

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

ANAYASA MAHKEMESİ VE CİNSİYET

Yüksek Lisans Tezi

MURAT KOÇAK

İstanbul, 2019

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

ANAYASA MAHKEMESİ VE CİNSİYET

Yüksek Lisans Tezi

MURAT KOÇAK

DANIŞMAN: DR. ÖĞR. ÜYESİ OYA BOYAR

İstanbul, 2019



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

KAMU HUKUKU Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi MURAT KOÇAK'ın ANAYASA MAHKEMESİ VE CİNSİYET adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 1.08.2019 tarih ve 2019-24/13 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 21.08.2019

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

1.	Tez Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi OYA BOYAR	<i>[Signature]</i>
2.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. BİHTERİN DİNÇKOL	<i>[Signature]</i>
3.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. DİDEM YILMAZ	<i>[Signature]</i>

ÖZET

Anayasa Mahkemesi'nin cinsiyete bakış açısını gösteren birçok kararı bulunmaktadır. Bu kararların sentetik bir biçimde ele alınması ve bu incelemeden yola çıkılarak kararların rasyonel olarak yeniden inşa edilmeye çalışılması, çalışmanın özetini oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararları cinsiyet yönünden ikili bir tasnife tabi tutulmuştur. Birinci tasnif ölçütü birey iken (bireysel özerklik); ikinci tasnif ölçütü bu alandaki devlet yükümlülükleri (korumacı/koruyucu yaklaşım) olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Cinsiyet, Toplumsal Cinsiyet, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bireysel Özerklik, Korumacı/Koruyucu Yaklaşım

ABSTRACT

The Constitutional Court has various decisions that demonstrate its point of view about gender. The synthetic discussion of these decisions and the attempt to rationally reconstruct these decisions based on this discussion constitute the summary of the thesis. The Constitutional Court decisions have been classified in two categories. While the criterion of the first category is the individual (personal autonomy); the criteria of the second category are the liabilities of state in this area (protective approach).

Keywords: Sex, Gender, The Constitutional Court Decisions, Personal Autonomy, Protective Approach

ÖNSÖZ/TEŞEKKÜR

Tarihsel ve sosyolojik düzlemde gelişen ve korunan ataerkil düzen, beraberinde eşitsiz güç ilişkileri ve ayrımcılığı doğurmaktadır. Kadınların ve geleneksel cinsel yönelim/cinsiyet kimliği kodlarının dışında kalan kişilerin temel haklardan eşit bir biçimde yararlanamaması güncelliğini koruyan bir sorun olarak varlığını sürdürmektedir. Ayrımcı ve cinsiyetçi söylemler ve uygulamalar toplumun pek çok alanında olduğu gibi hukuk alanında ve Anayasal düzlemde de varlığını sürdürmektedir. Bu alanda gerçekleşen eşitsizliklere ve ayrımcı ifadelerle dikkat çekmek, çözümün bir parçası olma ve arzulanan adaletin yerini bulması adına son derece önemlidir.

Tez konusunu seçerken isteklerimi göz önünde bulundurup, çalışmamın planlanmasında, oluşumunda ve yürütülmesinde ilgi ve desteğini esirgemeyen sayın hocam Dr. Öğr. Üyesi Oya BOYAR'a; çalışma süresince tüm zorlukları benimle göğüsleyen, hayatımın her evresinde bana sonsuz destek olan sevgili Egemen KEPEKÇİ'ye teşekkürlerimi bir borç bilirim.

İstanbul, 2019

Murat KOÇAK

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL ÖZERKLİK YAKLAŞIMI

I. BİREYSEL ÖZERLİK.....	20
II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL ÖZERKLİĞİ DİKKATE ALAN YAKLAŞIMI.....	24
A. Kadınların Aleni Duruşmadan Men Edilmesi Hükmünün İptali.....	25
B. Kadınların Çalışmak İçin Kocalarından İzin Alma Zorunluluğunun İptali.....	25
C. Zina Kararları.....	28
D. AYM'nin Cinsiyet Eşitliğini Erkekler Bakımından Uygulaması.....	31
E. AYM'nin Cinsiyet Geçiş Süreciyle İlgili Kararları.....	33
III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL ÖZERKLİĞİ DİKKATE ALMAYAN YAKLAŞIMI.....	42
A. Kadınların Memuriyetinin “Caiz” Görülmesi.....	43
B. AYM'nin “Namus”, “İffet” ve “Edep” Kararları.....	44
C. AYM'nin Kadınların “Potansiyel Mağdur” Oldukları Görüşü.....	50
D. AYM ve Cinsel Yönelim.....	54
E. Sezaryen Kararı.....	68

İKİNCİ BÖLÜM ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KORUMACI VE KORUYUCU YAKLAŞIMI

I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KORUMACI YAKLAŞIMI.....	72
A. Evli Kadının İkametgâhının Kocasının İkametgâhı Sayılması.....	73
B. Kadının 3. Kişilerle Olan Tasarruf Ehliyetinin Sınırlandırılması.....	74
C. Kadının İstihdamına Yönelik Biyolojik Özcü Yaklaşım.....	76
D. Evli Kadının Soyadı Kararları.....	79

E. AYM'nin Kıdem Tazminatı Kararı ve Kadının Çalışma Yaşamındaki Yeri.....	93
II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KORUYUCU YAKLAŞIMI.....	96
A. AYM'nin Kadının Sosyal Konumunu Güçlendirme Vurgusu.....	96
B. AYM'nin Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararları.....	101
C. AYM ve Aile İçi Şiddet.....	105
D. AYM'nin Çocuğun Soyadına İlişkin Kararları ve Çocuğun Üstün Yararı Sorunu.....	114
SONUÇ.....	118
KAYNAKÇA.....	121

KISALTMALAR

AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ASS	: Avrupa Sosyal Şartı
AY.	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYİM	: Askerî Yüksek İdare Mahkemesi
B. No.	: Başvuru Numarası
BM	: Birleşmiş Milletler
BM MSHS	: Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
B.K.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CEDAW	:Convention on the Elimination of Dicrimination Aganist Women Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
çev.	: Çeviren
ç.n.	: Çeviren Notu
der.	: Derleyen
E.	: Esas
ed.	: Editör

HD.	: Hukuk Dairesi
haz.	: Hazırlayan
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
LGBTİ	: Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans, İnterseks
m.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun
par.	: Paragraf
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
s.s.	: Sayfa Sayısı
S.	: Sayı
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TİHEKK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
v.	: Versus
Vol.	: Volume
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Cinsiyet, kişilik hakkı çerçevesinde bireyin öz varlığının en önemli parçalarından biridir. Kişinin benliğini oluşturan, kendisini insan kılan maddi ve manevi tüm değerler kişiliğin ayrılmaz, vazgeçilmez birer parçasıdır. Bu nedenle toplumsal cinsiyet (gender) ve biyolojik cinsiyet¹ (sex) olarak ikili bir ayrım ile incelenen cinsiyet olgusunun da bireyin kişiliğinin ve varlığının ayrılmaz bir parçası olduğu tartışmasızdır. Cinsiyet, günlük dildeki yaygın kullanımıyla hem bireyin doğumla kadın veya erkek olarak tanımlanmasını; hem de toplumun bireye sunduğu roller sisteminde kadın veya erkek olarak yer almasını ifade eder. Ne var ki fizyolojik temelde anlam kazanan biyolojik boyut ile biyolojik yapıda temellenen toplumsal boyut birbirleriyle paralel oldukları kadar da farklı kavramlardır; toplumsal boyut, biyolojik boyut gibi bizatihi var olan bir durumu değil, gündelik eylemlerle sürekli inşa edilen bir olguyu ifade eder². Daha doğduğumuz andan itibaren bizim için belirlenen elbiseler ve eşyalarla, saç boyu ve biçimiyle, seçilen oyuncaklarla, kullanılan hitap biçimleriyle toplumsal cinsiyet inşasının birer nesnesi haline geliriz.

İstanbul Sözleşmesi'nde "herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özellikler" olarak tanımlanan³ toplumsal cinsiyet kavramı, önceleri cinsiyet kavramı ile karşıtlık ilişkisi oluşturacak şekilde değerlendirilmiştir. Cinsiyet, kadın ve erkek arasındaki fizyolojik ve anatomik farklılıklara işaret ederken; toplumsal cinsiyet, cinsel kimliklerin kuruluşu ve aralarındaki ilişkilerin aslında toplumsal ve kültürel yapılar olduğuna işaret ediyordu⁴. Bununla birlikte biyolojik olan ile toplumsal olanı kesin bir biçimde ayırarak düşünmenin zorluğu nedeniyle, ilerleyen dönemlerde cinsiyet ve toplumsal cinsiyet arasındaki ilişkinin niteliğinin ne olduğu konusunda farklı yaklaşımlar sergilenmiş ve biyolojik cinsiyetin de ne derece "doğal" olduğu sorgulanmaya

¹ Biyolojik cinsiyet yerine, kişinin doğduğu anda dış genital organlarına bakılarak kadın veya erkek olarak tayin edilmesi olan "atanmış cinsiyet" ifadesinin kullanımını daha doğru bulsak da, tezin genelinde terminolojik bütünlüğü sağlamak adına biyolojik cinsiyet ifadesi tercih edilmiştir.

² Celalettin Vatandaş, Toplumsal Cinsiyet ve Cinsiyet Rollerinin Algılanışı, Sosyoloji Konferansları Dergisi, Sayı:35, İstanbul, 2007, s.30.

³ "Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi" ya da kısaca "İstanbul Sözleşmesi" olarak anılan uluslararası sözleşmenin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (c) bendi. (<https://rm.coe.int/1680462545> erişim tarihi: 27.05.2019)

⁴ Alev Özkazanç, Feminizm ve Queer Kuram, Dipnot Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2015, s.111.

başlanmıştır. Nitekim Butler, iddialı bir biçimde biyolojik cinsiyet ile toplumsal cinsiyet arasında bir ayrım olmadığını; cinsiyetin her zaman kültürel olarak inşa edilen toplumsal cinsiyet olduğunu ve toplumsal cinsiyetin, cinsiyetin bir yorumu değil, kendisi olduğunu savunmaktadır⁵.

Görüldüğü gibi cinsiyet doğumla gelen biyolojik unsurların yanında kültürel, tarihsel, toplumsal unsurları da bulunan çok yönlü bir kavramdır. Aşağıda öncelikle biyolojik cinsiyet, toplumsal cinsiyet ve bunların arasındaki ilişki; daha sonra bunlarla yakından ilgili bulunan cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği kavramları incelenecektir. Söz konusu kavramların anlaşılması, çalışmamızın asıl konusu olan cinsiyet temelinde incelenecek Anayasa Mahkemesi kararlarının doğru bir biçimde irdelenebilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Biyolojik Cinsiyet

Biyolojik cinsiyet kişinin doğduğu anda kadın veya erkek olarak tanımlanması yani kişinin genetik, biyolojik ve fizyolojik özelliklerine göre kimliklendirilmesidir. Kadınlar ve erkekler arasındaki farklar çoğunlukla biyolojik cinsiyetleri ile birlikte açıklanmaktadır. Söz gelimi kadın ve erkeğin kas ve kemik yapılarındaki, vücut ağırlıklarındaki, kromozomlarındaki, hormonlarındaki, doğurabilme yeteneklerindeki farklılıklar biyolojik cinsiyetleri ile ilgilidir.

Bilimsel tanımlamaların toplumsal cinsiyetle ilgili görüşlerden etkilenme riski vardır. Bu nedenle, biyolojik cinsiyetin ne olduğuyla ilgili o günün bilimsel görüşlerini mutlak doğru olarak kabul etmek problemli olabilmektedir. Örneğin, Thomas Laqueur’e göre; Antik Yunan’dan 18. yüzyılın sonlarına kadar kadınların ve erkeklerin tek bir temel cinsiyetin iki farklı biçimini temsil ettiği yaygın bir inanıştı. “Tek cinsiyet modeli” de denilen bu görüşe göre; dişi genital organı ile erkeklerinki aynıydı, ancak bu organ bedenin içindeydi. Bilim, 18. yüzyılın sonlarında “tek cinsiyet modeli” yerine “iki-cinsiyet modeli”ne geçti⁶. Bu anlayışa göre biyolojik cinsiyet “erkek” ve “kadın” olarak

⁵ Judith Butler, Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi, (Çev. Başak Ertür), 2. Basım, Metis Yayınları, İstanbul, 2010 s.50-53.

⁶ Thomas Laqueur, Making Sex: Body and Gender from the Greeks to Freud, Harvard University Press, Massachusetts, 1990. Aktaran: Serhat Özkan, Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki Ve Toplumsal Boyutu: Haklar ve İhlaller, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIV, Sayı: 2017/1, s.56.

kabul edilmiştir ve toplumsal olarak kadına ve erkeğe atfedilen roller, pek çok açıdan dişi ve erkek bedenlerinin anatomik farklılıklarına dayandırılmaktadır.

Kadınların kas gücünün erkeklere nazaran daha zayıf olması; hamilelik, doğum, emzirme, âdet görme gibi sadece bir cins tarafından gerçekleştirilebilecek yaşam olguları nedeniyle erkeklere göre bedensel olarak daha zayıf ve korumaya muhtaç oldukları düşünülmektedir. Bu genel kabul, her kadın veya erkek için mutlak bir doğru olmamasına rağmen; kadının bedensel zayıflığının bilimsel bir gerçeklik gibi öne sürülmesinden dolayı ayrımcılığın gerçek nedeni, yalnızca doğal cinsiyet farklılıklarınıymış gibi anlaşılmaktadır. Biyolojik veya sözde biyolojik açıklamaların büyük ölçüde yaygın bir güvenilirliğe sahip olması nedeniyle “kadın ve erkeğin doğuştan gelen farklılıklarına ilişkin bilimsel gerçeklikler kasıtlı olarak bilimsel çıkış noktasından saptırılarak erkeklerin toplumsal olarak daha üstün olduğu savının birer dayanağı olarak gösterilmektedir”⁷.

“Biyolojik özcülük⁸” veya “biyolojik determinizm” olarak da tanımlanan bu tutum, ayrımcılığın altında yatan gerekçeleri tarihi, kültürel ve toplumsal altyapılarından soyutlayarak bilimsel kuramlara dayandırmakta; dolayısıyla evrensel, sabit, değişmez gerçeklermiş gibi sürekli yeniden üretmektedir. Biyolojinin kişinin özünü belirlemesi varsayımının örneği olarak, kadınların hormonları nedeniyle doğal olarak daha anaç oldukları veya erkek saldırganlığının erkek hormonlarına bağlı olduğu görüşleri gösterilebilir⁹.

“Kadınlar, erkeklerin olmadığı bir biçimde, bedenleriyle belirlenirler ve dolayısıyla biyolojik olarak aşağı konumda olmaya mahkûm kabul edilirler”¹⁰. Tarih boyunca “ötekilik” bedenler üzerinden kurgulanmıştır. Egemen olanlar bu üstünlüklerini sağlamlaştırmak ve pekiştirmek adına daima bir takım araçlara ihtiyaç duyar. Bu nedenle

⁷ R.W. Connell, *Toplumsal Cinsiyet ve İktidar* (Çev. Cem Soydemir), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s.100- 114.

⁸ “*Biyolojik özcülük, özcülüğün özgül bir biçimidir ve kişinin özünün, yani kişiliğinin ve karakteristiklerinin bedene içsel olan bir şeylerden (hormonlar, genler vb.) kaynaklandığını öne sürer. Alternatif bir terim, biyolojik determinizmdir*” (Fatmagül Berktaş, *Feminist Teorinin Önemli Bir Alanı: Cinsellik*, Cogito Dergisi, sayı 58, İstanbul, 2009, s. 59).

⁹ Connell, s. 105-106; Berktaş, Cinsellik, s.59- 60.

¹⁰ Berktaş, Cinsellik, s.59.

yüzyıllar boyunca biyolojik farklılıklara bireylerin ve grupların konumunu belirleyecek çeşitli vasıflar atfedilmiştir¹¹.

Kadının bedeninden yola çıkılarak onun erkeğe göre aşağı ve bağımlı konumu temellendirilmeye çalışılır; bu bedenle sürekli oynanarak, yeniden biçimlendirilerek kadına kimlik verilir¹². Batı Afrika’da, Burkina- Faso yerlileri olan Mossiler’de, evli genç kadının memeleri ilk doğumdan sonra, bol emzirmeyi de garantilemek adına, pamuk ayıklamaya yarayan demirlerle aşağı çekilir. Bu kadın sarkık süt torbalarıyla artık doğurgan bir kadın, “damızlık” olarak damgalanmıştır¹³.

Kuzey Tayland’da Padaung kadınları “dişi bir ejderha” olan atalarına benzemek için henüz ergenlik çağına girmeden boyunlarına demir halkalar takmaktadır. Yıllar geçtikçe de bu halkalar değişir ve sayıları artar. Bir Padaung kadını hayatı boyunca ağırlığı 10-12 kiloyu bulan ortalama 25 halka taşımaktadır. Bedenleriyle birleşen bu halkalar, boyunlarında deformasyona neden olduğu için, çıkarıldığında hayatlarına dahi mâl olabilecek birer pranga haline gelmektedir. Yeni nesil tarafından yavaş yavaş terk edilse de günümüzde de devam eden bu gelenek, Padaung kadınlarını seyirlik birer nesne haline getirmektedir. Ücret karşılığı girilen köylere gelip, uzun boyunlu kadınları görmek isteyen turistler neden sadece kadınların bu halkaları taktığını, bu kadınların ne gibi acılar çektiğini veya hayatlarını nasıl idame ettirdiklerini sorgulamadan, adeta bir hayvanat bahçesini ziyaret eder gibi geçip gitmektedir. Gelenekler, bu kadınların boynuna yular gibi dolanıp, onları birer eşyaymış gibi yaşatmaya devam etmektedir¹⁴.

Yine bilindik bir örnek olarak; Çin’de küçük ayaklı kadınların “makbul” olduğu düşüncesiyle, küçük yaştaki kız çocuklarının ayaklarının deforme edilmesi üzerine kurulu olan ayak bağlama (lotus ayak) geleneği/işkencesi bu bağlamda sayılabilir. Bu gelenek çok küçük yaştaki kızların ayak kemiklerini kırarak çok ufak boyutta ayakkabılara sokmak ve ayak büyümesini engellemek amacıyla yapılan bir uygulamaya dayanmaktaydı. 10. yüzyılda başladığı tahmin edilen bu gelenek “bir güzellik sembolü

¹¹ Arus Yumul, Ötekiliği Bedenlere Kaydetmek, Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar (Der. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s.90.

¹² Cemal Bali Akal, Siyasi İktidarın Cinsiyeti, içinde: İktidarın Üç Yüzü, 8. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016, s.218.

¹³ Akal, Siyasi İktidarın Cinsiyeti, s. 219.

¹⁴ 'Long-neck' Kayan women of Myanmar. <https://www.independent.co.uk/news/pictures/long-neck-kayan-women-of-myanmar-9275306.html> (Erişim tarihi: 27.02.2019)

olarak” 20. yüzyıla kadar kullanılmaya devam etmiştir. Kadınlar bu işlemi daha iyi bir evlilik ve hayatın sigortası olarak görüyordu, zira ayak küçültme işlemi kadınların tek başına yürüyebilmelerine engel oluyor, onların tek başlarına kente çıkmadığının, dolayısıyla “ıffetlerine” söz gelmediğinin garantisi olarak kabul ediliyordu¹⁵.

Her toplumda kadına yöneltilen bedensel şiddet bu ölçüde görünür değildir, ancak kadınlar üzerinde hâkimiyetin birbirinden çok farklı bazı toplumlarda benzerlik gösterdiği, görünür olduğu uygulamalar da mevcuttur. Cinselliği denetleme/dizginleme tekniklerinden biri olarak “kadın sünneti”, yaygınlığıyla bunun uç noktada ama en iyi örneklerinden biri olarak gösterilebilir. Bu uygulamayla kadın cinselliği doğası dışına çıkarılır, körleştirilir ve özerk olmaktan çıkarılır. “Yeniden, ama bu kez sosyal düzlemde yaratılır”¹⁶. Erkek sünneti de beden terbiyesi olarak öngörülen bir uygulama olsa da hedefleri açısından kadın sünnetiyle birbirinden çok farklıdır. “Kurban birincisinde geleceğin denetleyicisi, ikincisinde geleceğin denetleneni olmaya hazırlanmaktadır”¹⁷.

Sonuç olarak kadını “kadın”, erkeği de “erkek” yapmak için harcanan tüm bu çabalar, kadınla erkeği birbirinden uzaklaştırmak için başvurulmuş bütün bu teknikler, hâkimiyetin kadına karşı kurulmasından kaynaklanmaktadır. Erkek egemen bir toplumsallığın temel özelliklerinden olan bu ikilik anlayışı; kadın ve erkeği birbirinin kutbu olarak kurarken, aynı zamanda kadın bedenini gerek mitlerle, gerekse her çağda ve toplumda değişen bir takım güzellik politikalarıyla farklılaştırır ve dışlar. Böylece “ayrımcı kendisinden ayırıp ötekileştirdiği ötekine bakarak kurduğu düzeni normalleştirmeye ve meşrulaştırmaya çalışır”¹⁸.

Sadece dişi ve erkek bedenin doğal ve normal kabul edildiği, bu iki kutuplu cinsiyet anlayışını interseksüellik¹⁹ bozguna uğratar. İnterseksüeller ikili bir sistemin kalıplaşmış terimlerini ikiliğin dışına taşırmakta, kimliğin cinsiyet ikiliği içinde bir kategoriye sığdırılmayacağını göstermektedir.

¹⁵ The History of Foot Binding in China, Troy Oakes. <http://www.visiontimes.com/2017/12/29/the-history-of-foot-binding-in-china.html> (Erişim Tarihi: 27.02.2019)

¹⁶ Akal, Siyasi İktidarın Cinsiyeti, s. 219.

¹⁷ Akal, Siyasi İktidarın Cinsiyeti, s. 219.

¹⁸ Akal, Siyasi İktidarın Cinsiyeti, s. 230.

¹⁹ İnterseks ve hermafrodit terimlerinin her ikisi de çiftcinsiyetliliği ifade etmekle birlikte hermafrodit terimi daha çok mitoloji, pornografi, sirk şovları ve gösterileri çağrıştıran kültürel temsilleri işaret eder.

İnterseksüellik, “dişil veya eril olmak üzere tek bir cinsiyete ait olması gerektiği varsayılan fiziksel ve/veya kromozomal özelliklerin tek bir bedende birleşmiş olması durumudur”²⁰. Dişil ve eril cinsiyetlerinin mutlak farklılığı üzerine kurulu olan cinsiyet sisteminde interseksüel beden hasta ilan edilir; cinsel organları ise heteroseksüel norma uygun olarak düzeltilmesi gereken “muğlak” organlar olarak tanımlanır²¹. Burada Judith Butler’ın *Cinsiyet Belası*’nda yönelttiği soruları tekrarlamak kaçınılmaz olur: “Zaten ‘cinsiyet’ nedir ki? Doğal mıdır, anatomik midir, kromozomlarla mı alakalıdır, yoksa hormonal midir?”²²

Toplumsal Cinsiyet

Toplumsal cinsiyet, farklı kültür ve coğrafyalarda belirli bir tarihsel zamanda sosyokültürel olarak inşa edilmiş rol ve davranışlar, nitelikler ve sorumluluklar bütünüdür ifade eder. Kadınların ve erkeklerin toplumda üstlenmiş oldukları görevlerin ve gerçekleştirdikleri rollerin doğal ve kendiliğinden bir işbölümünün değil; kültürel olarak belirlenmiş, toplumsallaştırma sürecinde benimsetilmiş bir takım davranışların sonucu olduğunu ve bunların zamana, kültüre ve hatta aileye göre değişebilir olduğunu gösterir²³.

*“Biyolojik determinist yaklaşım, insanları biyolojik cinsiyetlerine göre kadın ve erkek olarak iki kategoriye ayırır ve onların toplumsal yaşamdaki konum ve rollerini bu biyolojik temelle meşrulaştırır. Böylece kadınlar üzerindeki hâkimiyetin doğal ve değişmez olan biyolojik nedenleri olduğu ileri sürülür. 1970’lerde feminizm bu yaklaşıma, bir dizi biyolojik farklılıktan, sosyal, kültürel ve politik olan farklılıkları ‘toplumsal cinsiyet’ kavramı ile ayırt ederek itiraz etti: Biyolojik cinsiyet anatomik farklılıklara işaret ederken, toplumsal cinsiyet bu farklılıklar üzerinden sosyal ve kültürel olarak kurulup, dayatılan ve eşitsiz bir toplumsal düzeni yaratan ilişkiler ağını niteliyordu.”*²⁴

Beauvoir’ın ünlü "kadın doğulmaz, kadın olunur"(One is not born, but rather becomes, woman) sözü²⁵, 1970’ler feminizminin dayandığı teorik altyapıyı özetler: Biyolojik cinsiyetimizin doğal bir uzantısı gibi görünen sosyal rollerimiz ve konumumuz

²⁰ Morgan Holmes, *Intersex: A Perilous Difference*, Selinsgrove PA: Susquehanna University Press, 2008, s.32.

²¹ Berfu Şeker, *İnterseksüellik ve Cinsiyetin İnşası*, Cogito Dergisi, Sayı: 65-66, 2011, s. 127.

²² Butler, s. 51.

²³ Kamla Bhasin, *Toplumsal Cinsiyet* (çeviri: Kader Ay), Kadınlarla Dayanışma Vakfı Yayınları, İstanbul, 2003, s. 8-16.

²⁴ Selin Berghan, *Transfeminizm*, Cogito Dergisi, Sayı 65-66, 2011, s.142

²⁵ Simone de Beauvoir, *The Second Sex* (translated by: Constance Borde, Sheila Malovany-Chevallier), Vintage Books, New York, 2010, s.330.

asında ideolojik bir kurgu, toplumsal bir dayatmadır. Bu kavramı ilk kullanan akademisyenler arasında yer alan Ann Oakley, 1972 yılında yayınlanan “Sex, Gender and Society” adlı kitabında “eril” ve “dişil” kimliklerin biyolojik ya da doğal olmadığını, aksine kültürel olarak inşa edildiğine ve değişkenliğine işaret etmektedir:

“Toplumsal cinsiyet bir kültür meselesidir, erkek ve kadınların ‘eril’ ve ‘dişil’ olarak sosyal sınıflandırılmasına işaret eder. İnsanların erkek ya da kadın olduğu, çoğunlukla biyolojik göstergelere göre anlaşılabilir. İnsanların eril veya dişil olduğu ise aynı şekilde anlaşılabilir; ölçütler kültürel, yere ve zamana göre değişiklik gösterir. Cinsiyetin değişmezliğini kabul etmek zorunludur, ama böylece toplumsal cinsiyetin değişkenliği de kabul edilmelidir”²⁶.

Toplumsal cinsiyet, kendi içerisinde istikrarlı olduğu kabul edilen iki cinse yüklenen farklı roller ve sorumluluklar üzerinden yaratılmaktadır. “İktidar tarafından birbirine tensel olarak uzaklaştırılan bu iki cins; meslek seçimi, renkleri, giyim ve koku tarzı, özel-kamusal alan ayrılığı, davranış kalıpları şeklinde idealize edilmiş ikili kalıpların içine yerleştirilir. Bu sayede, cinsler arasında özde az olan farklılıklar abartılır, derinleştirilir”²⁷.

Cinsiyetin bu biyolojik ve toplumsal olarak ikiye ayrılması, önceleri kimliği oluşturmak için uygun araçlar sağlamış ve kadını erkeğe tabi kılan hiyerarşik ilişkileri ortaya koymuştur. Ancak biyolojik cinsiyetin de ne kadar doğal olduğu sorgulanmadan, sabit ikili bir kategori olarak bırakılmış, toplumsal cinsiyet de bunun üzerinden iki kutuplu olarak tartışılmıştır.

Cinsiyetin biyolojik-toplumsal olarak çatallanmasının belirli durumları açıklamakta yetersiz kalması, *queer* teorisinin doğmasına olanak sağlamıştır. *Queer* teorisinin tam bu noktada biyolojik cinsiyetin de toplumsal cinsiyet kadar bir kurgu ve inşa olduğunu ilan ederek, biyolojik ve toplumsal cinsiyet arasındaki bölünmenin gerekliliğini sorgulamaktadır.

“Queer, kromozomal cinsiyet, toplumsal cinsiyet ve cinsel arzu arasındaki sözde değişmez ancak tutarsızlıklarla örülmüş ilişkileri çarpıcı şekillerde ortaya koyan ifadeler ve analitik modelleri tanımlamaktadır. Heteroseksüelliğin asıl ve doğru olduğu savını ileri süren sabitlik modeline direnen queer; biyolojik cinsiyet, toplumsal cinsiyet ve arzular arasındaki uyumsuzluğa odaklanmaktadır.(...)”

²⁶ Ann Oakley, Sex, Gender and Society’den aktaran: Kamla Bhasin, s.8.

²⁷ Özkan, s.58.

Herhangi bir 'doğal' cinselliğin imkânsızlığını kanıtlayarak 'erkek' ve 'kadın' gibi sorunsuz görünen terimlerin doğruluğunu sorgular”²⁸.

Queer bir cinsel kimlik ya da yönelim olmadığı gibi, aksine bir “kimliksizleştirme” hareketidir. Kuram, kişinin cinselliğini toplumun oluşturduğu kategorilerden bağımsız bir biçimde yaşamasını sağlamaya çalışır, kimlik politikalarının geçerliliğini ve yararlarını sorgular. Bir kimliksizleştirme hareketi olarak *queer* teori norm ve sabitliğe karşıdır; kadın, erkek, gey, lezbiyen gibi geleneksel kategorilerin varoluşu ve arzuyu tarif etmekte yetersiz kaldığını; kimlik kurmanın ve etiketlerin daima dışlayıcı ve indirgemeci bir yanı olduğunu ileri sürer. Bu kimliklerin sabitlenmesinin insanlar arasına yapay sınırlar koyduğunu, sınırların koyulması ve sürdürülmesinin ise heteroseksist²⁹ sistemin yeniden üretilmesine hizmet edeceğini savunur. Kuram, “ataerkiyle salt cinsiyet eşitliğini sağlamak için kavga etmez, ataerki ve heteronormatif³⁰ zihniyetin sirayet ettiği tüm bir toplumsal hayatın değiştirilmesi için mücadele eder”³¹.

Queer teorisinin kurucu isimlerinden Judith Butler cinsiyet ve toplumsal cinsiyetin “biyolojik bedenin doğal bir uzantısı” gibi algılanması fikrini eleştiriye tabi tutmuş, bedenin ve cinsiyetin de toplumsal cinsiyet gibi birer inşa olduğunu ifade etmiştir. Toplumsal cinsiyet, biyolojik cinsiyetin bir yorumu değil, aslında kendisidir. Toplumsal cinsiyetten önce gelen, ondan arınmış ya da ondan soyutlanabilecek kadın/erkek bedenleri yoktur³².

R.W. Connell, “neyin doğal olduğu ve doğal farklılıkların nelerden oluştuğuna ilişkin kavrayışımızın kendisinin bir kültürel oluşum, toplumsal cinsiyete ilişkin

²⁸ Annamarie Jagose, *Queer Teori: Bir Giriş* (çev. Ali Toprak), 2. Baskı, Nota Bene Yayınları, İstanbul, 2017, s. 11.

²⁹ “Heteroseksüelliğin yegâne cinsel yönelim olduğunu ileri süren, diğer cinsel yönelimleri yok sayan, baskılayan ya da aşağılayan ideolojidir. Kadınlara yönelik ayrımcılık olan seksizmin (cinsiyetçilik), heteroseksüel olmayanlara yönelik halidir. Heteroseksizm, heteroseksüelliği bir zorunluluk olarak görme ve biricik varoluş biçimi olarak dayatma halidir.” Terimler Sözlüğü, KaosGL Derneği (<http://www.kaosglternegi.org/belge.php?id=sozluk> erişim tarihi: 06.03.2019)

³⁰ “Heteronormativite kavramı, bütün bir kültürün sonradan doğallaştırılmış ve idealleştirilmiş heteroseksüel yönelim, pratik, değer ve yaşama biçimine göre tanımlandığı, bu yönelimin dışında kalanların ısrarla marjinalleştirildiği, görmezden gelindiği, baskı ve şiddete maruz bırakıldığı veya en iyi ihtimalle ‘uysal ötekiler’ olarak sindirildiği bir düzeni ifade ediyor. Bu düzen, biyolojik ve toplumsal cinsiyet bakımından birbirlerinden tamamen aynı oldukları ve birbirlerini aile ve üreme vasıtası ile tamamladıkları düşünülen kadın ve erkek kategorilerine dayandırılır.” (Cinsellik Muamması: Türkiye’de Queer Kültür ve Muhalefet, Hazırlayanlar: Cüneyt Çakırlar ve Serkan Delice, Metis Yayınları, İstanbul, 2012, s.11).

³¹ Özkan, s. 40-41.

³² Butler, s. 50- 53.

kendimize özgü düşünüş biçimimizin bir parçası olduğunu” savunur³³. Cinsiyet farklılıkları doğalsa, neden yoğun bir şekilde damgalanması gerektiğini sorgular. Farklılık doğalsa kendiliğinden bir sürekliliği olacaktır, ancak toplumsal pratikler, söz konusu farklılıkları çarpıtmakta ve abartmakta; aynı anda doğal benzerlikleri de olumsuzlamaktadır. Dolayısıyla kadın ve erkek bedenleri arasındaki benzerlikler yadsınarak üremeye dayalı farklılıklar üzerinden ikili bir bölünme yaratılmıştır. Toplumsal pratiklerle de bu bölünme doğallaştırılmıştır³⁴.

“Giyinme, süslenme ve benzeri toplumsal pratiklerle farklılığın büyük ölçüde abartılması gibi paradoksların bir mantığı vardır. Bunlar, toplumsal cinsiyetin toplumsal tanımını korumaya yönelik sürekli bir çabanın, tam olarak biyolojik mantığın ona karşılık gelen dingin pratik toplumsal cinsiyet kategorilerini ayakta tutamayacağı için gerekli olan bir çabanın parçasıdır”³⁵.

Toplumsal cinsiyet eşitliği yalnızca klasik anlamda kadın-erkek eşitliğini değil; cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği birbirinden farklı herkesin eşitlik talebini içerir.

Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği

Cinsiyet kimliği (*gender identity*) kavramı bireyin kendini hangi cinsiyet üzerinden tanımladığı, başkaları tarafından nasıl tanımlanmak istediğiyle ilgili bir kavramdır. Cinsiyet kimliği bireyin bedensel işlevlerinde, görünüşünde, giyiminde, söz ve davranışlarında “ait hissettiği” cinsiyete uygun olarak yaşamasına atıfta bulunur. Bu kişinin doğuştan itibaren kazandığı biyolojik cinsiyetle uyumlu olabileceği gibi bununla uyumlu olmak zorunda da değildir. Bu nedenle cinsiyet kimliği kişinin bedeninde veya görünümünde tıbbi, cerrahi veya başka bir biçimde gerçekleştireceği değişimleri de içermektedir³⁶.

Toplumsal yapı her ne kadar kişinin biyolojik cinsiyetiyle cinsiyet kimliğinin birbiriyle uyumlu olmasını şart koşmaktaysa da bu ikisi her zaman birbiriyle örtüşmeyebilir. Birey kendisini bedensel cinsiyetinin ötesinde algılayıp tanımlayabilir ve buna uygun bir yaşantı sürmek isteyebilir. Kişinin davranışı ya da kimliği dolayısıyla

³³ Connell, s. 113.

³⁴ Connell, s. 116-118.

³⁵ Connell, s. 119.

³⁶ Remzi Altunpolat, LGBTİ'lere Yönelik Ayrımcılığı Tarihsel ve Politik Temelde Kavramak, Türk Tabipler Birliği Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi, Nisan-Mayıs- Haziran 2017, s. 3.

cinsiyet normlarının dışında kalması “trans (transgender³⁷)” kavramıyla ifade edilmektedir. Trans daha dar anlamıyla biyolojik cinsiyet ile cinsiyet kimliğinin örtüşmemesi, kişinin kendisine dair içsel algısıyla fiziki durumu arasında yaşadığı çatışma durumu olarak da ifade edilebilir.

Bedensel cinsiyeti kadın olan kişi kendini erkek (trans erkek), bedensel cinsiyeti erkek olan kişi ise kendini kadın (trans kadın) olarak kabul ederek bu doğrultuda tanımlayabilir. Bununla birlikte kişi, kendini kadın ya da erkek olarak tanımlamayıp (agender), bu kimliklerin dışında var olmayı da arzu edebilir³⁸.

Cinsel yönelim (*sexual orientation*), belirli bir cinsiyetteki kişiye karşı süregelen “duygusal, romantik ve cinsel çekimi, arzuyu, yönelişi” ifade eder. Yönelim, kişinin kendi biyolojik cinsiyetinden birine yönelik olmasında “eşcinsellik”, karşı cinsiyetten birine yönelik olması halinde “heteroseksüellik”, her iki cinsiyete yönelik olduğunda ise “biseksüellik” olarak tanımlanır³⁹. “Cinsiyet kimliği kişinin kendini hangi cinsiyetten hissettiği ile ilgiliyken; cinsel yönelimde bireyin kendisi dışında başka bir kişiye karşı nasıl hissettiğiyle ilgili dinamikler belirleyicidir”⁴⁰. Dolayısıyla bireyin duygusal veya cinsel açıdan ne çeşit bir yönelime sahip olduğunun, cinsiyet kimliği ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

Cinsel yönelim ibaresi yerine “cinsel tercih” ibaresinin kullanımına gündelik yaşamda oldukça yaygın biçimde rastlanmaktadır. Ancak söz konusu kavram tamamen bireyin kontrolü dışında ve kendiliğinden gerçekleşen bir yönelme haline işaret eder; cinsel yönelimin bir seçim veya tercih olmadığı, insanların bilerek, isteyerek cinsel

³⁷ “Transgender terimi İngilizcede cinsiyet kimliğine dair tüm varyasyonları içeren geniş bir alanı imlemek için kullanılmaktadır. Türkçede de son yıllarda benzer şekilde ‘trans’ terimi şemsiye terim olarak kullanılmaktadır.” (Susan Stryker, *Trans Tarihi, Homonormative ve Disiplinerlik*, çev. Özlem Çolak, içinde *Queer Temaşa*, der. Leman S. Darıcıoğlu, Sel Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 198, ç.n.). Transseksüel tabiri, cinsiyet bozukluğu başlığı altında bir hastalık olarak kategorize edilirken kullanılan bir kavram olduğu için bunun yerine kapsayıcılığı bakımından trans terimi tercih edilmiştir.

³⁸ Altunpolat, s. 3.

³⁹ Terimler Sözlüğü, KaosGL Derneği (<http://www.kaosgldernegi.org/belge.php?id=sozluk> erişim tarihi: 07.03.2019)

⁴⁰ Koray Başar, *Farklı Yönleri ile Cinsel Kimlik: Bedensel Cinsiyet, Cinsiyet Kimliği, Cinsiyet Rolü ve Cinsel Yönelim*, Toplum ve Hekim (Cinsel Yönelimler, Cinsel Kimlikler ve Sağlık Sayısı), 2014; 29 (4), s. 248.

yönelimlerini seçmedikleri, arzu edildiğinde, kaçınıldığında yahut tıbbi tedavi görüldüğünde bunun dönüştürülemeyeceği özellikle vurgulanmalıdır⁴¹.

Dil, algılarımızı etkilemesi, hatta şekillendirmesi nedeniyle önemli bir güce sahiptir. Cinsiyet ve cinsellikle ilgili kullanılan kavramlar bu konudaki pek çok yanlış anlamayı açıklığa kavuşturacağı gibi, kavramların irdelenmesi ve geliştirilmesi toplumsal yapıyı anlama ve eleştirel bir bakış açısı geliştirme yönünden büyük önem taşımaktadır. Dil toplumdaki yerimizi yansıtmakla kalmaz, o yerin yaratılmasında da rol oynar.

Lynne Segal kadınlık durumunun dille yakından ilişkili olduğunu saptarken, dilin kendisinin ya da kullanımının cinsiyetçi olduğunu, kadını dışladığını ve önemsizleştirdiğini; “dil veya eğitim, adalet gibi söylem üreten tüm kurumların erkek gücünü yansıttığını, erkeği tipik kadını da atipik bir örnek olarak sunduğunu” söyler⁴². Kamla Bhasin de dilin ataerkil olduğunu, toplumsal cinsiyete dayalı önyargılar ve eşitsizlikleri yansıttığını belirtirken dilde yerleşik olarak kullanılan cinsiyetçi küfürleri ve geleneksel deyim ve atasözlerini örnek gösterir. Bununla birlikte toplumsal cinsiyete doğrudan atıf içermese de bir kadından veya erkekten bahsedildiğini gösteren pek çok kavram olduğunu söyler. Örneğin “sekreter, hemşire, anaokulu öğretmeni derken kadınlardan; patron, pilot, yönetici, politikacı, çiftçi derken erkeklerden bahsedildiğini varsaymamızın kamusal alan ve mesleklerin erkeklerin egemenliğinde olmayı sürdürdüğünün bir kanıtı” olduğunu ifade eder⁴³.

