onların sürekliliğine neden olmaktadır. Cinsel yönelimden kaynaklanan ayrımcılığın temelinde her iki cinsiyetin davranışlarıyla ilgili genelleşmiş, basmakalıp, normal sayılan davranışların kabulü yatmaktadır. Cinsel yönelim ayrımcılığı, LGBTİ+ topluluğunun bu özelliklerinden dolayı diğer topluluklara getirilmeyen yükümlülükler ve dezavantajlarla karşılaşması ve toplumun diğer üyelerine sunulan fırsatlar, faydalar ve avantajlardan eşit olarak yararlanmamasına neden olmaktadır. LGBTİ+ kişiler de dahil olmak üzere bütün bireylere bir toplumda mevcut olan fırsatlara erişmek için eşit ve adil imkânlar sunmak ve bunun önündeki engelleri kaldırmak gerekir. Kısaca vurgulamak gerekirse bu topluluk cinsel yönelimlerinden dolayı geleneksel ve yaygın olarak sistematik bir şekilde ayrımcılığa uğramaktadır ve itiraza konu olan kural asker kişiler ve erbaşlar yönünden buna cevaz vermektedir. Aynı veya benzer bir konumdaki başkalarının karşılaştığı veya karşılaşacağı muameleye kıyasla bir kişinin arzu edilmeyen bir muameleyle karşılaşmasının kökeninde “şüpheli” temel kapsamına giren farklı bir cinsel yönelimin olması bu kişiye ayrımcılık yapılmasının temel nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa koyucunun bazı türde farklı muamelelere özel önem verip bunları saymış olması, “benzeri sebepler” ibaresinden hareketle cinsel yönelimin şüpheli temeller arasında sayılmasının önünde bir engel değildir.

56. Türkiye’de LGBTİ+ topluluğu siyasi ve toplumsal olarak güçsüz ve zayıf olup, topluluk mensupları maddi ve manevi varlıklarını ve kişiliklerini geliştirerek içinde yaşadıkları topluma katkı yapmaları hususunda büyük zorluklarla karşılaşmaktadır. Türk toplumun önemli bir bölümünün LGBTİ+ davranışları, kimliği ve fiillerini genel ahlaka

⁶⁷ Tam da bu nedenle önceleri kullanılan cinsel tercih terimi yerini günümüzde kabul edilen cinsel yönelim kavramına bırakmıştır.

⁶⁸ <http://www.tdk.gov.tr>.

⁶⁹ Cevizci, Ahmet (2003), *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Paradigma Yayınları, ss: 310-311.

aykırı gördüğünü söylemek mümkündür. Yapılan bir araştırmada Türkiye’de halkın %70’inin eşcinsel ve lezbiyenlerin hayatlarını diledikleri gibi sürdürmeleri düşüncesine karşı çıktığı ve %87’sinin bu özelliklere sahip komşu istemediği ortaya konulmuştur.⁷⁰ Türkiye’nin önde gelen LGBTİ+ sivil toplum kuruluşlarından olan KAOS GL bir raporunda şu tespitlerde bulunmuştur: “*LGBT vatandaşlar iş aramaktan, iş bulmaktan, mesleki gelişimden, gelir, sağlık ve eğitim olanaklarından, toplumsal ve topluluksal yapılardan, ağlardan ve etkinliklerden uzaklaştırılmakta, yetkisizleştirilmekte ve ilişkisi-leştirilmektedir. LGBT’ler çoğu zaman sosyal, politik ve ekonomik savunmasızlığa itilerek özgür iradeleri ile tercihte bulunmaktan, olanakları kullanmaktan, hak ve özgürlüklerini talep ve elde etmekten mahrum bırakılmaktadırlar. Bu durum, dezavantajlı arka planlardan gelen ve riskli koşullara tabi tutulan LGBT’lerin toplumun eşit üyeleri olarak kendi insan haklarını elde etmeleri önünde ciddi engeller yaratmaktadır.*”⁷¹ BM İnsan Hakları Komitesi’nin en son 2012 yılında Türkiye hakkındaki Sonuç Gözlem Raporu’nda Komite, Türkiye’deki LGBT’lere dair ayrımcılık ve şiddete ilişkin derin endişelerini belirtmiş, Türk Hükümeti’ne bir an önce gerekli yasal ve politik tedbirleri almasını tavsiye etmiştir.⁷² ASHK’da Türkiye’de çalışma hayatında, özellikle cinsel yönelim kaynaklı ayrımcılığa karşı yeterli önlem ve güvencelerin sunulmadığından hareketle bu durumun ASŞ ile uyumluluk taşımadığı tespitinde bulunmuştur.⁷³

57. AİHM, heteroseksüel çoğunluğun eşcinsel azınlığa karşı duyduğu önyargıların ve olumsuz tutumların, gelenek veya ülkelerin genel eğilimi gereğesiyle meşrulaştırılmayacağını, böyle bir durumun demokratik bir toplumun esasını oluşturan eşitlik, hoşgörü ve çoğulculukla uyuşmayacağı vurgulamıştır.⁷⁴ Hiç kuşku yok ki, toplumun kendi kültürünü ve onun altında yatan ahlaki ilkeleri, normları korumak hakkı vardır ancak bu çoğunluğun kendisinden farklı olanları belli davranış kalıplarını benimsemeye zorlamasını meşrulaştırmaz. LGBTİ+ insanları ve topluluğu tıpkı diğer insanlar gibi eşit ilgi ve saygıya, haysiyete layık olup, ötekileştirme, yok sayılma ve ayrımcılığa karşı anayasal güvencelerden herkes gibi yararlanabilmelidir. Anayasada devletin resmen kabul ettiği cinsel bir yönelim olmadığından, devlet tüm cinsel yönelimler karşısında eşit ve tarafsız kalmalıdır. LGBTİ+’lerin eşit fırsat ve haysiyetle toplumsal

⁷⁰ Ekmekçi, Perihan Elif ve Berna Arda (2017), “An overview of LGBT rights and health legislation in Turkey from an ethical perspective”, *Medicine and Law* 36(3), s. 28.

⁷¹ Şahin, Salih (2015), Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İçin LGBT Hakları El Kitabı, Ankara: KAOS GL, s. 8. LGBTİ+ bireylerin karşılaştıkları sorunlar için ayrıca bkz. Öz, Yasemin (2012), *Study on Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity Legal Report: Turkey* https://www.coe.int/t/commissioner/source/lgbt/turkeylegal_e.pdf, erişim 29/01/2018.

⁷² Human Rights Committee (2012), *Concluding observations on the initial report of Turkey adopted by the Committee* at its 106th session, 15 October to 2 November <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/co/CCPR-C-TUR-CO/1.doc>, erişim 30/01/2018.

⁷³ European Committee of Social Rights (2016), *European Social Charter Conclusions: TURKEY*, <https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/-/discrimination-remains-widespread-in-the-states-parties-to-the-european-social-charter?desktop=true>, erişim 29/01/2018.

⁷⁴ *Bayev and Others v. Russia*, B. No. 67667/09 ve 1. 67667/09, 20/06/2017 §§ 68, 83; *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, B.No. 33290/96, 21/12/1999, §§ 34- 36; *L. and V. v. Austria*, B. No. 39392/98 ve 39829/98, 09/01/2003, §§ 45, 51-52; *Smith and Grady v. the United Kingdom* B.No. 33985/96 ve 33986/96, 27/09/1999 § 102.

yaşama katılmalarının engellenmemesi gerekir. Cinsel yönelimlerden birinin toplum çoğunluğu tarafından benimsenmesi ve “doğal” ve genel ahlaka uygun karşılanarak bunun dışındakilerin kabul edilemez, haklardan yararlanamaz bir şekilde önyargılara kurban edilmesi, ayrımcı muamelelere tabi tutulması modern demokratik devlet anlayışı, demokratik toplum düzeni ve anayasal ilke ve haklarla uyuşmamaktadır.