Aslında bu örneklerden çok önce, Türk Dil Kurumunun güncel Türkçe sözlüğündeki “erkek” ve “kadın” tanımlarına bakıldığında dahi dildeki ayrımcılık apaçık bir biçimde görülmektedir. Erkek sözcüğünün tanımları arasında geçen “sözüne güvenilir, mert⁴⁴” ve kadın sözcüğünün tanımları arasındaki “analık veya ev yönetimi bakımından gereken erdemleri, becerileri olan” ve “ hizmetçi bayan⁴⁵” tanımlamaları

⁴¹ Altunpolat, s. 4.

⁴² Lynne Segal, Gelecek Kadın mı?, Afa Yayınları, İstanbul, 1987, aktaran: Cemal Bali Akal, Siyasi İktidarın Cinsiyeti, s. 225.

⁴³ Bhasin, s. 19- 20.

⁴⁴ TDK Güncel Türkçe Sözlüğü içerisinde 5. tanım olarak yer almaktadır.

(http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ca892e2d160d7.73627107 erişim tarihi: 04.04.2019)

⁴⁵ TDK Güncel Türkçe Sözlüğü içerisinde 2. ve 3. tanım olarak yer almaktadır.

(http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ca8986d431d33.93830982 erişim tarihi: 04.04.2019)

toplumun kültürel ve cinsiyet kodlamalarının dildeki yansımalarına işaret etmektedir. Toplumsal cinsiyet kalıplarının dil üzerinden yürütülmesi hayatın her alanına olduğu gibi kaçınılmaz olarak hukuka da sirayet eder. Cinsiyetçi bakış açısı kullanılan ayrımcı dil aracılığıyla başta kanunlar olmak üzere her dereceden hukuki kararlara, yorumlara kısaca hukukun her alanına yansımaktadır.

Cinsiyet Ayrımcılığı

Cinsiyete dayalı ayrımcılık, bir kişinin yalnızca cinsiyeti ya da cinsiyetine özgü bir takım farklılıklar dolayısıyla hak ve özgürlüklerden mahrum bırakılmasıdır. Gelenekler, yasalar ve şiddet aracılığıyla kişilere cinsiyetleri ve cinsel yönelimleri konularında kurallar dayatılarak bireylerin sosyal ilişkilerini ve kendilerini tanımlama tarzları kontrol edilmeye çalışılmaktadır. Cinsiyetler arası eşitsizliğin temel nedeni, devlet ve toplum eliyle yaratılan bu cinsellik kontrolüdür.

Cinsiyet ayrımcılığı en geniş şekliyle “yararlar ve konumların dağıtılmasında cinsiyetin keyfi ve akıldışı kullanımı” anlamına gelir⁴⁶. Cinsiyet eşitsizliği ve ayrımcılığa yollamalar Eski Yunandan beri süregelmektedir. Platon her ne kadar günümüzdeki anlamıyla hukuki bir eşitsizlikten çok kadın ve erkek arasındaki fizyolojik farklılıklara değiniyor gibi görünse de, kadının doğası gereği “hiçbir işte erkek kadar olamayacağını” söylemektedir⁴⁷. Kamusal/özel alan ayrımı da bu dönemde *polis* (kamusal alan) ve *oikos* (hane) terimlerinin kavramlaştırılmasından türemiştir; “*polis* erkek için yönetim alanı, *oikos* kadınların ve çocukların yeri olan ev içi” olarak kabul edilmektedir⁴⁸. 17. ve 18. yüzyıllara gelindiğinde ise kadının eş ve anne olarak evine ait olduğu varsayımı neredeyse evrensel hale gelmiştir. 18. yüzyılın ortasından itibaren ve özellikle 19. yüzyıldaki tarihsel dönüşümler, özellikle de sanayi devrimi ile makineleşmiş fabrikalar ve ev ekonomisinin çöküşü ile birlikte işin kamusal dünyası evin özel dünyasından daha önce hiç olmadığı kadar birbirinden ayrılmış, kadın özel alandan tecrit edilerek eve bağımlı hale

⁴⁶ Will Kymlica, *Feminizm*, içinde: *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, çev. Ebru Kılıç, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 524.

⁴⁷ Platon’un *Devlet* adlı eserinin kadın-erkek farklılığına ilişkin diyaloglardan biri şöyledir: “*Demek ki, devletin yönetiminde kadının kadın olduğu için, erkeğin de erkek olduğu için daha iyi yapacağı iş yoktur. Yaradılıştan her iki cinsten de aynı güçler vardır. Kadın da erkek gibi bütün işleri görebilir. Ne var ki, kadın hiçbir işte erkek kadar olamaz*”. Aynı şekilde kadın yaratılışının da erkek gibi “bekçiliğe” elverişli olduğu ancak bu yaratılışın “kadında zayıf, erkekte kuvvetli olduğu” söylenmektedir (Platon, *Devlet*, çev. Sabahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz, İş Bankası Kültür Yayınları, 20. Baskı, İstanbul, 2010, s. 157-158).

⁴⁸ Fatmagül Berktaş, *Tarihin Cinsiyeti*, 3. Basım, Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s.39-40.

getirilmiştir⁴⁹. Ailenin geleneksel olarak erkek tarafından yönetildiği, kadınların ücretsiz ev işleri ya da üreyip çoğalmaya ilişkin işlerle uğraştığı örtülü olarak ya da açıkça varsayılmaktadır. Örneğin 19. yüzyıl düşünürlerinden John Stuart Mill kadınların da her türlü girişimde erkeklerle eşit düzeyde başarılı olabileceğini vurgular ancak kadınların ev işleriyle uğraşmayı sürdürmeleri gerektiğini söyler. Ona göre ailede cinsiyete dayalı işbölümü “rızaıyla, ama hiçbir biçimde hukukla değil, genel geleneklerle” gerçekleşmektedir ve bunun “iki kişi arasındaki en uygun iş bölümü olduğunu” savunur⁵⁰.

Carole Pateman, kadınların bu döneme gelene kadar da klasik kuramcılar tarafından aslında hiçbir zaman “kamusal alanda hakları olan kişiler ya da yurttaşlar olarak kabul edilmediklerini” savunmaktadır. Pateman, *Cinsel Sözleşme (The Sexual Contract)* adlı eserinde toplumsal sözleşme teorisini eleştirerek ilk sözleşmenin yarısının kasıtlı olarak eksik bırakıldığını, bu yarının da erkeklerin kadınlara egemen olmasını ve üzerlerinde eşit cinsel erişime sahip olmasını öngören “cinsellik sözleşmesi” olduğunu belirtir. Toplumsal sözleşme kuramcıları “insanların” hükümetle anlaşarak doğal durumun tehlikelerinden korunma ve çeşitli medeni haklar alma karşılığında “doğal” özgürlüklerinden vazgeçtikleri fikrine dayanırlar. Ancak Pateman, kadınların bu “insanlar” kapsamına girmediğini, erkeklerin doğal özgürlüklerini sivil özgürlüğün güvenliğine dönüştürdüğü bu ilk sözleşmenin tarafı değil “nesnesi” olduğunu söyler. İlk sözleşmeyle kurulan yeni sivil toplumun ataerkil bir toplum düzeni olduğunu belirterek, cinsel sözleşmeyle erkeklerin kadınlar üzerindeki doğal haklarını, sivil patriarkal hakkının güvenliğine dönüştürmelerinin bir aracı olduğunu ifade etmektedir. Yani “toplumsal sözleşme bir özgürlük hikâyesi; cinsellik sözleşmesi modern ataerkinin kurulduğu bir tâbiyet hikâyesi”dir⁵¹.

Toplumsal sözleşme söylemi üzerine kurulan ve ulus-devletin ortaya çıkışıyla belirginleşen toplumsal örgütlenmeyle birlikte uluslararası anlamda insan haklarının gelişimi başlamış, ancak bu dönemdeki özgürleşme hareketleri de içinde ataerkilliği barındırmaya devam etmiştir⁵². 1789 Fransız Devrimi ve ardından yayımlanan “İnsan ve

⁴⁹ Josephine Donovan, *Feminist Teori*, çev. Aksu Bora, Meltem Ağduk Gevrek, Fevziye Sayılan, 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2010, s. 19.

⁵⁰ Kymlica, s. 536.

⁵¹ Carole Pateman, *Cinsel Sözleşme*, çev. Zeynep Alpar, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 16- 38.

⁵² Berktaş, s. 37.

Yurttaş Hakları Bildirisi” (“*Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen*”); “eşitlik”, “özgürlük” ve “kardeşlik” vurgusuna rağmen kadınları kapsamıyor, sadece erkeklerin erkekler için koyduğu değerler olarak kalıyordu. Kadınların eşit hak ve özgürlük için bilinçli mücadelesi de hemen hemen bu dönemde başlamıştır. Eşit hakların sadece erkeklere verildiğinin, kadınların hala eşit haklara sahip olamadıklarını gören *Olympe de Gouges*, bildiriye cevap niteliğinde “Kadın ve Yurttaş Hakları Bildirisi”ni (“*Déclaration des droits de la Femme et de la Citoyenne*”) 1791 Anayasası’nın kabulünden önce kral ve kraliçeye göndermişti. “Kadınların giyotine gitme hakları varsa kürsüye çıkma hakları da olmalıdır” diyen Gouges, insan haklarının kadınlar için de tanınmasını istiyor ve kadınlar için oy hakkı talep ediyordu. 1793 Fransız Anayasası genel oy hakkını kadınlar hariç tutularak kabul etti, Gouges de "kadın cinsine yakışmayacak biçimde politika yapmaya kalkıştığı için" devrimci mahkeme tarafından giyotine gönderildi⁵³.

Modern hukuki düzenlemeler kadınların da erkekler gibi özgür ve eşit oldukları kabulüyle eğitim, istihdam, siyasi görevler gibi alanlarda eşit düzeyde yararlanmasını öngören ayrımcılık karşıtı yasalar benimsemişlerdir. Ancak hukukun adaleti güven altına alan tarafsızlık iddiaları toplumsal, ekonomik ve ideolojik öğelerin etkisiyle var olan eşitsizlikleri yok sayar⁵⁴. Kymlicka da bu “cinsiyet körü” düzenlemelerin kadınların konumlarının müstakil tekilliklerini gözden kaçırma eğiliminde olduğunu, “tıpkı ırk ayrımcılığı yasalarının ‘renk körü’ bir toplum yaratmayı amaçlaması gibi, cinsiyet eşitliği yasaları da cinsiyetlere kör bir toplum yaratmayı amaçladığını” belirtmektedir⁵⁵.

Kadınlar başlangıçta erkekler tarafından tanımlanan roller içinde “cinsiyetlere tarafsız” kurallar çerçevesinde erkeklerle rekabet etmeye çabalamaktadır. Pek çok iş daha en baştan erkeklere göre tasarlanmıştır⁵⁶. Örneğin işe alım sürecinde belirli bir boy veya ağırlıkla ilgili kuralların olması, ya da sıkça karşılaşılan “esnek çalışma saatlerine uyum sağlayabilecek” veya “seyahat engeli olmayan” kişilerin işe alınacağını ilan edilmesi kadınlara ve çocuklu kişilere ayrımcılık yapılmasına neden olmaktadır.

⁵³ Serpil Sancar, *Feminizm: Ataerkil İktidarın Eleştirisi*, içinde: 19. Yüzyıldan 20.Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler (der. H. Birsan Öz), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 9. Baskı, İstanbul, 2016, s. 426; Berkay, *Tarihin Cinsiyeti*, s. 41

⁵⁴ Dannovan, s. 364.

⁵⁵ Kymlicka, s. 524.

⁵⁶ Kymlicka, s. 525- 527.

İş Kanununda yer alan “pozitif ayrımcı” düzenlemeler de bu anlayışın eseridir: Kadının evlendikten sonra evde oturup çocuk bakması çoğunlukla “doğal” ve “asli sorumlulukların yerine getirilmesi” olarak görülmektedir.

Catherine MacKinnon, cinsiyet ayrımcılığı konusundaki yaygın yaklaşım içinde kadınların cinsiyet eşitliğine ulaşabilmesi için ancak iki yolun öngörüldüğünü söyler: Birinci yol “aynı erkek gibi olmak”, özne olabilmek için eril olanı taklit etmek; ikinci yol erkeklerden farklı olmak ancak bu sefer de özel yarar ve özel korunma kuralları ile toplumsal cinsiyet nesneleri haline getirilmek. “Aynılık başlığı altında kadın, erkeğe uygunluğuyla ölçülür; erkeğin ölçülerine ne kadar yakınsa aralarında o kadar eşitlik vardır. Farklılık açınsansa, erkeğe uymayan yönleriyle ölçülür; kadınlığına erkeğin ölçülerine olan mesafeye göre karar verilir”⁵⁷. Her iki yol da kadınları erkeklerle olan ilişkilerine ve erkek ölçütlerine yakınlıklarına göre bölmektedir, erkeklik veya erillik kilit noktadadır.

Güç sahibi kadının ister istemez kadın dünyasından erkek dünyasına atlamak zorunda kaldığını belirten Akal da, bu duruma çok somut bir örnek olarak Yoruba halkını gösterir. Yorubalar aile içinde ekonomik bir güce sahip olan tacir kadını kelimenin tam anlamıyla “erkeğe dönüştürür” ve hatta kadınlarla evlendirirler. Akal’ın “siyasi travestiler” olarak tabir ettiği bu yarı iktidarlı yeni erkekler olarak dönüştürülen kadınlar asla bir erkeğe eşit şekilde yönetici olarak kabul edilmezler⁵⁸. Yoruba halkı kadar somut olarak görünmese de modern toplumda da iktidar sahibi kadının “erkek gibi” olduğu kabul edilir veya buna mecbur edilir. Kadınlar erkeklere benzedikleri ölçüde iktidara yaklaşmaktadır, erkeklerin çoğu ise bir takım olanaklardan yararlanabilmek için başka birilerine benzemek zorunda değildir. Erkekleri kadınlardan ayıran her türlü nitelik aslında toplum düzeni ve değerleri bakımından olumlu telakki edilir. Tarafsızca uygulandığı söylenen ölçütlerin çoğu da aslında toplum tarafından tanımlanmıştır.

Ayrımcılık yalnızca kadınlar açısından geçerli değildir, LGBTİ’ler de toplumsal cinsiyet eşitsizliğiyle karşı karşıyadır. Tüm dünyada milyonlarca insan cinsel yönelimleri veya cinsiyet kimlikleri nedeniyle öldürülmekte, işkence görmekte, cezaevine konmakta,

⁵⁷ Catherine A. MacKinnon, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru* (çev. Türkân Yöney, Sabir Yücesoy), Metis Yayınları, İstanbul, 2003, s. 251, 253.

⁵⁸ Akal, *Siyasi İktidarın Cinsiyeti*, s. 254.

şiddete uğramaktadır. İran, Sudan, Suudi Arabistan, Nijerya, Yemen ve Brunei⁵⁹ gibi ülkelerde eşcinsellik ölüm cezasını gerektiren bir suç olarak kabul edilirken; Pakistan, Bangladeş, Tanzania ve Guyana gibi ülkelerde müebbet hapis cezasıyla cezalandırılabilir. Eşcinselliğin yasak olmadığı ülkelerde ise cinsiyetin yeniden belirlenmesine izin verilmeyebilir veya bunun için zorunlu kısırlaştırma uygulaması şart koşulabilir⁶⁰. Günümüzde cinsel azınlıklara karşı “haksız tutuklama”, “haksız ve asılsız suçlamalar” (özellikle reşit olmayan çocuklara yönelik istismar suçlaması), “dayak, işkence ve tecavüz”, “iş yerinde zulüm, işten atma”, “okulda ve başka yerde zorbalık”, “mahremiyetin ihlali”, “hapis, para cezaları, kırbaçlama ve idam cezaları” gibi temel hak sorunları gözlemlenebilmektedir⁶¹.

Ülkemiz açısından bakıldığında eşcinsellik kanunlarımızda suç değildir ve AYM’nin 2017 yılındaki kararıyla⁶² cinsiyet geçişinde “üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma” şartı kaldırılmıştır. Ancak nefret cinayetlerinde etkin soruşturma ve kovuşturma yürütülmemesi⁶³, nefret söylemlerinin ifade ve basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi⁶⁴, nefret saiki ile işlendiği apaçık ortada olan olaylarda dahi bu durumun kararlarda dikkate alınmaması⁶⁵ ve faile verilecek cezanın

⁵⁹ 3 Nisan 2019’dan itibaren eşcinsel ilişkiyi taşlanarak idam cezası öngören Brunei’nin bu kararı, uluslararası alanda yoğun protesto ve boykot çağırılarıyla karşılandı. (Brunei’de eşcinsel ilişkiye idam cezası verilecek, 03.04.2019, <https://t24.com.tr/haber/brunei-de-escinsel-iliskiye-idam-cezası-verilecek.815291> erişim tarihi: 08.04.2019)

⁶⁰ Uluslararası Af Örgütü, LGBTİ+ hakları, <https://www.amnesty.org.tr/icerik/lgbti-haklari> erişim tarihi: 08.04.2019.

⁶¹ Vanessa Baird, Cinsel Çeşitlilik, 2. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2017, s.81.

⁶² AYM E. 2017/130, K. 2017/165, K.T. 29.11.2017

⁶³ Eşcinsel olduğu için babası tarafından 2008 yılında öldürülen Ahmet Yıldız davası aradan geçen 11 yıla rağmen henüz sonuçlandırılmamıştır. En son 27 Aralık 2018’de 29. duruşması gerçekleştirilen davada sanık baba Yahya Yıldız 10 yıldır “kırmızı bültenle” aranmasına rağmen henüz bulunamamıştır. (Ahmet Yıldız Davası 29. Kez Ertelendi, Aslı Alpar, 18.01.2019, <http://kaosgl.org/sayfa.php?id=27408> erişim tarihi: 08.04.2019)

⁶⁴ AYM Sinem Hun Başvurusu, B. No: 2013/5356, K.T. 08.05.2014. Başvurucu ulusal yayın yapan bir internet haber sitesinin “Siyonist uşakları yine teröre sarıldı” başlıklı haberinde kendisine yönelik sarf edilen “sapkınların avukatı” şeklindeki nefret ifadelerine yönelik suç duyurusunda bulunmuşsa da bir sonuç alamamıştır. Bunun üzerine AYM’ye AY. m.17,20 ve 40 ile AİHS m. 8’de düzenlenen haklarının ihlal edildiği, “kendisi hakkında ayrımcı ve nefrete dayalı hakaret içerikli haberler yayınlaması nedeniyle kişilik haklarına saldırıda bulunduğu ve zedelenen hakları nedeniyle devletin etkili soruşturma yapmayarak failleri cezasız bırakıldığını” ve “toplumun bir kesiminin bir özelliğinden dolayı nefret saikiyle hedef alındığını” belirterek bireysel başvuruda bulunmuş; AYM m. 17 kapsamında yaptığı değerlendirmede söz konusu ifadelerin “belli bir tahkir ve aşağılama eşiğini geçmediği”, “başvurucu yönünden nefret suçu veya nefret söylemi niteliği taşımadığı”, “şeref ve itibara saygı hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü arasındaki dengenin bozulmadığını” ifade ederek ihlal olmadığı yönünde hüküm kurmuştur.

⁶⁵ AYM Sadıka Şeker Başvurusu, B.No: 2013/1948 K.T. 23.01.2014. Başvurucu kardeşinin cinsel yönelimi nedeniyle öldürülmesi ve sanığın TCK m. 82/1’de düzenlenen “canavarca hisle öldürme” suçuyla cezalandırılması yerine suçun basit şekliyle yargılanıp, haksız tahrik indirimi ve takdiri indirimlerden

artırılacağı yerde haksız tahrik gibi nedenlerle azaltılması hukuki ayrımcılık açısından sorunlu alanlardır. Ancak bu hukuki ayrımcılığın kökeninde daha derin tarihsel ve sosyolojik temeller vardır.

Çalışmanın hazırlandığı esnada Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, cinsiyetçiliğin uluslararası alanda kabul edilen ilk tanımını içeren, cinsiyetçiliğin ve cinsiyetler arası eşitsiz ve ayrımcı güç ilişkilerinin önlenmesi amacıyla çok önemli ve tarihi bir tavsiye kararı hazırlamıştır. Tavsiye kararında yer alan tanıma göre cinsiyetçilik:

“Bir kişinin ya da bir grup kişinin cinsiyeti sebebiyle aşağıda olduğu fikri temelinde, kamusal ya da özel, çevrimiçi ya da çevrimdışı alanda gerçekleşen; her türlü eylem, jest, görsel temsil, sözlü ya da yazılı ifade, pratik ya da davranış olup; şu saik ya da etkileri taşımaktadır:

- i. *bir kişi ya da bir grup kişinin içkin onur ya da haklarını ihlal etme; ya da*
- ii. *bir kişinin ya da bir grup kişinin fiziksel, cinsel, psikolojik veya sosyoekonomik yönden zarara uğraması ya da acı çekmesine sebep olma; ya da*
- iii. *caydırıcı, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratma; ya da*
- iv. *bir kişinin ya da bir grup kişinin otonomisine ya da insan haklarından tam anlamıyla yararlanmasına bariyer kurma; ya da*
- v. *cinsiyet kalıp yargılarını devam ettirme ve pekiştirme.*⁶⁶

Tavsiye kararında CEDAW ve İstanbul Sözleşmesiyle de kurulan bağlantılarla üye devletlere; “dil ve iletişim”, “internet ve sosyal medya”, “medya ve reklamcılık”, “işyeri”, “kamu sektörü”, “adalet sektörü”, “eğitim kurumları”, “kültür ve spor” gibi sayılan başlıklar altında kapsamlı bir biçimde cinsiyetçilikle mücadele etme, konuyla ilgili yasal reformlarda bulunma ve farkındalık yaratma tedbirleri öngörülmüştür.

Ayrımcılıkla mücadele, öncelikle yasal korumalarla birlikte toplumsal olarak ayrımcı ifade ve pratiklere karşı sürekli uyanık olmayı, kişisel olarak da ayrımcılığın

yararlanması nedeniyle yaptığı başvuruda, AYM “(...)kararda cinayetin nefret suçları kapsamında işlenip işlenmediğinin değerlendirilmemesi ya da tarafların cinsel yönelimlerinin araştırılmamış olması, soruşturmanın etkisizliği sonucunu doğurmayacaktır” kanaatine varmıştır.

⁶⁶ 27.03.2019 tarihli “Üye Devletlerde Cinsiyetçiliğin Önlenmesi ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin CM/Rec(2019)1 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, çev. Polat Yamaner. (https://anayasagundemi.files.wordpress.com/2019/04/cm_rec20191e_tercume.pdf, erişim tarihi: 28.05.2019)

yeniden üretilmesine zemin hazırlayacak tavır ve söylemlerden kaçınmayı ve daha adil bir dünya için verilen mücadelelerle dayanışmayı gerekli kılmaktadır⁶⁷.

Anayasa Mahkemesinin cinsiyet ile ilgili kararları incelendiğinde özellikle iki kavram ön plana çıkmaktadır: Anayasa Mahkemesi kararlarının bir kısmında, kişinin “birey” olmasından kaynaklı bireysel özerklik kavramı vurgulanırken, diğer kısmında, özellikle de kadınlarla ilgili olarak, kadını (çocuklarla birlikte) “aile” kavramı içerisinde korunması gereken bir varlık olarak nitelendirmektedir. Bu ayrım kaynağını aslında Anayasadaki normatif düzenlemelerden almaktadır. Anayasa m.17 kişinin dokunulmazlığı ve maddi-manevi varlığını düzenlerken bireysel özerkliğe atıfta bulunur; pozitif yükümlülükler ve yatay etki boyutuyla da okunabilecek 41. madde ise ailenin korunması ve çocuk hakları başlığında, kadını birey olarak değil; anne ve korunmaya muhtaç bir varlık olarak tanımlandığı kararlara gerekçe olarak gösterilebilmektedir. Biz de Anayasa Mahkemesi’nin bu çatışma/ayırma bakış açısına sadık kalarak cinsiyetle ilgili kararları “bireysel özerklik yaklaşımı” ve “korumacı/koruyucu yaklaşım” başlıkları altında incelemeyi uygun buluyoruz.

Çalışmanın nihai amacı ise; Anayasa Mahkemesi’nin cinsiyetlere bakış açısının bir fotoğrafını çekmektir. Bu açıdan AYM’nin “kadın”, “çocuk”, “aile” ve “cinsel yönelim” gibi kavramlara ilişkin kararları incelenerek, bu şekilde Mahkeme’nin bakış açısı rasyonel olarak yeniden inşa edilmeye çalışılmıştır.

⁶⁷ Merve Diltemiz Mol, Türkiye’de LGBTİ Olmak, Ayrımcılığın Yüzleri (der. Ülkü Doğanay), Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara, 2018, s.155.

Birinci Bölüm

ANAYASA MAHKEMESİ’NİN BİREYSEL ÖZERKLİK

YAKLAŞIMI

Temel hak ve özgürlüklerin gelişimiyle bireysel özerklik kavramının ortaya çıkışı birbiriyle paralel şekilde yürümüştür. İnsanların diledikleri gibi kendi yaşam alanlarını, kişiliklerini oluşturabilmeleri ve herhangi bir müdahaleye maruz kalmaksızın kendi özgür seçimlerini yapabilmeleri daima anayasacılığın temel amaçlarından biri olmuştur⁶⁸. 1982 Anayasası’nın 17. maddesi de “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” derken bu bakış açısını korumaktadır. Söz konusu madde Anayasa’da bireysel özerkliğe vurgu yapan tek düzenleme değildir; özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. madde, konut dokunulmazlığına ilişkin 21. madde, haberleşme özgürlüğünü düzenleyen 22. madde ve seyahat hürriyetini düzenleyen 23. madde de özünde kişinin özgür seçimleriyle maddi-manevi varlığını geliştirmeyle birlikte bireysel özerkliğin sağlanmasına yönelik düzenlemelerdir. Bununla birlikte Anayasa’nın 5. maddesi “devletin amaç ve görevlerini” düzenlerken “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak” yönünde devlete pozitif yükümlülük öngörmektedir. Bu bağlamda maddi ve manevi varlığın geliştirilmesine yönelik devlet yalnızca “saygı göstermekle” yetinemeyecek, hakkın “gerçekleştirilmesine” yönelik sosyal ortam hazırlamakla ödevli olacaktır.

Anayasa’da bunca farklı maddede ve kapsamlı olarak düzenlenmesi Anayasa Mahkemesi’nin bireysel özerkliğe daima teşvik edici bir perspektifle yaklaştığı anlamına gelmemektedir. Çalışmanın bu bölümünde öncelikle bireysel özerklik kavramı incelenecek, sonrasında AYM’nin bireysel özerkliği dikkate alan ve yadsıyan yaklaşımı şeklinde ikili bir ayrımla cinsiyete yönelik bakış açısı irdelenmeye çalışılacaktır.

⁶⁸ Oya Boyar, Anayasa Hukuku ve Şiddet, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 1, İstanbul, 2016, s. 75

I. BİREYSEL ÖZERKLİK

Özerklik en basit ve tabii anlamıyla kendi kendini idareyi, kendi kaderini tayin hakkını ifade eder; ülkelerin, ailelerin, birliklerin ya da şahısların kendi kurallarını kendilerinin koyması hakkıdır⁶⁹. Özerkliğin bireysel boyutuysa çoğunlukla hukukun en önemli amaçları ve gerekçeleri arasında sayılan özgürlük hakkının kamusalılık ile olan ilişkisinde ortaya çıkan, onu tamamlayan temel bir haktır. Özgürlük hakkı, “bireyin bir dış faktörün zorlamasına maruz kalmaksızın, kendi kendisinin efendisi olarak kendi seçimini kendisinin yapması/yapabilmesidir”⁷⁰. Özgürlük hakkı ile bireysel özerklik iç içe geçmiş birbirlerini tamamlayan haklardır. Her iki hak türünün de kaynağını “özgür irade” olgusu oluşturur. Özgür irade, “iradenin bir başka dış faktörle olan ilişkisinde her anlamıyla bağımsız olması ve kendisiyle ilgili karar alama süreçlerinde seçme hakkını özgürce kullanabilmesidir”⁷¹. Birey bir konu ile ilgili seçme hakkını kullanırken tamamen dış faktörlerin etkisinden uzak bir biçimde, özgür iradesini etkilemeye yönelik hiçbir müdahaleye uğramaksızın bu hakkını kullanabilmelidir; bireyin kendi kaderiyle ilgili karar anında iradesine yönelik olumlu ya da olumsuz herhangi bir müdahale, bu hakkın özünü zedeleyecektir⁷². Bu şekilde tanımlandığında özerklik yetki/ehliyet ile neredeyse aynı anlama gelir, herhangi bir kısıtlama olmadan istediğini yapabilmektir. Bununla birlikte özerklik yetkiden “öz-kısıtlama” ölçüsüyle farklılık gösterir. Özerklik, ülke veya bir başkası tarafından müdahaleye uğranılmaması hakkıdır; meğerki “toplumun ortak iyiliği” bu müdahaleyi haklı çıkarsın⁷³. Özerkliği bu kadar arzulanır kılan şey de onun özgürlük (ve sınırlamayla) olan kaçınılmaz bağlantısıdır. Toplumsal yaşamda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kaçınılmaz bir zorunluluk teşkil etmektedir. Sınırsız, mutlak bir özgürlük anlayışı devlet ve toplum içerisinde yer alamaz.

Hukuk; devletler, aileler ve şahıslar için özerkliği diğer devletler, aileler veya kişilerden gelecek haksız ihlallerden korumanın sınırlarını çizer. Burada söz konusu olan sınır, özerkliğin koruduğu alana dışarıdan yapılan müdahaleden ziyade bizzat hakkın

⁶⁹ Mortimer Newlin Stead Sellers (M.N.S. Sellers), *Autonomy in the Law (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice Volume 1)*, Published by Springer, Netherlands, 2007, s. 1.

⁷⁰ Fırat Aydınkaya, *Tamamlanmamış Bir Proje Olarak Kendi Kaderini Tayin Hakkı*, Toplum ve Hukuk, Yıl:2, Sayı:7, Yaz:2003, s.90-91.

⁷¹ Aydınkaya, s.91.

⁷² Aydınkaya, s.91.

⁷³ M.N. S. Sellers, s. 1-2.

kendisinde mündemiç sınırlılıktır. Temel hak ve özgürlüğün “sınırlandırılması” ile “sınırlılığı” farklı anlamlara gelmektedir. Sınırlama bir temel hak ve özgürlüğün koruduğu alana dışarıdan müdahale edilmesidir; sınırlılık ise dışarıdan değil, bizzat o hak ve özgürlüğün kendisinden kaynaklanmaktadır⁷⁴.

“Yasal sınırlama, belli bir temel hak ve özgürlüğün koruduğu alana müdahale edilerek özgürlük alanının belirtilen sınırlama nedenleri ile daraltılmasını sonuçlandırır. Dolayısıyla sınırlama kurucu (inşaî, konstitütif) bir nitelik taşır; kanun koyucunun temel hak ve özgürlükleri sınırlandırabilmesi için Anayasada yer alan genel ve özel sebeplere dayanması gerekir. Hak ve özgürlüklerin sınırlılığı ise bunların kendi yapısından kaynaklanmaktadır, bu sınırlar pozitif hukuk metinlerinde belirtilse de belirtilmese de zaten vardır. Bu nedenle de özgürlüğün objektif sınırlarının belirtilmesi hak alanında yeni bir daralma meydana getirmeyen, yalnızca açıklayıcı (deklaratif) bir nitelik taşımaktadır”⁷⁵.

Objektif (nesnel) sınırlılık olarak ifade edilen bu kavrama dair temel görüşler Federal Almanya'da *Friedrich Müller* tarafından geliştirilmiştir. Müller'e göre hiçbir hak muhtevası bakımından uçsuz bucaksız anlamda sınırsız değildir. Hakkın sınırsız olamayacağı onların norm alanlarının nesnel sınırlılığının bir sonucudur. “Her temel hak normatif yapısı gereği ancak belli bir nesnel alanda geçerlidir, nesnel sınırlar söz konusu olduğunda hakların nasıl sınırlanacağı değil, ‘geçerlilik muhtevasının’ nereye kadar uzandığının tespiti gerekir”⁷⁶. Objektif sınır anlayışı, “yasanın ötesinde eşyanın tabiatından kaynaklanan bir sınırlılık anlayışı” olarak, hiçbir normatif sınırlama nedeni belirtilmemiş olsa bile, bir özgürlüğün hangi alanları kapsadığını ve hangi alanlarda yapısından ileri gelen sınırları olduğunu ortaya koymaya çalışır⁷⁷.

Özerklik aynı zamanda “mahremiyet” kavramıyla da yakından ilgilidir. Mahremiyet özerkliğin negatif ifadesi olarak da kabul edilebilir; özerklik bireyin kendisi için karar verme hakkını ifade ederken, mahremiyet başkaları tarafından müdahale edilemez alanı ifade etmektedir. Bazı eylemler mahremiyet içinde, devletin alakadar olmaması gereken aktiviteler olarak anlamlıdır. Devlet bunları sınırlandırmamalıdır, zira mahrem aktiviteler doğası gereği ancak vatandaşlar özerklikten yararlandığında ortaya çıkar⁷⁸. *Sellers*, bu faaliyetlerin ancak kamusal alanda meşru olarak kısıtlanabileceğini

⁷⁴ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.297.

⁷⁵ Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s.33. Gözler, s.297.

⁷⁶ Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, Berlin, 1969, s. 55-87'den aktaran: Sağlam, s. 47-50.

⁷⁷ Sağlam, s. 130.

⁷⁸ M.N.S. Sellers, s. 3.

belirtirken bireysel özerkliğin (kural olarak) kamu ile özel arasındaki sınırdan sona ereceğini⁷⁹ ifade eder. Bu aslında bir bakıma doğrudur; zira bireyin kendisiyle ilgili kararları (kendisi için kötü dahi olsa) özgürce alabilmesi için devlet tarafından herhangi bir müdahaleye uğramaması gerekir. Ancak mahremiyet hakkının aile içi ilişkiler bağlamında düşünülmesi halinde kadınlar açısından eşitsiz sonuçları görünür olmaktadır. Mahrem alanın aile içi ilişkilere uygulanması ve ailenin (ev içinin) devlet müdahalesinden azade bir alan olarak düşünülmesi ev içindeki kadının hukuki korumadan mahrum kalmasına, kadının ekonomik yönden bağımlı ikincil konumunun pekiştirilmesi ve dolayısıyla geleneksel paternalist ailenin yeniden üretimine neden olur. Sellers özerklik konusunda liberal anlayışın klasik kamusal ve özel alan ayrımına atıf yaparken aslında bu kavramdan türeyen aile ve toplum arasındaki ayrışmaya da işaret eder.

Kamusal- özel alan ayrımı, kaynağını büyük ölçüde Aydınlanma döneminin önemli filozofu *Immanuel Kant*'ın görüşlerinden almaktadır. Aklın kullanımını kamusal ve özel olarak ayıran Kant, aslında dönemine göre oldukça yenilikçi ve özgürlükçü olarak bireyin kendi kaderini tayin etmesini “aydınlanmanın temeli” olarak göstermektedir. Birey kendi kaderini tayin edebilmek için öncelikle aydınlanmalıdır.

“Aydınlanma, insanın kendi suçu ile düşmüş olduğu bir ergin olmama durumundan kurtulmasıdır. Bu ergin olmayış durumu ise, insanın kendi aklını bir başkasının kılavuzluğuna başvurmaksızın kullanamayışıdır. İşte bu ergin olmayışa insan kendi suçu ile düşmüştür; bunun nedenini de aklın kendisinde değil, fakat aklını başkasının kılavuzluğu ve yardımı olmaksızın kullanmak kararlılığını ve yürekliliğini gösteremeyen insanda aramalıdır.”⁸⁰

Kant, “*Aydınlanma Nedir?*” isimli makalesinde bireyin kendi aklını bir başkasının rehberliğinde kullanmasının bireyi köleleştirmesinden şikâyetçidir; bununla birlikte bağımsız düşünmenin kişi için aynı zamanda bir ödev olduğu görüşündedir⁸¹. Kant, bireyin ancak kendi aklını dış faktörlerden bağımsız bir biçimde kullandığı ve böylelikle kendi kaderini kendisinin belirlediğinde aydınlanabileceğini ifade ederek “*Sapare Aude! Aklını kendin kullanma cesaretini göster!*” sloganını aydınlanmanın parolası olarak göstermektedir⁸². Makalenin devamında “Aydınlanma için özgürlükten

⁷⁹ M. N. S. Sellers, s.3.

⁸⁰ Immanuel Kant, *Aydınlanma Nedir* (1784), çev. Nejat Bozkurt, s.1.

(http://www.allmendeberlin.de/Aydinlanma_Nedir_Kant.pdf erişim tarihi: 01.04.2019)

⁸¹ Kant, *Aydınlanma Nedir*, s.2.

⁸² Kant, *Aydınlanma Nedir*, s.1.

başka bir şey gerekmez ve bunun için gerekli olan özgürlük de özgürlüklerin en zararsız olanıdır: Akli her yönüyle ve her bakımdan çekinmeden kitlenin önünde apaçık olarak kullanmak özgürlüğü.” şeklinde ifade eden Kant’ın bu felsefesi zamanla kamusal hayatta bireysel kimliğini kullanma ve görüşlerini savunma cesaretini gösterme şeklinde gelişmiştir: “Kendi aklının kitle önünde, kamuoyu önünde ve hizmetinde serbestçe ve açık bir biçimde kullanılması her zaman özgürce olmalıdır ve yalnızca bu tutum insanlara ışık ve aydınlanma getirebilir.⁸³”

Özgürlüğü insanın rasyonelleşmesinin bir aracı olarak gören Kant’ın özerk alan/yasayla olan ilişkisini Savigny şu şekilde ifade eder:

“İnsanın içinde bulunduğu dış dünyada, çevresindeki en önemli unsur kendisiyle aynı mahiyet ve koşullardakilerle ilişkileridir. Eğer böyle bir temasta özgür varlıklar yan yana var olacaksa; birbirlerine karşılıklı olarak yardım edecek ve gelişimlerini engellemeyeceklerse, o zaman her bireyin varlığının ve faaliyetinin garanti altına alındığı güvenli özgürlük alanını içeren görünmez bir sınırın tanınması gerekir. Bu sınırı ve dolayısıyla özgür alanı belirleyen kural yasadır. Böylece ahlak ve hukuk arasındaki ilişkiyi ve farklılıkları görürüz. Yasa, ahlaka buyruklarını yerine getirmek için değil, herkesin içinde yaşayan bireysel irade gücünün serbestçe gelişmesi için hizmet eder⁸⁴”.

Yasayı özgür iradeyi belirleyebilecek bir ilke olarak gören Kant, *Pratik Aklın Eleştirisi*’nde “özgürleşmenin topluluğun yasalarına uymakla mümkün olabileceğini” ifade etmiştir. Ödevin özgürlükten önce geldiğini savunan Kant’a göre “ Özgürlük yapılması gerekene değil, yapılması gereken özgürlüğe götürür. İnsan öncelikle ödev bilincine sahip olarak, ödevini yerine getirerek kendisini yetkinleştirir ya da yasalar aracılığıyla ahlaki özerkliğinin bilincine varır.”⁸⁵

Liberalizmin özgün kamusal-özel ayrımı, son yüzyıl içinde “kişisel ve mahrem” olanla “kamusal” olan arasına bir çizgi çeken ikinci bir ayrımla tamamlanmış, mahremiyet hakkı zamanla dışarıdan aileye yönelik herhangi bir müdahaleyi mahremiyet hakkının çiğnenmesi sayan bir yorum kazanmıştır. İkinci bölümde de inceleneceği üzere bu mahremiyet anlayışı ev içi eşitsiz iş bölümüne ve ailenin kadınların çıkarlarını

⁸³ Kant, *Aydınlanma Nedir*, s.2.

⁸⁴ Friedrich Karl Von Savigny, *System Des Heutigen Romischen Rechts (System of Modern Roman Law)*’den aktaran: William B. Ewald, "Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?" (1995). Faculty Scholarship. Paper 1405. (http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1405 erişim tarihi: 02.04.2019)

⁸⁵ Cemal Bali Akal, *Varolma Direnci ve Özerklik*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016, s.202.

korumaya yönelik reformlardan muaf tutulmasına hizmet etmektedir. İnsan hakları tarihi boyunca, kadınlar özel alan içerisinde muhafaza edildikçe insan haklarından mahrum kalmışlardır⁸⁶.