58. Genel ahlak, insanlar arası ilişkileri düzenlemek ve toplumun hayatiyetini ve sürekliliğini sağlamak amacıyla her toplumda kendine özgü bir şekilde ortaya çıkan, bireylerin öznel ahlak anlayışlarının üzerinde ve ötesinde toplumun büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilerek nesilden nesile aktarılan, durağan olmayıp değişkenlik gösteren hukuk ve toplumsal davranış kuralları bütünüdür. Anayasa Mahkemesi bir kararında genel ahlakı “*belirli bir dönemde doğru, makul ve adil düşünceye sahip toplum genelinin benimsediği ahlak ve edep anlayışı*” olarak tanımlamıştır.⁷⁵ Bununla beraber aynı kararda “*soyut ve değişken bir kavram olan genel ahlaka ve adaba aykırılığın tespitinde toplumun belirli bir kesiminde kabul edilen değer yarguları değil, demokratik toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması gerekmektedir. Böylece çoğunluğun veya bir kesimin ahlak anlayışının toplum geneline dayatılması riskinin önüne geçilebilecektir... sınırlanmak istenilen davranış değerlendirilirken demokratik toplumun temellerini oluşturan hoşgörü, açık fikirlilik, çoğulculuk gibi değerler ve özgürlüğü genişletici yorum yöntemleri yanında davranışın demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır*” tespitlerinde bulunmuştur.⁷⁶ AYM burada bir taraftan toplumun çoğunluğuna kabul edilen ahlak anlayışının genel ahlakın tanımladığını kabul ederken, diğer taraftan bunun genel ahlakın tanımlanmasında ve yorumlanmasında demokratik toplum düzenini esasını oluşturan hoşgörü, açık fikirlilik, çoğulculuk gibi değerlerle, özgürlüğü genişletici yorumlarla ve demokratik toplumun ahlaki standartlarıyla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

59. Toplumun çoğunluğunun ahlak anlayışı genel ahlakın nasıl algılandığını etkilemekle beraber bu anlayışın hoşgörü, açık fikirlilik, eşitlik, çoğulculuk ve özgürlükçülük değerleriyle birlikte göz önüne alınması doğru olacaktır. Anayasal bir kavram olarak genel ahlak temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında kullanılan meşru amaçlardan biri olmakla beraber ne olduğunun tek başına toplum çoğunluğunun davranışlarına göre belirlenmesi farklı cinsel yönelimi olanların temel haklardan diğerleri gibi eşit bir şekilde ayrımcılığa uğramadan yararlanmalarının önünde bir set oluşturacaktır.

60. Toplumsal olarak genel ahlaka aykırı nitelendirilen her davranış ve eylem anayasal manada genel ahlaka veya anayasal ahlaka aykırı olmayabilir. Genel kamusal ahlak ile anayasal ahlak her zaman örtüşmeyebilir. Anayasal ahlak çoğulculuk, hoşgörü, eşitlik ve insan haklarına saygı gibi anayasal değerleri temel alan ahlakur ve insan haysiyetini korumayı amaçlar. Toplumsal genel ahlak anlayışı Anayasa'nın güvence altına aldığı haklardan belli bir topluluğun taşıdığı bazı özellikler, sergilediği davranışlar ve gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı yararlanamaması sonucunu doğurmamalıdır. İtiraz konusu kural bakımından değerlendirildiğinde LGBTİ+ bireylerin ülkemizde gerek devlet katında gerekse de özel, sivil, kamusal alanda ayrımcı muamelelerle karşılaştıkları, “sapık”,

⁷⁵ AYM, E: 2014/118, K: 2015/35, 01/04/2015. Bu yaklaşımda genel ahlakı “*belli bir zamanda belli bir toplumun büyük çoğunluğuna benimsenmiş bulunan ahlak kuralları*” olarak tanımlayan 53 yıl önce verilmiş bir kararın izlerini görmek mümkündür. Bkz. E. 1963/128, K. 1964/8, K.T. 28/01/1964.

⁷⁶ AYM, E: 2014/118, K: 2015/35, 01/04/2015.