Özerk eylemi kişinin kim olduğunu, kişinin kendi özünü yansıtan eylem olarak tanımlayan⁸⁷ *Marilyn Friedman*, özerkliğin kişinin inançları, arzuları ve değerlerinden oluşan karakteristik perspektifinin yansıttığı; kişinin kendine özgü istek ve ilgilerinden kaynaklanan bağımsız karar ve eylemler olduğunu söyler⁸⁸. Seçimlerin ve eylemlerin özerk kabul edilebilmesi için; istek ve değerlerini ortaya koyan kişinin bunları yansıtırken tamamıyla bilinçli ve amaçlı olması zorunlu değilse de kararlarında aktif belirleyici olması; seçim ve eylemlerinde kısmen de olsa baskı, aldatma ve manipülasyon gibi koşullarla yönlendirilmemiş olması gereklidir⁸⁹. Kişinin özerk olabilmesi için kendini yansıtabileceği seçenekler arasında seçim yapabiliyor olması gerekir, bunlar onu limit altına sokan seçenekler (değerlerini ve bağlılıklarını yansıtmamasını engelleyecek nitelikte) olmamalıdır. Baskı/boyunduruk bir süre sonra kişinin seçimlerini bu baskının doğrultusunda kendisine uygun hale getirebilir. Öz, baskılara direnebildiği ölçüde özerk olacaktır⁹⁰.

II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL ÖZERKLİĞİ DİKKATE ALAN YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi'nin cinsiyetle ilgili bazı kararları özellikle cinsiyet ayrımcılığına karşı, eşitlikçi bir bakış açısıyla bireysel özerkliği destekleyen yapıdadır. Kadınların aleni duruşmadan men edilmesi hükmüne, kadınların çalışmak için kocalarından izin almasını zorunlu kılan TMK hükmüne ve kadın-erkek arasında farklı düzenlemeler içeren zina suçuna ilişkin iptal kararları özellikle uluslararası sözleşme ve kararlara yapılan atıflar, eşitlik ilkesinin uygulanışı ve cinsiyete yönelik ayrımcılığın engellenişi bakımından büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte Mahkeme'nin cinsiyet eşitliğini yalnızca kadınlar açısından değil; erkekler ve translar açısından da

⁸⁶ Bihterin Dinçkol, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s.14.

⁸⁷ Marilyn Friedman, *Autonomy, Gender, Politics*, Oxford University Press, New York, 2003, s. 10.

⁸⁸ Friedman, s.13.

⁸⁹ Friedman, s. 8- 14.

⁹⁰ Friedman, s. 18-19.

uyguladığı görülmektedir. Erkeklerin de hemşirelik yapabilmesini mümkün kılan kararı, hususi pasaporttan yararlanma bakımından kız ve erkek çocukları arasında eşitlik sağlayan kararı ve cinsiyet geçiş sürecinde “üreme yeteneğinden yoksun olma” şartını kaldıran kararı bu kapsamda incelenecek kararlar arasındadır.

A. Kadınların Aleni Duruşmadan Men Edilmesi Hükümünün İptali

Anayasa Mahkemesinin cinsiyetle ilgili bağlantı kurabileceğimiz ilk kararı 1963 yılında verdiği kadınların aleni duruşmalardan men edilmesine yönelik düzenlemeyi iptal ettiği karardır⁹¹. 1631 sayılı Askerî Muhakeme Usulü Kanunu’nun 165. maddesinde yer alan “*Kadınların, onbeş yaşını bitirmemiş olan çocukların ve hukuku âmmeden memnuiyete mahkûm olanların ve askerî mahkemenin haysiyetiyle mütenasip olmayan şahısların alenî duruşmada bulunmaları men edilebilir.*” ifadesinin “duruşmaların herkese açık olduğunu düzenleyen Anayasa m. 135’e aykırı olduğu” iddiasıyla AYM’ye başvurulmuştur. Mahkeme “Erkeklerle eşit haklara sahip olan kadınların böyle bir kayda tabi tutulabilmelerinin haklı bir sebebe dayanmadığını izaha hacet yoktur” şeklindeki kısa gerekçesiyle düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bularak maddede geçen “kadınların” ifadesini iptal etmiştir. Karar Mahkeme’nin henüz o tarihlerde kadın-erkek eşitliğine atfettiği önem ve ayrımcılığa cinsiyet temelinde cevaz vermediğini göstermesi açısından oldukça önemlidir.

B. Kadınların Çalışmak İçin Kocalarından İzin Alma Zorunluluğunun İptali

Mahkemenin bireysel özerkliği dikkate alan ikinci kararı kadınların aleni duruşmadan men edilmesi düzenlemesinin iptalinden yaklaşık 30 yıl sonra verdiği kadının kocasından çalışma izni alma zorunluluğunu iptal ettiği karardır⁹². Mülga 743 Sayılı Medeni Kanun’un 159. maddesi⁹³ kadına meslek veya sanat seçerken kocasından izin alma şartı getirmekteydi. Maddenin iptalinden önce de literatürde kadının çalışma

⁹¹ AYM E. 1963/143, K. 1963/167, K.T. 26.06.1963.

⁹² AYM E. 1990/30, K. 1990/31, K.T. 29.11.1990.

⁹³ “Karının meslek ve sanatı” başlığını taşıyan 743 s. Medeni Kanun 159. maddesi şöyledir: “*Karı koca mallarını idare etmek için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun karı, kocanın sarahaten veya zimnen müsaadesi ile bir iş veya sanat ile iştigal edebilir.*

Kocanın izninden imtinai halinde, karı, kendisinin bir iş veya bir sanat ile iştigal etmesi birliğin veya bütün ailenin menfaati icabı olduğunu ispat ederse bu izin, hakim tarafından verilebilir. Koca, karısını bir iş veya sanat ile iştigalden menettiği takdirde keyfiyet katibi adil marifetiyle ilan edilmedikçe hüsnü niyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez.”

yaşamına etkili katılımını engellemesi nedeniyle m. 159'un kaldırılması gerektiği ifade edilmekteydi⁹⁴.

Karar konusu somut olayda, kocasının izniyle turistik yerlerde halk türküleri sanatçısı olarak çalışan kadın, kocasının durumu istismar etmesi üzerine boşanma davası açmış; açtığı boşanma davası sonucunda kocası çalışma iznini geri alarak kasti olarak kadının çalışmasını engellemiştir. “Kadının kocasının izin vermemesi durumunda iznin hâkim tarafından verileceğini” düzenleyen 159. madde gereğince gerekli izin alınmak için İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'ne başvurulmuştur. İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesi bu talep üzerine, “kadının sırf cinsiyetinden dolayı çalışma hakkının kısıtlanmasının ve kocanın iznine bağlanmasının eşitlik ilkesine açıkça aykırı olduğu” ve “erkeğe ayrıcalık tanındığından” bahisle Anayasa m.10, m.49 ve m.50'ye dayanarak AYM'ye iptal başvurusunda bulunmuştur.

AYM kararında eşitlik ilkesi bakımından ayrıntılı bir değerlendirmede bulunmuş, uluslararası sözleşmelere yapılan atıflarla eşitlik ilkesini aile hukuku bağlamında değerlendirmiştir. Karşılaştırmalı hukuk bakımından yapılan incelemede 743 sayılı Medeni Kanun'un me hazı olan İsviçre Medeni Kanunu'nun çağının diğer medeni yasalarından daha ileri hükümler getirdiğini belirtilirken, Medeni Kanun'un kadın ve erkek arasında hakların ve yetkilerin paylaşımında tam bir eşitlik sağlamadığı da ifade edilmiştir. Eşitlik ilkesine aykırı düzenlemelere örnekler verilerek karşılaştırmalı hukukta özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra getirilen değişikliklere değinilerek Medeni Kanun'un çağın gerisinde kaldığı vurgulanmıştır. Medeni Kanundaki “koca egemenliğine dayalı aile modeli” ifadesi kullanılmış ve kadın aleyhine kısıtlamalar “çağdışı” olarak ifade edilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ön tasarısından bahsedilerek kadın erkek eşitliğini yansıtan yeni hükümlerinin henüz yasalaşmadığı, ancak bunlarla “eski koca egemenliğine dayanan kuralları kaldıran”, “aile hukukunda kadın-erkek eşitliğine dayanan” çağdaş yasaların yakalanmaya çalışıldığı belirtilmiştir. Kararın devamında kadının tarih boyunca uğradığı ayrımcılık ve ikincil konumundan bahsedilmiş, toplumsal cinsiyet kavramı açıkça kullanılmasa da ana teması anlatılmıştır⁹⁵. Türkiye'nin taraf

⁹⁴ Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s.317.

⁹⁵ “ (...)Kadınla erkeğin eşitliği, iki cins arasındaki eşitsizliği yaratan değer yargılarının değiştirilmesini gerektirir. Çağlar boyu toplumların büyük kesiminde erkeğin kadına üstünlüğü yerleşik bir değer yargısı durumuna getirilmiş ve bu yargının temelinde, kadının âciz, erkek tarafından korunmaya muhtaç bir varlık

olduğu ve eşitlik ilkesi/ayrımcılık yasağı düzenlemeleri içeren “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB)”, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)” ve “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)” gibi sözleşmelere eşzamanlı atıflar yapan Mahkeme son tahlilde m. 159’un Anayasa m.10’a aykırı olduğuna hükmetmiştir⁹⁶.

Mahkemenin uluslararası düzenlemeleri kararın merkezine koyması ve Anayasa ile uluslararası insan hakları belgelerinin ilişkisinde uyumu ön plana çıkaran “özde uygunluk” tezini benimsemesi açısından karar ilgi çekicidir⁹⁷. CEDAW’ ı anayasa yargısında ilk kez kullanan bu karar, eşitlik ve uluslararası hukuka açıklık ilkelerinin cinsiyetçilik aleyhine kullanılması bakımından önemlidir⁹⁸.

Kararda kadın-erkek eşitliğinin “erkeklerin haklarını sınırlandırarak değil”, “kadınların haklarının genişletilmesi ve bu yolla erkeklerle eşitlenmesi suretiyle” gerçekleştirileceği kaydedilerek eşitlik kuralının ne yönde uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte “pozitif ayrımcılık” tanımı açıkça kullanılmış olmasa da, eşitliğin sağlanması için alınacak farklı önlemlerin (örneğin kadına doğum izni verilmesi

(inbecclllitas sexus) olduğu varsayımı yer almıştır. Örneğin, on birinci yüzyılda Çin felsefesi, kadının en aşağı bir mahlûk olduğunu, birlikte yaşadığı kişiler tarafından acı çektirilmesinin doğal bulunduğunu savunuyordu. Ortaçağ Avrupa'sında da kadının eziyet edilmeye kendisini alıştırmayı öğretiliyor; erkeğin karısını dövmesi kilise hukukunda haklı bulunuyordu. Kocasını tehdit eden, hırsızlık yapan, rahibe karşı çıkan kadın öldürülüyordu. Semavi dinlerin kadının özgürlüğünde ve haklarını kullanmada olumlu katkıları olmuşsa da, uygulamada kadın ve erkek eşitsizliği giderilememiştir. Kamu hukuku alanında kadın aleyhine olan eşitsizlikler daha çabuk giderilerek kadınlar erkeklerle eş kamusal hakları elde etmişlerdir, özel, hukuk alanında ise, kadın erkek eşitsizliği özellikle aile ve miras hukukunda etkisini sürdürmüştür. Örneğin, 1804 tarihli Fransız Medeni Yasası'nın yapımını başlatan Napoleon Bonapart: 'La nature a fait de nos femmes nos esclaves = Doğa kadınlarımızdan kölelerimizi yaptı' diyebilmiştir. Bu düşünce biçimi Fransız Medeni Yasası'nda evli kadını, kocasının vesayetine konulmuş, tasarruf yetkileri önlenerek çocuklaştırılmış, malları kocanın tasarrufuna terk edilmiş, çalışma hakkı kocanın izin ve takdirine bırakılmış bir eş olması sonucunu getirmiştir (...)

⁹⁶ “(...)Medeni Yasa'nın 159. maddesinin kocanın, karının iş veya mesleğini yürütmesine izin vermesini öngören düzenlemesi; Türkiye Cumhuriyetinin de taraf olduğu, Türk İç hukuku bakımından kanun niteliği kazanmış olan uluslararası sözleşmelerde evrenselleşmiş 'Kadın, erkek eşitliği' ve 'karı ile kocanın eşit medeni haklara sahip oldukları' kuralına ve bu kurallarla uyum içinde olan Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. Açıklanan nedenlerle Türk Medeni Kanunu'nun 159. maddesinin tümüyle iptali gerekir. (...)”

⁹⁷ Bertil Emrah Oder, Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İhtihat ve Hukuk Politikası, içinde: Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 226.

⁹⁸ Oder, s. 225.

gibi) kadın-erkek eşitliğini bozmayacağı belirtilerek aslında pozitif ayrımcılığa işaret edilmiştir⁹⁹.

Çalışma özgürlüğünü düzenleyen 49. madde ile ilgili yapılan incelemede de CEDAW ve Avrupa Sosyal Şartı (ASS) gibi uluslararası sözleşmelere atıflarda bulunulmuş, çalışma hakkının Anayasa 12. maddesine göre “kişiye bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte” bir hak olduğu vurgulanmıştır. Evli kadının da “tıpkı erkek gibi mesleğini ve işini özgürce seçmekte, topluma yarar getiren etkinliklerde bulunmaya hakkı vardır” ifadesiyle kocanın sahip olduğu çalışma hak ve özgürlüğüyle aralarında hiçbir hukuksal fark ve ayrıcalığın olmadığını altı çizilmiştir. Sonuç olarak Medeni Yasa’nın 159. maddesi Anayasa’nın 49. maddesine de aykırı görülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin bu kararında “kamu yararı”, “kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklar”, “aile birliğinin huzuru ve düzeni” gibi toplumsal cinsiyet kararlarında çoğunlukla kullandığı muğlak ifadeleri kullanmamıştır. Aksine eşitlik ilkesinin kadının bireyselliğini gözeterek şekilde yorumlanması ve dokunulmaz-vazgeçilmez hak anlayışına dayalı çalışma hakkı yorumu kararı önemli bir konuma getirmektedir¹⁰⁰.

C. Zina Kararları

Mahkemenin uluslararası sözleşmelere atıf yaparak Anayasadaki eşitlik ilkesiyle özde uygunluk tezini benimsediği bir diğer kararı, erkeğin zinasını iptal ettiği 1996 tarihli kararıdır¹⁰¹. 765 sayılı mülga Ceza Kanunu kadının zinası ve erkeğin zinası olmak üzere iki farklı norm düzenliyordu¹⁰². Evli kadının zinası basit halinde cezalandırılırken, erkeğin zinasının cezalandırılabilmesi için “karısı ile ikamet ettiği evde veya herkesçe bilinecek surette başka yerde karı-koca gibi geçinmesi” şartı aranmaktaydı. Ayrıca, evli

⁹⁹ “(...) Zira kadın ve erkeğin benzemeyen yönlerine ilişkin hukuk kurallarının amacı, eşitliği sağlamak değil; her iki cinsin farklı özelliklerine hukuksal alanda çözüm getirmektir. (...)”

¹⁰⁰ Oder, s. 225.

¹⁰¹ AYM E. 1996/15, K. 1996/34, K.T. 23.09.1996.

¹⁰² “Madde 440- Zina eden karı hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası tertip olunur. Karının evli olduğunu bilerek bu fiilde ortak olan kimse hakkında da aynı ceza hükmolunur.”

“Madde 441- Karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmakta olan koca hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolunur. Erkeğin evli olduğunu bilerek bu fiilde şerik olan kadın hakkında da aynı ceza verilir”

kadının zinasında, “zinaya ortak olan diğer erkeğin” evli olup olmamasının suçun oluşması yönünden bir önemi olmadığı halde, kocanın zinasında “zinaya ortak olan diğer kadının evli olmaması” koşulu aranıyordu. AYM erkeğin zinasını düzenleyen 441. maddeyi “cinsiyet ayrımını reddeden kadın-erkek eşitliğini bozduğu” gerekçesiyle Anayasa m.10’a aykırı bularak iptal etmiştir. Ancak bu kararın verilmesi kolay olmamıştır; söz konusu kararı incelemeyen önce AYM’nin zinayla ilgili daha önceki iki kararına değinmekte fayda bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin bu konuyla ilgili ilk kararı 1967 tarihli¹⁰³. Başvuru gerekçesinde m. 440 ve m. 441’in kadınlar ve erkekler bakımından suçu oluşturan aynı eylemler için farklı düzenlemeler içerdiği vurgulanmış ve Anayasa’nın eşitlik ilkesine (1961 Anayasası m.12) aykırı olduğundan bahisle her iki maddenin de iptali istenmiştir. AYM itiraz gerekçesinde her iki zina düzenlemesi de yer almasına rağmen, “somut olayda sadece kadının zinasını düzenleyen m. 440’ın uygulanabileceğini, bu nedenle erkeğin zinasını düzenleyen m. 441’in değerlendirme ve karşılaştırma konusu edilemeyeceğini” belirterek incelemesini m. 440 ile sınırlı tutmuştur. Bunun sonucu olarak da zina yapan kadın ve bu fiile katılan erkek için aynı cezalandırmayı öngören m. 440’ın eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır¹⁰⁴. AYM bu kararında eşitlik incelemesinin mantığına aykırı, eşitlik incelemesi için biri diğerinin kıstası olacak en az iki unsur bulunması zorunluluğunu dahi göz ardı ederek bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu hususa karşı oy yazısında da dikkat çekilerek eleştirilmiştir¹⁰⁵.

Zinayla ilgili bir diğer karar 1968 tarihli ve AYM bu başvuruyu da benzer nedenlerle reddetmiştir¹⁰⁶. Ancak buradaki fark incelemenin 441. madde için yapılmasıdır. İptal başvurusu her iki zina düzenlemesinin koşullarının aynı olmadığını içermesine rağmen Mahkeme incelemesini 441. madde ile sınırlı tutmuş; zina eden kocayı

¹⁰³ AYM E. 1966/30, K. 1967/9, K.T. 02.03.1967.

¹⁰⁴ “(...)İtiraz konusu 440. madde, zina eden karı hakkında verilecek cezanın, karının evli bulunduğunu bilen suç ortağı erkeğe de verileceği hükmünü koymuştur, itirazın dayandığı Anayasa’nın 12. maddesinde “Herkes, din ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” denmektedir. Bu Anayasa hükmü ile zina eden karıyı ve suç ortağı erkeği aynı cezalarla cezalandıran itiraz konusu 440 inci madde arasında bir çelişme veya çatışma bulunmadığı herhangi bir açıklamayı gerektirmeyecek derecede meydandadır(...)”

¹⁰⁵ Lütfi Ömerbaş, Recai Seçkin, Muhittin Taylan ve Ziya Önel’in karşı oy yazısı ile İhsan Ecemiş’in muhalefet şerhi.

¹⁰⁶ AYM E. 1968/13, K. 1968/56, K.T. 28.11.1968.

ve “suç ortağı” kadını aynı cezayla cezalandıran hükmü eşitliğe aykırı bulmamıştır. Karşı oy yazılarında incelemenin 441. madde ile sınırlı tutulması eleştirilmiş; yalnızca bu kapsamda bile kocanın zinasının fiile iştirak eden kadının evli olup olmadığına göre değişmesi eşitliğe aykırı görülmüştür¹⁰⁷.

Söz konusu kararlarda zorlama bir biçimsel denetim usulü kullanılarak eşitlik ilkesinin incelenmesi imkânsız hale getirilmiştir. Ayrıca kararlarda zinanın suç oluşturan bir durum olup olmadığı değil, verilecek cezanın eşitlik ilkesine uygunluğu tartışılmaktadır¹⁰⁸. Bu kararlardan yaklaşık 30 sene sonra, 1996 yılında AYM iptal için önüne gelen m. 441’i nihayet m. 440 ile birlikte değerlendirmiş; kadının zinasında aranmayan koşulların erkeğin zinasında aranmasının ayrımcılık olduğunu belirterek erkeğin zinasını düzenleyen m.441’i iptal etmiştir¹⁰⁹. Yukarıda da değinildiği gibi kararda uluslararası sözleşmelere (İHEB, AİHS) ve özellikle CEDAW’a yapılan atıflar önemlidir. AYM, “anılan uluslararası belgelerin, cinsiyete dayalı ayrımı ya da eşitsizliği reddeden hükümleri ile Anayasa’nın ‘kanun önünde eşitlik’ başlıklı 10. maddesi arasında özde bir farklılık bulunmadığını” ifade ederek, “çağdaş hukuk anlayışında görülen bu gelişmeler ulusların hukuk düzenlerinin yeniden gözden geçirilmesini, saptanan aykırılıkların giderilmesini gerektirmektedir.” çıkarımında bulunmuştur. Nihayetinde m.441, Anayasa’nın 10. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle oybirliğiyle iptal edilmiştir. Ancak bunun sonucunda ortaya ilginç bir durum çıkmıştır: erkeğin zinası kanundan kaldırılırken, kadının zinası suç olmaya devam etmiştir. Mahkeme 1996 tarihli kararında doğacak hukuksal boşluğun giderilmesi için iptal kararının yürürlüğe girişini ertelemişti, ancak kanun koyucu ceza kanunda eşitlikçi bir zina düzenlemesi yapmamıştı. Bunun sonucunda kadının zinası bakımından eşitsizlik giderilmek istenirken doğan hukuksal boşlukla daha da artmıştır.

¹⁰⁷ “(...)Kocanın cezalandırılması için zina eyleminde bir yan olan kadının evli olmaması koşulu öngörülmüştür. Böylelikle evli bir kadınla zina eden bir koca ile evli olmayan bir kadınla aynı koşullar altında zina eden bir koca arasında hemen göze çarpan bir eşitsizlik ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar kararda bu yön üzerinde durulmamış ise de, bir koca ile zina eden evli kadının kendi kocasının zina davası açmaması halinde o evli kadının aile birliğinin sarsılacağı, o birliğin sarsılmaması ve bozulmaması için böyle bir ayırımın haklı bir neden olduğu genellikle ileri sürülmektedir. Ancak bu durum kocanın zinasını suç olmaktan çıkmağa yeterli değildir(...)” (Bkz. İhsan Keçecioğlu ve Muhittin Gürün’ün karşı oy yazısı)

¹⁰⁸ Bezar Eylem Ekinci, Anayasa Hukukuna Feminist Yaklaşımlar ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme, içinde: Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları (ed. Gülriz Uygur, Nadire Özdemir), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.179.

¹⁰⁹ AYM E. 1996/15, K. 1996/34, K.T. 23.09.1996.

1998 yılında 440. madde de AYM'nin önüne geldi ve AYM kocanın zinasını suç sayan 441. madde iptal edildiği için kadının zinası düzenlemesini de iptal etti¹¹⁰. Bu kararda ilginç olan nokta ise erkeğin zinası iptal edilirken karşı oy vermeyen Sacit Adalı ve Ali Hüner'in bu karara zinanın, aileyi, evliliği, çocukları korumak amacıyla suç sayıldığı ve kamu düzeni ve yararı gerekçesiyle maddenin iptal talebinin reddi yönünde karşı oy kullanmasıdır¹¹¹. Ailenin kutsallığı, kamu nizamı ve yararı erkeğin zinasıyla ilgili görülmezken kadının zinasında bu eleştirilerin yapılması, söz konusu üyeler bakımından kanunlarda yapılan değişikliklere rağmen kadın ile erkeğin eşit olmadığına dair fikrin aslında değişmediğini göstermektedir.

D. AYM'nin Cinsiyet Eşitliğini Erkekler Bakımından Uygulaması

Cinsiyet temelli ayrımcılığın mağduru genel olarak kadınlar ve cinsel azınlıklardır, erkekler istisnai olarak cinsiyet ayrımcılığından olumsuz olarak etkilenmektedir. Toplumsal cinsiyet normları erkeğin asıl ve birincil olduğu algısını yaratmakta ve sürdürmektedir. Eril cinsiyetçi düzen içerisinde erkekler kadınlara nazaran cinsiyet ayrımcılığından daha az etkilenmekle birlikte bu durumun istisnaları da mevcuttur. Cinsiyetçi kalıplar kadınlara daha çok yakışan meslekler/ yakışmayan meslekler gibi bir takım dayatmalar içermektedir, bu kalıplardan erkekler de nasibini almaktadır.

AYM'nin 2009 yılında erkeklerin hemşire olup olamayacağını değerlendirdiği kararı da¹¹² tam olarak bu konuyla ilgilidir. 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu, yalnızca kadınların hemşirelik yapabileceğini düzenlemekteydi. Danıştay 12. Dairesi söz konusu düzenlemenin hukuk devleti, eşitlik, ölçülülük ilkeleriyle birlikte AY. m. 49'da

¹¹⁰ AYM E. 1998/3, K. 1998/28, K.T. 23.06.1998.

¹¹¹ "(...)Zinanın suç sayılması, sadece şerefi ve hisleri rencide olmuş eşi tatmin etmek için değil, evliliğin samimiyetinin, vakarının, haysiyetinin korunması, aile düzeninin bu kutsal değerler içerisinde devam ettirilmesi amacını taşır. Bu nedenlerle, karının zinasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmesi, karı-koca, kadın-erkek arasındaki eşitsizliğin doğurduğu zarardan daha çok toplum zararına yol açmış, kamu düzeni ciddi şekilde ihlâl edilmiştir.(...)Zina suçu, sadece tarafları değil, karı kocayı değil, aileyi, evlilik birliğini, çocukları ve tüm toplumu ilgilendirmektedir. Zina suçu, karı veya kocaya karşı zarar verdiği gibi amme nizamına da zarar vermektedir. Bu sebeplerle, durumlarındaki ve konumlarındaki farklılıklar dolayısıyla, kamu yararı veya sair haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı düzenlemeler getirilmesi Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığından, yapılan itiraz başvurusunun reddine karar verilmesi gerekirken TCK'nun 440. maddesinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğuna ve iptaline mütedair çoğunluk görüşüne katılmıyoruz(...)"

¹¹² AYM E. 2006/166, K.2009/113, K.T. 23.07.2009.

düzenlenen “çalışma hakkı” ve 70. maddede düzenlemesini bulan kamu hizmetlerine alınmada “görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez” ilkelerine aykırılığı sebebiyle AYM’ye itiraz başvurusunda bulunmuştur. Başvurunun “hemşirelik mesleğinde cinsiyet ayrımı yapılmasında hiçbir kamu yararı bulunmadığı, bu durumun bazı işlerin yalnızca kadınlar tarafından yapılabileceği şeklindeki geleneksel bir anlayıştan kaynaklandığı” yönündeki gerekçesini kabul edilebilir bulan AYM, eşitlik ilkesine yönelik yaptığı değerlendirmede “hemşirelik mesleğinin icrası bakımından kadın ile erkeğin aynı konumda olduğunu” ifade ederek, itiraz konusu hükümlerin m.10’a aykırı olduğu hükmüne vararak iptal etmiştir¹¹³.

Kararda kadınların korunması amacıyla erkekler aleyhine ayrımcılık yapılmasını “yaratılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı ayrımlar” gibi gerekçelerle kabul edilmemesi önemlidir. Ayrımcılığın “erkeğe yüklenen geleneksel rolden” kaynaklanmakta olduğu hususunu gözetken Mahkeme, isabetli bir şekilde, dava konusu hükümler kapsamında erkekler aleyhine cinsiyet temelli ayrımcılık yapıldığı sonucuna varmıştır.

AYM bu karardan bir yıl önce verdiği bir diğer kararında hususî damgalı pasaporttan yararlanma bakımından cinsiyet ayrımcılığı yapan düzenlemeyi iptal etmişti¹¹⁴. 5682 sayılı Pasaport Kanunu kız ve erkek çocukların anne ve babalarının hususî damgalı pasaportlarından yararlanabilmeleri bakımından farklı koşullar öngörüyordu¹¹⁵. Erkek çocuklarının ebeveynlerinin pasaportundan yararlanabilmeleri için “pasaport sahibi ile yaşama ve reşit olmama” şartları aranırken, kız çocuklar için “birlikte yaşama, evli olmama ve çalışmama” şartları aranmaktaydı. İtiraz konusu olan somut olayda baba, epilepsi hastası ve zihinsel engelli olması nedeniyle anne-babasına muhtaç yaşayan ve fiil ehliyeti bulunmayan oğlunun sırf reşit olması nedeniyle pasaport

¹¹³ “Cinsiyet ayrımcılığını reddeden anayasal düzenleme, hemşirelik mesleğini yapacak kişilerin belirlenmesine yönelik itiraz konusu kurallardan de geçerlidir.(...)Hemşirelik mesleğinin icrası bakımından kadınlar ve erkekler aynı hukuki konumda bulunduklarından, hemşire unvanının yalnızca kadınlara verilmesini ve hemşirelik sanatının yalnızca kadınlar tarafından yapılabilmesini öngören itiraz konusu kurallardan, cinsiyet ayrımcılığına yol açmakta ve eşitlik ilkesine aykırı bulunmaktadır.”

¹¹⁴ AYM E. 2004/30, K.2008/55, K.T. 07.02.2008.

¹¹⁵ 5682 s. Pasaport Kanunu m. 14 (A)- “(...)Hususî damgalı pasaport alabilecek durumda bulunanların yanında yaşayıp, evli bulunmayan ve iş sahibi olmayan kız çocuklarıyla yine yanında yaşayıp reşit bulunmayan erkek çocuklarına da hususî damgalı pasaport verilir veya bunlar baba veya annelerinin pasaportlarının refakathanesine kaydedilir. Refakathanesine kayıtlı bulunanlar, pasaport sahibi ile seyahat etmedikleri takdirde o pasaportu kullanamazlar.”

süresinin uzatılmaması üzerine Pasaport Kanunu m.14/A'da yer alan düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla ilk derece mahkemesine itirazda bulunmuş, Mahkeme de itiraz konusunu haklı bularak konuyu AYM'ye taşımıştır. AYM, “hususî damgalı pasaport sahibi kişilerin kız ve erkek çocukların, aynı hukukî durumda olmalarına rağmen, farklı muameleye tabi tutulmalarını eşitlik ilkesine aykırı” olduğuna hükmederek Pasaport Kanunu m. 14/A'da yer alan “yine yanında yaşayıp reşit bulunmayan erkek çocuklarına da” ibaresinin iptaline karar vermiştir¹¹⁶. Kararla birlikte kız ve erkek çocuklar arasındaki cinsiyet bağlamında eşitlik sağlanmış olsa da uyumsuzluk konusu olan esas problem, kararda inceleme konusu yapılmayan engelli kız ve erkek çocukların dezavantajlı durumlarına ilişkin bir düzenlemenin mevcut olmamasıdır.

Pasaport Kanunu m.14/A'da 23.07.2010 tarihli 6009 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle düzenlemedeki eksiklik giderilmiş, “ergin olsalar dahi, bedensel, zihinsel veya ruhsal engellerinden en az biri nedeniyle bakıma muhtaç olan çocuklara hususî damgalı pasaport verileceği” düzenlenmiştir¹¹⁷.

E. AYM'nin Cinsiyet Geçiş Süreciyle İlgili Kararları

Anayasa Mahkemesinin bireysel özerkliği dikkate alan bir diğer kararı olarak 2017 yılında verdiği, cinsiyet geçişi için “üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma” şartını iptal ettiği kararı¹¹⁸ sayılabilir. Kararı incelemeyen önce cinsiyet geçiş sürecinin¹¹⁹ nasıl işlediğine değinmekte fayda vardır. 4721 sayılı Medeni Kanun m.40'da

¹¹⁶ “(...)Hususî damgalı pasaport sahibi olan kişilerin kız ve erkek çocukları aynı hukukî durumdadırlar. Aynı durumda bulunan kişilerin yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmaları ya da yararlandırılmamaları eşitlik ilkesinin gereğidir. İtiraz konusu ibarenin de yer aldığı 5682 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca kız çocukları hususî damgalı pasaport sahibi ile birlikte yaşadıkları, çalışmadıkları ve evlenmedikleri sürece hususî damgalı pasaporttan yararlanabilme olanağına sahip olmalarına karşın aynı durumda bulunan erkek çocuklarının bu imkândan ancak reşit olana kadar yararlanabilmeleri cinsiyetler arasında ayrımcılığa yol açmakta ve bu durum yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır(...).”

¹¹⁷ Söz konusu düzenlemenin güncel hali şu şekildedir: “Hususî damgalı pasaport alabilecek durumda bulunanların ergin olmayan veya ergin olsalar dahi yanlarında yaşayıp evli bulunmayan ve iş sahibi olmayan öğrenimi devam eden çocuklarına 25 yaşının ikmaline kadar, yine ergin olsalar dahi yanlarında yaşayıp evli bulunmayan ve iş sahibi olmayan, aynı zamanda bedensel, zihinsel veya ruhsal engellerinden en az biri nedeniyle sürekli bakıma muhtaç durumda olduğu resmi sağlık kurumlarının düzenlediği sağlık kurulu raporu ile belgelenen çocuklarına da hususî damgalı pasaport verilir.”

(5682 s. Pasaport Kanunu m. 14-(A)/5, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.5682.pdf> erişim tarihi: 11.04.2019)

¹¹⁸ AYM E.2017/130, K. 2017/165, K.T. 29.11.2017.

¹¹⁹ Kanun lafzında “cinsiyet değişikliği” ifadesi bulunmakla birlikte süreç için “cinsiyet geçişi” ifadesinin kullanımını daha doğru buluyoruz.

düzenlemesini bulan cinsiyet geçişi¹²⁰ üç aşamada gerçekleşmektedir. İlk aşama cinsiyet geçişi için” başvurucunun mahkemeden izin alması”, ikinci aşama mahkemeden alınan izin doğrultusunda “cinsiyet geçiş ameliyatının gerçekleştirilmesi”, üçüncü aşama ise “nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinin değiştirilerek hukuksal tanımının gerçekleşmesi”dir. İlk aşama için yani mahkemeden izin alınabilmesi için ise AYM kararı öncesinde beş koşul aranıyordu: “18 yaşını doldurmuş, evli olmayan, transseksüel yapıda olan, cinsiyet değişikliği ruh hali açısından zaruri olan ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olan” kimseler cinsiyet geçiş ameliyatı için izin alabiliyordu. AYM, E.2017/130, K. 2017/165, ve 29.11.2017 tarihli kararıyla bu son şart olan “üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma” koşulunu iptal etmiştir.

AYM’nin bu kararından önce, AİHM’in 2015 yılında verdiği Y.Y. v. Türkiye kararında¹²¹; üreme yeteneğinden yoksun bulunma koşulu AİHS m.8’de düzenlenen özel yaşama saygı gösterilmesi hakkına aykırı bulunmuştu. Anayasa m.90/5¹²² yorumuyla zaten zımni ilga¹²³ olduğu kabul edilen bu koşul, AYM kararıyla da iç hukuka uygun hale getirilmiştir.

Başvurucu Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, önüne gelen nüfus kayıt tashih davasında davacının nüfus sicilinde kadın olarak kayıtlı cinsiyetinin erkek olarak

¹²⁰ Madde 40- “Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu (...) (2) bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. (2) Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.” (<https://mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf> erişim tarihi: 11.04.2019)

¹²¹ Y.Y. v. Türkiye, Başvuru No: 14793/08, 10/03/2015.

¹²² “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” (https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf erişim tarihi: 11.04.2019)

¹²³ “Anayasa’nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyuşmazlığın bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.” (Sevim Akat Eski Başvurusu, B.No: 2013/2187, K.T. 19.12.2013, par. 44, Gülsim Genç Başvurusu B.No: 2013/4439, K.T. 06.03. 2014, par. 39, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B.No: 2014/5836, K.T. 16.04.2015, par. 44)

değiştirmek istediğini, üremeden sürekli yoksun olma şartı nedeniyle “üremeden yoksun olmayan transların cinsiyet değiştiremediğini, bu sebeple translar arasında eşitsizliğin doğduğunu”; “üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunmayan transların cinsiyet değişikliği ameliyatı olmadan hayatlarına devam etmelerinin beklenemeyeceği ve bu şekilde yaşamaya zorlanamayacakları” belirterek kuralın Anayasa’nın 10., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürülmüştür. Konuyu “kişinin maddi ve manevi varlığı, özel hayatına saygı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması” kapsamında ele alan Mahkeme; cinsiyet geçiş ameliyatı olacak kişinin bu ameliyatından önce “üreme yeteneğinden yoksun kalmak adına ayrı bir tıbbî müdahaleye maruz kalmasını, kişinin maddî ve manevî varlığı ile özel hayatı yönünden getirilen bir sınırlama olduğunu” tespit etmiştir. Yaptığı ölçülülük değerlendirmesi sonucunda da “müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin varlığından söz edilemeyeceğinden” bahisle, ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşıdığını ifade ederek düzenlemeyi Anayasa m.13, 17 ve 20’ye aykırı bularak iptal etmiştir¹²⁴.

AYM, aynı konuyla ilgili yapılan bireysel başvuruyu¹²⁵ benzer gerekçelerle karara bağlarken, bu sefer uluslararası sözleşmeler, tavsiye kararları ve AİHM içtihatlarına atıflarda bulunmuştur. “Kişisel özerkliğin” özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında tanımlanan güvencelerin yorumlanmasında önemli bir ilke olduğunu ve “kişinin kendi vücuduyla ilgili olarak seçim yapma hakkı anlamında da değerlendirilebilir” olduğunu özellikle belirten Mahkeme, başvuruyu 17. maddede düzenlenen “maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiği” yönünde karara bağlamıştır.

¹²⁴ “Cinsiyet değiştirme ameliyatının bir sonucu olan üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun kalma hâli, itiraz konusu kuralla mahkemeden cinsiyet değişikliği izni alınabilmesi için ayrı bir koşul olarak öngörülmüş olmaktadır. Cinsiyet değişikliği ameliyatı olacak kişinin bu ameliyat öncesinde üreme yeteneğinden yoksunluğunu sağlamak üzere ayrı bir tıbbî müdahaleye maruz bırakılması, bedensel ve ruhsal olarak ilgili yönünden katlanılması gerekli olmayan bir müdahale niteliği taşımakta olup kişinin maddî ve manevî varlığı ile özel hayatı yönünden getirilen bu sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin varlığından söz edilemeyeceğinden, ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımaktadır.

Öte yandan tıbbî bir müdahale sonucu üreme yeteneğinden sürekli yoksun kalan bir kişinin herhangi bir nedenle cinsiyet değiştirme ameliyatı olamaması durumunda cinsiyetini değiştiremediği hâlde üreme yeteneğini kaybetmesi sonucuyla karşılaşacağı açıktır. Bu da cinsiyet değişikliği için ön şart olarak kabul edilen söz konusu tıbbî müdahalenin sonuçları bakımından son derece ağır, telafisi imkânsız durumlara yol açabileceğini göstermekte olup kural bu yönüyle de ölçülü değildir.”

¹²⁵ AYM M.K. Başvurusu, B.No: 2015/13077, K.T. 12.06.2018.

Üreme yeteneğinden yoksunluk şartı sebebiyle cinsiyet geçiş ameliyatına izin verilmeyen bir diğer başvuru bireysel başvurusu karara bağlanırken bu sefer Anayasa m.20’de düzenlenen özel hayata saygı kapsamında değerlendirmede bulunulmuştur. AYM; özel hayatın kişinin fiziksel ve ruhsal özerkliğini de kapsadığı, bu hakkın kişileri gerek kamusal makamlardan gerekse üçüncü kişilerden gelecek müdahale ve saldırılarına karşı koruduğunu ifade ederek, kişinin cinsiyetinin de yaşamının ayrılmaz bir parçası olduğundan hareketle cinsiyet değişikliği talep etme hakkının da Anayasa m. 20 kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmiştir. M.K. kararındaki gerekçelerini yineleyen Mahkeme “bireyin varlığına veya kimliğine ilişkin önemli haklar veya hukuksal çıkarlar söz konusu olduğunda kamusal makamların takdir yetkisinin daha dar olduğu ve bu alanlara yönelik önemli müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin aranması gerektiğini” vurgulamıştır. Üreme yeteneğinden yoksunluk şartını kaldırdığı karara da atıfta bulunan mahkeme bu sefer uluslararası sözleşmelere veya içtihatlarla göndermede bulunmadan başvuru m. 20’de güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir¹²⁶.

AYM’nin iptal kararında kişilerin kendi bedenleri üzerinde karar verme yetkisinin m.17 kapsamında temel hak ve özgürlükler arasında olduğu, ayrıca “anılan madde uyarınca Devletin tüm bireylerin yaşam hakkını kamusal makamların ve diğer bireylerin eylemlerine karşı koruma şeklinde pozitif bir yükümlülüğü bulunduğunun” tespiti ile üreme yeteneğinden yoksun kalmak adına gerçekleştirilecek ameliyatın “sonuçları bakımından son derece ağır, telafisi imkânsız durumlara yol açabileceğinin” belirtilmesi önemlidir. Ancak translar için hukuki tanıma ve haklardan yararlanma hala yaşamlarını riske atarak geçiş ameliyatını gerçekleştirmeleriyle mümkündür. Üreme yeteneğinden yoksunluk şartının kaldırılmış olması elbette önemlidir; ancak transların nüfus sicilinde değişiklik yapabilmeleri ve hukuken de kendilerini tanımladıkları cinsiyette tanımlanmaları kanunun ifadesiyle “cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması” koşuluna bağlıdır.

AYM üreme yeteneğinden yoksunluk koşulunu iptal ederken gösterdiği bu olumlu yaklaşımı ne yazık ki aynı gün verdiği nüfus sicilinde gerekli değişikliklerin yapılması için cinsiyet değişikliği ameliyatını zorunlu kılan TMK m.40/2’nin iptali için

¹²⁶ AYM Sıhra Bayraktar Başvurusu, B. No: 2015/9211, K.T. 29.11.2018.

yapılan başvuru kararında göstermemiştir¹²⁷. Başvurucu Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi söz konusu düzenlemenin “kişinin bedensel ve ruhsal sağlığının korunmasının da vücut bütünlüğünün korunması kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu çerçevede transseksüel yapıda olan kadınların sırf erkekliğe ilişkin cinsel organ ameliyatı olmamaları sebebiyle kadın kimliği taşımaya zorlanmalarının kişinin maddî ve manevî varlığının korunmasını düzenleyen Anayasa’nın 17. maddesine aykırı olduğunu” ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, anılan maddenin 2. fıkrasını da üreme yeteneğinden yoksunluk kararında olduğu gibi “kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı”, “özel hayatın gizliliği” ve “temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” maddelerine göre değerlendirmiştir. Kararda özel hayatın gizliliği ile ilgili olarak resmî makamların müdahalede bulunamaması yani “kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi hakkını güvence altına aldığı” saptaması yapılmıştır. Kişilerin cinsel yönelimlerinin¹²⁸ de özel hayatları ve maddî, manevî varlıklarının korunması kapsamında “Anayasal düzenle koruma altına alınmış olup sorgulanamayacağı, bu yönelimleri nedeniyle kişilerin hukuk düzeninde negatif ayrımcılığa muhatap edilmelerinin de mümkün olamayacağı” belirtilmiştir. Bir önceki kararında olduğu gibi biyolojik cinsiyetin tanımını yapan Mahkeme¹²⁹, iptali istenen madde fıkrası ile kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile özel hayata saygı hakkına sınırlandırma getirildiğini tespit etmiştir. Bu çerçevede temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasındaki ölçülülük ilkesi değerlendirilmiştir.

Karara göre, “cinsiyet değiştirme ameliyatının geri dönüşünün olmaması ve sağlık açısından taşıdığı riskler nedeniyle ameliyatların denetim olmadan sıradanlaştırılmasının önüne geçilmesi için” devletin denetimine tabi tutulmuştur. Maddenin amacının “nüfus kayıtlarının hukuk düzeni için taşıdığı önem gözetilerek kamu düzenin korunması” olduğu tespit edilmiştir. Mahkeme hatalı bir biçimde iptali istenen fıkra ile “kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olup olmama noktasında seçim hakkına

¹²⁷ AYM E. 2015/79, K. 2017/64, K.T. 29.11.2017.

¹²⁸ Kararda hatalı bir biçimde “cinsel tercih” terimi kullanılmış olsa da saptamalar ihtivası bakımından oldukça önemlidir.

¹²⁹ “Cinsiyet; bireyin sahip olduğu fizyolojik, biyolojik ve genetik özelliklerini ifade eden bir kavram olup biyolojik cinsiyet, bireyin doğuştan sahip olduğu üreme organları ve sistemleri dikkate alınarak ‘kadın’ veya ‘erkek’ olarak yapılan tanımlamadır.”

sahip olduğunu” ve düzenlemenin “özel hayata saygı hakkına müdahale olmayıp ameliyatı olduğunu ispatladıktan sonra nüfus sicilinde düzeltme yapılabilmesi için getirilen bir yükümlülük olduğunu” belirtmektedir.

Mahkemenin tespitine göre düzenleme “nüfus kayıtlarının kalıcı, tereddütsüz olması” ve “kamu düzeninin korunması” için, “demokratik toplum düzeni yönünden zorlayıcı toplumsal ihtiyaçlardan kaynaklanmakta” ve kişinin nüfus kaydında cinsiyet değiştirme hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Aksi kabul edilirse “kişinin biyolojik cinsiyetiyle nüfus kaydında görünen cinsiyeti arasında farklılık doğacak ve biyolojik cinsiyetine uygun olmayan bir durumun hukuken tanınmasına olanak verilecektir”. Bu durum ise hukuk sisteminde sadece kadınlara yönelik tanınan, pozitif ayrımcılık içeren haklarla ve yükümlülüklerle öngörülen kamusal düzenle çatışacaktır¹³⁰. Kişiler “biyolojik cinsiyetleri nedeniyle yararlanamadığı belli haklardan yararlanmak veya belli yükümlülüklerden kaçmak için” bu durumu tercih edebileceğinden, bu durum toplumsal hayatı olumsuz etkileyerek kamu düzenini bozabilecektir. Tüm bu nedenlerle başvuru oyçokluğu (16 üyenin 10’u) ile reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında, transların yaşama hakkını tehlikeye atarak, ancak ve ancak cinsiyet değiştirme ameliyatı yaptıkları takdirde, yani hissettiklerini ifade ettikleri cinsiyete uygun göründükleri takdirde hukuk tarafından tanınacaklarını kabul etmiştir. Cinsiyet değiştirme hakkının kaldırılmadığını iddia eden Mahkeme, tanınma için hem transları kabul ettiği ikili cinsiyet yapısından birisine dâhil olmaya, hem de yaşama hakkından taviz vermeye zorlamaktadır. Ayrıca kamu düzeni bir sınırlandırma nedeni olarak ölçülülük tespitine tabidir.

Engin Yıldırım kaleme aldığı karşı oy yazısında, öncelikle transların nüfusta cinsiyet hanesini değiştirebilmeleri için öngörülen ameliyatın bir “zorunluluk” olduğunu belirtmiştir. Uluslararası kurum ve kuruluşların görüş ve tavsiye kararları, AİHM içtihatlarından verilen örneklerle; cinsiyetin hukuken tanınmasının ameliyata bağlanmaması ve transların hukuki tanınmasının kolaylaştırılmasının gerektiğini, cinsiyet

¹³⁰ Mahkeme bu duruma “Kadınların erkeklere göre daha az pirim ödeyerek erken yaşta emekli olabilmesi, maden ocaklarında kadınların çalıştırılmaması, kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde kendi arzusuyla iş akdini sona erdirmesi hâlinde kıdem tazminatına hak kazanabilmesine ilişkin düzenlemeler belirtilen hukuksal durumları” örnek göstermektedir.

kimliğinin kişinin bireysel özerliği denebilecek kendi kaderini tayin hakkı ile yakından ilgili olduğu, “bu tür tıbbi tedavi ve cerrahi müdahalelerin, AİHS merkezindeki temel ilkelerden biri olan kişinin haysiyetine ve özgürlüğüne saygı ile bağdaşmadığını”, “herkesin cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği esaslı ayrımcılığa tabi olmaksızın tüm insan haklarından yararlanma hakkının mevcut olduğunu” vurgulamıştır.

Anayasal olarak TMK m.40/2 hükmünün, “kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı” ile “özel hayata saygı hakkı” ile birlikte “onurlu bir hayat sürdürme hakkı” kapsamında da değerlendirilmesi gerektiği tespit edilmiştir. Görüşünde, Simone de Beavouir’ın “kadın doğulmaz, kadın olunur” sözüne de atıf yapılarak toplumsal cinsiyet tanımı yapan Yıldırım; cinsiyetin kişinin doğuştan gelen üreme organlarıyla sınırlandırılmayacağı, sosyolojik ve psikolojik boyutları olan çok yönlü ve geniş bir kavram olduğunu belirtmiştir.

Cinsiyet kimliğinin sadece biyolojik cinsiyeti tanımlamadığını, kişinin hissettiği cinsiyet ile ilgili olduğu ifade ederek “trans” tanımı yapan Yıldırım, transseksüelliğin önceden cinsel kimlik bozukluğu olarak tabir edilen bir hastalık sayıldığını, ancak günümüz tıp literatüründe artık “cinsiyetten yakınma veya cinsiyet hoşnutsuzluğu” olarak kabul edilen “*gender dysphoria*” tanımının kullanıldığını vurgulamıştır.

Tanımlanan bu kavramlar doğrultusunda, iptali istenen maddenin cinsiyeti tamamen biyolojik özcü olarak tanımladığını ifade eden Yıldırım, toplumsal normların kendilerine uymayanlar üzerindeki tahakkümünü şu şekilde ifade eder:

“Kadın ve erkeklerin kendi cinsiyetleriyle bağdaştırılan biyolojik niteliklerini özcüleştirilen ve içselleştiren toplumsal cinsiyet kalıplarına şu veya bu nedenden dolayı uymayan davranışlar sergileyen, aykırı davranan ve bu kalıpların dışına çıkan bireylerden kamu düzeni gerekçe gösterilerek cari cinsiyet rejimine uymaları beklenmektedir. Toplumsal normlar biyolojik cinsiyet ve cinsiyet kimliğinin birbirleriyle uyum içerisinde olması umar ve beklentiler de bu yöndedir.”

Transların kendilerini ait hissettikleri cinsiyetin hukuk âleminde kabul ettirebilmeleri için cinsiyet ameliyatına zorlandığını, dolayısıyla burada kişinin seçim hakkına değil istemediği bir tıbbi müdahaleye zorlanması siz konusu olduğunu ifade eden Yıldırım görüşlerini şu şekilde açıklamaktadır:

“Kanaatimce, meselenin düğüm noktası kişinin bu yönde bir ameliyat olmasının şart koşulmasıdır. Bazı transseksüel kişiler biyolojik ve psikolojik cinsiyetlerini birleştirmek ve hukuki cinsiyetleriyle de uyumlu hale getirebilmek için cinsiyet değiştirme ameliyatına girme de bir sakınca görmeyebilir ama diğerleri de çeşitli sebeplerle buna rıza göstermeyebilir.” (...)

“İtiraz konusu kuralda geçen amaca ve tıbbı uygun ameliyat kişinin vücut bütünlüğünü kalıcı olarak bozabilecek riskler içermektedir. Bireyler kendi sağlıklarına zarar verme ihtimali olan bir tıbbi müdahaleye maruz bırakılmamalıdır. Yasa koyucunun geleneksel cinsiyet kavramını koruması ve örneğin, ‘hamile erkekler’ gibi bir durumun ortaya çıkmasını istememesi anlaşılabilir olmakla beraber bu amaç kişinin kendi cinsiyetini belirleme ve fiziksel bütünlüğünü koruma hakkı karşısında hemen feda edilebilir bir değere sahip değildir. Kişinin kendisini ait olduğunu düşündüğü cinsiyete hukukten kavuşup, bunu hukuk âlemine kabul ettirmesi için beden bütünlüğünü bozma riski taşıyan bir ameliyat olmaya zorlanması kamu düzeni ile bireysel menfaat arasında birey aleyhine ciddi bir yük getirmektedir. Cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak istemeyen transseksüel bireyler kendilerini ait olmadıklarını hissettikleri cinsiyetin nüfus cüzdanını taşımak ve bunun hukuki sonuçlarıyla gündelik hayatlarında sık sık mücadele etmek zorunda bırakılmaktadır.”

“Transseksüel kişilerin hissettikleri cinsiyete kavuşmak için cinsiyet değiştirme ameliyatına zorlanması onları temel hakları arasında seçim yapmaya mecbur bırakmaktadır. Transseksüel insan kamu düzeni adına kendisi açısından iki olumsuz durumdan birini tercih etmek durumunda kalmaktadır: Ya kendisinin hissettiği cinsiyetin hukukten tanınmamasına razı olacak ya da kendi fiziksel ve bedensel bütünlüğüne müdahaleye katlanacaktır. Bu şekilde transseksüel bireyler bedensel bütünlükleri ile ait olduklarını düşündükleri cinsiyetlerinin hukukten tanınmamasından birini seçmeye zorlanmaktadır. Kişilerin resmi belgelerdeki cinsiyetleri ile biyolojik cinsiyetleri arasında tutarlılık sağlamak amacı onların bedensel bütünlüklerine müdahale edilmesinden üstün görülmemelidir.”

Cinsiyet kimliğinin kişinin kendisini ifade etmesi bağlamında bireysel özerklik ve insan onuruyla yakından ilgili olduğunu belirten Yıldırım, “kişinin maddi ve manevi varlığının korunmasını düzenleyen Anayasa m.17’nin kişinin beden bütünlüğü kadar bedensel özerkliği ve (cinsel) kendi kaderini tayin hakkını da koruduğunu; bedensel özerkliğin ise kişinin kendi bedeniyle ilgili karar vermede tercih serbestisine sahip olması anlamına geldiğinin” altını çizmektedir.

Yıldırım, yaptığı ölçülülük testinde, transların bedeniyle uyuşmayan bir cinsiyette doğmuş olmasının zaten tüm hayatı boyunca onlara külfet yüklediği, “kendini ait hissettiği cinsiyetin hukuk düzeni tarafından tanınması için ameliyat olmak zorunda bırakılmasının ise, onlara bedensel ve ruhsal olarak fiziksel ve psikolojik bakımdan ölçülü olmayan bir yük getirdiğini, burada getirilen sınırlamayla ulaşmak istenilen amaç arasında makul bir dengenin varlığından söz edilemeyeceğini” belirtmektedir.

Görüşün sonunda bireyin kendi cinsiyet kimliğini tayin konusundaki tercih serbestisine saygı göstermek gerektiği, transların “toplum veya devlet tarafından düzeltilmesi gereken bozuk beden ve ruhlara sahip” bir tür “*acaib el-mahlukat ve garaib el-mevcudat*” insanlar olmadığı belirtilmiştir.

Serdar Özgüldür ve Serruh Kalelinin karşı oy gerekçesinde AİHM’in yerleşik içtihatlarına yapılan atıflarla transların ameliyata zorlanmalarının AİHS m.8’i ihlal ettiğinin kabul edildiği belirtilmiştir. Karşılaştırmalı hukuktaki güncel gelişmeler belirtilerek, “Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nin 29.4.2010 tarih ve 1728 sayılı Tavsiye Kararında” üye devletlerin özellikle “kısırlaştırma veya cinsiyet değiştirme ameliyatı veya hormon tedavisi dahil olmak üzere, tıbbi prosedürleri geçirme yükümlülüğü olmaksızın, bir bireyin tercih ettiği cinsiyet kimliğini yansıtan resmi belgeleri düzenlemeye” davet edildiği hatırlatılmıştır.

“Avrupa Birliği Komisyonu’nun 2015 yılına ilişkin Türkiye İlerleme Raporuna” da yer veren üyeler raporda geçen mevcut insan hakkı ihlallerine vurgu yapmaları önemlidir:

“ (...) Lezbiyen, eşcinsel, biseksüel, transseksüel ve interseks bireylerin (LGBTİ) temel haklarına saygı gösterilmemesi ciddi bir endişe kaynağı olmaya devam etmektedir... Nefret suçları ve transseksüellere yönelik saldırı ve cinayetler ciddi bir endişe kaynağıdır. Bu tür nefret suçlarına karşı koruma sağlayan özel bir mevzuat bulunmamaktadır. Transseksüeller keyfi para cezaları, ev baskınları ve polis şiddetine maruz kalmaya devam etmiştir. AİHM Mart 2015’de cinsiyet değiştirmenin tanınması bakımından Türkiye’deki ulusal gerekliliklerin aşırı olduğuna hükmetmiştir. (...) bu gelişmeler, LGBTİ bireylere ve bu bireylerin insan haklarına yönelik bir hoşgörü atmosferinin oluşmasına uygun değildir.”

Günümüz tıp biliminin ulaştığı seviye göz önüne alındığında kişilerin transseksüel yapıda olup olmadıklarının ameliyat geçirmeden de saptanmasının mümkün olduğu görüşte ifade edilerek, kamu düzeni gerekçe gösterilerek karar verilmiş olsa da AİHS hükümlerine aykırı olduğunda kuşku olmadığı belirtilmiştir.

Cemal Mümtaz Akıncı, Muammer Topal ve M. Emin Kuz tarafından hazırlanan üçüncü karşı oy gerekçesinde özetle, “mezkûr kararda nüfus kayıtlarının isteğe bağlı değiştirilmesinin önüne geçilmesi ve kamu düzeninin tesisi amacıyla” transların yaşam haklarını riske etmelerinin beklendiği, dolayısıyla kamu düzeni için translardan yaşam haklarını feda etmelerinin beklendiği belirtilmiştir. Nüfus kayıtlarının doğru ve

tereddütsüz olmasının kamu düzeni ile ilgisinin olmasına karşın, kayıtların kalıcı olmasının “kamu düzeninin korunması için gerekli olduğu” yönündeki görüş de eleştirilmiştir. Cinsiyet değiştirme ameliyatının taşıdığı riskler kabul edilerek devlet denetimine tabi kılınması kabul edilebilir olmakla beraber devlet denetiminin ötesine geçerek ameliyat olma zorunluluğu hatalı olduğu, hükmün cinsiyet değiştirmeye izin vermemekte, kişileri ameliyata zorlamakta olduğu ifade edilmiştir.

Karşı oyların tamamı hukuka uygun gerekçelerle madde hükmünün iptal edilmesini savunmaktadır. Kamu düzenine karşı feda edilen yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü, ölçüsüz olarak temel hak ve hürriyetlere müdahale olduğu gibi ayrıca transların hukuki tanınmasının zorlaştırılmasına yöneliktir. Günümüzde ameliyat olmaksızın “transseksüel yapıda olma” koşulunun mahkeme eliyle tespit edilerek nüfus sicilinde gerekli değişikliklerin yapılması mümkündür. Karşı oyların transların hukukî görünürlüğünün artması gerekliliği yönündeki görüşleri oldukça önemlidir, zira üremelerini engelleyen ancak oçokluğuyla iptal edilen maddeden sonra, bu görüşler de ileride kanunların değişmesi için yol gösterici nitelikte olacaktır. En azından karşı oylarda transların hangi prosedürle hukuki tanınmalarının sağlanacağını gösterilmesi, olası değişikliklere ışık tutacak niteliktedir.

III. AYM’NİN BİREYSEL ÖZERKLİĞİ DİKKATE ALMAYAN YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel özerkliği dikkate aldığı kararlardan çok daha fazla sayıdaki kararında toplumsal cinsiyet normlarını uyguladığı ve cinsiyete yönelik ayrımcılığın sürdürülmesini körüklediği görülmektedir. AYM’nin kadınların memuriyetini biyolojik özcü bir bakış açısıyla yorumlandığı kararı, çokça eleştirilen ve kadınlar arasında iffetli-iffetsiz şeklinde bir ayrıma girilerek insan onuru kavramını hiçe sayıldığı kararı, “namus” anlayışının yerine göre yaşam hakkına dahi tercih edilebileceğini gösteren namus cinayetlerindeki indirim sebeplerinin eşitlik ilkesine uygun bulunduğu kararı, kadınların cinsel suçlarda potansiyel mağdur olduklarına yönelik bakış açısının yansıtıldığı kararları, kadının bedeni üzerindeki tasarrufunun sınırlandırıldığı, doğum yönteminde dahi tercih hakkının elinden alındığı sezaryen kararı bu bölümde inceleme konusu yapılacak ve Mahkeme’nin cinsiyetçi bakış açısı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bununla birlikte cinsiyetçilik yalnızca kadınlar bakımından

değil eşcinseller bakımından da sürdürülmektedir. Mahkeme'nin gayri tabii mukarenet, doğal olmayan cinsel davranış ve eşcinsel öğretmen kararları da bu bağlamda irdelenecek kararlardır.

A. Kadınların Memuriyetinin “Caiz” Görülmesi

Anayasa Mahkemesinin cinsiyet eşitliği ile ilgili ilk kararı olan 1963 tarihli kararıyla¹³¹ aynı yıl verdiği kadınların memuriyetiyle ilgili kararında¹³², önceki kararıyla aynı eşitlikçi yaklaşımı sürdürmediği görülmektedir. 788 sayılı Memurin Kanunu 6. maddesi kadınların memur olmasının “caiz” olduğunu, ancak nerelerde istihdam edilecekleri, erkeklerden farklı olarak her bakanlığın kendi kanununda belirleneceği düzenleniyordu¹³³. Dolayısıyla memur olma hakkı erkeklere hasredilmiş, kadınların memuriyet ve hizmetlerde yer alabilmesi için ayrıca kanunla tayin ve tespit gibi ek bir koşul getirilmişti. Maddeyi eşitlik (1961 Anayasası m.12) ve kamu hizmetine girme hakkı (1961 Anayasası m.58) bakımından inceleyen Mahkeme, “kamu hizmetlerine girmede görevin gerektirdiği niteliklerden başka ayırım yapılamayacağını ve cinsiyetin kanun önünde eşitliği engelleyen bir unsur olmadığını” belirtmesine rağmen; “kadınların vücut yapıları ve bazı işlerin niteliği gereği” iptali istenen madde kapsamında ayırım yapılmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır¹³⁴.

Muhalefet şerhlerinin bir kısmında kadınların ne tür memuriyet ve hizmetlerde görevlendirileceğinin kanuna bırakılmasının, memuriyetin esas itibariyle erkeklere hasretmek suretiyle kadınlar ve erkekler arasında ayrımcılık yapıldığı ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği değerlendirilmiştir¹³⁵. İ. Hakkı Ülkmen'in karşı oy yazısı ise yasalardaki eril

¹³¹ AYM E. 1963/143, K. 193/167, K.T. 26.06.1963

¹³² AYM E. 1963/148, K.1963/256, K.T. 25.10.1963.

¹³³ “Kadınların memur ve müstahdem olmaları caizdir. Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tesbit olunur.” (788 s. Memurin Kanunu Madde 6.https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400788.pdf erişim tarihi:12.04.2019)

¹³⁴ “(...) Yine aynı maddede yer alan (Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tesbit olunur) şeklindeki hüküm, ilk bakışta eşitlik prensibine aykırı gibi görünürse de kadınların vücut yapılan ve işlerin niteliği bakımından bazı kamu hizmetlerine alınmaması, bu prensibi zedeliyecek nitelikte değildir. Kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi gerektiğinden kadınların vücut yapılarının elverişli olmadığı hizmetlerin her vekâletin memurlarına ait kanunlarda gösterilmesinin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığı (...) oyçokluğu ile karar altına alınmıştır” (AYM E. 1963/148, K.1963/256, K.T. 25.10.1963.)

¹³⁵ Rifat Gürsu; İhsan Keçecioglu, Ekrem Tüzemen ve Salim Başol'un muhalefet şerhleri.

bakış açısına dikkat çekmesi ve toplumsal cinsiyet rollerine işaret etmesi bakımından ayrıca önemlidir:

“788 sayılı Memurin Kanunu, esası itibariyle kamu memurluğunu erkeklere mahsus bir hizmet telâkki eden bir zihniyetle kaleme alınmıştır. Nitekim mezkûr kanunun memur olma şartlarını gösteren 4. maddesinin (b) fıkrasındaki askerlik hizmetini ifa etmiş veya ihtiyat sınıfına nakledilmiş veya askerliğe elverişli olmadığı sabit olmuş bulunmak şartının yer almış bulunması ve bu maddede kadınlar için bu yönden bir istisna öngörülmemiş olması bunu göstermeğe kâfidir. (...)bu hüküm memur, olabilmeyi kadınlara bir lütuf ve atıfet gibi kabul eden bir hükümdür, (Kamu hizmeti erkeklere mahsus bir görevdir, kadınlar memurluğa ancak vekâletlerin tâyin edecekleri hizmetler için kabul edilebilir.) mânası bu maddenin sözünden ve ruhundan açıkça belirtmektedir.

Maddenin birbirini tamamlayan iki cümlesi Bakanlıklarca yapılacak tesbit işinin cinsiyet bakımından mı, yoksa nitelik bakımından mı olacağını açıkça belirtmiş olmakla beraber kanunun tedvinine hâkim olan zihniyet bu tesbitin daha ziyade cinsiyet bakımından yapılacağını kastedildiğini göstermektedir. Zira kanunda nitelik bakımından bir tesbit yapılacağı umumi şekilde ifade edilmiyerek tesbit işinin kadınlara hasredilmek suretiyle hükme bağlanmış olması bu tesbitin cinsiyet bakımından bir ayırım olduğunu kabul etmeği zaruri kılmaktadır. (...)”

Karşı oyda Kanun’da memuriyet şartı için yer alan askerlik düzenlemelerinin dolaylı ayrımcılık oluşturduğuna dikkat çekilmesi, yasanın erkek bakış açısıyla kaleme alınarak “kadınlara bir lütuf ve atıfet gibi” sunulması ve memuriyetin esas olarak “erkek görevi” şeklinde düzenlenmesine vurgu yapılması, toplumsal cinsiyet rollerine henüz o yıllardan işaret etmesi bakımından oldukça dikkate değerdir¹³⁶.

B. AYM’nin “Namus”, “İffet” ve “Edep” Kararları

Anayasa Mahkemesi kararları arasında cinsiyetçi söylemin belki de en belirgin olduğu, bu yüzden doktrinde en çok eleştirilen kararlarından biri, kadınlar arasında “iffetli” ve “iffetsiz” ayrımı üzerinden tartışma yaptığı mülga TCK m. 438’i incelediği karardır¹³⁷. Maddede “ırza geçme veya kaçırma fiilleri fuhşu kendisine meslek edinen kadına karşı işlendiği takdirde cezanın indirileceği” düzenlenmişti¹³⁸. AYM eşitlik ilkesi bakımından incelediği hükmün “fuhşu kendine meslek edinen bir kadını zorla kaçıran veya ırzına geçen bir kişiye verilecek cezanın, aynı eylemleri iffetli bir kadına karşı

¹³⁶ Ekinci, s.173.

¹³⁷ AYM E. 1988/4, K.1989/3, K.T. 12.01.1989.

¹³⁸ 765 sayılı TCK m. 438: “Irza geçmek ve kaçırma fiilleri fuhşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikâp olunmuş ise ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadarı indirilir.” (<http://www.basarmevzuat.com/dustur/kanun/3/0765/a/0765sk-3.htm#438> erişim tarihi: 12.04.2019)

gerçekleştiren kişiye verilecek cezadan daha az olmasının haklı bir nedene bağlı bulunup bulunmadığının” incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme burada iffet üzerinden yaptığı değerlendirmede:

“İrza geçmek ve kaçırmak suçlarının fuhşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemlerin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar eşit sayılamaz, iffetli bir kadının zorla kaçırılması veya ırzına geçilmesi onun onurunu, toplumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını, giderilmesi olanaksız ölçüde kıracaktır. Oysa, aynı eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinmiş bir kadının bu ölçüde zarar gördüğünü ileri sürmek ve kabul etmek güçtür. Fahişe, fuhşu kendisine meslek edinmiş, onu ticarî bir iş kabul etmiş olduğundan bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlarinki kadar bozulmuş sayılamaz. Kaçırmak ve ırza geçmek eylemleri iffete karşı işlenen birer suç olması ve bu eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinen bir kadının uğrayacağı zararın, iffetli bir kadının uğrayacağı zarara göre çok daha az olacağı gerçeğinden hareket eden Yasakoyucu bu nedenle Türk Ceza Yasası'nın 438. maddesi ile böyle bir ayırıma yer vermiştir. Şu halde, fuhşu kendisine meslek edinen kadınlara karşı işlenen zorla kaçırmak veya ırza geçmek suçlarında böyle bir kadının uğradığı zararın aynı eylemlerle karşılaşan iffetli bir kadının uğradığı zarara göre daha az olması bu ayırımın haklı nedenini oluşturmaktadır.”

ifadelerini kullanmış ve maddeyi eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir. Mahkeme kadının iffetsiz olmasından yola çıkarak taciz ve tecavüzü haklılaştırdığı bu kararında, iffeti insan onurundan üstün tutmuştur. Unutulmamalıdır ki “onursal eşitlik” aksi kanıtlanamadıkça mutlak biçimde herkes için geçerli bir ilkedir¹³⁹. İnsan onuru ayrıca tanınması gereken bir hak veya ayrıcalık olmaktan ziyade, kişilerin haklarının çekirdek alanıyla ilgili bir belirleme ölçütüdür; insanın sırf insan olma dolayısıyla hukukun korumasından eşit derece yararlanabilmesini ifade eder. Hiçbir koşulda insan haysiyeti ölçüsünün altına düşülmemesi gerekir¹⁴⁰.

AYM de bir kararında insan haysiyetini şu şekilde tanımlamıştır:

“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.”¹⁴¹

¹³⁹ İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş, İmge Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2013, s. 163.

¹⁴⁰ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 20-21.

¹⁴¹ AYM E. 1963/132, K. 1966/29, K. T. 28.06/1966.

“İnsan haysiyetine dokunulmazlık ilkesi” tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli dokunulamaz bir “öz” niteliğine haizdir¹⁴². Mahkeme kararında insan onurunu iffet konusundaki bilince bağlayarak ondan vazgeçtiğini varsaydığı “iffetsiz kadınlar” için ilkeyi geçerli saymamaktadır¹⁴³.

Mahkemenin bu bakış açısının aslında kadın bedeniyle namus kavramını bir arada kabul eden mülga TCK’nın bakış açısını yansıttığı söylenebilir. Mülga Ceza Kanununda cinsel suçlar kişilere karşı suçlar olarak değil, “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” başlığı altında, aile düzenine ve genel adaba aykırı suçlar olarak tanımlanıyordu. Aileyi ve genel ahlakı vücut bütünlüğü ve bedensel özerkliğe üstün tutan bu bakış açısı elbette ki AYM kararlarında da yansımaları bulmuştur. Nitekim kararda m.17 için yaptığı değerlendirmede bu durumu ayrıca vurgulayan Mahkeme, zorla ırza geçme ve kaçırma eylemlerinin iffete yönelik suçlar olduğunu, suçtan zarar görenin ölmesinde dahi suçun niteliğinin değişmeyeceğini belirtmiştir¹⁴⁴. Yasa koyucunun fuhşu meslek edinmiş bir kadına yönelik fiillerde suçluya ceza indirimi uygulamasını yasama organının takdir alanı içerisinde olduğunu, Anayasa Mahkemesi’nin yerindelik denetimi yapamayacağını, söz konusu düzenlemenin Anayasa’da öngörülen ilkelere uymayan bir yönü olmadığını belirten Mahkeme, m.17 yönünden de Anayasaya aykırılık tespit etmeyerek oyçokluğuyla itirazın reddine karar vermiştir.

Namus ve iffetin yerine göre yaşam hakkına dahi tercih edilebileceği öngörülen karara, karşı oy gerekçelerinden birinde hükmün “insan hakları, insanlık onuru ve yasa önünde eşitlik ilkelerini ağır biçimde zedeleyen bir içeriğe sahip olması” nedeniyle itiraz edilmiştir¹⁴⁵. Ancak karşı oy gerekçelerinde bile “iyi ve kötü ahlaklı

¹⁴² Sağlam, s. 173.

¹⁴³ Oder, Anayasada Kadın Sorunsalı, s. 224.

¹⁴⁴ “Zorla ırza geçme ve kaçırma eylemleri iffete yönelik suçlardandır. Bu nedenledir ki Türk Ceza Kanunu da bu tür suçlara ‘Eşhasa Karşı Cürümler’ içerisinde değil ‘Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler’ içerisinde yer vermişti. Zorla ırza geçmek veya kaçırmak eylemlerinin ırzına geçilen veya kaçırılan kişinin ölümüne neden olması durumunda da suçun bu niteliği değişmez. Çünkü, kişinin ölümü veya yaralanması ile sonuçlanan zorla ırza geçmek veya kaçırmak suçlarında eylem, doğrudan doğruya suçtan zarar gören kişinin yasama hakkına ve beden tamlığına karşı olmayıp iffetine yöneliktir. Ölümle sonuçlansa dahi zorla kaçırma ve ırza geçme suçlarının bu değişmeyen niteliğini gözden uzak tutmayan Yasakoyucu, suçtan zarar gören kişinin fuhşu meslek edinmiş bir kadın olması halinde suçluya, aynı eylemi iffetli bir kadına karşı işleyen diğer bir suçluya göre, daha az bir ceza verilmesini kabul etmiştir.”

¹⁴⁵ Bkz. Mahmut C. Cuhruk’un karşıoy yazısı.

kadın¹⁴⁶” ayrımı yapılması, “fahişelerin de insan oldukları”, “toplumsal ve ekonomik koşulların ağır baskısı ve dayanılmaz zorlaması sonucunda genç kızlığını, hatta çocukluğunu yaşayamadan kaderin ağına düşmüş, kaçınılması olanaksız kimi nedenlerle fahişelik batağına saplanmış kimi bahtsızların alınlarına istenç ve istekleri dışında yazılan kara yazıyı silmek ve onları topluma kazandırmak gerekliliği¹⁴⁷” gibi ayrımcı ve acıma içeren ifadelerle ataerkil düşünce sisteminin çarpık yapısı ortaya konulmaktadır.

Söz konusu düzenleme AYM’nin bu iptal kararına rağmen, 1990 tarihli “3679 sayılı 765 s. Türk Ceza Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun”¹⁴⁸ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Hükmün kaldırılmasında kadın hareketinin yoğun protestoları ve çabaları etkili olmakla birlikte¹⁴⁹; yapılan değişiklik eril cinsiyetçi bakış açısının değişmesiyle değil, o dönemde uluslararası düzeydeki olumsuz tepkileri bertaraf etmek için atılan siyasi bir adım neticesidir¹⁵⁰.

Anayasa Mahkemesi’nin geleneksel namus anlayışını benimsediğini gösteren bir diğer örnek “haksız tahrikte kız kardeş indirimi”ni düzenleyen ve namus cinayetlerinin ilgili maddesi olarak görülen mülga Ceza Kanunu m. 462’ye ilişkin kararıdır¹⁵¹. Söz konusu düzenlemeye göre “mağdurun zina ya da gayrimeşru cinsel ilişkide bulunması veya bulunmuş olması”, öldürme veya müessir fiil işleyen aile bireyi hakkındaki cezanın indirilmesini öngörüyordu¹⁵². Başvurucu Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi, önüne gelen davada, kız kardeşini zina yaptığı gerekçesiyle öldürmeye teşebbüs eden sanığın cezasında indirim öngören maddenin iptali için AYM’ye başvurmuştur. Başvurucu gerekçesinde, “Özgür iradesi ve tercihleri ile yaşamını sürdüren

¹⁴⁶ Yekta Güngör Özden’in karşıoy yazısı.

¹⁴⁷ Necdet Darıcıoğlu ve Servet Tüzün’ün karşıoy yazısı.

¹⁴⁸ R.G.: T. 21.11.1990, S. 20710.

¹⁴⁹ Canan Arın Anlatıyor: Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Suçlar, Esen Özdemir röportajı, 23.02.2017, <http://www.5harfililer.com/canan-arin-anlatiyor-turk-ceza-kanununda-cinsel-suclar/> erişim tarihi: 13.04.2019.

¹⁵⁰ Mehmet Semih Gemalmaz, Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Kadınlara, Çocuklara ve Azınlıklara Karşı Ayrımcılık, Şiddet ve Sömürü: Nedenleri, Kapsamı, Sonuçları ve Buna Karşı Direnme Stratejileri, Kitap 3, Homer Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 1991.

¹⁵¹ AYM E. 1997/45, K. 1998/48, K.T. 16.07.1998.

¹⁵² Madde 462 – “Yukarda geçen iki fasılda beyan olunan fiiller, zinayı icra halinde meşhuden yakalanan veyahut zinayı irtikap etmek üzere veya henüz irtikap edildğinde zevahiri hale nazaran şüphe edilmeyecek surette görünen bir koca veya karı veya kız kardeş veya fîrudan biri veya bunların müşterek faili yahut her ikisi aleyhinde karı veya koca veya usulden biri veya erkek kardeş veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa fiilin muayyen olan cezası sekizde bire kadar tenzil veya ağır hapis cezası hapse tahvil olunur. İdam yerine iki seneden beş seneye kadar hapis cezası verilir.”

(<http://www.basarmevzuat.com/dustur/kanun/3/0765/a/0765sk-3.htm#438> erişim tarihi: 14.04.2019)

-hele de reşit ve mümeyyiz olan- bir bireye, başka bir bireyin sahipliği ve tahakkümü iddiasından, başkasına yar etmeme egoizminden ve ‘namus temizleme’ düşüncesinden kaynaklanan bu maddenin hukukun genel ilkelerine uyar yönü bulunmamaktadır.” ifadesine de yer vererek Anayasa'nın “temel hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanma hakkını vurgulayan” başlangıç kısmı ile 5, 10, 12, 17 ve 19. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

AYM m.10 ile sınırlı tuttuğu incelemesinde ilgili yasa maddesinin hangi toplumsal gerçekliğe uygulandığını veya nasıl bir ahlak anlayışının ürünü olduğunu sorgulamadan, adeta şablonu andıran bir eşitlik anlayışıyla fail eksenli bir denetimle Anayasa'ya aykırılık iddialarını reddetmiştir¹⁵³. Kararda özel ağır tahrik düzenlemesi olarak nitelendirilen söz konusu maddenin uygulanma koşulları incelenmiş ve nedeni olarak da “fiili işlediği sırada failin kişisel saygınlığıyla, aile haysiyeti yönünden uğradığı derin ve ağır saldırının iradesi üzerinde yarattığı büyük sarsıntı” olarak belirtilmiştir. Kararın verildiği tarihte artık suç olarak düzenlenmeyen zina ve bunun dışında her türden evlilik dışı ilişki de yasada düzenlenen “meşru olmayan ilişki” olarak somutlaştırılmıştır. Mahkeme mağdurlar tarafından yapılan ayırımı tamamen denetim dışı tutarak eşitlik incelemesinde yalnızca faili dikkate almış, “Maddede kız kardeş ile belirtilen hallerde yakalanan veya görülen cinsel ilişki ortağına karşı gerçekleştirilen öldürme veya yaralama suçlarında failin cezasından indirim yapılması öngörülürken failin erkek veya kadın olması gibi bir durum dikkate alınmamıştır. Faile verilecek ceza indirilirken cinsiyet ayırımı yapılmadığından eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez.” gerekçesiyle düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir¹⁵⁴.

Alt derece mahkemesinin 5, 12, 17 ve 19. maddelerine yönelik itirazı ise “Mahkemece dayanan bu maddeler hak ve özgürlüklerle ilgili olup, itiraz konusu kurallarla, Anayasa'nın anılan maddeleri arasında doğrudan bir ilişki görülmemiştir.” denilerek uygunluk denetiminde dikkate alınmadan, oyçokluğu ile iptal isteminin reddine karar verilmiştir.

¹⁵³ Ece Göztepe, Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Bir Değerlendirmesi, TBB Dergisi, Sayı:59, 2005, s. 38.

¹⁵⁴ “Aynı suçu işleyen kız kardeşin de aynı kurallara göre cezasından indirim yapılması karşısında Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık savı yerinde değildir.”

Karşı oy gerekçesinde¹⁵⁵ de namus, şeref ya da haysiyeti koruma saikli suçların hukuk düzenindeki varlığı ve anayasallığı tartışılmamış, mağdurdan kaynaklı indirim nedeninin amacı ve doğurduğu sonuçlar sorgulanmamıştır. Gerekçede madde 51’de düzenlenen genel haksız tahrik düzenlemesiyle kıyas yapılmış ve itiraz konusu madde 462’de fail için daha fazla indirim öngörülerek eşitsizlik yaratıldığı belirtilmiştir. “Yaşam hakkına yapılan saldırının, şeref ve haysiyeti koruma veya kurtarma gibi bir gerekçeyle de olsa büyük ceza indirimi ile adeta onaylanır hale gelmesi kabul edilemez” şeklinde m.17 değerlendirmesi yapılsa da öncesinde adeta işaret edercesine haksız tahrik hükmüne yapılan gönderme ve kıyas, namus saikli cinayetlerin anlayışla karşılandığını gösterir niteliktedir.

AYM’nin namus ve edep kavramlarının gözetildiği bir diğer kararı, mülga TCK m. 421’de düzenlenen “kadınlara ve genç erkeklerle söz atma ve sarkıntılık” suçunu¹⁵⁶ değerlendirdiği karardır¹⁵⁷. Mahkeme eşitlik ilkesi bakımından yaptığı değerlendirmede “genç olmayan erkeklerle kadınlar ve erkeklerin de gençleriyle yaşlıları arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu durumda, bunlar arasında bir ayırım yapılmaksızın aynı kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesinin gereğidir” gerekçesiyle maddede yer alan “genç” sözcüğünün iptaline hükmetmiştir. Bununla birlikte kararda maddenin koruduğu hukuksal değer “namus, iffet ve edep duyguları” olarak saptanmış ve fiilin “kişilerin manevî varlığını bu bağlamda ahlâk duygularını olumsuz yönde etkileyeceği” vurgulanmıştır. Kararda mağdur erkekler bakımından genç-genç olmayan ayrımı giderilmiş ise de ayrımcılık konusu olarak kişinin iffeti ve edep duygularının korunduğunun ifade edilmesi dikkat çekicidir. Netice olarak AYM’nin iffetin yokluğu halinde ayrımcılığı ve insan onurundan yararlanamamayı haklı gördüğü, varlığı halinde de ayrımcılığı haksız ve eşitlik ilkesine aykırı kabul ettiği görülmektedir¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Bkz. Mustafa Yakupoğlu, Fulya Kantarcıoğlu, Mahir Can Ilıcak ve Rüştü Sönmez’in muhalefet şerhi.

¹⁵⁶ Madde 421- “Kadınlara ve genç erkeklerle söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolünür.”

¹⁵⁷ AYM E. 2000/39, K. 2002/35, K.T. 20.03.2002.