“sapkın”, “ahlaksız”, “edepsiz”, “hasta”, “iffetsiz” gibi nitelemeler, suçlamalar ve ithamlar altında büyük zorluklarla gündelik hayatlarını sürdürmeye çalıştıkları inkâr edilemez bir toplumsal ve hukuki gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

61. Anayasaların uygulandıkları toplumların toplumsal gerçekliğiyle uyum içinde olması, ondan kopuk olmaması hayatiyetleri bakımından önemli olmakla beraber anayasa metinleri belli bir zaman ve mekân bağlamında, o zaman ve mekâna ait değerler etrafında çok da donuklaşmamalıdır. Günümüzde toplumsal değişimin hızının artmasıyla birlikte anayasaların yaşayan ve adeta canlı bir metin olarak yorumlanmaları önem kazanmıştır. LGBTİ+ hakları için Türk toplumunun henüz hazır olmadığı iddia edilebilirse de, taraf olduğumuz uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve onları denetleyen uluslararası insan hakları mahkemeleri ve komitelerinin kararları aksini işaret etmektedir. Üstelik toplumun genel ahlakını korumak adına LGBTİ+ bireylerden talep edilen fedakârlık çok fazla olup, son derece ölçüsüzdür, zira bu insanlardan kişisel özgürlük ve haysiyetlerinin diğer insanlardan daha alt düzeyde olduklarının kabulü istenmektedir. Hâlbuki anayasamızda geçen “herkes” ve “kişi” kavramları belli bir cinsel yönelimi işaret etmemektedir.

62. Ayrımcılık yasağının temel hareket noktası bazı insanların yasaklı veya şüpheli bir temel bağlamında belli bir topluluğa, gruba ait olmalarından dolayı onlara diğer insanlar ve devlet tarafından haklı bir neden olmaksızın farklı muamelede bulunulmasının engellenmesidir. İnsanlar arasındaki cinsel yönelim farklılıkları köken, din, ırk, etnisite, cinsiyet farklılıkları gibi yeryüzündeki insan çeşitliliğinin ve varlığının bir yansımasıdır. Nasıl ki beyaz ırkın siyah ırka veya A etnisitesinin B etnisitesine bir üstünlüğü, ayrıcalığı yoksa heteroseksüelliğin de farklı cinsel yönelimler karşısında insan hakları açısından bir üstünlüğü, ayrıcalığı yoktur. Ortaya çıkan ayrımcılıklar siyasi, toplumsal, iktisadi ve biyolojik sahalarda tezahür eden (biyo)iktidar ilişkilerinin bir sonucudur. Cinsel yönelim temelinde yapılan ayrımcılığın kökeninde toplumdaki egemen heteroseksüel cinsel yönelimin heteronormatifleştirici⁷⁷ bir tarzda diğer cinsel yönelimlere uyguladığı eşitsiz ve ayrımcı muameleler yatmaktadır. Bir toplumu oluşturan bireylerin çoğunluğundan farklı bir cinsel yönelimi olan insanlar neyin normal, neyin sapma olduğunu tespit eden “normalleştirici hükümler ve kurallar”⁷⁸ altında tekdüze bir normalliğin dışlayıcı, ayrımcılaştırıcı, ikincilleştirici ve ötekileştirici uygulamalarına maruz kalmaktadır.

63. Cinsel yönelim olarak normali temsil ettiği kabul edilen zıt cinselliğin egemen olduğu bir toplumda eşcinsel yönelimler demokratik bir toplumsal düzende bireysel ve toplumsal çeşitliliklerin ve çoğulculuğun bir tezahürü olarak kabul edilmelidir. LGBTİ+’ler bir zamanlar ABD’de ırk ayrımcılığını meşrulaştırmak için kullanılan “*separate but equal*” (ayrı ama eşit)⁷⁹ uygulamasının, siyasasının muhatabı olarak görülmemelidirler. Farklı olanları korumak için ortaya çıkan insan hakları tarihi insanlar arasında ayrımcılık yaratan egemen kültürel normlar, uygulamalar ve geleneklerin adil olmayan, haksız ve