¹⁵⁸ Oder, s. 224,225.

C. AYM'nin Kadınların “Potansiyel Mağdur” Oldukları Görüşü

Tecavüz ve kaçırılma mağdurunun suçun failiyle evlenmesi halinde cezanın ve kamu davasının ertelenmesini düzenleyen mülga TCK m.434¹⁵⁹ koruduğu değer ve altında yatan toplumsal nedenler dahi bir kenara bırakılırsa, lafzi itibariyle bile fail ve mağduru kalıplamış konumlandırışı bakımından cinsiyetçi bir düzenlemeydi. Kaçıranın erkek ve fail, kaçırılanın kadın ve daima mağdur olarak kabul edildiği düzenlemede, kanun koyucu bir kadının erkeği kaçırması veya alıkoymasına ihtimal vermediğinden 765 s. TCK'da buna ilişkin bir hüküm yer almıyordu. Ancak uygulamada durum kanun koyucunun düşündüğü gibi olmamıştır. Kadının kaçırma eyleminin faili olduğu bir olayda, kadın erkekle evlenmesi nedeniyle madde 434'e dayanarak ceza davasının ertelenmesini talep etmiştir. Şiran Asliye Ceza Mahkemesi önüne gelen bu olayda, sanık kadın olduğundan Türk Ceza Kanununun 434. maddesindeki düzenlemeye göre kamu davasının teciline olanak bulunmadığını, düzenlemenin kadın-erkek eşitliği bakımından eşitlik ilkesine aykırı olduğunu öne sürerek AYM'ye başvurmuştur. AYM verdiği 1973 tarihli kararında, “evlenme nedeniyle ertelemeyi düzenleyen 434. maddede yalnızca sanığın erkek ve mağdurun kadın olması hali öngörüldüğü ve şart koşulduğu”, TCK'da buna ilişkin bir kural olmadığı için olayda maddenin uygulanamayacağı; bu sebeple alt derece mahkemesinin de uygulayamayacağı madde açısından AYM'ye iptal başvurusunda bulunamayacağı gerekçesiyle esasa dahi girmeden başvuruyu reddetmiştir¹⁶⁰. 15 üyenin 7'si de yazdığı karşı oy gerekçesinde eşitlik ve ayrımcılık yönünden herhangi bir yorumda bulunmamış, ilk derece mahkemesinin m.434'ü olumsuz

¹⁵⁹ Madde 434- “Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkumlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur.

Müruruzaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse, takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektirilir.

Bu madde hükümleri 414,415 ve 416 ncı (tecavüzle ilgili madde) maddeler hakkında da caridir.

Evlenen maznun veya mahkum hakkında hukuku amme davasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller fiilde methali olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimdir.”

¹⁶⁰ “Türk Ceza Kanununda erkek kaçırılan bir kadının o erkekle evlenmesi halinde kamu davasının ertelenmesini sağlayacak hiç bir kural yoktur. Evlenme nedeniyle ertelemeyi düzenleyen 434. maddede yalnızca sanığın erkek ve mağdurun kadın olması hali öngörülmüş ve şart koşulmuştur. Kaçıranın kadın ve kaçırılanın erkek olduğu bir davada bu maddenin uygulanma yeri bulunmadığı ortadadır. Mahkemeye düşen, Türk Ceza Kanununda kaçırılan erkekle evlenen kadın sanığın hakkındaki kamu davasının ertelenmesini öngören bir kuralın yer olmadığı gerekçesiyle istemi reddetmek olacaktır. (...) mahkeme bakmakta olduğu davada uygulama durumunda bulunmadığı Türk Ceza Kanununun değişik 434. maddesini Anayasa'ya uygunluk denetimi için Anayasa Mahkemesine getiremez.” (AYM E. 1973/10, K. 1973/12, K.T. 02.03.1973)

yönden uygulayarak ceza davasının ertelenmesi talebini reddetmesi gerektiğini, dosyanın yetki yönünden reddi yerine eksiklerin tamamlanması için itirazcı mahkemeye geri gönderilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁶¹.

AYM konuyla ilgili, TCK'nın birbiriyle bağlantılı hükümlerini değerlendirdiği 2004 tarihli kararında¹⁶² da, TCK m. 416/3'de düzenlenen "reşit olmayan kimsenin rızası ile cinsi münasebette bulunma suçu"nın¹⁶³, kanunda böyle bir ayırım olmamasına rağmen suçun yalnızca erkekler tarafından işlenebileceğini, "yaratılış veya hukuk düzeni bakımından kadın tarafından işlenmesinin mümkün olmadığını" belirtmiştir:

"Genel olarak, suçları işleyenlerin kadın veya erkek olmasının önemi yoktur. Kural bu olmakla beraber bazı suçlar vardır ki, bunları ancak kadın işleyebilir, yine bazı suçlar bulunabilir ki, bunlar ancak bir kadına karşı işlenebilir. Demek ki kadın için fail veya mağdur olma bakımından bazı özelliklere rastlanabilmektedir. Başka bir deyişle, bazı fiillerin yaradılış veya hukuk düzeni icabı kadın tarafından işlenemeyeceği, ancak erkek tarafından işlenmesinin mümkün olduğu görülmektedir. İtiraz konusu kurallardan Türk Ceza Kanunu'nun 416. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen reşit olmayan kimsenin rızası ile cinsi münasebette bulunma suçu da bu niteliktedir. Dolayısıyla buradaki ayırım kadın ve erkek arasındaki biyolojik ve fiziksel farklılıklardan kaynaklanmaktadır."

Bu varsayımdan yola çıkarak 434. maddede, 416. madde bağlamında evlenmekle kamu davasının düşmesi veya ceza infazının ertelenmesini yalnızca erkek için öngörülmüş olmasını Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır:

"Türk Ceza Kanunu'nun 434. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları, Türk Ceza Kanunu'nun 416. maddesinin itiraz konusu üçüncü fıkrası yönünden incelendiğinde; bu suçun niteliği itibarıyla yalnız erkekler tarafından işlenebilmesi ve dolayısıyla kadınlar hakkında uygulanma olanağı bulunmaması nedeniyle yasakoyucunun bu alandaki takdir yetkisini kullanarak evlenme halinde erkek hakkındaki kamu davasının ve hüküm verilmiş ise infazının ertelenmesine olanak sağlamasında Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık yoktur."

Kararın muhalefet şerhinde; "itiraz konusu hükmün esasen cinsiyet farkı gözetmeksizin reşit olmayan küçükleri korumaya yönelik olduğu", m. 416'da düzenlenen suçun erkekler kadar kadınlar tarafından da işlenebileceği, 434. maddenin failin erkek

¹⁶¹Muhittin Taylan, İhsan Ecemiş, Halit ZARBUN, Kâni Vrana, Muhittin Gürün, Lûtfi Ömerbaş ve Ahmet H. Boyacıoğlu'nun karşı oy yazısı.

¹⁶² AYM E. 2001/478, K. 2004/38, K.T. 25.03.2004.

¹⁶³ Madde 416/3- "(...)Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

olmasına göre düzenlendiği, evlenme gerçekleştiğinde kocaya tanınan haklar kadına tanınmadığı ve hükmün bu yönüyle eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir¹⁶⁴.

Fazıl Sağlam karşı oy gerekçesinde diğer üyelerden farklı olarak fiilin yalnızca erkek tarafından işlenebileceği varsayımının kuralın yorumlanması sorunu bakımından “bilimsel bir kanıta dayanmadığını”, “erkek-egemen bir dünya görüşünü ve toplum yaşamında yaygın olan olguyu yansıttığını” vurgulamış, bu nedenle eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ifade etmiştir¹⁶⁵.

Netice itibariyle kararda evlenme ile kamu davasının düşmesi/infazının ertelenmesi hükmünün koruduğu değer anayasallığı sorgulanmamıştır. Bu değer, şüphesiz kadının cinselliğine dayandırılan namus kavramıdır. Sorun kaçırma/alıkoyma bir yana tecavüz gibi ağır bir suçta dahi faille evlenme halinde cezalandırılmama imkânı tanıyan düzenlemenin Anayasa’ya uygunluğu sorunudur¹⁶⁶. Kararda bu olgular tartışılmamış, evlenme yoluyla kamu düzeninin bir anda nasıl sağlanacağı, aile birliği kurmakla suçun hangi gerekçeyle ortadan kalkacağı irdelenmemiştir¹⁶⁷.

AYM’nin kadınlar açısından suç potansiyelini daha düşük gördüğü ve dolayısıyla varsayımsal olarak masum bulunduğu bir diğer kararı 2009 tarihli karardır¹⁶⁸. Kararda çocuklara yönelik cinsel istismar suçunda, fail ile mağdur arasındaki ilişki bağlamında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenleyen 5237 s. TCK m. 103/3¹⁶⁹ kapsamında değerlendirilme yapılmıştır. Söz konusu fıkra çocukla yakın ilişki içerisinde bulunan bir takım kişiler tahdidi olarak sayarak, suçu işlemeleri halinde daha ağır cezayla cezalandırılacaklarını düzenliyordu. Düzenlemede cinsel istismar suçunun

¹⁶⁴ Mustafa Bumin, Fulya Kantarcıoğlu ve Tülay Tuğcu’nun karşı oy gerekçesi.

¹⁶⁵ “Bu fiilin yalnızca bir erkek tarafından işlenebileceği varsayımı ise, bilimsel bir kanıta dayanmamakta, erkek-egemen bir dünya görüşünü ve toplum yaşamında yaygın olan olguyu yansıtmaktadır. Oysa anılan fiilin kadın tarafından işlenmesi çok istisnai bir durum olarak kabul edilse bile, kadının mağdurla evlenmesi halinde tecil kuralının ona uygulanmayacak olması, eşitlik ilkesinin ihlali için yeterli sayılmak gerekir.”

¹⁶⁶ Bertil Emrah Oder, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık, Toplumsal Cinsiyet ve Kadın İmgesi, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 2008, s.174.

¹⁶⁷ İkinci, s.177.

¹⁶⁸ AYM E. 2008/93, K. 2009/41, K.T. 05.03.2009.

¹⁶⁹ Söz konusu fıkra değişiklik öncesinde “suçun üstsoy, ikinci veya üçüncü derece kan hısımlı, altsoy, **üvey baba**, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlendiği takdirde cezanın yarı oranında arttırılacağını” içeriyordu. (Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, Gerekçeli Ceza Kanunları, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 134)

“üvey baba” tarafından işlenmesi durumunda ceza artırımı öngörülürken, “üvey anne” tarafından işlenmesi suçun nitelikli halleri arasında sayılmaması Anayasa m.2 ve m.10 bakımından Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla AYM’nin önüne gelmişti. Mahkeme hukuk devleti ilkesiyle ilgili olarak yaptığı değerlendirmede; “cinsel istismar suçunun daha ziyade erkekler tarafından işlendiği” ve “erkeklerin kadınlara göre daha fazla fiziksel güç kullanma potansiyeline sahip olmaları dikkate alındığında” çocuğu daha etkin bir koruma amacı güden düzenlemenin yasa koyucunun takdir yetkisinde olduğu ve hukuk devletine aykırı bir yönünün olmadığına karar vermiş, eşitlik açısından incelemeye gerek duyulmamıştır¹⁷⁰.

Karşı oy yazılarında özellikle Mahkeme’nin iki kadın üyesinin gerekçeleri dikkat çekicidir. Fulya Kantarcıoğlu suçun artırım nedeni bakımından üvey anne ile üvey baba arasında ayırım yapılmasının cinsiyete dayalı bir ayırım olduğunu belirtmiştir. Kadın-erkek eşitliğinin, gerektiğinde pozitif ayrımcılık temelinde yaşama geçirilmesinin madde 10 kapsamında devlete görev olarak verildiğini vurgulamış, bununla birlikte “hak eşitliğinin sağlanabilmesi için kadınlar yönünden pozitif ayrımcılığa izin verilmesi, aynı konumda bulunan erkeklerin hak kaybına uğramalarının nedeni olamayacağı” ve “kadınlarla erkeklerin aynı haklardan yararlanmalarının sağlanması amacı dışında kadınlara kimi ayrıcalıklar tanınmasının eşitlik ilkesiyle bağdaştırılmasının olanaksız olacağını” ifade etmiştir. TCK m.3’de düzenlenen eşitlik ilkesine de dikkat çeken üye, sonuç olarak dava konusu düzenlemenin Anayasa m.10 ve bununla bağlantılı olarak m.2’nin ihlal ettiğine kanaat getirmiştir¹⁷¹.

¹⁷⁰ “Söz konusu düzenlemenin, cinsel istismar suçunun daha ziyade erkekler tarafından işlendiği ve erkeklerin kadınlara göre daha fazla fiziksel güç kullanma potansiyeline sahip olmaları dikkate alınarak, böylece bu suçun işlenmesinin önüne geçilmesi ve çocuğun daha etkin bir koruma altına alınması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Yasakoyucunun takdir yetkisine dayanarak ve suçun toplumda yarattığı etkiyi dikkate alarak yaptığı bu düzenlemenin, hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur.”

¹⁷¹ “(...)Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinin itiraz konusu ‘üvey baba’ sözcüklerinin yer aldığı üçüncü fıkrasında, aynı suçu işleyen üvey baba ile üvey anne arasında ayırım yapılarak suçun üvey anne tarafından işlenmesi durumunda, bunun artırım nedeni kabul edilmemesi eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Aile üzerinde nüfuz kullanan kişinin, çoğunlukla baba olduğu düşüncesi de varsayıma dayandığından bu eşitsizliğin gerekçesi olarak kabul edilemez. Çünkü; maddede nüfuzun kötüye kullanılması hali sadece hizmet ilişkisiyle sınırlı tutulmuş, ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için üvey baba ilişkisi yeterli görülmüştür.

Öte yandan, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi, eşitlik temelinde adaletli bir hukuk düzeninin kurulup, korunmasını zorunlu kılar. Aynı suçu işleyen üvey anaya artırım nedeni uygulanmaması, üvey babaya ise artırım nedeni uygulanarak daha fazla ceza verilmesi sonucunu doğuran itiraz konusu sözcüklerin kuralda yer alması, cinsiyet farkına dayanan bir ayrımcılığa ve adaletsizliğe yol açtığından Anayasa’nın 2. maddesine de aykırıdır. (...)”

Zehra Ayla Perктаş ise karşı oy gerekçesinde, yasa koyucunun suçun nitelikli hallerinin belirlenmesinde takdir yetkisinin olduğu ancak bu yetkinin “keyfilikten uzak” ve “amaca uygun” olarak kullanılmasının hukuk devleti ilkesinin bir gereğı olduğunu belirtmiştir. “Failinin genellikle erkekler olabileceğı gibi eksik ve hatalı bir değerlendirme yapılmak suretiyle, düzenlemede ‘üvey baba’ ibaresinin yer alması, suçun nitelikli halleri olarak öngörülen hususların konuluş amacına uygun olmadığını” ifade eden üye, suçun failinin kadın da olabileceğini göz ardı edilerek yalnızca erkekler yönünden düzenleme yapılmasını hukuk devleti ile bağdaşmayacağını kaydetmiştir.

D. AYM ve Cinsel Yönelim

Anayasa Mahkemesinin cinsel azınlıklara atıfta bulunan ilk kararı 1986 tarihli Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’nun 5. maddesini değerlendirdiğı karardır¹⁷². İptal konusu edilen düzenleme “Genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların polisçe parmak izleri ve fotoğrafları alınabilecektir” hükmünü içeriyordu. İptal gerekçesi olarak cinsel azınlıklar yönünden herhangi bir ifade yer almasa da, kolluk kuvvetlerine verilen yetkinin muğlaklığı genel olarak Anayasa’ya aykırı görülüyordu. AYM, “kişi özgürlüğünü, zamana, yere, kişiye göre değişen ölçütlerle polisin öznel değerlendirmesine bağlı olarak kısıtlayan, genel ahlâk ve edep kuralları gibi yaptırımını daha çok toplum vicdanında bulması ve kamu düzeninin ciddi olarak tehlikeye girmesi, söz konusu olmadıkça polisin müdahale etmemesi gereken bir alana ‘kamu düzeni bakımından tasvip edilmeme’ gibi içeriğı açıkça anlaşılmayan bir kavrama dayanılarak, polisin müdahalesini sağladığı” gerekçesiyle hükmü Anayasa’nın 2,5,13 ve 19. maddelerine aykırı görerek iptal etmiştir. Karar bu bakımdan olumlu gibi görünse de gerekçede cinsel yönelime dayalı ayrımcı ifadeler yer almaktadır. Mahkeme söz konusu hükmün belirsizliğini incelerken madde gerekçesine atıfta bulunmuştur. Madde gerekçesinde yer alan “Kanunun (D) bendinde ‘kendisini başkalarının zevkine terk edenler’ ibaresinin açık olmayıp tefsire muhtaç yanları bulunduğu, günümüz dünyasında aktüel bir konu haline gelen kadın, erkek eşcinsel kişiler ile bunlara aracılık edenlerin

¹⁷² AYM E. 1985/8, K. 1986/27, K.T. 26.11.1986

faaliyetlerinin takibini ve gereken önleyici zabıta tedbirlerinin alınmasını sağlamak” şeklindeki ayrımcı ifadeyi şu ifadelerle onaylamıştır:

“Eğer madde sadece gerekçede belirtildiği gibi tavır ve davranışları toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyecek nitelikte bulunan eşcinselleri kapsamış olsa idi, toplum sağlığı gözetilerek bent hükmünün haklı bir gerekçeye dayandığı söylenebilirdi.”

Yani Mahkeme, “tavır ve davranışları toplum tarafından tasvip edilmeyen” eşcinsellerin parmak izi ve fotoğraflarının alınmasında bir beis görmemiştir. Sorun bu tedbirin, eşcinseller gibi “toplumun genel ahlakına” uymayan genel kadınlar/seks işçileriyle “bir tutulan”, korunmaya değer görülen “genel ahlaklılara” uygulanması tehlikesi olarak görülmektedir:

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

Mahkeme burada vatandaşlar arasında öncelik sıralaması yapmış ve temel haklardan yararlanma konusunda toplum içinde hiyerarşik bir yapı yaratmıştır. Aynı tedbir bazı vatandaşlara reva görülürken diğerleri için tehdit olarak algılanmaktadır¹⁷³. İptal konusu maddenin lafzında dahi geçmeyen ayrımcılık kategorisi AYM diliyle yaratılmıştır.

AYM’nin konuyla ilgili bir diğer kararı yaklaşık 30 yıl sonra verdiği “doğal olmayan yoldan cinsel davranışlar” üzerine verdiği karardır¹⁷⁴. İptal konusu madde 5237 s. TCK’da düzenlenen bir takım müstehcen görüntü ses veya yazıların bulundurulması, dağıtılması ve depolanması gibi eylemleri müeyyide altına alan 226. maddenin “doğal olmayan cinsel davranış” ibaresini içeren 4. fıkrasıdır¹⁷⁵. Aydın 3. Asliye Ceza Mahkemesi “doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış ibaresinin gayet

¹⁷³ Tolga Şirin, Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eşcinsellik, Anayasa Hukuku Dergisi, Yıl:2018, Sayı:14, s. 521.

¹⁷⁴ AYM E. 2014/118, K.2015/35, K.T. 01.04.2015

¹⁷⁵ Madde 226/4- “Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya **doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin** yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışı arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.”

muğlak, müphem ve yorumlara açık olduğu”, “her yargı mensubunun bu ibareyi nasıl yorumlayacağı ve neye yoracağının karmaşaya neden olduğu” gerekçeleriyle Anayasa’ya aykırılığı ileri sürmüştür. AYM yaptığı incelemede müstehcenlikle ilgili hükümlerin korumak istediği hukuki menfaatin “ar ve hayâ duyguları” olarak da ifade edilen “genel ahlak” olduğunu belirterek bunu da “belirli bir dönemde doğru, makul ve adil düşünceye sahip toplum genelinin benimsediği ahlak ve edep anlayışı” olarak somutlaştırmıştır. Genel ahlak kavramının soyutluğuna ve değişkenliğine dikkat çeken Mahkeme, adaba aykırılığın tespitinde “toplumun belirli bir kesiminde kabul edilen değer yargıları değil, demokratik toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması” gerektiğini, “böylece çoğunluğun veya bir kesimin ahlak anlayışının toplum geneline dayatılması riskinin önüne geçilebileceğini” ifade etmektedir. Sınırlandırılmak istenen davranış değerlendirilirken “davranışın demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır” belirlemesi yapan Mahkeme bu standartların neler olduğu, nerede başlayıp nerede sona erdiği hususunda bir belirlemede bulunmamıştır.

Doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışların çok farklı şekillerde tezahür edebileceğinden bu kavrama giren tüm davranışların kanun koyucu tarafından önceden öngörülmesi ve sayılmasının mümkün olmadığını belirten Mahkeme, kanun metni ve korunmak istenen hukuki yararı bir arada değerlendirdiğinde doğal olmayan kavramı için “şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan hatta bizatihi kendisinin suç olarak kabul edildiği düzeye ulaşmış cinsel davranışları ifade ettiği” saptamasında bulunmuş, sonuç olarak düzenlemeye ilişkin yorumlu ret kararı vermiştir.

Karar bu yönüyle eşcinseller açısından ayrımcı bir yön barındırmıyor gibi görünse de karşı oylarda da belirtildiği gibi doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişki Yargıtay tarafından “anal, oral, grup seks, eşcinsel ve lezbiyen ilişki” biçimlerini de kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır¹⁷⁶. Unutulmamalıdır ki “yasalar konusunda

¹⁷⁶ “İnsanlar için doğal cinsel davranışın, devamlılık gösteren Daire kararlarında da vurgulandığı üzere, bir kadın ile bir erkeğin, cinsel organlarının bir araya gelerek ilişkiye girmeleri suretiyle oluştuğu, bunun

belirsizlik yaratarak keyfi uygulamaları mümkün ve meşru kılmak da bir başka ayrımcılık uygulamasıdır¹⁷⁷. AYM söz konusu kararıyla bu ayrımcılığın yeniden üretilmesine olanak tanımıştır.

Serruh Kaleli ve Serdar Özgüldür karşı oy gerekçelerinde doğal olmayan yoldan ibaresinin belirsizliğine dikkat çekmiş, Yargıtay içtihatlarında karşılıklı rızaya dayansa bile “anal, oral, grup seks, eşcinsel ve lezbiyen ilişki” görüntülerini ihtiva eden içeriklerin 226. madde kapsamında değerlendirildiğini, AİHM’in yerleşik içtihatlarına göre cebir ve şiddet içermeyen, karşılıklı rızaya dayalı bu hallerin “özel hayatın gizliliği” kapsamında olduğu ve gerçekte özgürlük sorunu teşkil ettiğini vurgulamıştır. Kuralın belirlilik ilkesine uymadığının açık olduğunu ve bu sebeple hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığını da ekleyen üyeler düzenlemeyi Anayasa m.2,13,20 ve 38. maddelerine aykırı görmüştür.

Osman Alifeyyaz Paksüt de karşı oy gerekçesinde yetişkinler arasındaki her türlü ilişkinin rızaya dayalı olduğu, zorlama ve şiddet içermediği, toplum önünde sergilenmediği müddetçe tamamen kişinin özel alanına ait olduğuna, bu tür davranışlara kamu gücü tarafından müdahale edilemeyeceğine tekrar dikkat çekmiştir. Kararda yer alan “Toplumsal ahlaki standartlarına uygun” ifadesini eleştiren Paksüt, suç teşkil etmediği halde çoğunlukça benimsenmediği için doğal olmayan davranış sayılan bir takım eylemlerin ceza yaptırımıyla karşılaşmasını Anayasa’ya aykırı olduğunu belirtirken şu ifadeleri kullanır:

“Toplumsal ahlaki standartlarına uygun yol kabul edilmeyen bir davranışın toplumda yaygınlık kazanmasının ceza tehdidiyle önlenmeye çalışılması, bizzat demokrasi ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, dinen ve ahlaken de caiz olmayan, kişilerin özel yaşamlarının gözetlenmesi, teşhir edilmesi ve çoğunluğa uymayanların cezalandırılması şeklindeki ilkel bir müdahaleyi meşru hale getirebilecektir.”

dışındaki, örneğin **birden fazla kişinin bir araya gelerek cinsel ilişkiye girmeleri (grup seks), eşcinsel insanların birbirlerine cinsel davranışlarda bulunmaları, hayvanlarla cinsel ilişki, oral veya anal yoldan cinsel davranışların tamamının doğal olmayan cinsel davranışlar olduğu, dosya içeriğine göre sanığın işyerinde yapılan arama sonucunda, bilirkişi raporunda belirtildiği gibi doğal olmayan yollarla yapılan transeksüel, lezbiyen, anal, alet kullanılmak suretiyle yapılan cinsel davranışlara ilişkin görüntüler olduğunun tespit edilmiş olduğu halde, yanlış değerlendirme ile sanık hakkında TCK’nın 226/4. maddesi yerine aynı Kanunun 226/1. maddesinin tatbik edilmesi suretiyle sanığa noksan ceza tayini (...)**” Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2012/5312, K. 2014/3732, K.T.: 20.03.2014.

¹⁷⁷ Melek Göregenli, Önyargı ve Ayrımcılığı Azaltmak, içinde: Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar, s. 249.

Engin Yıldırım karşı oy gerekçesinde yetişkinler arasında rızaya dayalı ilişkilerin doğal ve doğal olmayan gibi belirsiz bir ölçütle tespit edilmeye çalışılmasının “imkânsız zorlamaktan başka bir şey olmadığını”; doğal olanı insanların çoğunluğunun davranışı olarak sınırlamanın ise “bireyi temel alan” günümüz insan hakları anlayışıyla bağdaşmadığını ifade eder. Kişilerin cinsel faaliyet, davranış ve tercihlerinin, özel hayatlarının en mahrem kısmını oluşturduğunu ve devletin meşru bir sebep olmadıkça bunlara asla karışmaması gerektiğini; özel hayata yönelik söz konusu sınırlamanın demokratik toplumda gereklilik şartına uymadığını zira “acil bir toplumsal ihtiyaca” denk gelmediğini belirtmektedir. “Kuralla, kişilerin özel hayatına getirilen sınırlandırma ve yapılan müdahale kişilerin cinsel yaşamlarının, tercihlerinin ve davranışlarının cezai yaptırım tehdidi altında tutulması sonucunu doğurmakta” olduğunu ifade eden Yıldırım, itiraz konusu ibarenin Anayasa m.13 ve 20’ye aykırı olduğu kanaatindedir.

Aktarılan karşı oyların üzerine Yargıtay içtihadını değiştirmiş gibi görünse de¹⁷⁸ kararlarda tam olarak yeknesaklık bulunmamakta, ifade muğlaklığını devam ettirmektedir. AYM’nin “genel ahlak”, “ar ve hayâ duyguları”, “ahlaki standartlar” gibi müphem ifadeler yerine belirlilik ilkesine açıkça aykırı ve kişinin temel hak ve özgürlüklerine ölçüsüz bir müdahale içeren ifadeyi iptal etmesi, doğal olmayan ifadesinin saptanmasını ilk derece mahkemesi veya Yargıtay’ın takdirine bırakmaması, hukuk devleti bağlamında beklenirdi.

Eşcinsel ilişkinin “doğallığının” tartışıldığı diğer bir karar AYM’nin konuyu “gayri tabii mukarenet” ifadesi üzerinden irdelediği 2017 tarihli kararıdır¹⁷⁹. 1632 s. Askeri Ceza Kanunu’nun iptal konusu olan 153/2. maddesi şöyledir: “(...) 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.¹⁸⁰” Başvurucu Askeri Yargıtay 1. Dairesi, “özel hayatın en mahrem kısmında yer alan cinsel faaliyetleri nedeniyle bir

¹⁷⁸ “ (...) TCK’nın 226/4.maddesindeki ‘doğal olmayan’ kavramı bireylerin cinsel yaşamının içerisinde yeri olmayan, aşağılayıcı veya bütün toplum tarafından da doğal olarak kabul edilmeyen ilişkileri tanımlamaktadır. Anal ya da oral yoldan yapılan, eşcinsel veya grup halinde bulunulan cinsel birleşmelere ait görüntülerin veya cisimle yapılan mastürbasyon görüntüleri tek başına bu kavram içerisinde değerlendirilemeyecektir. (...)” (Yargıtay 18. Ceza Dairesi E: 2015/43173, K: 2017/12615, K.T. 08.11.2017)

¹⁷⁹ AYM. E. 2015/68, K. 2017/166, K.T. 29.11.2017.

¹⁸⁰ <http://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.1632.pdf> erişim tarihi: 17.04.2019.

kişinin meslekten atılmasının özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturduğu”, “asker kişilerin aynı fiilden dolayı hem disiplin hem de cezaî yaptırıma tabi tutulmasının insan onuruyla bağdaşmadığı”, askerlerle benzer nitelikte görev yapan emniyet memurları, mülkiye, yargı ve din hizmetleri gibi görevlerde çalışanların meslekten çıkarma gibi ağır bir yaptırıma tabî değilken askerlerin buna maruz kalmalarının eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçeleriyle AYM’ye başvurmuştur.

AYM söz konusu düzenlemenin özel hayata saygı hakkına müdahale olduğunu kabul ederken “mahremiyet alanıyla” ilgili şu tespitlerde bulunmuştur:

“ (...) 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. (...)”

Bununla birlikte getirilen sınırlamanın “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” getirilmiş olduğunu ve meşru bir amaca dayandığını ifade etmekte, ancak doğal görülmeyen cinsel davranışın ne açıdan mesleğin onur ve saygınlığını bozduğunu, kamu düzeni ve disiplinini hangi açılardan engellediğini somutlaştırmamaktadır. Kişilerin askerlik mesleğini seçmekle “artık sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askerî disiplinin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş olduğunu” ifade eden Mahkeme, “genel ceza kanunlarında öngörülmemiş bazı fiil ve eylemlerin askerî ceza kanunları ile cezalandırılmasını” mümkün görmektedir. Gayrî tabî mukarenette bulunan asker kişiler için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırımın hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp, TSK’dan çıkarma ve rütbenin geri alınması cezası olduğu gibi ilginç bir kıyaslamaya giren Mahkeme, hükmü bu bakımdan “ölçülü” görmüştür.

Eşitlikle ilgili incelemesinde “eylemli değil hukuksal eşitlik” ölçüsünü tekrar eden AYM, TSK’da görev yapan askerlerin diğer kamu görevlileriyle aynı hukuki konumda olmadığını belirterek aralarında karşılaştırma yapılamayacağını öngörmüştür.

Sonuç itibariyle düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmayan AYM, itirazın reddine oy çokluğuyla karar vermiştir.

Çoğunluk kararında eşcinsellikle veya cinsel azınlıklarla ilgili bir belirleme de bulunulmamış olsa da, Yargıtay ve Askeri Yargıtay'ın önceki kararları¹⁸¹ uyarınca gayri tabii mukarenet ifadesinin eşcinselleri de kapsadığı şüphesizdir. Mahkeme bu hususta bir kayıt veya yorum getirmeyerek hükmün bu açıdan uygulanmasına zımnen onay vermiştir¹⁸². Ayrıca kavramın belirsizliği kararda tartışılmamış, kişinin eşcinsel olmasıyla askerlik mesleğinin gerekleri arasında nasıl bir ilişki olduğu sorgulanmamıştır. Mahkeme kategorik olarak eşcinselliği meslekten çıkarma için “askerlik hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak” gerekçesiyle haklı görebilmiştir.

AİHM içtihatlarına bakıldığında eşcinsellerin orduda istihdamına yönelik ulusal yasakların, özel yaşamın gizliliğini düzenleyen AİHS madde 8'i ihlal ettiğine karar verildiği görülmektedir¹⁸³. AYM bu kararlara atıfta bulunmadığı gibi müdahalenin amacını dahi tartışılmamış, çoğunluk gerekçesinde herhangi bir uluslararası sözleşmeye de yer vermemiştir.

Engin Yıldırım'ın karara ilişkin kaleme aldığı, çoğunluk gerekçesinden çok daha kapsamlı olan karşı oy gerekçesi; yapılan uluslararası atıflar, konuya ilişkin hukuki mülahazalar ve tanımlarıyla özellikle üzerinde durulmasını gerektirmektedir. Yıldırım öncelikle tek tek atıfta bulunduğu ve ülkemiz açısından bağlayıcılığı bulunan

¹⁸¹Askerî Yargıtay 3. Daire Kararı E. 2016/175, K.2016/199, K.T. 29.03.2016. (<https://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/57516177b454050bc8dcb645> erişim tarihi: 18.04.2019.) Örnek Askerî Yüksek İdare Mahkemesi kararları ve değerlendirmeler için bkz. AYİM, E. 1993/569, K. 1993/1180 K.T. 28.12.1993; AYİM, E. 1998/888, K. 1999/482 K.T. 11.05.1999; AYİM E. 2003/156, K. 2003/443, K.T. 18.03.2003, Türkiye'de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu 1 Ocak – 30 Haziran 2010 Raporu, Haz. Umut Güner, Pelin Kalkan, Yasemin Öz, Elif Ceylan Özsoy, Fırat Söyle, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, 2011, s.28,29. (https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/24/Cinsel_Yonelim_veya_Cinsiyet_Kimligi_Izleme_Raporu.pdf erişim tarihi: 18.04.2019.)

¹⁸² Şirin, Homofobinin Anayasal Üretimi, s. 526.

¹⁸³ “Orduda görevli başvuruçuların cinsel yönelimlerine ilişkin fazlaca ayrıntılı bir soruşturma yapılmış olması ve Savunma Bakanlığı'nın eşcinsellerin ordudan yasaklanması politikasının gereği olarak cinsel yönelimlerinden dolayı ordudan atılmaları özel hayat hakkının ihlali niteliğindedir.” Smith ve Grady v. Birleşik Krallık, B. No: 33985/96 ve 33986/96 K.T. 27.09.1999. Aynı doğrultudaki kararlar için bkz. Lustig-Prean ve Beckett v. Birleşik Krallık, B. No: 31417/96 ve 32377/96 K.T. 27.09.1999; Beck, Copp ve Bazeley v. Birleşik Krallık, B.No: 48535/99, 48536/99 ve 48537/99, K.T. 22.10.2002; Perkins ve R. v. Birleşik Krallık, B. No: 43208/98 ve 44875/98, 22.10.2002. (LGBT Davaları: AİHM, Yargıtay ve Danıştay İctihatları, SPoD Hukuk ve Adalete Erişim Kitaplığı 1, İstanbul, 2012, s.19.)

uluslararası sözleşmeler ve tavsiye kararlarında cinsel yönelim bakımından eşitlik ve ayrımcılık düzenlemelerine yer vermiş, LGBTİ'lerin insan haklarından tam olarak yararlanabilmeleri için yalnızca kanuni düzenlemelerin yeterli olmadığı, bununla birlikte devletin bazı pozitif yükümlülüklerinin olduğu meselesinin altını çizmiştir¹⁸⁴. AİHM kararlarına yaptığı atıfla cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği gibi ayrımcılık temellerinin “şüpheli temel” olarak, (ayrımcılık yasağını düzenleyen) AİHS m. 14 kapsamında ele alındığını vurgulamış, Mahkeme'nin bu temelde yapılan farklı muamelenin nesnel ve makul olarak kabul edilebilmesi için amaç ve araç arasında makul bir orantının ve “oldukça önemli gerekçelerin varlığını” aradığını, yalnızca cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinden kaynaklanan farklı muamelenin Mahkeme'yi m.14'ün ihlali sonucuna ulaştırdığını¹⁸⁵ aktarmıştır.

Anayasa'nın 13 ve 20. maddesi bakımından yaptığı değerlendirmede itiraz konusu gayri tabii mukarenet kuralının esasında eşcinsel ilişkiler için kullanıldığını; eşcinsel ilişkilerin bu kavram içinde değerlendirilmesinin ise insan hakları alanında ortaya çıkan çağdaş gelişmelerle çeliştiğini vurgulamaktadır. Özel hayat kavramının “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 aldığını” AYM içtihatlarına¹⁸⁶ yaptığı atıflarla hatırlatan Yıldırım, kişinin rızaya dayalı duygusal ve cinsel ilişkilerinin “kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme” bağlamında özel hayata saygı hakkının kapsamında olduğunu belirtmektedir.

¹⁸⁴ “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.”

¹⁸⁵ Karardan atıfla bkz: “*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”.

¹⁸⁶ AYM Ahmet Acartürk Başvurusu, B. No: 2013/2084, K.T. 15.10.2015, § 46; AYM Ata Türkeri Başvurusu, B.No. 2013/6057, K.T. 16.12.2015, § 30.

Mesleki hayat kapsamındaki faaliyetlerin de özel hayat kapsamında olduğuna işaret ederken, AİHM'in Özpınar v. Türkiye kararına¹⁸⁷ yaptığı atıfla mahrem alanla ilgili tespitlerini çoğunluk görüşünden farklı olarak şu şekilde aktarmaktadır:

“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.”

AİHM'in yukarıda aktardığımız eşcinsellerin yalnızca cinsel kimlik ve yönelimleri nedeniyle ordudan yasaklanmalarını ihlal sebebi gören kararlarına da atıf yapan Yıldırım, “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 yönelik risk oluşturduğu iddia ediliyorsa, bu iddianın dayanaklarının somut örneklerle ortaya konulması” gerektiğini ifade etmektedir. Kişinin işini kaybetmesi sonucunu doğuran itiraz konusu kuralla kişinin geçimi engellenebilecek, bu da kişinin kendisi kadar yakın çevresiyle ilişkilerini de etkileyecek, kişinin “öz algısı, öz saygısı ve gelecek beklentileri üzerinde olumsuz sonuçlara neden olabilecektir”. Yıldırım söz konusu düzenlemenin kişilerin özel yaşamlarına ölçüsüz bir müdahale getirdiğini belirterek düzenlemenin Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğunu savunmaktadır¹⁸⁸.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağıyla ilgili değerlendirmesinde ise Anayasadaki “herkes” ve “benzeri sebepler” ibareleriyle eşitlik kapsamının kanunda zikredilen alanlarla sınırlı tutulmadığını, AYM içtihatlarında cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin

¹⁸⁷ Özpınar v. Turkey, B. No. 20999/04, K.T. 19.10.2010.

¹⁸⁸ “(...) 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. (...) 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 hakkına demokratik toplum düzeni bakımından gerekli ve ölçülü olmayan bir müdahale olduğundan Anayasa'nın 20. ve 13. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.”

de yasaklı ayrımcılık temellerinden¹⁸⁹ ve özel hayatın mahrem yönlerinden¹⁹⁰ biri olarak kabul edildiğini hatırlatmıştır. Dava konusuna ilişkin eşitlik değerlendirmesinde karşılaştırılması gereken grupların askerlerle diğer kamu çalışanları değil, tabii mukarenette bulunan askerlerle gayri tabii mukarenette bulunduğuna “hükmedilen” askerler olduğunu; birinci grubun hiçbir yaptırımla karşılaşmazken ikinci gruptakilerin işten çıkarma gibi ağır bir yaptırımla karşılaştıklarını açıklamaktadır. Herkesin varoluşunu tanımlamada *kişisel özerklik* ve özgürlüğe sahip olduğunu belirten Yıldırım, cinsel yönelimin de kişiye sıkı suretle bağlı bir kişilik hakkı olarak bireysel özerkliğin parçası olduğunu ifade eder. “Kişinin kendisinin belirlemesinden, yönlendirmesinden, yönetmesinden oluşan ve her tür baskı ve zorlamadan bağımsızlıkla belirlenen hali; bir insanın kendi kendisini belirleme gücü” olarak tanımladığı bireysel özerklikten sonra, kişinin farklı muameleye maruz kalmamak adına cinsel kimliğinden/bireysel özerkliğinden vazgeçmesi veya bunları inkâr etmesinin beklenemeyeceğini aktarır.

İptal konusu kuralın LGBTİ’lere yönelik önyargı ve kalıpyargıları¹⁹¹ yansıtarak sürekliliğine neden olduğunu ifade eden Yıldırım, Türkiye’de LGBTİ’lere yönelik önyargıları ve ayrımcılığı çeşitli araştırmalar ve raporlarla da ortaya koymaktadır¹⁹².

¹⁸⁹ Tuğba Arslan, B. No. 2014/256, 25.06.2014, § 114; Ahmet Şanci, B. No: 2012/29, 05.11.2014 §54; Şahin Karaman, B.No: 2012/1205, 08.05.2014, § 41; Cemal Duğan, B. No. 2014/19308, 15.02.2017, § 42; Sadıka Şeker, B. No. 2013/1948, 23.01.2014, § 59.

¹⁹⁰ Sinem Hun, B. No: 2013/5356, 08.05.2014, § 32.

¹⁹¹ “Kalıpyargılar belirli bir insan topluluğuyla ilgili olarak bireysel olarak oluşan, tarihsel olarak gelişen ve toplumsal etkileşimden beslenen deneyimler, düşünceler ve izlenimlere dayalı olarak o toplulukla ilgili zihnimizde beliren ve yerleşen varsayımları ifade etmektedir.” (Melek Göregenli, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık, içinde: Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar, der. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 23.)