⁷⁷ “Heteronormativite heteroseksüelliğin doğal ve toplumsal norm olarak kabulünden hareketle bir toplumdaki bütün bireylerin heteroseksüel olarak varsayıldığı, tüm kavram ve kurumlar ile sosyo-kültürel yapının bu varsayım etrafında şekillendiğini bir iktidar sistemini” ifade etmektedir. Bkz. Altunpolat, Remzi (2017), “LGBTİ’lere Yönelik Ayrımcılığı Tarihsel ve Politik Temelde Kavramak”, *Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi*, cilt 17, sayı 64, s. 2

⁷⁸ Foucault, Michael (1981), *The History of Sexuality: An Introduction*, vol.1, London: Penguin, s. 94-95.

⁷⁹ Bu politika ayrı yaşamak şartıyla herkese eşit fırsatlar vadeliyordu.

baskıcı sonuçlarıyla mücadelenin tarihidir. Emek hakları, kadın hakları ve ırk ayrımcılığıyla mücadele bunun örnekleridir. Demokratik bir sistemde çoğunluk, cinsel azınlık⁸⁰ olarak nitelendirilebileceğimiz LGBTİ+'lerin temel hak ve özgürlüklerini göz ardı etmemelidir. Demokratik yönetimler çeşitliliğin ve farklılıkların tehdit yerine toplumu güçlendiren ve zenginleştiren özellikler taşıdığına bilincindedir. Eşitlik, herkesin aynılaştırılmasını değil insan deneyiminin çeşitliliğini yansıtan farklılıkların kabulü ve bunların dışlama, ötekileştirme, damgalama, cezalandırma ve marjinalleştirme temeli olmamasının sağlanması ve insanlara belli bir topluluğa ait olmalarından ötürü alt insan muamelesi yapılmamasının adıdır. Heteroseksüel çoğunluğun bir kısmının, hatta önemli bir kısmının cinsel azınlıklar üzerindeki önyargısı farklı ırktan, kökenden olanlara ya da farklı renge sahip bireylere karşı gösterilen olumsuz tutumlar gibi, tek başına ayrımcılığı meşrulaştırmaz. Eşitlik, eşit ilgi ve saygı gerektirip, birine gösterilen ilgi ve saygının aynıısının başkalarına gösterilmesini lüzumlu kılmaktadır.⁸¹

64. Cinsel yönelim ayrımcılığı kimi hayatların daha az saygıya ve haysiyete sahip olduğunun kabulü anlamına gelip, LGBTİ+'lerin eşit fırsat ve haysiyetle toplumsal yaşama katılmalarının engellenmesi sonucunu doğurmaktadır. Demokrasi herkesin eşit değerinde olduğu ilkesine dayanır, bazılarını diğerlerinden daha az değerli davranmak insan haysiyetine⁸² aykırıdır. Haysiyet kavramının iki boyutu vardır. İlk boyut insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygıyı kapsarken, ikinci boyutu başkalarının gösterdiği saygının dayandığı değer, saygınlık ve itibarı içermektedir.⁸³ Başka bir ifadeyle kavram kişinin kendisine ve toplumun ona verdiği değeri ifade etmektedir.

65. Anayasa'nın Başlangıç bölümünde "*Her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*" belirtilmiştir (vurgu eklenmiştir). Devletin temel amaç ve görevlerinin sayıldığı 5. madde de bu görevler arasında "*devletin kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*" da sayılmaktadır. Devletten beklenen kişilerin ve toplulukların sosyal dışlanmasını önleyerek herkes için insan haysiyetine yarasız bir hayat düzeyini gerçekleştirilmeye ve bunun önündeki engelleri aşmaya çalışmaktır.

66. Anayasa Mahkemesi de, bir kararında insan haysiyetini şöyle tanımlamaktadır: "*İnsan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi koşullar altında bulunursa bulunsun, salt insan oluşunun kazandırdığı değer, tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce yapılan işlem ona muhatab olanı insan olmaktan çıkarır.*"⁸⁴

67. Haysiyet kavramı ilk kullanılmaya başlandığında belli bir sınıfsal konumda olan, statü sahibi beyaz adamın "hakettiği" düşünülen bir nitelikken zamanla alt

⁸⁰ Cinsel azınlık kavramı, toplumun bireylerden beklediği cinsiyet rollerine aykırı davrandığı düşünülen, cinsel yönelimi toplumun çoğunluğundan farklı olan LGBTİ+ bireyleri ifade etmektedir.

⁸¹ Dworkin, Ronald (2007), *Hakları Ciddiye Almak*, (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), Ankara: Dost Kitabevi, s. 116.

⁸² İnsan haysiyeti ve insan onurunu eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.

⁸³ <http://www.tdk.gov.tr>.

⁸⁴ E. 1963/132, K. 1966/29, K. T. 28/06/1966.

sosyal sınıflara, oradan da kadınlara, çeşitli ırklara, kökenlere ve günümüzde de çoğunluktan farklı cinsel yönelimleri ve cinsiyet kimlikleri olan insanlara doğru bir yayılım göstermektedir. Bu sayede, önceleri toplumun çeperlerinde olan bir zümre zamanla toplumsal ve siyasi dışlanmadan kendisinin de toplumun tam üyesi olarak görüldüğü, hukukun ve vatandaşlığın sağladığı tüm haklardan herkes gibi yararlanabildiği bir konuma erişebilmektedir. Devletin temel görevlerinden biri insan haysiyetini koruyarak belli bir insan topluluğunu meydana getiren kişilerin haysiyetine zarar verecek, onları damgalayacak politiklardan, uygulamalardan ve hukuki düzenlemelerden kaçınmaktır. İnsan haysiyeti devletin dilediği kişi ve topluluklara bahşedip, uygun görmediklerinden esirgediği bir lütuf değildir.

68. İnsanlar insan oldukları için değerlidir ve insan haysiyeti doğuştan kazanılan,⁸⁵ insanın sırf insan olduğu için vazgeçilmez ve başkasına devredilemez haklara sahip değerli ve saygıyı hakeden bir varlık olduğunu ifade etmektedir. Her insan sadece insan olmaktan kaynaklanan bir değere, erdeme ve saygıya sahiptir. Dokunulmaz bir niteliği olan insan haysiyeti herkesin konumu ve doğuştan gelen değişmez ve değişebilir özellikleri ne olursa olsun eşit olarak sahip olduğu ve devletçe korunması ve saygı gösterilmesi gereken hayati bir insani değerdir. İnsanın öz saygı gereğince kendini gerçekleştirme, geliştirme ve kendi kaderini tayin etme imkân ve fırsatlarına sahip olması insan haysiyetinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır.

69. İtiraz konusu kural askerlik mesleğinin onurunu korumak adına farklı cinsel yönelimleri olan asker kişilerin insan haysiyetini göz ardı etmektedir. Bu bağlamda cinsel yönelim insan haysiyetiyle yakından bağlantılıdır. Diğer asker kişiler ve toplum genelinden farklı cinsel yönelime sahip olan asker kişilerin cinsel yönelimleri kişiliklerinin değişmez bir parçasını ve kökleşmiş bir yönünü temsil etmektedir. Bu kişiler farklı cinsel yönelimlerinden dolayı diğer insanlardan daha mı az değerlidir, haysiyet sahibidir? LGBTİ+ insanlar ne yaptıkları için değil ne oldukları⁸⁶ veya ne olarak algılandıkları için kuraldaki gibi ayrımcı muamelelerle karşılaşmakta, tabir caizse, “makbul” vatandaş olarak görülmemektedir.

c) Sonuç

70. Belirttiğim gerekçelerle itiraza konu olan kuralın Anayasa'nın 20., 13.ve 10. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle, karara katılmadım.

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

⁸⁵ Kişi olmayan insan (*human non-person*) olarak ceninin de haysiyet sahibi olup, olmadığı ilgili akademik yazın da önemli bir tartışma konusudur.

⁸⁶ Posner, Richard (1992), *Sex and Reason*, Cambridge, Mass: Harvard. University Press, s. 346.