¹⁹² “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 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 (Perihan Elif Ekmekçi 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). 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, ağırlardan ve etkinliklerden uzaklaştırılmakta, yetkisizleştirilmekte ve ilişkisizleştirilmektedir. 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.’ 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. ASHK’da

Toplumsal geneli tarafından benimsenen bir cinsel yönelimin, bunun dışında kalanlara yönelik kabul edilemez ve haklardan yararlanamaz bir şekilde ayrımcılığa maruz kalmasını ve önyargılara kurban edilmesini modern demokratik devlet anlayışı, demokratik toplum düzeni ve anayasal haklarla bağdaşmadığını ifade eder. “Genel ahlak” kavramının karşısında “*anayasal ahlak*” tanımlamasını kullanan Yıldırım, bunların her zaman örtüşmeyebileceğini; anayasal ahlakın çoğulculuk, hoşgörü, eşitlik ve insan haklarına saygı gibi anayasal değerleri temel alan bir ahlak anlayışı olduğunu ve insan onurunu korumayı amaçladığını, toplumsal anlamda genel ahlak anlayışının, bir topluluğun taşıdığı birtakım özellikler, sergilediği davranışlar ve gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı Anayasa’da güvence altına alınan haklardan yararlanamaması sonucunu doğurmaması gerektiğini ifade eder.

Eşitliği “herkesin aynılaştırılması 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 yapılmaması” şeklinde tanımlarken; cinsel yönelim ayrımcılığının temelinde “toplumdaki egemen heteroseksüel cinsel yönelimin heteronormatifleştirici bir tarzda diğer cinsel yönelimlere uyguladığı eşitsiz ve ayrımcı muameleler yattığını”, ancak eşitliğin yalnızca eşit ilgi ve saygıyla, yani birine gösterilen ilgi ve saygının aynının başkalarına da gösterilmesiyle sağlanacağını vurgular.

İnsan onuru/insan haysiyeti kavramının iki boyutuna dikkat çeken Yıldırım, birinci boyutun “insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygıyı” kapsarken, ikinci boyutun “başkalarının gösterdiği saygının dayandığı değer, saygınlık ve itibarı kapsadığını” yani toplumun ona verdiği değeri ifade ettiğini belirtmektedir. İnsan haysiyeti tanımını yaparken şu ifadeleri kullanır:

“İnsanlar insan oldukları için değerlidir ve insan haysiyeti doğuştan kazanılan, insanın sırf insan olduğu için vazgeçilmez ve başkasına devredilemez haklara sahip değerli ve saygıyı hak eden 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.

Türkiye’de çalışma hayatında, özellikle cinsel yönelim kaynaklı ayrımcılığa karşı yeterli önlem ve güvencelerin sunulmadığından hareketle bu durumun ASŞ ile uyumluluk taşımadığı tespitinde bulunmuştur.”

İnsanın öz saygı gereğince kendini gerçekleştirme, geliştirme ve kendi kaderini tayin etme imkân ve fırsatlarına sahip olması insan haysiyetinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır.”

Devletin kişilerin ve toplulukların sosyal dışlanmasını önleme, herkesin insan onuruna uygun bir hayat düzeyine erişme ve bunun önündeki engelleri aşma konusunda pozitif yükümlülüğünün olduğunu ifade eden Yıldırım, insan onurunun “devletin dilediği kişi ve topluluklara bahşedip, uygun görmediklerinden esirgediği bir lütuf olmadığının” altını çizer.

Gayri tabii mukarenet ifadesinin farklı cinsel yönelimdeki askerlerin insan onurunu göz ardı ettiğini ifade eden Yıldırım, “Bu kişiler farklı cinsel yönelimlerinden dolayı diğer insanlardan daha mı az değerlidir, haysiyet sahibidir?” sorusunu sorar ve LGBTİ’lerin sırf kendileri oldukları için ayrımcı muameleyle karşılaştıklarını ve “makbul vatandaş” olarak görülmediklerini ekler. Bu detaylı gerekçelerin ardından netice itibarıyla düzenlemenin Anayasa m.10, 13 ve 20’ye aykırı olduğunu belirterek gerekçesini sonlandırır.

AYM’nin eşcinsel ilişki nedeniyle meslekten çıkarmaya yönelik heteroseksist yaklaşımını gösteren bir diğer kararı, bireysel başvuru üzerine 2017 yılında verdiği Z.A. kararıdır¹⁹³. Başvuru konusu olayda bir ilköğretim okulunda din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmeni olarak çalışan başvurucu okul hademesine eşcinsel ilişki teklif ettiği iddiası ve kasabadan iki kişiyle bu türde ilişki kurduğu gerekçesiyle “görev yaptığı okul ve çevresinde huzursuzluk yarattığı” ve “öğretmenlik mesleği ile bağdaşmayan iffetsizliğinin sabit olduğu” söylenerek işten atılmıştır. Daha sonra çıkan af kanunu ile de görevine dönmek isteyen başvurucunun bu talebi de “öğretmenlik göreviniz esnasında yaptığınız fiilden dolayı yeniden öğretmenliğe atanmanız uygun bulunmamıştır” gerekçesiyle reddedilmesi üzerine AYM’ye bireysel başvuruda bulunmuştur. AYM özel hayata saygı hakkı ve eşitlik ilkesi üzerinden yaptığı değerlendirmede kişinin meslek hayatıyla özel hayatı arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, “şayet kişinin özel hayatına ilişkin hususlar mesleğiyle ilgili tasarruflara esas alınmışsa özel hayata saygı hakkının devreye gireceğini” belirtmiştir. Bununla birlikte mahremiyet alanıyla ilgili olarak

¹⁹³ AYM Z.A. Başvurusu B.No: 2013/2928, K.T. 18.10.2017.

kamusal-özel alan ayrımı yapan Mahkeme, kişinin kamusal alanda “görünür olunca” özel hayata ilişkin mahremiyet hakkının artık ileri sürülemeyeceğini söylemektedir:

“Bireyin mahremiyet hakkı mekânla ilgili bir alanı da işaret etmekte olup bu alanda bireyin konutudur. Bu açıdan Anayasa’nın 20. maddesinin güvence kapsamında bulunan mahremiyet hakkı kural olarak kamusal alana kadar uzanmamaktadır. Birey bir kez kamusal alana çıkınca yani görünür olunca özel hayata saygı hakkı alt kategorisinde korunan mahremiyet hakkı kural olarak ileri sürülemez. Mahremiyet hakkının uygulanabilirlik alanı kural olarak bireyin özel yaşam alanı olmakla birlikte bireylerin diğer insanlarla etkileşim içinde olduğu bazı kamusal alanlar ya da bağlamlar da özel hayata saygı hakkının kapsamında yer alabilir. Bunun yanı sıra özel hayata saygı hakkı bireye, içinde özgürce hareket edebileceği ve kişiliğini geliştirip gerçekleştirebileceği bir kişisel alan sağlamaktadır. Dolayısıyla bireyin özel yaşamını kendi eliyle kamuya açması, özel yaşama saygı hakkı talebini otomatik olarak belli ölçüde azaltmaktadır.”

Mahkeme başvurusunun atanmasını istediği mesleğin öğretmenlik olduğunu vurgulayarak, öğretmenlik mesleğinin niteliği gereği “çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri ve korunması” ile yakından bağlantılı olduğu, bu cihetle olayda “yarışan” menfaatlerden birinin de “çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri konusundaki kamu yararı olduğunu” ifade etmiştir.

Mahkeme enterasan biçimde başvurusunun tekrar atanma talebinin “cinsel yönelimi nedeniyle değil, soruşturmaya konu fiilleri nedeniyle” reddedildiğini ve bu nedenle başvurucuya farklı muamelede bulunulmadığına kanaat getirmiştir. Mahkeme, amiyane tabirle başvurusunun “açılmakla” hakkını kaybettiğini şu şekilde ifade etmiştir:

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

“Çocukların sağlıklı şekilde yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri hususundaki toplumsal menfaat de nazara alındığında” kamusal makamların almış olduğu tedbirin makul olduğu sonucuna ulaşan Mahkeme, sonuç olarak özel hayata saygı ile eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Kararda Mahkeme'nin heteroseksist yaklaşımı oldukça görünürdür. Eşcinseller görünür olmadıkça veya birtakım davranış kalıplarına uygun davranınca kabul edilebilir veya mazur görülebilir, ancak bu davranış kalıplarını aştıklarında veya kamuda görünür olduklarında hukuki korumadan yoksun ve kabul edilemez olmaktadır.

Mahkemenin “çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri konusundaki kamu yararı” ifadesi de tartışmalıdır. Kararda bireysel hakla yarışan nitelikte sunulan bu kavram izaha muhtaçtır. Kararda eşcinsel bir öğretmen'in çocukların sağlığını nasıl ve ne yönde bozacağı somutlaştırılmamıştır. Nitekim karşı oy gerekçelerinde de bu hususa dikkat çekilmiştir. Engin Yıldırım yazdığı muhalefet şerhinde başvurucunun cinsel yöneliminin çalışma arkadaşlarının çalışma faaliyetleri veya çocuklar üzerinde olumsuz sonuçlar doğurduğuna ilişkin somut ve nesnel bir bulgu ortaya konulmadığını, bu hususun yapılan soruşturmada dahi araştırılmadığını vurgulamıştır¹⁹⁴. Muammer Topal da karşı oy gerekçesinde Anayasa'nın 70. maddesinde tanımlanan “kamu hizmetine girme ve kamuda çalışma hakkının” sadece kişinin cinsel yönelimi nedeniyle tanınmamasının anayasal bir hakkı zedeleyeceğini, önemli olan ve asıl değerlendirilmesi gereken hususun “hizmetin niteliği ile ilgilinin bu hizmetin yürütülmesinde hizmetine yansıyan ve hizmeti aksatacak bir kusurunun bulunup bulunmaması olduğunu” ifade etmiştir¹⁹⁵.

Başka bir açıdan değerlendirildiğinde, çocukların sağlığını ve gelişimini bozan olgunun aslında bir kişinin sırf cinsel yönelimi nedeniyle ayrımcılığa maruz kalması ve işini kaybetmesi olacağı iddia edilebilir. Okullar etkin bir toplumsal cinsiyet politikasını kuran ve yeniden üreten kurumların başında gelir. Hem öğrenciler hem de okul personeli

¹⁹⁴ “(...) Başvurucunun cinsel yöneliminin kendisinin veya çalışma arkadaşlarının mesleki faaliyetlerin ve performanslarını veya hizmetin muhatabı olan öğrenciler üzerinde olumsuz sonuçlar doğurduğuna ilişkin somut ve nesnel bir bulgu ortaya konulmadığı gibi bu durum yapılan soruşturma kapsamında da araştırılmamıştır. Konuyla ilgili tüm idari ve yargısal süreçlerde başvurucunun yürüttüğü eğitim faaliyetinin içerik, etkinlik ve kalitesi ile ilgili herhangi bir olumsuzluğa da işaret edilmemiştir. Kamusal makamlar, başvurucunun cinsel yöneliminin öğretmenlik mesleği üzerinde ne gibi somut riskler veya zararlı etkiler doğurabileceğini de tartışmamışlar ve bununla ilgili somut bir veri sun(a)mamışlardır. (...)”

¹⁹⁵ “ (...) İlgili idari ve yargısal kararlar kapsamında, cinsel yönelim temeline dayanan başvuruya konu farklı muamelenin nesnel ve makul şekilde gerekçelendirilmediği gibi memuriyetle tamamen ilişkisi kesilen başvurucunun öğretmenlik mesleğine yeniden kabul edilmemesinin yanı sıra farklı bir hizmet sınıfında görevlendirilme imkânının bulunup bulunmadığının kamusal makamlarca değerlendirilmediği dikkate alındığında söz konusu uygulamanın ölçülü olduğu da söylenemez. (...)”

arasında çeşitli kadınlık ve erkeklik türleri ve ilişkileri kuran pratikler mevcuttur; eşcinsellik ise hemen hemen her zaman dışlanır¹⁹⁶.

Şayet ayrımcılıkla mücadele edilmek isteniyorsa var olan toplumsal cinsiyet kalıplarının değil cinsiyetlerle ilgili tarafsız bir söylemin yer aldığı homofobiyle mücadele edilen eğitim kurumlarına ihtiyaç vardır.

E. AYM'nin Kadının Kendi Bedeni Üzerindeki Tasarrufu Kısıtlaması: Sezaryen Kararı

Kadınların maddi-manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla bireysel özerkliklerine yapılan bir diğer müdahale de 2012 tarihli 6354 s. Kanun¹⁹⁷ ile Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153. maddesine eklenen “Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması halinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir.” şeklindeki ifadedir. Sezaryenle doğum imkânını yalnızca “tıbbi zorunluluk bulunması” haliyle sınırlandıran söz konusu hüküm AYM'nin önüne iptal istemi ile gelmiş, Mahkeme dört üyenin karşı oyuna rağmen oy çokluğuyla iptal istemini reddetmiştir¹⁹⁸. Düzenleme gereği, kadın kendi özgür iradesi ile sezaryen doğum yapamayacak, bunun için “tıbbi zorunluluk” bulunması gerekecek, gerekliliğin mevcudiyetine ise hekim karar verecektir.

İptal talebinin gerekçesinde “hamile kadınların çocuklarını nasıl dünyaya getireceklerine ilişkin yöntemi seçme konusundaki otonomilerinin, maddi ve manevi varlıklarını, onurlarını koruma haklarının içinde yer aldığı” ve söz konusu düzenlemeyle “doğum korkusu ya da başkaca nedenlerle sezaryenle doğum yapmak isteyen anne adaylarını normal doğum yöntemine zorlanarak” hakkın özüne müdahale eder nitelikte bir sınırlama getirildiği; ayrıca hekimlerin sezaryenle doğum kararları aldıklarında bu kararın “tıbbi endikasyon” olarak kabul edilmeyebileceği ve “sezaryen ile doğum yaptırdıkları takdirde yaptırımlarla karşılaşabilecekleri endişesi yaratılarak mesleki hak ve yetkilerinin sınırlandıracağı”, bu nedenle söz konusu düzenlemenin hekimlik mesleğinin icrası bakımından çalışma özgürlüğü ve hakkı kapsamında da Anayasa'ya aykırı olduğu

¹⁹⁶ Connell, s.166-167.

¹⁹⁷ “4.7.2012 günü, 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”

¹⁹⁸ AYM E. 2012/103, K. 2013/105, K.T. 03.10.2013.

ifade edilmiştir. Bununla birlikte maddi durum iyi olan kadınların yurtdışına çıkarak sezaryen ameliyatı olabilecekken maddi durumu iyi olmayan kadınların normal doğum-sezaryenle doğum konusunda seçim hakkına sahip olmadıkları, bu durumun da ayrıca eşitlik ilkesini ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2, 5, 10, 13, 17, 48 ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

AYM esasa ilişkin incelemesinde kişinin maddi-manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi açısından “kişinin sağlığı ve beden bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkının, gerek kendisi gerekse üçüncü kişilerin müdahalesi yönünden mutlak ve sınırsız olmadığı”, söz konusu kuralla “anne adayının kendi isteği ile doğum yöntemini belirlemesi ve hekime bunu dayatabilmesi ile hekimin de tıbbi zorunluluk olmaksızın bu ameliyatı yapmasının” engellendiği, düzenleme ile hekimin çalışma hürriyetinin sınırlandırılmadığı aksine “tedaviye ilişkin bilimsel görüşünü ileri sürme ve uygulama konusunda yasal bir dayanak sağlandığı” ifade etmiştir. Eşitlikle ilgili değerlendirmesinde “Anayasal hakların kullanılması bakımından gelir dağılımının bir ölçüt olmadığını”, “kuralın uygulanmasıyla gerçekleşecek fiili durumların yasama faaliyetinin dışında olduğunu” ve “diğer ülkelerin kuralları ile dava konusu kural eşitlik yönünden kıyaslanamaz” olduğunu belirten Mahkeme sonuç itibarıyla oy çokluğuyla iptal isteminin reddine karar vermiştir.

Osman Alifeyyaz Aksüt kaleme aldığı karşı oy gerekçesinde sezaryen yasağına ilişkin olarak devletin kişinin yaşamına zarar vermeyen tasarruflarına müdahale hakkının olmadığını, bu tür müdahalelerin “devletin kişinin yaşamını koruma yönündeki pozitif yükümlülüğünün kapsamına girmeyen, kişi özgürlüğünü zorunlu olmayan biçimde sınırlayan, ölçüsüz müdahaleler” olduğunu, devletin yaşam hakkını korumak amacıyla kişinin bedeni üzerindeki tasarruflarına müdahalesinin zorunlu hallerle sınırlandırılması ve ölçülü olması gerekliliğini önemle vurgulamıştır. Dünya sağlık istatistiklerinden verdiği örneklerle “sezaryenin aşırı kullanımına karşı en iyi çarenin yasaklama yerine kadın ve ana bilincini geliştirecek eğitim ve demokratik özgürlük ortamını geliştirmek olduğunu” belirten üye, sezaryen yasağının “kadının tek başına tasarruf alanında kalan doğum yöntemini seçme özgürlüğüne getirilmiş, demokratik bir toplumda zorunlu olmayan, ölçüsüz bir müdahale” olduğu sonucuna varmıştır.

Zehra Ayla Perктаş ise karşı oy gerekçesinde kişisel özerklik kavramına dikkat çekmiş, kişisel özerkliğin özel hayata saygı hakkı kapsamında “ bireyin fiziksel ve sosyal kimliğini, kişisel gelişimini, diğer insanlar ve dış dünya ile ilişki kurma ve geliştirme hakkını” içerdiğini ifade etmiştir. AİHM’in konuya ilişkin Ternovzky vs. Macaristan¹⁹⁹ kararına atıfta bulunan üye, özel hayat kavramının “kişinin anne baba olma ya da olmamaya karar verme ve anne baba olmanın koşullarını seçme ve belirleme hakkını” da içerdiğini, AİHM’in 8. maddesinin amacı açısından “doğum yapmanın koşullarının da tartışılmaz bir şekilde kişinin özel hayatının parçası olduğunu” kabul ettiğini belirtmiştir. İptal konusu düzenleme ile anne istemli sezaryenin engellenerek ancak tıbbi zorunluluk halinde uygulanmasının, “hamile kadını istemediği bir tıbbi müdahale ile doğum yapmak zorunda bıraktığını”, bu nedenle sınırlamanın Anayasa’nın 17. maddesine aykırı olduğunu aktarmıştır.

Engin Yıldırım ve Zühtü Aslan’ın birlikte kaleme aldıkları karşı oy gerekçesinde çoğunluk gerekçesindeki “anne adayının doğumdan korkmasını, kişisel kaygı duymasını dikkate almayan ve anne adayının tercihlerini bilimsel temeli olmayan öznel duygular olarak değersizleştiren” yaklaşımı eleştirilmiş, “hekimin uzmanlık bilgisine sahip olması, anne adayının tercihlerinin dikkate alınmamasını gerektirmez” ifadesiyle kadının tercihini hiçe sayan ve doğum yapacak kadını tamamen nesneleştiren bakış açısına karşı çıkılmıştır. Sezaryenle doğum yönteminin “kadının kendi bedeniyle ilgili vereceği bir karar olduğunu” vurgulayan üyeler tıbbi zorunluluk durumları hariç, bu konuda bir dayatmada bulunmanın “kişi özerkliğine ve vücut bütünlüğüne yönelik ölçsüz bir müdahale oluşturduğunu” ifade eden üyeler, iptal konusu kuralın Anayasanın 13, 17 ve 20. maddelerine aykırı olduğuna kanaat getirmişlerdir:

“Getirilen kuralla ulaşılmak istenen amacın ülkemizde yüksek düzeyde olan sezaryenle doğum oranının makul bir seviyeye indirilerek, normal doğumun teşvik edilmesi olduğu söylenebilir. Hiç kuşkusuz kanun koyucu, anne adaylarının doğum konusunda kişisel özerkliklerini ortadan kaldırmadan bu amaca yönelik tedbirler alabilir. Bununla birlikte dava konusu kural, anne adaylarının doğumlarını nasıl yapacaklarıyla ilgili tercih yapma haklarını ellerinden alarak herhangi bir nedenle sezaryenle doğum yapmak isteyenleri normal doğuma zorlamaktadır. Bu nedenle çoğunluk görüşünün aksine, dava konusu kural bir

¹⁹⁹ Ternovszky v. Macaristan, B. No: 67545/09, K.T. 14.12.2010. Karara konu olan somut olayda, başvurunun çocuğunun doğumunu evde yapmak istemesi üzerine bununla ilgili devletten profesyonel tıbbi destek almasının engellenmesinin, Sözleşme’nin özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesini ihlal ettiğine karar verilmiştir.

dayatmayı engellememekte, tersine tıbben herhangi bir sakınca olmayan durumlarda da anne adayına tek bir doğum yöntemini dayatmaktadır.

Bireyin hür iradesiyle bedeni üzerinde tasarrufta bulunma hakkı sahip olduğu temel haklardan biridir. Kural olarak birey kendi bedeni üzerinde egemenlik sahibidir ve bu açıdan sezaryenle doğum kişisel özerklik ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Devlet, tıbbi zorunluluklar dışında, tamamen anne adayının tercihine bırakılması gereken doğum yapma şekli konusunda bir yöntem dayatmamalıdır.”

Anayasa Mahkemesi karar değerlendirmesinde hekimin çalışma hürriyetiyle kadının maddi-manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı arasında çatışma yaratmış ve tercihini kadının özgür iradesini ve vücut bütünlüğünü hiçe sayarak hekimin karar serbestisinden yana kullanmıştır. Burada sorun yalnızca kadının bireysel özerkliğinin engellenmesi değildir; doğum gibi stres ve psikolojik faktörlerin son derece önemli olduğu yaşamsal bir konuda, kadınlar normal doğuma zorlanarak annenin ve bebeğin hayatı ve sağlığı riske atılmaktadır. Normal doğum veya sezaryen arasından hangisinin daha yararlı veya zararlı olacağının tayini elbette ki hekime aittir, ancak hekimler bunu yasal sınırlama ve yönlendirme söz konusu olmadan, anne adayını riskler konusunda aydınlatarak ve isteklerini de dikkate alarak kendi tıbbi ve etik bilgisiyle tayin etmelidir.

İkinci Bölüm

ANAYASA MAHKEMESİ’NİN KORUMACI VE KORUYUCU YAKLAŞIMI

AYM’nin cinsiyetle ilgili kararları incelendiğinde pek çok kararında kadına ilişkin söylemlerinde kadının eşit bir vatandaş olduğuna değil, korunması gereken ve çoğu zaman aile içindeki sosyal konumuyla var olduğuna ilişkin vurgu yapıldığı görülmektedir. Mahkemenin çoğu kararında kadın özerk bir birey olarak değil, çoğunlukla ya ailenin bir parçası ya da zayıf ve karar verme yeteneği etkilere açık bir tür olarak ele alınmaktadır. Öğretide eleştirilen bir değer husus ise Mahkeme’nin kadınlara yönelik ayrıcalıklı ya da olumlu görünen birtakım uygulamaları toplumsal-kültürel kalıplara uygun sorumluluk ve beklentilerle onaylamasıdır. Bu türden bir korumacılık yaklaşımı ise kadınların geleneklerin ve kültürün etkisiyle düştüğü dezavantajlı durumu gidermek yerine ikincilliğini, edilgenliğini ve bağımlılığını pekiştiren bir yapıya dönüştürmektedir²⁰⁰. AYM’nin bu korumacı yaklaşımının kadınlara yönelik mi yoksa toplumsal kültürel kalıplara yönelik mi olduğu sorusunu akla getirmektedir. Bu tutum Mahkemenin eşitlik bakımından yaptığı değerlendirmelerde “aile birliğinin korunması”, “aile bağlarının güçlendirilmesi”, “kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklar” gibi bazı sübjektif toplumsal değerleri haklı neden olarak dayanak almasına yol açmaktadır.

AYM’nin bir diğer yaklaşımı da “koruyucu” bir bakış açısıyla kadının sosyal ve toplumsal konumunu güçlendirerek eşitsizliği önlemektir. Eşitliği sağlamak adına devlete pozitif yükümlülükler öngören bu yaklaşımla ilgili özellikle nafaka ve aile içi şiddetle ilgili kararlarında “sosyal adalet” vurgusu ön plana çıkmaktadır.

I. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN KORUMACI YAKLAŞIMI

Mahkemenin “aile birliğini koruma” adı altında toplumsal cinsiyet normlarını koruduğu kararlar olarak evli kadının ikametgâhı ve 3. kişilerle tasarruf ehliyetinin sınırlandırıldığı kararları, öğretide en çok tartışılan husus olarak evli kadının soyadına ilişkin kararları, eşitliği sağlamak adına kurulan ancak eşitsizliği pekiştirmeye neden olan Türkiye Eşitlik Kurumu Kanunu’nun da yer alan, kadın istihdamına yönelik biyolojik

²⁰⁰ Oder, s. 218-219.

özcü yaklaşıma sahip düzenlemenin meşrulaştırıldığı kararı, yine kadın istihdamına yönelik olarak çokça eleştirilen kıdem tazminatına ilişkin kararı bu başlık altında inceleme konusu yapılacaktır.

A. Evli Kadının İkametgâhının Kocasının İkametgâhı Sayılması

AYM'nin 1993 tarihli, evli kadının ikametgâhının kocanın ikametgâhı sayılması yönündeki düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulduğu karar²⁰¹ bu cihette örnek olarak gösterilebilir. 743 sayılı Mülga Medeni Kanun, kocanın ikametgâhını kadının da ikametgâhı olarak kabul etmekteydi²⁰². Ayrıca Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 9/son uyarınca “boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgâhı veya eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi” olarak belirlenmişti. Netice itibarıyla erkek boşanma davası açarsa davacının ikametgâhı kuralından yararlanarak kendi ikametgâhında davayı açması mümkünken, kadın boşanma davası açarken kocanın ikametgâhı karının ikametgâhı olarak düzenlendiğinden, ancak kocasının ikametgâhı mahkemesinde açabilmekteydi. Başvuru konusu olayda kadın bir süredir ayrı yaşadığı kocası aleyhine şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanma davası açmış, davalı koca, “davanın davalının ikametgâh adresinde açılması gerektiği” gerekçesiyle yetki itirazında bulunmuştur. Bunun üzerine, davaya bakmakta olan ilk derece mahkemesi, 743 sayılı Medeni Kanun m. 21/1'in kadın aleyhine eşitsizlik yarattığından Anayasa m. 10, yerleşme hürriyetini kısıtladığından m. 13 ve m. 23 hükümlerine aykırı olduğundan bahisle AYM'ye iptal başvurusunda bulunmuştur. AYM, eşitlik ilkesi bakımından yaptığı incelemede kuralın ailenin ortak tek bir ikametgâhının bulunmasına yönelik olduğunu, bunun da “evlilik birliğinin devamlılığının ve düzenin sağlanması” amaçlarına yönelik olduğunu ifade ederek kamu yararı amacını gerçekleştirmeye yönelik hükmü kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır²⁰³. Yerleşme özgürlüğü bağlamında yaptığı 13. madde

²⁰¹ AYM E. 1993/23, K. 1993/55, K.T. 02.12.1993.

²⁰² Madde 21: “1. Kocanın ikametgâhı karının ve ana babanın ikametgâhı velayetleri altındaki çocuğun ve mahkemenin bulunduğu yer vesayet altındaki kimsenin ikametgâhı addolunur. 2. İkametgâhı belli olmayan kimsenin karısı veya kocasından ayrı yaşamağa mezu olan kadın, kendisine ayrı bir ikametgâh ittihaz edebilir.”

²⁰³ “ (...) Toplumun temeli kabul edilen aile birliğinin huzur ve devamını sağlamak için yasalarla kimi düzenlemeler yapılmıştır. Bir başka anlatımla, tek tek evliliklerin kuruluş ve işleyişindeki düzen toplum düzeni ile ilişkilendirilerek aile birliğine ilişkin bazı konular yasakoyucu tarafından hukuksal bir yapıya oturtulmuştur. Medenî Kanun ile kişilerin ayrı ayrı sahip oldukları haklardan kimileri aile birliğine geçirilmiş, birliği oluşturan karı ve kocaya da bazı haklar verilmiş ve yükümlülükler getirilmiştir.

incelemesinde ise; itiraz konusu kuralın yalnızca evlilik birliği kurulunca uygulamaya girdiğini, sınırlamanın birliğin yapısına uygun olarak devamlılık ile düzenin sağlanması amacına yönelik olduğunu ifade etmiştir. Kadının ikametgâhını seçme özgürlüğünün “aile birliğini sağlamadaki kamu yararı nedeniyle” sınırlandırıldığını, bu sınırlamanın ise Anayasadaki aileye korumaya ilişkin hükümlere uygun olduğu gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine de uygun, amaca ulaşmaya elverişli ve ölçülü olduğuna kanaat getirerek m.23 ve m. 13 açısından da aykırılık tespit etmemiştir. Netice itibariyle oybirliğiyle itirazın reddine hükmedilmiştir.

Görüldüğü üzere Mahkeme ikametgâh açısından erkeğe tanınan üstünlüğü “aile birliğinin sağlanmasındaki kamu yararı” gibi somutlaştırılmamış bir gerekçeyle uygun bulmuştur. Demokratik toplum düzenine uygunluk ve ölçülülük gibi ilkeler ise kararda yalnızca “değinilen unsurlar” olarak kalmıştır²⁰⁴.

B. Kadının 3. Kişilerle Olan Tasarruf Ehliyetinin Sınırlandırılması

AYM’nin benzer yaklaşımı sürdürdüğü diğer bir kararı kadının kocasına kefil olması ve eşi yararına 3. kişilere borçlanabilmesini sulh hâkiminin onayına tabi tutan düzenlemeyle ilgili kararıdır²⁰⁵. 743 s. TMK m.169’da yer alan söz konusu düzenleme²⁰⁶ için iptal başvurusunda bulunan ilk derece mahkemesi, “kadınların haklarını korur gibi görünen bu hükmün esasen kadınların tasarruf hakkını kısıtlayarak kadını ikinci sınıf insan konumuna getirdiği, onur kırıcı olduğu ve Anayasa m. 10’a aykırı olduğunu” ifade etmiştir. Mahkeme yaptığı incelemede itiraz konusu kuralın amacının kadının “kapsam ve sonuçlarını bilmeden borç altına girmesini önleyerek aile birliğini korumak” olduğunu ifade etmiştir. Böylece kadının “kocanın etkisi altında kalarak” ekonomik gücünün sarsılması önlenecek ve aile birliği korunmuş olacaktır. Netice itibariyle Mahkeme itiraz

Kocanın ikametgâhının karının ikametgâhı addolunacağına ilişkin itiraz konusu kural, aile birliğinin tek ikametgâh edinmesini temin amacına yöneliktir. Birliğin tek ikametgâhının bulunması, evlilik birliğinin devamlılığının ve düzeninin sağlanmasındaki kamu yararı amacını gerçekleştirme nedeniyle Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı görülmemiştir. Bir başka anlatımla, evlilik birliğinin iyi işleminin ve düzeninin sağlanmasındaki kamu yararı itiraz konusu düzenlemeyi haklı kılmaktadır. (...)

²⁰⁴ Oder, s.217.

²⁰⁵ AYM E. 1997/27, K. 1998/43, K.T. 30.06.1998.

²⁰⁶ Madde 169- “Karı koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflar, sulh hâkimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz.

Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir.”

konusu kuralın aile birliğini koruyarak kamu yararını gerçekleştirme amacıyla kadının tasarruf yetkisini sınırlandırdığından, demokratik toplum düzeniyle çelişmediği ve Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Birkaç cümlelik çoğunluk gerekçesi, karşı oy gerekçesinin aksine herhangi bir uluslararası sözleşmeye atıf yapmadığı gibi, amaca uygunluk ve ölçülülük gibi ilkeler “yalnızca değinilen unsurlar” olarak bile kararda yer almamaktadır.

AYM bu kararla kadının sadece sulh hâkimi onayıyla borçlanabilecek bilinç düzeyinde olduğunu vurgularken aile birliğinin korunmasına atıf yapmış, ancak evlilik birliğinin diğer tarafı olan erkek için böyle bir koşulun aranmamasını tartışmamıştır. Kişinin yalnızca cinsiyeti nedeniyle tasarruflarının sonuçlarını öngöremeyeceği düşüncesi ayrımcı bir yaklaşımdır. Nitekim bu husus karşı oy gerekçesinde de ifade edilmiştir.

Yalçın Acargün, Mustafa Bumin Ve Fulya Kantarcıoğlu’nun karşı oy gerekçesinde CEDAW’a yapılan atıflarla cinsiyet temelli ayrımcı uygulamaların ve bu ayrımcı uygulamalara referans olan yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaların değiştirilmesi ve kaldırılması yükümlülüğüne dikkat çekilmiştir. Kadının kocası yararına üçüncü kişilere borçlanması hâkimin onayına bağlanırken, aynı şartın koca için aranmaması “cinsiyete dayalı ayrımcılığın tipik bir örneği” olarak tanımlanmıştır.

“(...) Sosyal, ekonomik ve kültürel her alanda kadın ve erkek eşitliğinin esas alınmasını gerektiren bir Anayasal düzende, kadının, zekâ ve kavrayışının erkekten daha az olduğu varsayımına dayanarak, üçüncü kişilerle kocası yararına yaptığı kimi hukukî işlemlerde ehliyetini sınırlamanın hiç bir haklı nedeni bulunmamaktadır. Yaptığı hukukî işlemlerin sonucunu değerlendirememesi tehlikesi, evlilik birliğinin aynı konumdaki tarafları olan kadın ve erkek için farklı değildir. Bu nedenle, itiraz konusu kuralın, kadını koruyarak aslında aileyi koruduğu bu nedenle Anayasa’nın 41. maddesi ile uyum içinde olduğu düşüncesi gerçeği yansıtmamaktadır. Aile, anne-baba ve çocuklardan oluştuğuna göre bunlardan yalnız birinin korunması, ailenin korunması anlamına gelmez. Böyle bir korumadan söz edilebilmesi için evlilik birliğini oluşturan erkek ve kadının aynı Kurallara bağlı tutulması gerekir. Bir tarafa getirilen sınırlamanın, diğer tarafa getirilmemesi düşünülenin tersine evlilik birliğini zayıflatır. Aile, kişilik hakları aynı derecede korunan eşit haklara sahip bireylerle güçlenir. (...)”

Ancak son derece eşitlikçi görüşler içeren ve uluslararası sözleşmelere atfı yapan bu gerekçe de dahi özcü bir biçimde kadın ve erkek arasındaki “biyolojik ve fonksiyonel farklılıklara” vurgu yapılmış olması²⁰⁷ dikkat çekicidir.

4721 s. Medeni Kanun ile kadın-erkek eşitliği kapsamında karı-koca ayrımından vazgeçilerek her iki eşi de kapsayacak biçimde “eş” tabiri kullanılmış ve dolayısıyla söz konusu düzenleme de yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu, kefalete ilişkin olarak “eşlerin rızasını” öngörmektedir²⁰⁸. Eşler arasında cinsiyete yönelik ayrımcı uygulamayı sona erdiren düzenleme rıza şartını her iki eş tarafından da aramaktadır. Söz konusu düzenleme temel hak ve hürriyetlerin niteliği ve sınırlanması (m. 12 ve 13) ile sözleşme hürriyetine (m. 48) aykırılığı gerekçe gösterilerek iptal edilmesi istemiyle AYM’nin önüne getirilmiştir. AYM 2013 yılında verdiği kararda²⁰⁹ düzenlemenin amacının “ailenin ekonomik varlığının ve bunun sonucu olarak da ailenin huzurunun korunması” olduğunu ifade etmiş; Anayasa’nın 41. maddesinin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ana ve çocuğun korunması konusunda Devlete yükümlülük getirdiğini belirtmiştir. Bu nedenle mülkiyet hakkını (m.35) ve sözleşme hürriyetini (m. 48) sınırlandırmakta olan düzenlemenin “evlilik birliğinin geleceğini garanti altına almanın hedeflendiği dikkate alındığında”, demokratik toplum düzenine uygun ve ölçülü bir sınırlandırma getirdiği kanaatine vararak iptal talebini reddetmiştir. AYM’nin kararında aileye yönelik korumacı bir yaklaşımla, birey haklarıyla kamu yararı arasındaki çatışan menfaatlere yönelik, oyunu kamu yararı tarafında kullandığı söylenebilecektir.

C. Kadının İstihdamına Yönelik Biyolojik Özcü Yaklaşım

AYM’nin bu türden özcü yaklaşımının –bu sefer çoğunluk gerekçesinde– görünür olduğu bir diğer kararı, bundan yaklaşık 20 yıl sonra verdiği 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin iptal davası üzerine verdiği ret kararıdır²¹⁰. Soyut norm denetimine

²⁰⁷ “ (...) Oysa kadının ve erkeğin eşit haklara sahip olduğunu kabul eden çağdaş hukuk anlayışı **biyolojik ve fonksiyonel farklılıkların getirdiği ayrımlar** dışında bir ayrıma izin vermemektedir. (...)”

²⁰⁸ 6098 S. B.K. m. 584- “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.” (...)

²⁰⁹ AYM E. 2013/57, K. 2013/162, K.T. 26.12. 2013.

²¹⁰ AYM E. 2016/132, K. 2017/154, K.T. 26.12.2017.

konu olan “ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller” başlıklı düzenleme şu şekildedir:

“Madde 7- (1) Bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller ve istisnalar şunlardır: a) İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele. b) Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar. (...)”²¹¹.

Amacı “insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi” şeklinde belirtilen²¹² bir kanunda yer alan bu muğlak ve cinsiyet ayrımcı düzenlemeler Anayasa’nın 2, 10 ve 90. maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle AYM’nin önüne gelmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede “her meslek faaliyeti için zorunlu gerekliliklerin ve belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumların tek tek belirtilmesi ve somut olarak gösterilmesinin mümkün olmadığını”, bu durumun “uygulamada” somutlaştırılacağını ifade ederek düzenlemeyi belirlilik ilkesine aykırı görmemiştir. “İşin niteliği ve biyolojik nedenler” göz önünde bulundurulduğunda ayrımcılık yasağından sapılabileceğini öngören Mahkeme, hükmün eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır²¹³.

Karşı oy gerekçesinde “zorunlu mesleki gereklilik” ifadesinin belirsiz ve muğlak olduğunu, ayrımcı muamele ve keyfiliğe kapı araladığını belirten Engin Yıldırım; işveren tarafından herhangi bir nedenin “zorunlu mesleki gereklilik” olarak değerlendirilebileceğine işaret etmektedir. Zorunlu mesleki gereklilikler kavramının öznel soyut boyutlar içermesinin neredeyse kaçınılmaz olduğunu ifade eden Yıldırım,

²¹¹ 6701 S. Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu Kanunu, R.G. 20.04.2016, S. 29690. (<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf> erişim tarihi: 22.04.2019)

²¹² Bkz. Kanunun amaç ve kapsamını düzenleyen 1. maddesi.

²¹³ “(...) bir mesleki faaliyet ancak belli bir cinsiyetin istihdamı ile gerçekleşebiliyorsa ve o mesleğin icrası için olmazsa olmaz niteliğindeyse cinsiyete dayalı ayrımcılık haklı bir nedene dayandığından ayrımcılık iddiası ileri sürülemeyecektir. Böylece istihdam ve serbest meslek alanları ile belli bir cinsiyetin zorunlu kıldığı durumlar için ayrımcılık yasağından sapma, söz konusu şart farklı muamele yapılması için elverişli, gerekli ve orantılı olduğu ölçüde amaca uygun ve meşrudur. (...) İşin niteliği ve biyolojik nedenler göz önünde bulundurularak zorunlu durumlarda farklı muamele yapılması, işin doğasından veya icrasından kaynaklanıyorsa, o mesleki faaliyetle ilgili çalışma şartları bu durumu gerekli kılıyorsa ve aynı zamanda çalışması engellenen kişileri de koruyorsa söz konusu istisnaların kamu yararı amacı taşımadığı söylenemez. (...)”

bunların uygulanmasıyla ortaya çıkabilecek ayrımcılık iddialarının, temel varlık nedenlerinden biri bu tür şikâyetlerle ilgilenmek olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu önüne taşınamamasının ise kabul edilemez olduğunu belirtmektedir.

Bazı mesleklerin ancak belli cinsiyetler tarafından yapılabileceği ön kabulünün çalışma hayatında önemli bir ayrımcılık nedeni olduğunu belirten Yıldırım, bilim ve teknolojiadaki gelişmeler ve toplumsal anlayışın değişmesiyle çalışma hayatında cinsiyet ayrımcılığını zorunlu kılan durumların giderek azaldığına dikkat çekmiştir. AYM’nin kimi kararlarında geçen, farklı muameleyi “yaratılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayırımların haklı bir nedene” dayandırılmasını toplumsal cinsiyetle ilişkilendirerek eleştiren Yıldırım bu hususun çalışma hayatındaki cinsiyete dayalı ayrımcılığı meşrulaştırılmasına neden olabileceğini belirtmektedir. Çalışma hayatında özellikle transların durumuna dikkat çeken Yıldırım, iptal konusu “sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar” ifadesinin yalnızca kadın ve erkekler açısından değil, translar açısından da ayrımcılık uygulamalarına kapı açabileceğini, bu durumda yapılacak şikâyetlerin de asli görev olarak ayrımcılıkla mücadele etmesi beklenen Kurum tarafından incelenmemesine neden olabileceğini ifade etmektedir.

İptal konusu düzenlemelerle istisnâ olduğu düşünülen durumlarda Kuruma başvuru yolunun kapatılmak istendiğini, ancak çalışma hayatında bu durumların hiç de istisnâ, nadiren olmadığının altını da çizerek netice itibarıyla düzenlemenin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı bulduğunu aktarmıştır.

Osman Alifeyyaz Paksüt de karşı oy gerekçesinde belirli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan hallerin coğrafi, kültürel ve sosyolojik özelliklere göre sürekli değişmekte olduğunu, eski devirlerde geçerli ‘kadın işi’ ve ‘erkek işi’ arasındaki makasın günümüzde gelişen teknoloji ile de birlikte giderek kapanmakta olduğunu belirtmiştir. Cinsiyetlere yakıştırılan işler arasındaki ayrımın sadece kadınlar için değil, erkekler için de eskiden “kadın işi” olarak tanımlanan hemşirelik, çocuk bakıcılığı, uçuş hostesliği gibi meslekleri yapabilmeleri karşısında giderek ortadan kalktığını ifade eden Paksüt, toplumsal cinsiyet rollerinin problemli yönlerine dikkat çekmiştir. Kadınların maden ocakları, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında ve su altında gerçekleştirilecek bir

takım işlerde çalışamayacaklarının düzenlenmesinin²¹⁴de artık günümüz teknoloji ve koşullarında sorgulanabilir bir durum olduğunu vurgulamaktadır. Bununla birlikte bazı ağır işlerde kadınların çalışmasının engellenmesinin “19. yüzyılın ‘vahşi kapitalizm’ döneminde en ağır işlerde çalıştırılan ve sömürülen” kadınların korunması temeline uzandığını; bu tür koruyucu hükümlerin kadınların fiziki güçlerinin üstündeki işlerde çalışarak ezilmesinin önlenmesi amacıyla getirildiğini, yoksa işi yapmaya ehil ve yeterli olduğu halde sırf cinsiyeti nedeniyle bu işlerden alıkonulması amacı taşımadığını ifade etmektedir. Sonuç olarak “kadınların çalıştırılması ile ilgili yasaklar ancak kadın emeğinin istismarının önlenmesi amacı çerçevesinde anlaşılabilir ve yorumlanabilir; ancak kadınların bazı işlerden cinsiyet temelinde yasaklanması için dayanak yapılamaz” olduğunu belirten Paksüt, iptal konusu düzenlemeyi Anayasa m. 10’a aykırı görmektedir.

D. Evli Kadının Soyadı Kararları

Doktrinde AYM’nin erkeğe üstünlük tanımısını toplumsal cinsiyet temelinde en çok tartışılan kararları arasında evli kadının soyadı konusunun geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Soyadı, bir kişilik hakkı olarak kişiyi diğer kişilerden ayıran ve toplumsal ilişkilerde onu belirleyen bir tanıtım, bir işaretir²¹⁵. Soyadı üzerindeki hak bir kişilik hakkı olduğundan soyadıyla ilgili hukuki tasarruflar ve soyadına yönelik hukuka aykırı saldırılar da kişilik hakkı çerçevesinde değerlendirilir²¹⁶. Bu nedenle kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan soyadının zorla değiştirilmesi mümkün değildir. Ancak kadınlar evlenme, boşanma, evliliğin feshi, yeniden evlenme gibi her hukuki statü değişikliğinde soyadlarını değiştirmek zorunda bırakılmaktadır. Netice itibarıyla erkekler için mutlak haklardan olan isim hakkı, kadınlar için nisbî hale getirilmektedir²¹⁷

Türk hukukunda “aile adında birlik ilkesi” benimsenmiş olup, Mülga Medeni Kanun m.153/1, değişiklik öncesinde kadını doğrudan doğruya erkeğin soyadına tabi

²¹⁴ 4857 Sayılı İş Kanunu, Madde 72 – “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.” (<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> erişim tarihi: 23.04.2019)

²¹⁵ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku Cilt 2: Kişiler Hukuku, 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 156.

²¹⁶ Serap Helvacı, Gediz Kocabaş, Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 2, 2015, s. 616.

²¹⁷ Ece Göztepe, Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı, AÜSBFD, C. 54, S. 2, 1999, s. 115.

tutarak ilkeyi herhangi bir istisnaya yer vermeksizin uygulamaktaydı. 14.05.1997 tarih ve 4248 sayılı “Türk Kanunu Medenisinin 153 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun” ile kadına seçim hakkı tanınarak ilke yumuşatılmıştır²¹⁸. Söz konusu değişiklik sonrası, kocanın soyadı önünde kadının önceki soyadını da kullanabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Ancak bu değişiklik ile birlikte de erkeğin soyadı üzerine yapılandırılmış olan aile adında birlik ilkesi varlığını korumakta, evlilik birliği içerisinde kadın kocasının soyadını taşımak zorunda bırakılmaktadır²¹⁹.

Söz konusu değişiklik sonrası AYM kadının soyadına ilişkin verdiği 1998 tarihli ilk kararında²²⁰ yasa koyucunun “aile birliğinin sağlanması için” eşlerden birine öncelik tanıdığını, “kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunlulukların” soyadının kocadan geçmesini haklı kıldığını; kaldı ki kadının başvurusu üzerine kocasının soyadıyla birlikte “kızlık” soyadını da kullanabildiğini belirterek düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir. Mahkeme haklı neden ölçütlerini belirlerken erkeğin aile içindeki ayrıcalıklı konumunu pekiştirerek toplumsal cinsiyet normlarını yeniden üreten bir yaklaşım sergilemektedir:

*“İtiraz konusu ‘Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır’ kuralı kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasakoyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından kaynaklanmaktadır. ‘Aile hukuku’ öğretisinde de **kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı**, zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, **aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği** gibi hususlarda görüşler bulunmaktadır. Kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğü devam etmiş olacaktır.”*

Mustafa Bumin, Yalçın Acargün ve Fulya Kantarcıoğlu, kaleme aldıkları muhalefet şerhinde CEDAW’daki düzenlemelere atıfta bulunarak “farklı cinslerin eşit haklara sahip olması” ilkesine dikkat çekmişlerdir. İptal konusu düzenlemeyle kadının evlenmekle hiçbir seçim hakkı olmaksızın kocasının soyadını alacağını, buna karşılık evlenme statüsünün erkeğin soyadında bir değişikliğe yol açmadığını vurgulayan üyeler;

²¹⁸ 4248 S. Kanunla değişik Mülga TMK m. 153’e göre: “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir”.

²¹⁹ Helvacı, Kocabaş, Kadının Soyadı, s. 633-634.

²²⁰ AYM E. 1997/61, K. 1998/59, K.T. 29.09. 1998.

bu zorunluluğun “kamu düzeni” ve “kamu yararı” gibi soyut kavramlarla açıklamanın olanaklı olmadığını, “evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının kimi olasılıklara veya varsayımlara dayanılarak sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığını” ifade etmişlerdir.

Karşılaştırmalı hukuktan verdikleri örneklerle²²¹ ismin kişinin bireyselliğinin ve kimliğinin ifadesi olduğunu belirten üyeler; “bu konuda erkeğe mutlak bir üstünlük sağlayan kuralın, yalnız eşitlik ilkesine değil, kadının soyadı üzerindeki kişilik haklarını sınırlaması, bu yolla onun maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına bir müdahale niteliği taşıması nedeniyle” de düzenlemenin Anayasa’nın 10, 13 ve 17. maddelerine aykırı olduğu sonucuna hükmetmişlerdir.

Kadının soyadına ilişkin bu yoğun tartışmalara rağmen, 2002 yılında yürürlüğe giren ve özellikle aile içinde kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik köklü değişikliklerin yapılması amacıyla çıkarılan²²² 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda da soyadına ilişkin hükmün aynen korunduğu görünmektedir²²³. Aynı zamanda 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun’un 17.maddesi ile AY m.41/1’de yapılan değişiklik

²²¹ “1976 tarihli Alman Evlilik ve Aile Hukuku Yasası’ndaki eşlerin ortak bir soyadı kullanacağı, aile soyadı olarak karının ya da kocanın soyadının seçilebileceği, eğer eşler bir karara varamazlarsa, kocanın soyadının ailenin soyadı olarak kabul edileceğine ilişkin kuralı inceleyen Alman Anayasa Mahkemesi 5.3.1991 günlü kararıyla kocanın soyadının ikincil aile adı olarak seçilmesini Anayasa’ya aykırı bulmuştur. İptal kararının gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir: ‘bir ilişkinin geleneksel yapısı, eşitsizliği haklı kılamaz. Eğer mevcut toplumsal gerçeklik veri olarak ele alınırsa, anayasal bir emir olan farklı cinslerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin gerçekleştirilmesi işlevini kaybedecektir. Bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalınmalıdır. Esas olarak bu kadınların ayrımcılığa uğradığı yerlerde geçerlik kazanmaktadır. Çünkü Anayasa’nın 3. maddesinin ikinci fıkrası böylesi ayrımcılığı önleme amacına hizmet etmektedir. Doğumla kazanılan ad, kişinin bireyselliğinin ve kimliğinin ifadesidir. Bu nedenle birey hukuk düzeninin adına saygı göstermesini ve bunun korunmasını talep edebilir. Bir isim değişikliği, çok önemli nedenler olmadıkça talep edilemez.’ Avrupa İnsan Hakları Divanı da, 1994 yılında verdiği İsviçre hakkında mahkûmiyetle sonuçlanan bir kararında, ismin kişinin kimliği anlamına geldiğini, buna yapılan müdahalenin, ailenin özel yaşamına müdahale sayıldığını bu nedenle eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir.”

²²² 4721 sayılı Türk Medeni Kanun’un genel gerekçesinde, “Değişikliklerin önemli ve oldukça büyük bir kısmı aile hukuku alanında ve özellikle kadın-erkek eşitliğini zedelediği iddia edilen hükümlerde yapılmış, böylece bütün modern hukuk sistemlerinde benimsenmiş olan ve yürürlükteki Kanunda da büyük ölçüde yer verilmiş bulunan ‘eşitlik ilkesi’, yeni düzenlemeyle daha da pekiştirilmiş, bu ilkeye ters düşen düzenlemelerin hepsi değiştirilmiştir.” ifadelerine yer verilmiştir.

(<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m.htm> erişim tarihi: 27.04.2019) Gerekçede yer alan eşitlik ilkesine ters düşen düzenlemelerin tümünün değiştirildiğine ilişkin ifadenin kadınlar için bekleme süresi öngören 132. maddesi göz önüne alındığında) fazlasıyla iddialı olduğu ve gerçeği yansıtmadığı ortadadır.

²²³ 4721 Sayılı Medeni Kanunun “kadının soyadı” başlıklı 187. maddesi: “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.” şeklindeki düzenlemeyle mülga TMK 153’deki düzenlemeyi korumaktadır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> erişim tarihi: 27.04.2019)

kapsamında “aile birliğinin eşler arasında eşitliğe dayandığı” ibaresi eklenmiş; 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun’un 1.maddesi kapsamında da Anayasasının 10. maddesine getirilen ek fıkra ile “kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğu”, söz konusu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamanın da devletin yükümlülüğünde bulunduğu düzenlenerek devlete bu anlamda pozitif edim yükümlülüğü öngörülmüştür. Tüm bu değişikliklere rağmen evlilikten sonra kadınları kocalarının soyadını almaya zorlayan hükme yönelik bir değişiklik olmamıştır.

Bu dönemde konuyla ilgili diğer bir önemli gelişme de AİHM’in Türkiye aleyhine verdiği *Ünal Tekeli* kararıdır²²⁴. Başvurucu Ayten Ünal Tekeli, evlenmeden önce stajyer avukat olarak meslek yaşamında evlenmeden önceki soyadı olan Ünal ile tanınması nedeniyle, aile soyadı olan Tekeli yerine yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmak adına iç hukuk yolunda başvurularda bulunmuş ve başvuruları reddedilmiştir. Bunun üzerine iç hukuk yollarını tüketen başvurucu, soyadına ilişkin düzenlemenin özel hayatına müdahale ettiği ve yalnızca evli erkeklerin evlendikten sonra da ailesinin soyadlarını taşıyabilmesinin ayrımcılık olduğunu ileri sürerek, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen AİHS m. 8 ile ilişkili olarak ayrımcılık yasağını düzenleyen m.14’ün ihlal edildiği iddiasıyla AİHM’e başvurmuştur. Başvuruyu m. 8 ile ilintili olarak m.14 kapsamında inceleyen AİHM; ismin bir kimlik belirleme ve aile bağı aracı olduğunu belirterek başvurunun m. 8 kapsamında olduğunu, m. 14 ile ilgili olarak da sadece cinsiyete dayalı bir farklı muamelenin Sözleşme ’ye uygun kabul edilebilmesi için “çok geçerli nedenler” sunulması gerektiğini, farklı muameleyi haklı kılan “ikna edici gerekçelerin” varlığı ortaya konulup kanıtlanmadıkça, aile birliğini sağlamak için alınacak önlemlerin kadınlara ve erkeklere eşit olarak uygulanması gerektiğini ifade etmiştir

Kararda “Türkiye’nin Avrupa Konseyi üyeleri arasında, çift başka bir düzenlemeyi tercih etse dahi, kocanın soyadının aile soyadı olarak kabul eden ve kadının evlenmekle direkt olarak soyadını kaybetmesine neden olan düzenlemelere sahip tek ülke” olduğunu hatırlatan AİHM; aile birliğinin kadının soyadı veya çiftin seçeceği ortak bir soyadı ile de yansıtılabileceğini, çiftin ortak bir aile adı taşımamayı tercih etmeleri halinde de aile birliğinin korunup güçlendirilebileceğine Taraf devlet uygulamalarını

²²⁴ Ünal Tekeli v. Türkiye, B No. 29865/96, K. T. 16.11.2004.

göstererek dikkat çekmiştir. Söz konusu düzenlemelerin cinsiyete dayalı farklı muamele olduğunu ve aile birliğini ortak bir aile ismi ile yansıtmaya amacının bu farklı muamele için nesnel ve makul bir gerekçe oluşturmadığını belirten Mahkeme, düzenlemenin AİHS m. 8 ile beraber düşünüldüğünde m. 14'e aykırı olduğu kanaatine varmıştır²²⁵.

Bu kararın ardından kadının soyadına ilişkin düzenleme AYM'nin önüne tekrar gelmiştir. AİHM'in verdiği ihlal kararının ve 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklikle²²⁶ birlikte AYM'nin içtihadını değiştirmesi beklense de²²⁷ sonuç böyle olmamıştır. Mahkeme 2011 yılında verdiği kararda da 1998 tarihli kararına benzer gerekçelerle söz konusu düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır²²⁸. Üç farklı itiraz yolunun²²⁹ birleştirildiği kararda iptal gerekçesi olarak özetle; aile birliğinin ve devamlılığının erkeğin soyadının kullanımı ile değil, farklı cinslerin eşitliği, dayanışma ve karşılıklı sevgi ile sağlanabileceği, kocanın soyadına öncelik verilmesi suretiyle kadını ikinci cins olarak gösteren erkek egemen toplum yapısı ve toplumsal cinsiyet normlarının pekiştirildiği, bu durumun ise gerek Türkiye'de eşitliği sağlamaya yönelik yapılan değişikliklere gerekse uluslararası sözleşmeler ve tavsiye kararlarına aykırı olduğu, özellikle AİHS m.8 ve 14, CEDAW m. 1/g ve Ünal Tekeli kararlarına yapılan vurgularla ifade edilmiştir. Netice olarak kadının kendi soyadının tek başına kullanmasına izin verilmesinin eşitlik ilkesine, kişinin maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkına ve ailenin

²²⁵ “(...) AİHM'nin önündeki ilk soru aile birliğinin erkeğin ismi ile yansıtılması geleneğinin sözkonusu davada nihai bir etken sayılıp sayılamayacağıdır. Bu geleneğin, erkeğin aile içerisinde sahip olduğu birincil ve kadının sahip olduğu ikincil rollerden kaynaklandığı açıktır. Günümüzde, erkek-kadın eşitliğinin, Türkiye de dâhil, Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler içerisinde gösterdiği gelişim ve özellikle de ayrımcılık yapmama ilkesine verilen önem, Devletlerin bu geleneği uygulamasını engellemektedir. (...) Bu bağlamda AİHM, Taraf Devletlerin uygulamalarının, evli bir çiftin ortak bir aile adı taşıyamamayı tercih ettiği durumlarda bile aile birliğinin korunup güçlendirilebileceğini gösterdiğine dikkat çekmektedir. Avrupa'da uygulanan sistemlerin gözlemlenmesi bu bulguyu desteklemektedir. Sözkonusu davada Hükümet, ortak bir aile ismi ile aile birliğinin yansıtılmaması halinde, evli çiftlerin ve/veya üçüncü tarafların karşılaşabileceği somut ya da önemli bir sorun gösterememiş ya da kamu çıkarının zarar gördüğünü kanıtlayamamıştır. Bu şartlar altında AİHM, evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının –önüne kendi kızlık soyadlarını ekleyebilseler de– nesnel ve makul bir nedeni olmadığı kanısındadır.”

²²⁶ 07.05.2004 tarih ve 5170 s. Kanun'un 7. maddesi ile Anayasa'nın 90/5. maddesine “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” ifadesi eklenmiştir.

²²⁷ Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Ad ve Soyada İlişkin Kararlar: Bireyin Kimlik Hakkı, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 3, Sayı 5, 2014, s. 15.

²²⁸ AYM E. 2009/85, K. 2011/49, K.T. 10.03.2011.

²²⁹ Fatih 2. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2009/85), Ankara 8. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/35) ve Kadıköy 1. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/94).

eşler arasında eşitliğe dayanması ilkesine aykırı olduğu ifade edilerek düzenlemenin Anayasa m.2, 10, 12, 17, 41 ve 90. maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir. AYM yaptığı değerlendirmede soyadının kişinin kimliğini belirlemede “en önemli unsur” olduğunu ve “vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı” olduğunu belirtmekle birlikte kişiyi ailesiyle birlikte değerlendirerek kişinin bireyselliğinin önüne “ailesini ve soyunu” yerleştirmektedir. Böylece Mahkeme, soyadı kullanımını sadece bir kişilik hakkı olarak değil, aynı zamanda, hatta daha da önce kişinin özellikle “ailesine” karşı sorumlulukları kapsamında bir “yükümlülük” olarak nitelendirmektedir²³⁰. Anayasa Mahkemesinin, genel olarak, kişinin “topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları”nın temel hak ve özgürlüklerine²³¹; somut düzenleme için de, “kişinin topluma ve ailesine karşı ödev ve sorumlulukları”nın soyadına ilişkin kişilik hakkına sınır çizdiği görüşünü benimsediği anlaşılmaktadır. Anayasanın 12. maddesinde geçen soyut ifadelerin kişinin temel hak ve özgürlükler için ilgili maddelerde açıkça belirtilmeyen bir takım “özel sınırlama nedenleri” gibi yorumlanması, 13. maddedeki temel hak ve özgürlüklerin “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği”ne ilişkin güvencenin pratik değerini ciddi ölçüde azaltacağı görüşüyle öğretilde eleştirilmiştir²³².

Mahkeme “ailenin kutsallığı”na yaptığı vurgu ile önceki kararında olduğu gibi kültürel yapının değişkenliğinden bahsetmiş, ailenin gelenek, görenek dil ve din gibi “inanç ve düşünce kalıplarının” kuşaktan kuşağa aktarıldığı bir kurum olduğu

²³⁰ “Soyadı belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen addır. Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Ayrıca 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun 1. maddesinde yer alan ‘Her Türk öz adından başka soyadını da taşımağa mecburdur’ hükmü gereğince, soyadı kullanmak kişilere yüklenmiş bir yükümlülüktür. Türk hukukunda aile ismi ile eş anlamda kullanılan soyadının, kişinin kimliğini belirleme işlevi yanında, ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme işlevleri de bulunmaktadır. Bu işlevleri nedeniyle yasakoyucu, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaktadır.”

²³¹ “Anayasa’nın 12. maddesinde, ‘Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder’ hükmüne yer verilmiştir. Maddenin bu şekilde düzenlenmesinden de açıkça anlaşıldığı gibi Anayasakoyucu kişiyi temel hak ve hürriyetlerle donatırken, bu hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı olan ödev ve sorumluluklarından ayrı düşünilemeyeceği vurgulanmıştır.”

²³² Merih Öden, Selin Esen, Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. 2, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 820-821.

belirtilmiştir²³³. Anayasa'nın 41. maddesini irdelerken “devlete ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklendiği” vurgulanmış, fakat aynı maddede yer alan ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığı ilkesi göz ardı edilmiştir. Mahkemenin kararında bu hususa hiç değinmemesi, Mahkemenin Devletin her iki ödevi arasında bir tercih yaptığını ve aileyi koruma ödevini ailede eşler arasında eşitliği sağlama ödevinin önüne koyduğunu göstermesi bakımından yargısal denetim tekniğinde ciddî bir eksiklik olarak görülmüştür²³⁴.

AYM ortak soyadı kullanımını meşrulaştırmak adına AİHM kararlarına karar künyesini vermeksizin atıfta bulunarak soyadıyla ilgili sınırlamaların taraf devletlerin takdir marjında olduğunu ifade etmiştir.²³⁵ Bununla birlikte doğrudan konuyla ilgili Türkiye’ye ihlal kararı verilen Ünal Tekeli davasına esas incelemesinde herhangi bir atıfta bulunulmamıştır.

Netice itibariyle Mahkeme 98 yılındaki karar gerekçesini tekrar ederek aile soyadı belirlenmesinde erkeğe öncelik tanınmasını, “aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin

²³³ “Milletlerin ayırıcı vasıflarının, değer yargılarının, inanç ve düşünce kalıplarının aktarılması ve kuşaklar arası bağın sürdürülmesini sağlayan aile, üstlendiği rol ve işlevleri ile geçmişten günümüze hemen her toplumun özelliklerini yansıtmaktadır. Bu bakımdan ailenin toplumdaki etkinliği ve algılanışı da toplumdan topluma değişmektedir. Toplumun temel ögesi olan aile, sevgi, saygı, hoşgörü ve benzeri insani ve ahlaki değerlerin, gelenek, görenek, dil, din ve diğer özelliklerin yaşandığı ve gelecek nesillere aktarıldığı kutsal bir kurumdur. ” AYM’nin bu yorumuyla kadın-erkek eşitliğine yönelik evrensel ilkeler yerine, düzenleme ve uygulamaların kültüre göre değişebileceğini kabul etmektedir. Bu bakış açısı insan haklarının evrenselliği ilkesiyle çelişmektedir.

²³⁴ Öden, Esen, s. 821.

²³⁵ “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde yer alan ‘özel hayatın ve aile hayatının korunması’ ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir.” Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin isim veya başvuru numarası vermeden atıf yaptığı kararın AİHM’in 15.12.1977 tarihli **Lucie Haggmann- Hüsler v. İsviçre (B.No: 8042/77)** kararı olduğu anlaşılmaktadır. AİHM, söz konusu kararda “başvurucunun evlendikten sonra kullanmaya başladığı Haggmann soyadının önünde evlenmeden önceki soyadı olan Hüsler’i kullanma hakkına sahip olması sebebiyle, toplum önünde yeteri derece tanınabileceğine” karar vermiştir. Ayrımcılık iddialarını ise, “evliliğin hukuki sonuçlarından biri olan soyadı değişikliğini makul ve ölçülü bularak” reddetmiştir. AYM’nin 1977 tarihli AİHM içtihadını göz önüne alıp, AİHM’in sonraki içtihadı olan Ünal Tekeli v. Türkiye kararına yer vermemesi varılan kararın sıhhati ve AYM’nin güncel gelişmelerden ne kadar uzak olduğunu ortaya çıkması açısından endişe verici olarak yorumlanmıştır. (Seda İrem Çakırca, Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 70, S. 2, 2012, s. 149, dipnot 16.)

gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle²³⁶” hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırı görmemiş, kadınların evlenmeden önceki soyadlarını kocalarının soyadıyla birlikte kullanabilmesini ise kişilik hakkıyla kamu yararı arasında adil bir denge kurulması bakımından yeterli bulmuştur. İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı olmadığı kanaatine varan Mahkeme kuralın madde 90 ile bir ilgisi olmadığına hükmetmiştir.

Verilen ret kararı AYM'yi tam anlamıyla ortadan ikiye bölmüştür. 17 üyenin 8'i çok ciddi karşı oy gerekçeleri kaleme almışlar, uluslararası düzenlemeler ve içtihatlarla yapılan atıflarla oy çoğunluğuna katılmamışlardır. Osman Alifeyyaz Paksüt karşı oy gerekçesinde Ünal Tekeli kararını hatırlatarak, “evlilik ve aile bağlarını yasal ve toplumsal gereklere uygun olarak göstermek için kadının kocasının soyadını taşımasının zorunlu olmadığını”, neden erkeğin soyadının üstünlük taşıdığının ve kadının ikinci plana itildiğinin ise Anayasal bir izahının yapılamaz olduğunu ifade ederek düzenlemeyi m. 10 ve 17'ye aykırı bulmuştur.

Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Serdar Özgüldür, Serruh Kaleli, Zehra Ayla Perктаş ve Recep Kömürcü tarafından birlikte imza altına alınan muhalefet şerhinde Anayasa'da cinsiyet ayrımcılığını reddeden ve kadın-erkek eşitliğini pekiştiren 2004 ve 2010 Anayasa değişiklikleri ile kadın lehine pozitif ayrımcılık yapılmasına olanak sağlandığına dikkat çekilerek devlete bu eşitliği yaşama geçirmesi konusunda direktif verildiği belirtilmiştir. Bu değişikliklere karşın aynı konuda 1998 yılında verilen kararda diretilmesinin, AYM'nin yapılan değişiklikleri ve uluslararası alandaki gelişmelerin somut bir göstergesi olan AİHM kararlarını dikkate almadığının bir göstergesi olduğunu ifade etmişlerdir. Anayasa ve yasalarda yapılan değişikliklerin, onları uygulayan yargı tarafından hayata geçirilmedikçe “insanın onurlu bir yaşam sürdürmesi, maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamın oluşturulmasına bir katkı sağlayamayacağını” belirten üyeler, evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının erkek lehine sınırlandırılmasının kamu düzeni ve kamu yararı gibi soyut kavramlarla

²³⁶ “İtiraz konusu 'Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır' kuralının da aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği anlaşılmaktadır.”

açıklanamayacağını²³⁷, nihayetinde düzenlemenin Anayasa m. 10, 17 ve 20'ye aykırılık oluşturduğunu aktarmışlardır.

ABD'de bekârlık soyadını koruyan ilk evli kadın olan önemli kadın hakları öncüsü Lucy Stone'un ünlü "Soyadım kimliğimdir ve kaybolmamalıdır" sözüne yaptığı atıfla karşı oy yazısına başlayan Engin Yıldırım, tarih boyunca kadınların ötekileştirilerek ikinci plana itildiğini, soyadı konusundaki düzenlemelerin de cinsiyet farklılıkları ve cinsiyet kimliklerinin toplumsal düzeyde sürdürülmesinde rol aldığını belirterek soyadına müdahalenin yalnızca kadın-erkek eşitliği bağlamında ayrımcılığın bir türevi olarak değil başlı başına bir insan hakları ihlali olarak görülmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Uluslararası sözleşmeler ve mukayeseli hukuka²³⁸ yaptığı atıflarla konuyu irdeleyen Yıldırım, Türkiye'nin Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında kadının evlendiğinde kendi soyadını kaybetmesini yasayla öngören tek ülke konumunda olduğuna dikkat çekmiştir. Evlendikten sonra kadının kocasının soyadını almasının ne yönden aile birliğini sağladığının ispat edilmesi gereken bir iddia olduğunu belirten Yıldırım, tersi durumun yani erkeğin kadının soyadını alması durumunda neden aile birliğinin sağlanamadığının cevabının ise "erkek egemen anlayışın tarihsel ve toplumsal olarak hâkim bakış açısı olmasında" yattığını ifade etmiştir. Adlandırma sisteminin "toplumdaki farklı gruplar arasında güç/iktidar ilişkilerinin bir yansıması" olduğunu belirterek kadının evlendikten sonra kocasının soyadını almasını kadının toplumsal ve siyasi alanda görünmez olmasına neden olduğunu, kadının soyadından vazgeçmeye zorlanmasının "bireysel özerkliğinden" vazgeçmesi anlamına gelebileceğini ifade etmiştir. Kadının her evlendiğinde yeni kocasının soyadını almasını "Amerika Birleşik

²³⁷ "Yalnız kadın yönünden zorlama getirdiği anlaşılan 'Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır' biçimindeki itiraz konusu kural, evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda bulunan taraflardan kocayı kadın karşısında üstün duruma getirmektedir. Bu eşitsizliği kamu düzeni kamu yararı gibi soyut kavramlarla açıklamak da olanaklı değildir. Çünkü bu tür gerekçelerin, ancak kamu düzenini bozan ya da kamusal yararı zedeleyen somut olayların varlığı halinde geçerli olabileceği açıktır. Evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının, kimi olasılıklara veya varsayımlara dayanılarak sınırlandırılmasının, kadın-erkek eşitliği konusunu önceki düzenlemelerden farklı olarak, kadın lehine pozitif ayrımcılığa izin veren bir noktaya taşıyan Anayasa'nın 10. maddesi ile uyum içinde olduğu ileri sürülemez."

²³⁸ Engin Yıldırım'ın mukayeseli hukukta özellikle Amerika ve Japonya'daki uygulamalara yer vermesi dikkat çekicidir. "Amerika'da konuyla ilgili federal bir düzenleme bulunmamasına rağmen 50 eyaletin tamamında kadınlara evlendiklerinde soyadlarını muhafaza etme veya kocalarının soyadlarını alma hususunda tercih hakkı tanındığını" aktaran Yıldırım, Japonya'da ise "evli çiftlerin eşlerden birinin soyadını almasını zorunlu tutulduğu, ancak burada hangi eşin soyadının alınacağını belirtilmeyerek tarafların iradesine bırakıldığını" aktarmıştır.

Devletleri'nde kölelik döneminde, kölelerin adlarının sahiplerine göre değişmesine” benzeten Yıldırım konuya farklı bir bakış açısı getirmiştir.

Eşitlik ilkesiyle ilgili yaptığı değerlendirmede “evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda bulunan eşlerden erkeğe tanınan soyadını dilediği gibi kullanabilme ve sonraki kuşaklara aktarabilme hakkının kadına tanınmaması ve kadının soyadının isteği dışında değiştirilmesi cinsiyete göre ayırım yapılmasına eşitlik ilkesinin ihlali anlamına geldiği” saptamasında bulunan Yıldırım, 12. madde ile ilgili değerlendirmesinde de kişinin soyadını kullanma hakkının kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak olduğunu, kadının evlenmekle eşinin soyadını alma zorunluluğunun onun bu hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir.

Maddi ve manevi varlığın korunup geliştirilmesiyle ilgili değerlendirmesinde bireysel özerklik tanımı yapan²³⁹ Yıldırım, kişinin soyadının manevî varlığı içinde olduğunu, söz konusu düzenleme ile yalnızca kocanın soyadının kuşatan kuşağa geçmesinin sağlandığını ve kadının soyadının soyun işareti olma işlevinin engellendiğini ifade etmiştir. 41. madde ile ilgili değerlendirmede ise kadının soyadına ilişkin kuralın Medeni Kanun'da eşler arası eşitliğe aykırı tek hüküm olarak kaldığını²⁴⁰, kadınların bekârlık soyadını kullanabilmelerini kimlik ve kişiliklerinin gelişerek aile kurumunun eşitlikçi bir yapıya bürünmesine katkı sağlayacağını, bununla evlilikte taraflar arasında

²³⁹ “ (...) Kişiyi var eden, toplumsal ilişkilere katılımını etkileyen ve düzenleyen, kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan ve diğer kişilerden farklılığını ortaya koyan değerlerin korunması ve özgürce geliştirilmesini temin eden maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı insanın birey olmasının ve insan haysiyetinin özünü oluşturur. Özgürlüğün temelinde kişinin kendi varoluşunu kendisinin tanımlama hakkı vardır. Kişinin tercih ve tanımlama haklarına sahip olması özerk ve özgür bir birey olarak toplumsal yaşamı zenginleştirmesine önemli bir katkı yapacaktır.”

²⁴⁰ “ (...) Gerçekten de 2002'de yürürlüğe giren Medeni Kanun'un Aile Hukuku bölümünde evlilik yaşı, konutun seçimi, evlilik birliğinin yönetimi ve temsili, birliğin giderlerine katılma, yasal mal rejimi gibi konular eşler arası eşitlik esasına dayandırılmıştır. Medeni Kanunun Aile Hukuku bölümünde Anayasal eşitlik ilkesine uymayan tek madde 'Kadının Soyadı'dır. (...)” Yıldırım'ın bu görüşüne Medeni Kanun'da yer alan “kadının bekleme süresi” nazara alındığında katılmak mümkün değildir. 4721 s. Medeni Kanun'un “evlenme ehliyeti ve engelleri” bölümünde 132. maddede yer alan “Kadın İçin Bekleme Süresi” “Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe evlenemez” hükmüne amirdir. Kadının bu süreyi bertaraf edebilmesi ancak gebe olmadığının anlaşılmaması üzerine mahkemede dava açmasıyla mümkün olmaktadır. Günümüz teknolojisinde babanın DNA testleriyle belirlenebilme olanağı ve neredeyse her türlü sağlık kuruluşunda yapılabilen hamilelik testi ile bu tespitin doktor raporuyla yapılabilecekken mahkeme tarafından yapılmasını beklemek, gereksiz zaman ve emek kaybına yol açarak mahkemeleri gereksiz yere meşgul edecektir. Yalnızca kadın bakımından öngörülen “iddet müddeti” eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasasıyla birlikte AİHS m.12'de düzenlenen “evlenme hakkı”na da aykırıdır. (Seda Gayretli Aydın, Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi, TBB Dergisi, Sayı 136, Ankara, 2018 s. 281-288.)

eşitliği sağlamak adına “küçük ama önemli bir adım atılacağı”nı belirtmiş, sonuç itibarıyla düzenlemeyi Anayasa m. 10, 12, 17, ve 41’e aykırı bulmuştur.

AYM’nin bu ret kararı üzerine AİHM’e soyadına ilişkin başvurular devam etmiş, AİHM bu başvurularda da Ünal Tekeli kararındaki gerekçelerine atıfta bulunarak m. 8 ile bağlantılı olarak m. 14’ü ihlal ettiğini belirtmiş ve Türkiye aleyhine tazminata hükmetmiştir²⁴¹. AYM, AİHM’in bu kararlarından sonra içtihat değişikliğine gitmiş ve konuyla ilgili bireysel başvuru kararlarında Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine yönelik kararlar vermeye başlamıştır²⁴². Başvurularda Anayasa’nın 2, 10, 17, 20, 41 ve 90. maddeleri gibi çeşitli maddelerin ihlal edildiği gerekçe gösterilmişse de AYM mezkûr kararlarda yalnızca m.17 kapsamında değerlendirmede bulunmuş, eşitlik ilkesi veya m. 41 kapsamında ailede kadın-erkek eşitliği bağlamında bir yorumda bulunmamıştır. Kişinin isim hakkının özel hayatının ve bireysel özerkliğinin bir parçası olduğunu belirten Mahkeme, AİHS yorumuyla özel yaşamın yalnızca kişinin mahrem alanına indirgenemeyeceğini ifade etmiştir:

“Bununla birlikte, Sözleşme’nin denetim organlarının içtihatlarında, ‘bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi’ kavramının, özel yaşama saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığı anlaşılmaktadır. Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Bu kapsamda dış dünya ile ilişki kurma noktasında son derece önemli olan isim hakkı da, Sözleşme denetim organları tarafından ön ad ve soyadını kapsayacak şekilde maddenin güvence alanı içinde yorumlanmıştır.”²⁴³

Soyadının kişinin manevi varlığı kapsamında korunan bir hak olduğu tespitinden²⁴⁴ sonra bu hakka ihlal konusu kuralla getirilen sınırlamanın “kanunilik”

²⁴¹ Leventoğlu Abdülkadiroğlu v. Türkiye, B. No: 7971/07, K.T. 28.05.2013; Tuncer Güneş v. Türkiye, B. No: 26268/08 K.T. 03.09.2013; Tanbay Tüten v. Türkiye, B. No: 38249/09, K.T. 10.03.2014.

²⁴² Sevim Akat Eşki Başvurusu, B. No: 2013/2187, K.T. 19.12.2013; Gülsim Genç Başvurusu, B. No: 2013/4439, K. T. 06.03.2014; Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B.No: 2014/5836, K.T. 16.04.2015.

²⁴³ Sevim Akat Eşki par. 28, Gülsim Genç par. 22, Neşe Aslanbay Akbıyık par. 27.

²⁴⁴ “Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup, bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme’nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile, bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir. Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsur haline gelen, birey olarak kimliğini belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında olduğu açıktır.” (Sevim Akat Eşki par. 30, Gülsim Genç par. 24, Neşe Aslanbay Akbıyık par. 29.)

açısından değerlendirmesini yapan AYM, 2011 yılındaki ret kararında değerlendirmede bulunmadığı Ünal Tekeli kararıyla birlikte yukarıda anılan diğer ihlal kararlarına da atıfta bulunarak, 4721 s. Medeni Kanun m. 187'nin AIHS ve insan haklarına ilişkin diğer uluslararası düzenlemelerle²⁴⁵ çatıştığını belirtmiştir. Anayasa m. 90/5 uyarınca “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” hükmüne dikkat çeken Mahkeme zımnî ilga kuralını uygulayarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeyle iç hukuktaki kanun hükümlerinin çatışması durumunda uluslararası sözleşmelerin esas alınması gerektiğini ifade etmiştir:

“(...)Belirtilen düzenlemeyle, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile, hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyuşmazlık bulunması halinde andlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir andlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası andlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır.

*(...)Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyuşmazlığın bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir **zımnî ilga kuralı** olup, **temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.**(...)”²⁴⁶*

Sonuç itibarıyla somut başvurular açısından uluslararası sözleşmeler ve AIHM içtihadının²⁴⁷ öncelikli olarak nazara alınması gerektiğini ve bu hususun yargı mercilerince dikkate alınmadığını belirten Mahkeme, “başvurucuların manevi varlığı

²⁴⁵ Mahkeme AIHS ile birlikte BM MSHS ve CEDAW'ın konuyla ilgili maddelerine de atıfta bulunmuştur.

²⁴⁶ Sevim Akat Eşki par. 41,45; Gülsim Genç par. 35,39; Neşe Aslanbay Akbıyık par. 40,44.

²⁴⁷ “Somut başvuru açısından, başvurunun temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası andlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağı ve bu kapsamda **Sözleşme'nin ve AIHM içtihadının** uyuşmazlığın karara bağlanmasında nazara alınması noktasındaki itirazlarının yargı mercilerince dikkate alınmadığı ve tartışılmadığı anlaşılmaktadır.” (Sevim Akat Eşki par. 46, Gülsim Genç par. 41, Neşe Aslanbay Akbıyık par. 46)

kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamaması dolayısıyla”²⁴⁸ Anayasa m.17’nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kararların iki sonucu bulunmaktadır, bunların ilki AYM’nin de kararlarda açıkça belirttiği gibi yargı mercilerinin önlerine gelen davalarda TMK m. 187 yerine uluslararası sözleşme ve kararlara uygun hüküm kurmaları gerekliliğidir. Nitekim Yargıtay bu kararların sonucu olarak evli kadının kocasının soyadını alma zorunluluğu olmadığı yönünde kararlar almaya başlamıştır²⁴⁹. Diğer sonuç ise yasama organına Anayasa’da güvence altına alınan hakka ve uluslararası hukuka uygun yeni düzenleme yapma yükümlüğünü doğurmasıdır. Zira zımnî ilga ve kanunilik unsurunun bulunmaması nedeniyle verilen karar, iç hukukta konuyla ilgili boşluk doğurmaktadır²⁵⁰. Yasama organının bu noktada hareketsiz kalması hukuki birlik ve uygulamada yeknesaklık bakımından önemli bir sorun olmaktadır. Nitekim yasa koyucu konuyla ilgili gerekli düzenlemeyi yapmadığı için bu üç ihlal kararına rağmen nüfus müdürlüklerinin ihlal kararlarıyla başvuruda bulunan, ama bu davaların başvurusu olmayan kişilerin taleplerini, bu kararların kendilerine ilişkin olmadığı ve genel bağlayıcılık niteliği taşımadığı gerekçesiyle reddettiği görülmektedir²⁵¹. Netice itibarıyla evli kadının soyadıyla ilgili uygulama hem yalnızca bekârlık soyadını kullanmak isteyen kadınlar hem de TMK m. 187’yi “hak olarak” görüp yalnızca kocasının soyadını kullanmak isteyen kadınlar bakımından belirsizliğini korumaktadır²⁵². Soyadının erkek ve kadın açısından

²⁴⁸ “Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvurunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.” (Sevim Akat Eşki par. 47, Gülsim Genç par. 42, Neşe Aslanbay Akbiyık par. 47)

²⁴⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2015 yılında verdiği kararda AİHS ve CEDAW’a yaptığı atıflarla evli davacının bekarlık soyadını kullanmasına karar vermiştir (Yargıtay 2. HD, E. 2014/20471, K. 2015/8704, K.T. 28.04.2015). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da aynı yıl verdiği kararda uluslararası sözleşmeler ve Anayasa m.90/5 atfıyla “aile birliğini ortak bir aile ismi aracılığıyla yansıtma amacı, cinsiyete dayalı farklı bir muamele için yeterli bir gerekçe oluşturmadığını” ifade etmiştir. Bununla birlikte AYM’nin mevcut bireysel başvuru kararları olmasa dahi yargı organlarının Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen 11. maddesi gereği 90/5’e göre hüküm kurmaları gerektiği vurgulanmalıdır. AYM kararları yalnızca 90. maddedeki düzenlemeyi somutlaştırmış ve kurallarını açıklamış bulunmaktadır. (Didem Yılmaz, Anayasa Mahkemesi’nin Zımnî İlga Gerekçesine Dayanarak Verdiği İhlal Kararları Örneği Çerçevesinde Bireysel Başvuru Kararlarının Etkisi, İstanbul, 2017, s.2. <https://anayasatakip.ku.edu.tr> erişim tarihi: 03.05.2019)

²⁵⁰ Yılmaz, Zımnî İlga, s. 2.

²⁵¹ Ece Göztepe Çelebi, Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı, Anayasa Yargısı Dergisi, C.33, 2016, s. 100

²⁵² Göztepe Çelebi, Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı, s. 108.

karşılaştırmalı hukuktaki örneklerde olduğu gibi farklı ve eşit alternatiflerle düzenlenebilmesi mümkünken muğlaklığın giderilmemesi ve erkeğe üstünlük tanıyan düzenlemenin mevcudiyetini koruması, soyadı konusunda geleneksel ataerkil yaklaşımın hukuk tarafından kabulü anlamına gelmektedir²⁵³.

Kadının soyadıyla ilgili problem yalnızca evlendikten sonra yaşanmamaktadır. Evlenirken soyadı zorla değiştirilen kadın boşandıktan sonra da evlilik öncesi soyadını kullanmak durumunda bırakılmaktadır. Kadının evlilikle değişen soyadını kullanabilmesi ancak boşandığı erkeğin soyadını kullanmakta bir menfaati olduğunu ve bunun erkeğe zarar vermeyeceğini kanıtlaması halinde hâkimin vereceği izinle mümkündür²⁵⁴. Aynı maddenin devamında kocanın koşulların değişmesi halinde iznin kaldırılmasını talep edebileceği düzenlenmiş, kadının böyle bir durumda dava açabilmesi hüküm altına alınmamıştır. Anayasa Mahkemesi TMK 173/3 kapsamında verdiği 2012 tarihli kararda²⁵⁵ düzenlemenin kadının menfaatini korumaya yönelik getirildiğini belirterek Anayasaya aykırı bulmamıştır. Eşitlik ilkesi ve hak arama hürriyetine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle itirazda bulunan ilk derece mahkemesi başvuru gerekçesinde, önüne gelen davada davacı kadının daha önceki yargı kararıyla boşandığı eşinin soyadını kullandığını, ancak değişen koşullar nedeniyle artık bu soyadını kullanmak istemediğini ve bekârlık soyadını kullanmak üzere iznin kaldırılmasını talep ettiğini, ancak TMK m.173/3 düzenlemesi nedeniyle bunun mümkün olamadığını; nüfus müdürlüğüne yapılan başvurularda ancak mahkeme kararıyla değişikliğin kaldırılabileceği gerekçesiyle talepleri geri çevrilen kadınların mağdur olduklarını, razı edebilirlerse eski eşlerinin dava açmasını beklemekten başka çareleri olmadığını ifade ederek düzenlemenin Anayasa m. 10 ve 36'ya aykırı olduğunu savunmuştur.

Anayasa Mahkemesi hükmün amacına gönderme yaptığı değerlendirmesinde düzenlemede kadınların dava açmalarını engelleyici bir kısıtlama olmadığını, davayı

²⁵³ Ekinci, s. 190.

²⁵⁴ Medeni Kanunun “boşanan kadının kişisel durumu” başlıklı 173. maddesi şu şekildedir: “Boşanma hâlinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hâkimden bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.

Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hâkim, kocasının soyadını taşımasına izin verir.

Koca, koşulların değişmesi hâlinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir.”

²⁵⁵ AYM E. 2011/51, K. 2012/32, K.T. 01.03.2012.

sadece kocanın açabileceğine dair emredici bir hüküm bulunmadığını; düzenlemenin amacının “boşanan kadının dava hakkını engellemek değil, koşulların değişmesi halinde durumdan doğrudan etkilenecek kocaya imkân tanınması” için öngörüldüğünü, netice itibarıyla kocasının soyadını kullanma izni alan kadının “koşulların değişmesi, menfaatinin kalmaması veya haklı nedenlerin varlığı halinde” verilen iznin kaldırılmasını talep edebileceğini Yargıtay içtihatlarına göndermede bulunarak ifade ederken yorumlu ret kararıyla hükmün Anayasa’nın 10 ve 36. maddelerine aykırı olmadığına oy birliğiyle karar vermiştir.

Düzenlemenin kurgusu dahi eşitsizliğe vurgu yaparken ve idari organlarda kaygı uyandırıcı uygulamalar mevcutken kararın kadının soyadıyla ilgili sorunu çözdüğü ve kadın-erkek eşitliğini sağladığı söylenemeyecektir. Anayasa Mahkemesi kararının bağlayıcılığı ve kadının boşandığı kocasının soyadını değiştirmek üzere dava açabilme yetkisi açık olsa da en doğru çözüm yasal düzenleme ile durumun netleştirilmesi ve hukuki birliğin sağlanması olacaktır²⁵⁶.

E. AYM’nin Kıdem Tazminatı Kararı ve Kadının Çalışma Yaşamındaki Yeri

Anayasa Mahkemesinin korumacı yaklaşımının bir diğer tezahürünü kadınların kıdem tazminatıyla ilgili verdiği 2008 tarihli kararında da görmek mümkündür²⁵⁷. Güncel İş Kanununda 1475 sayılı mülga yasanın yürürlüğünü sürdüren tek hükmü olan kıdem tazminatıyla ilgili 14. maddesi, kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde işi kendi arzusu ile sona erdirmesi halinde de kıdem tazminatına hak kazanacağını düzenlemektedir. Aynı hakkı erkekler için öngörmeyen düzenleme Anayasa’nın 10. maddesine aykırılığı sebebiyle dava konusu edilmiştir. AYM başvuru gerekçesiyle bağlı kalmayarak eşitlik ilkesiyle birlikte ailenin korunmasına ilişkin m. 41 ve çalışma şartlarına ilişkin m. 50. kapsamında da değerlendirme yapmıştır. Aslında bu bile kararın temel özelliği ve sonucunu belli eder niteliktedir. Zira AYM kadınların eşitsizliği denildiğinde eşitsizliği meşrulaştırmak adına çoğunlukla “aile” kavramını kullanmakta, ailenin toplumun temeli olduğuna ilişkin hükmü adeta kadınlar aleyhine eşitlik ilkesini

²⁵⁶ Tahmazoğlu-Üzeltürk, s. 21.

²⁵⁷ AYM E. 2006/156, K. 2008/125, K.T. 19.06.2008.

yok edecek nitelikte bir ilke olarak kullanılmaktadır²⁵⁸. Bu kararda da durum değişmemiştir. Mahkeme 10. maddeyle ilgili değerlendirmesinde durum ve konumlarındaki özellikleri dolayısıyla kimi kişi ya da topluluklar için değişik kural ve uygulamalar getirilebileceğini belirtirken “Kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabileninden, kadın çalışanların durum ve konumlarındaki özellikleri gözetilerek getirilmiş bulunan kural Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.” ifadelerini kullanmıştır. 41. maddeyle ilgili değerlendirmesinde ailenin toplumun temeli olduğunu vurgularken kadın-erkek eşitliğini tekrar görmezden gelerek devletin ailenin huzuru ve refahı için gerekli tedbirleri alacağını belirtmekle yetinmiştir. 50. maddede kadınların çalışma koşullarında küçüklerle birlikte özel olarak korunacak gruplar arasında olduğunu ifade eden Mahkeme, uluslararası sözleşmelere yaptığı atıflarla²⁵⁹ kadınların çalışma hayatındaki eşitsizliğiyle ve toplumsal-kültürel kalıplarla mücadele etmek amacıyla düzenlenen sözleşmeleri cinsiyet ayrımcı normun gerekçesi olarak sunmuştur. Dayandığı belgelerin tümünü korumacı önlem içeren gruba sokarak, korumacı önlemlerle eşitliği sağlayacak diğer önlemler arasındaki farkı da yok saymıştır²⁶⁰.

Kadının aile içindeki konumunu toplumsal cinsiyet kalıplarıyla değerlendiren Mahkeme, kadınların aleyhine işleyen sistemin niteliklerini farklı muamele gerekçesi olarak şu şekilde ifade etmektedir:

“‘Aile hukuku’ öğretisinde de zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması gerektiği gibi hususlarda yaygın görüşler bulunmaktadır.

²⁵⁸ Dilşad Çiğdem Sever, Anayasa Mahkemesi'nin Kadın-Erkek Eşitliği Yaklaşımına Bir Eleştiri, içinde: Toplumsal Cinsiyet ve Yansımaları (ed. Lerzan Gültekin, Gül Güneş, Ceyan Ertung, Aslı Şimşek), Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 46-47.

²⁵⁹ “Kadın işçileri koruyan düzenlemelere uluslararası sözleşme ve kararlarda da yer verilmiştir. Ülkemizin de onayladığı 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı, 1935 tarih ve 45 sayılı Maden Ocaklarında ve Yer Altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme, 1951 tarih ve 100 sayılı Eşit Değerde İş için Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Çalışma Sözleşmesi, 1958 tarih ve 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Uluslararası Çalışma Sözleşmesi ve Tavsiye Kararı, 1952 tarih ve 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşme ile 1964 tarih ve 122 sayılı İstihdam Politikası Hakkında Sözleşme ve Tavsiye Kararı, kadınları koruyan uluslararası sözleşme ve tavsiye kararlarındandır.”

²⁶⁰ Oder, s.221.

Kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluktan kaynaklanan ve aile birliği içerisinde yüklenilen görevlerin boyut ve önemi gözetilerek evlenmesi nedeniyle hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdiren kadın çalışanı ve aile birliğini korumaya yönelik düzenlemenin, Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez.”

Netice itibariyle 10, 41 ve 50. maddeler bakımından Anayasaya aykırı bulunmayan düzenlemeye yalnızca Mahkemenin iki kadın üyesinin karşı oy verdiği görülmektedir.

Fulya Kantarcıoğlu ve Zehra Ayla Perктаş'ın kaleme aldıkları muhalefet şerhinde 2004 yılındaki değişiklikle eşitlik maddesine eklenen kadınlar lehine pozitif ayrımcılığı öngören düzenlemenin “erkeğin hak kaybına uğramasının anayasal dayanağı” olarak görülemeyeceğini, pozitif ayrımcılığın kadının salt cinsiyeti sebebiyle hak kaybına uğramasının önüne geçilmesi amacıyla getirildiğini belirtmişlerdir. Anayasa m. 41 uyarınca ailenin eşler arası eşitliğe dayandığını vurgulayan üyeler evlilik sonucu işten ayrılmanın kıdem tazminatı için haklı sebep olarak öngörülmesinde yalnızca cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılamayacağını, böyle bir ayrım yapılmasının “kadın lehine dayanağını Anayasa'dan alan pozitif ayrımcılık değil erkeğe ve kadına verilen geleneksel rolün erkek yönünden doğurduğu negatif yansıma” anlamına geldiğini ifade etmişlerdir.

İptal konusu düzenlemenin kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına neden olacağı, kadınların korunması amaçlanırken aksine var olan eşitsizliğin daha da derinleştirileceği şu sözlerle ifade edilmiştir:

“Evlenme nedeniyle isteğe bağlı olarak iş akdinin sona erdirilmesinde, kadına kıdem tazminatı ödenerek bu durumun, özendirici hale getirilmesinin, kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına da neden olabileceği gözetildiğinde, geleneksel yaklaşımlarla kadının korunması amaçlanırken, aslında kadınla erkek arasında bu konudaki yasal düzenlemelere karşın uygulamada varlığını sürdüren ve Anayasa'nın 10. maddesine eklenen fıkra ile giderilmeye çalışılan eşitsizliğin daha da derinleşmesine yol açılması olasılığı, varsayımdan öte üzerinde durulması gereken Anayasal bir sorun oluşturmaktadır. Çağımızda kadın, geleneksel yaklaşımlarla değil, toplumun eşit haklara sahip bireyi olarak erkeklerle aynı hukuksal konuma getirilebilmesi amacıyla Anayasal korumadan yararlandırılmalıdır. Bu tür korumaya gereksinim duyulmadığı durumlarda ise erkeklerin kadınların yararlandığı olanaklardan yoksun bırakılmaları onlar yönünden açık bir eşitsizlik yaratacağından Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturur.”

AYM'nin kadın lehine gibi görünen bir düzenleme için yapılan itirazı reddetmesi önemli bir karar alındığı izlenimini doğursa da karar gerekçesinde yer alan “toplumsal ve

aile içi rol” vurgusu AYM’nin de kadını çalışma hayatından uzaklaştırmaya teşvik eden kanun koyucuyla aynı eril bakış açısına sahip olduğunu gösterir niteliktedir²⁶¹. Anayasa Mahkemesinden beklenen kadınları ev ve aile hizmetlerine iten toplumsal cinsiyet kalıplarına değil, Anayasa ve kanunların temel değerlerine üstünlük tanınmasıdır²⁶².

II. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN KORUYUCU YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında kadının aile içindeki yeri ve toplumsal konumu nedeniyle uğradığı eşitsiz durumları, yukarıda anılan kararların aksine, eşitsizliği pekiştirmek yerine kadının toplumsal konumunu güçlendirme ve toplumsal gerçeğin telafi etme şeklinde bir bakış açısıyla eylemli eşitliği öngörerek yorumladığı da görülmektedir. Özellikle kadına yönelen ve aile içi şiddet konularında devletin pozitif yükümlülüklerine dikkat çekilmesi bu bakımdan önem taşımaktadır.

A. Anayasa Mahkemesi’nin Kadının Sosyal Konumunu Güçlendirme Vurgusu

AYM’nin toplumsal/kültürel nedenlerle kadınlara yönelik eşitsizlik yaratan durumları vurguladığı ve bunların giderilmesi için bazı durumlarda özel yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulabileceğini ifade ettiği kararlarından biri kız çocukları için yetim aylığı düzenlemesini değerlendirdiği 1996 tarihli kararıdır²⁶³. 5434 s. Mülga Emekli Sandığı Kanunu m.74 uyarınca erkek çocuklarına yetim aylığı bağlanması için yaş, öğrencilik, maluliyet ve muhtaçlık gibi kimi koşullar aranırken aynı konumda olan kız çocukları için bu koşullar aranmıyordu²⁶⁴. Söz konusu düzenlemenin Anayasa m.10,

²⁶¹ Bülent Yücel, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik İlkesinin Yorumlanması ve Cinsiyet Ayrımcılığına Yargısal Bakış, içinde: Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması 29-30 Eylül 2012 (Haz. Ozan Ergül), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2013, s.252.

²⁶² Oder, s. 220.

²⁶³ AYM E. 1996/10, K. 1996/40, K.T. 22.10.1996.

²⁶⁴ 5434 s. Kanunun 74. maddesi uyarınca erkek çocuklarına yetim aylığı bağlanabilmesi için 18 yaşını doldurmamış olmaları, ortaöğrenim görüyorlarsa 20, yükseköğrenim görüyorlarsa 25 yaşını doldurmamış olmaları gerekliydi. Maddenin 7. fıkrası uyarınca, “iyileştirilmesi olanaksız hastalıkları ve sakatlıkları nedeniyle çalışamayacak durumda olan erkek çocuklara” yetim aylığı bağlanabilmesi “muhtaç olmaları” koşuluna tabiydi. Aynı Kanununun 75. maddesinde ise kız çocuklarının yetim aylığı almalarının koşulu olarak yalnızca evli olmamaları aranmaktaydı. Söz konusu kanun 5510 sayılı ve 31. 5. 2006 tarihli Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 106. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 34. maddesinde yer alan yeni düzenlemede engellilik durumunda muhtaçlık koşulu kaldırılmıştır ancak kız ve erkek çocuklar bakımından yaş şartı konusunda farklı düzenleme mevcudiyetini korumaktadır. (www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5510.pdf erişim tarihi: 05.05.2019)

11 ve sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenleri düzenleyen 61. maddelerine aykırılığı nedeniyle yapılan itiraz başvurusunu değerlendiren AYM, eşitlik ilkesi için yaptığı değerlendirmede hukuksal eşitlik dogmatığını yinelemekle birlikte kız çocukları bakımından toplumda kadını güçsüz kılan koşulları ayrıca vurgulayarak şu ifadelerle yer vermiştir:

“Başta Anayasa olmak üzere tüm yasalarda kadın-erkek eşitliği temel kabul edilmiştir. Ancak, toplumda tarihsel, ekonomik ve sosyal nedenlerle eşitlik tam anlamıyla gerçekleştirilememektedir. Ekonomik güçsüzlük, eğitimsizlik ve gelenekler, kadının toplumda zaman zaman yasalarla özel olarak korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu tür koruma önlemleri, kadınlar için bir ayrıcalık amacına değil, tam tersine, uzun yılların eşitsizlik yaratan olumsuz birikimlerini azaltmak ve önlemek amacına yöneliktir. İtiraz konusu kuralla erkek çocuklar için getirilen koşulların kız çocuklar için aranmaması bu toplumsal gerçeğin sonucudur.”

Kız ve erkek çocuklara yetim aylığı bağlanmasındaki yasal farklılıkları bu nedenle haklı bulan Mahkeme eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine hükmederken; m. 61 için yaptığı değerlendirmede maddenin 2. fıkrasındaki "Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır" ifadesini hatırlatarak söz konusu düzenlemenin yetim aylığı bağlanmasını kolaylaştırıcı yapısıyla devlete verilen görevi yerine getirmeye yönelik bir düzenleme olduğu, 61. maddeye aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Karar devlete kadın-erkek eşitliğini yaşama geçirme yükümlülüğünü öngören 2004 Anayasa değişikliğinden önce kadınlara kaynak özgüleyerek avantajlı uygulamaya tabi kılmayı benimsediği için önemlidir²⁶⁵. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin kadınlar hakkında koruyucu önlemler alınmasına dair gerekçesi son derece yerinde olmakla birlikte vardığı sonuç doğru değildir. Çünkü eşitlik ilkesi ile Anayasamızın 61. maddesi ve sosyal devlet ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde engelli ve malul olan erkek çocukların da aynı hukuki konumda bulundukları kız çocuklar gibi yetim aylığı almaya hakları olmalıdır. Kız çocukları muhtaçlık şartı aranmaksızın evli olmamak koşuluyla yetim aylığına hak kazanabilmelerine rağmen itiraz konusu somut olayda olduğu gibi engelli erkek çocuklar için dahi muhtaçlık şartı aranması eşitlik ilkesine uygun değildir²⁶⁶.

²⁶⁵ Oder, s. 219.

²⁶⁶ Tijen Dündar Sezer, Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:73 Sayı:3, İzmir, 2009, s. 172.

Nitekim bu husus karşı oy gerekçesinde de ifade edilmiş, hak sahibi kız ve erkek çocukların aynı hukuksal konumda oldukları cinsiyet dışında bir farkı bulunmayan çocukların farklı hükümlere tabi tutulmasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacağı şu gerekçelerle belirtilmiştir²⁶⁷:

“74. maddenin diğer fıkralarında erkek çocuklar için aylık bağlanması gözetilen yaş ve öğrencilik yanında yedinci fıkroda iyileştirilmesi olanaksız hastalık ve sakatlığın sağlık kurulunca tespit edilmesi ayrıca muhtaç olma koşullarının aranması erkek çocuklar için ağırlaştırılmış koşullardır. Oysa aynı durumdaki kız çocuklar için ‘evli olmama’ durumu dışında hiçbir koşul getirilmemiştir. Kız çocuklar yararına yapılan düzenlemenin aynı durumda olan erkek çocuklar için de yapılması eşitlik ilkesinin doğal sonucudur. Hasta ya da sakat olan erkek çocuklara aylık bağlanırken sağlık kurulu raporu ile muhtaç olma koşulu öngörülerek kız çocuklarına nazaran daha ağır kurallar getirilmesi Anayasa’nın 61. maddesinde devlete verilen sakatların korunması göreviyle de bağdaşması olanaksızdır.”

Mahkeme çoğunluğunun kadın-erkek eşitliğini tartışırken somut olayda asıl sorun olan diğer bir dezavantajlı grup olarak engellilik durumunu göz ardı etmesi bu kararın ardından 12 yıl sonra verdiği, yukarıda andığımız “pasaport kararı”nda²⁶⁸ da söz konusu olmuştu. Bu durum da aslında Mahkemenin karar verirken olayın özüne inmediğini, farklılıklara kör bir yaklaşımla soyut nitelikte kararlar aldığını kanıtlar niteliktedir.

AYM’nin kadının sosyal konumunu güçlendirmeyi özellikle vurguladığı bir diğer kararı resmî nikâh olmaksızın dinî nikâh kıymayı cezai yaptırım altına alan mülga TCK m. 237 hakkındaki değerlendirmesinde²⁶⁹ görmek mümkündür. “Aralarında evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dini merasimini yaptıran erkek ve kadınlar iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar” şeklindeki düzenleme²⁷⁰ kadın ve erkek arasında dini nikâh olmaksızın yaşanan birlikteliklerin toplumumuzda “gayri meşru” kabul edilmesine rağmen cezalandırılmadığı, aynı birliktelikler dini merasim gerçekleşmişse toplumda meşru sayıldığı ve resmi birliktelikler kadar değer verildiği, buna rağmen ceza yaptırımını altına alındığı şeklinde gayri hukuki bir karşılaştırmayla Anayasa m. 2, 10, 12 ile din ve vicdan hürriyetini düzenleyen 24. maddesine aykırılığı iddia edilerek itiraz başvurusu yapılmıştır. AYM 10. maddeyle ilgili değerlendirmesinde resmi nikâh bağı

²⁶⁷ Bkz. Selçuk Tüzün, Haşim Kılıç ve Mustafa Bumin’in karşı oy gerekçesi

²⁶⁸ AYM E. 2004/30, K. 2008/55, K.T. 07.02.2008.

²⁶⁹ AYM E. 1999/27, K. 1999/42, K.T. 24.11.1999

²⁷⁰ 765 s. TCK’nın anılan maddesinde yaptırım altına alınan söz konusu düzenleme, 5237 S. TCK m. 230’da da 2015 yılındaki iptaline kadar varlığını korumuştur.

olmaksızın birlikte yaşayanlar ile dini nikâh yaptıranların aynı hukuksal konumda olmadığını ve düzenlemenin eşitlik ilkesini aykırı olmadığı tespitinde şu ifadeleri kullanmıştır:

“1926 yılında kabul edilen Türk Medeni Kanunu'nun amacı, kabul edilen resmî nikâh müessesesi ile kadının sosyal konumunu güçlendirmek, aileyi, ana ve çocukları korumaktır. Dini nikâha dayalı evlenmelerin, kadın ve çocuklar yönünden doğurduğu sakıncalar gözetilerek resmî nikâh yapılmadan dini tören yapılmasının ceza yaptırımına bağlanmasının kamu düzenini ve kamu yararını sağlama amacına yönelik olduğu tartışmasızdır.”

Medeni Kanundaki resmi nikâha ilişkin düzenlemelerin Türk toplum ve aile açısından önemine dikkat çeken Mahkeme, “bu hükümlere uyulmadan dini nikâha dayalı olarak oluşturulan birlikteliklerin özellikle kadın ve çocuklar yönünden doğuracağı olumsuzluklar dikkate alınarak Anayasa'nın 174. maddesiyle resmî nikâh kurumu özel olarak korumaya alınmıştır” ifadesiyle resmi nikâhın “inkılap kanunlarının korunması” ile ilgili m.174'ün 4. bendinde özel olarak korunduğunun da altını çizmiştir.

41. madde kapsamında özellikle annenin ve çocukların korunmasının devletin görevleri arasında olduğunu belirten Mahkeme, “aile, toplum ve kamu düzenini bozucu sonuçlarını ortadan kaldırabilmek için” resmî nikâhtan önce dini nikâh kısıdırılmasının “laiklik” ilkesinin din düşmanlığı ya da din karşıtlığı olarak algılanamayacağı, dini nikâhın tamamen yasaklanmayarak yalnızca resmi nikâhtan önce yapılmasının yaptırım altına alındığı ve bu durumun laiklik ilkesine aykırı olmadığını vurgulayarak oy birliğiyle itirazın reddine hükmetmiştir.

AYM aynı konuyla ilgili olarak 2015 yılında verdiği kararda ise tam ters yönde bir hüküm kurarak içtihat değiştirmiştir²⁷¹. 765 s. TCK'nın mülgasıyla beraber 5237 sayılı yeni TCK'nın 230. maddesinde düzenlemesini bulan resmi nikâh olmaksızın kısıyılan dini nikâha yönelik cezai müeyyide öngören hüküm için 1999 yılındaki ilk itiraza benzer gerekçelerle yapılan itirazı karara bağlayan Mahkeme, bu sefer düzenlemenin aile hayatına saygı ile din ve vicdan özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale olduğuna kanaat getirerek iptaline karar vermiştir. Mahkeme itiraz konusu kuralla korunmak istenen hukuki menfaatin “evlilikle kurulan aile düzeni” olduğunu ifade ederken gerekçesinin hiçbir yerinde kadın ve çocukların korunmasından bahsetmemiştir. Ancak düzenlemenin

²⁷¹ AYM E. 2014/36, K. 2015/51, K.T. 27.05.2015.

getiriliş amacı (Mahkemenin önceki kararında da açıkça ifade ettiği gibi) kişileri resmi nikâha teşvik ederek Anayasa'nın 174. maddesinin uygulanması ve kadınlarla çocukların hukuki menfaatlerinin korunmasıdır. Buradaki temel sorun özerk bireylerin inançları gereği dinî nikâhı tercih edebilmelerinin ötesinde dinen meşrulaştırılmış zorla evliliklerin ve çok eşliliğin önünün açılması ve özellikle de küçük yaşta kız çocuklarının evlendirilmesi sorunudur²⁷². Söz konusu düzenlemeyle dini nikaha yasak getirilmemektedir²⁷³; sınırlamanın amacı çok eşliliğin ve küçük yaşta evliliğin önüne geçmekle birlikte kadınların resmi nikahla kazandığı özellikle miras hakkı gibi birtakım yasal haklarının korunmasıdır. Kadın-erkek arasındaki eylemli eşitliği öngören m.10, aile ve çocuğun korunmasına ilişkin m. 41 ve resmi nikahı özellikle koruyan m. 174. göz önünde bulundurulduğunda kararda kadınların ve çocukların durumlarının özel olarak ele alınması anayasal bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır²⁷⁴.

Tüm bu hususları görmezden gelen ve önceki kararına da herhangi bir atıfta bulunmayan Mahkeme, hatalı bir biçimde kurguladığı “ailenin korunması” amacı için hukuki müeyyide aracının yeterli olduğunu, suç ve ceza aracının sınırlamada ölçsüz bir araç olduğunu belirtirken hatalı bir ölçülülük testiyle hukuki ve cezai yaptırımlar arasında kıyaslamaya girmiş, uygulanacak “hukuki müeyyide araçları” konusu da somutlaştırılmamıştır. Şayet bunlarla kastedilen kadınların miras hakkı gibi hukuki haklardan yoksun bırakılması ise düzenlemenin amacına tamamen ters bir yorumla mağduriyet Mahkeme eliyle ikinci defa yinelenmiş olmaktadır.

Bununla birlikte itiraz gerekçesinde yer alan “bir bayan ve erkeğin birlikte gayrimeşru yaşamaları suç değilken dini nikâh kıyarak birlikte yaşamalarının suç teşkil etmesi” şeklinde yapılan kıyaslamanın Mahkeme gerekçesinde de tekrar edilmesi dikkat çekicidir:

“Esasen, kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini

²⁷² Oya Boyar, Bir Yorum Meselesi ve Ötesi: Anayasa Mahkemesi'nin 2015/51 Sayılı Kararı, Güncel Hukuk, Temmuz 2015, İstanbul, s. 50.

²⁷³ Düzenlemenin devamında “medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı” açıkça belirtilmekteydi.

²⁷⁴ Boyar, Anayasa Mahkemesi'nin 2015/51 Sayılı Kararı, s. 50.

yaptırmalarının suç olarak düzenlenmesi, anılan ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koymaktadır.”

Söz konusu ifadeler Mahkemenin düzenlemeye ilişkin bakış açısını özetler niteliktedir. Bireysel özerklik çerçevesinde yaşanan birlikteliklere sağlanan özgürlüğe karşılık resmi nikâh olmaksızın yalnızca dini nikâhla evlilik sürdürmenin cezalandırılması AYM’yi rahatsız etmiş görünmektedir. Kısaca 2011 yılında verdiği soyadı kararıyla “kadın” yerine “aile” diyen Mahkeme, bu kararında artık “aile” değil “erkek” demektedir²⁷⁵.

B. AYM’nin Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararları

Boşanmanın hukuki sonuçlarından biri olan yoksulluk nafakası son yıllarda en çok tartışılan ve boşanan eşlerin temel problemi olarak görülen hukuki kurumlardan biridir. Özellikle evlilik süresiyle orantılı olarak sınırlandırılması öngörülen yeni yoksulluk nafakası taslağı²⁷⁶, geliri olmayan kadınların boşanma talebinde bulunamamasına, şiddet gören kadınların boşandıktan sonra yoksulluk durumuna düşme korkusuyla sürdürmemesi gereken evlilikleri devam ettirmesine neden olabileceği endişeleriyle eleştirilmektedir²⁷⁷. TMK m. 175’de düzenlenen²⁷⁸ yoksulluk nafakası bir ceza veya tazminat hükmü olmayıp evlilik sonrası eşler arasındaki mali dayanışmayı sürdürmeyi amaçlamaktadır. Yoksulluk nafakası dayanağını insan onuru kavramından almakta olup boşanma sonucunda yoksulluğa düşecek taraf için yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım gibi zorunlu giderlerinin karşılanarak asgari yaşam standardını korumak üzere düzenlenmiş bir hükümdür. Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “sosyal hukuk devleti” ilkesi insan onurunu korumayı amaçlayarak sosyal adaletin yerine getirilmesi için devlete aktif müdahaleyi öngören bir anlayışı ifade etmektedir. Bunun yanı sıra devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. madde de sosyal hukuk devleti ilkesi

²⁷⁵ Boyar, Anayasa Mahkemesi’nin 2015/51 Sayılı Kararı, s. 51.

²⁷⁶ Aile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Adalet Bakanlığı’nın birlikte düzenlediği nafaka çalıştay sonucunda henüz son aşamaya gelmeyen taslağa göre kısa süreli evliliklerde en az iki yıl, uzun süreli evliliklerde ise nafakanın evlilik süresine göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. (Nafaka Düzenlemesinde Sona Yaklaşıyor, 01.05.2019, <https://www.cnnturk.com/turkiye/nafaka-duzenlemesinde-sona-yaklasiliyor> erişim tarihi: 08.05.2019)

²⁷⁷ Kadın Düşmanı Taslak, Dilara Şimşek, 03.05.2019, (<https://www.birgun.net/haber-detay/kadin-dusmani-taslak.html> erişim tarihi: 08.05.2019)

²⁷⁸ 4721 s. TMK’nın Yoksulluk Nafakası başlıklı 175. maddesi “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.” şeklinde düzenlenmektedir.

ışığında “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı” devlete bir ödev olarak yüklemektedir. Herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını düzenleyen 17. madde gereğince de yoksulluğun ekonomik ve sosyal koşullarının bertaraf edilmesi gerekmektedir. Tüm bu sayılan hükümler yoksulluk nafakasının Anayasal dayanaklarını oluşturur. Ancak burada temel sorun olarak öne sürülen iddia yoksulluk nafakasının “süresiz” olarak düzenlenerek nafaka yükümlüsünü ömür boyu sürecek maddi külfet altında bırakmanın hakkaniyete aykırı olduğudur. Önemle belirtilmelidir ki madde lafzında yer alan “süresiz olarak nafaka isteyebilir” ifadesi emredici bir hüküm olmayıp, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda süreli olarak tayini mümkündür²⁷⁹. Ayrıca “ömür boyu” nafaka ödenmesi gibi bir durum da söz konusu olmayıp TMK m.176’da nafakanın kaldırılması ve değiştirilmesi düzenlenmektedir. Buna göre irat biçiminde ödenmesine karar verilen nafaka, “alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde” kendiliğinden kalkar, “alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde” ise mahkeme kararıyla kaldırılır. Madde 176/4’de ise “tarafların malî durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde iradın artırılması veya azaltılmasına karar verilebilir” hükmü düzenlenmiştir. Düzenlemede hakkaniyetin gerektirdiği hallerde nafakanın kaldırılacağı açıkça zikredilmemiş ise de nafaka talep edenin veya nafaka ödeyenin mali durumunun değişmesi halinde mahkeme nafaka ödeme borcunu kaldırabilir. Tüm bu hükümler nafaka ödeme borcunun “ömür boyu” sürmeyeceğinin açık göstergesidir.

Yoksulluk nafakasına ilişkin hükümler AYM’nin önüne iki defa gelmiştir. AYM her iki itiraz başvurusunu da benzer gerekçelerle reddetmiştir. Kararların ilki 2009 yılında verilmiştir²⁸⁰, TMK m. 175/2’deki yoksulluk nafakasının “süresiz” olarak düzenlenmesi hükmünün esasında devletin görevi olan yoksulluğa düşen eşin geçiminin sağlanmasının aralarında hiçbir bağ kalmayan boşandığı eşine yüklenmesinin sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu, 176/4’de ise nafaka borçlusunun ekonomik durumunun olumsuz yönde değişmesinin ancak nafakanın azaltılmasına neden olduğu, nafakanın tamamen kaldırılmamasının hakkaniyete aykırı olduğu gerekçeleriyle itiraz başvurusunda

²⁷⁹ Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, Yoksulluk Nafakası: Süreye İlişkin Çözüm, Güncel Hukuk Ocak-Şubat 2019, İstanbul, s. 21.

²⁸⁰ AYM E. 2005/56, K. 2009/94, K.T. 25.06.2009.

bulunulmuştur. AYM TMK m. 175/2'nin bakılmakta olan davada uygulanacak hüküm olmadığından başvuruda bulunan mahkemenin bu konudaki yetkisizliği nedeniyle hükmü değerlendirme dışında tutmuştur. 176/4 ile ilgili olarak Anayasa m. 2 kapsamında yaptığı incelemede ise yoksulluk nafakasının sosyal ve ahlaki boyutuna dikkat çekmiştir. Yoksulluk nafakasının hükmedilmesinde nafaka talep edenin boşanma dolayısıyla yoksulluğa düşecek olmasının yanı sıra nafaka talep edilen tarafın bunu ödeyebilecek ekonomik durumda olmasının da arandığını; koşulların değişmesi halinde, TMK m. 176/4'de açıkça ifade edilmemiş olsa da, hükmün düzenleniş amacı göz önüne alındığında hâkimin nafakayı tamamen kaldırabileceğini ifade etmiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin "sosyal bir hukuk devleti" olduğunu vurgulayan Mahkeme, sosyal hukuk devletini "kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan, millî gelirin adil bir biçimde dağıtılmasını sağlayan devlet" olarak tanımlamıştır. Düzenlemenin sosyal hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu, nafaka ödeyenin yoksulluğa düşmesi halinde hâkimin nafakayı kaldırabilmesinin de mümkün olması gerekçesiyle oybirliğiyle hükmün iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

AYM 2012 yılında verdiği kararda ise bu sefer TMK m. 175/2'de yer alan yoksulluk nafakasının "süresiz" olarak verilebilmesi ibaresini inceleme konusu yapmıştır²⁸¹. İtiraz gerekçesinde düzenlemede yer alan "süresiz olarak" ibaresi nedeniyle "boşanma neticesinde eşlerden birinin diğeri lehine ömür boyu sürecek bir mali yükümlülük altına girdiği", "nafakaya hangi hallerde hükmedileceğinin, hangi hallerde kaldırılacağı ve tarafların ekonomik koşullarının ne şekilde dikkate alınacağı" yasada somut olarak belirtilmemiş olduğu, ömür boyu sürecek yoksulluk nafakası korkusu nedeniyle eşlerin boşanmaktan veya yeniden evlenmekten kaçınmaları sonucu doğurduğu belirtilerek Anayasanın 2, 10 ve 41. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür. AYM m. 2'de yer alan sosyal hukuk devleti ilkesinin "insan onurunu korunmasını amaçlayarak sosyal adaleti sağlamaya çalıştığını" vurgulayarak önceki kararında yer alan sosyal devlet tanımını yinelemiştir²⁸². İtiraz konusu "süresiz olarak" ibaresinin nafaka

²⁸¹ AYM E. 2011/136, K.2012/72, K.T. 17.05.2012.

²⁸² "Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan 'sosyal hukuk devleti', vatandaşlarına asgari bir yaşama düzeyi sağlamayı kendisine görev bilen ve bu yüzden devletin sosyal ve ekonomik yaşama aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören bir anlayışı ifade eder. Vatandaşların sosyal durumlarıyla ilgilenen sosyal hukuk devleti,

alacaklısı tarafın ölene kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmediğini, bu ibarenin amacının “boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması” olduğunu ifade etmiştir. Kuralı m. 10 ve 41 açısından değerlendirmeyen Mahkeme 2. madde açısından Anayasa’ya uygunluğunu ise şu gerekçelerle ifade etmiştir:

“Evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğinde olan yoksulluk nafakasının özünde, ahlâki değerler ve sosyal dayanışma düşüncesi yer almaktadır. Yoksulluk nafakasının amacı nafaka alacaklısını zenginleştirmek değildir. Yoksulluk nafakasıyla, boşanma sonucunda yoksulluk içine düşen eşin asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması düşünülmüştür. Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden eşin boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olmasının yanı sıra, nafaka talep edilen eşin de nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması gerekmektedir.

İtiraz konusu kuralda, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşen eşi korumak için diğer eşin, koşulları bulunduğu sürece, herhangi bir süre sınırı olmaksızın yoksulluk nafakası vermesi düzenlenmiş olup bu yükümlülüğün sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği olarak getirildiği kuşkusuzdur.”

Uygulamada kişinin ekonomik olarak iyi bir durumda olup olmadığına bakılmaksızın, evlilik süresine, tarafların çocuklarının olup olmamasına veya nafaka alacaklısı tarafın yaşıyla çalışmasına engel oluşturacak bir durumun olup olmamasına dikkat edilmeksizin nafaka yükümlüsü kişinin sürekli bir iş veya geliri olmasa dahi süresiz nafakaya hükmedildiği görülebilmektedir. Ancak uygulamadaki bu tür aksaklıkların çözümü için mutlaka kanun değişikliği yoluna gidilmesi gerekliliği görüşü hatalıdır. Hâkim gerekçesinde belirtmek üzere evliliğin süresi, bu süre zarfındaki eşlerin evlilikteki görev paylaşımları, eşlerin yaşam standartları, mal varlıkları ve gelir durumlarıyla mesleki eğitimleri ve sağlık durumları gibi kriterler göz önünde bulundurularak hakkaniyetli bir biçimde “sürelî” nafakaya da karar verebilir. Bu nedenle sorunun çözümü aslında TMK m. 175’in kendi bünyesinde bulunmaktadır. Her somut olayda nafakanın belirlenmesine yol açan sebepler değişiklik gösterir, bu nedenle kanun değişikliğiyle yoksulluk nafakasına kesin bir süre getirilmesi (örneğin yoksulluk

‘insan onuru’nun korunmasını amaçlar ve bunun için sosyal adaleti sağlamaya çalışır. Sosyal hukuk devleti, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan ve toplumsal dengeleri gözetken devlettir.”

nafakasının 5 yıl ile sınırlı tutulması gibi) somut olay adaletini sağlamaya yetmeyecektir. Böyle bir değişiklik özellikle Türkiye'nin mevcut sosyo-ekonomik yapısı düşünüldüğünde kadınların güvencesiz kalarak mağduriyetlerinin artmasına sebep olabilecektir²⁸³.

C. AYM ve Aile İçi Şiddet

Aileyi oluşturan kişilerin birbirleriyle olan şiddet ilişkisini inceleyen aile içi şiddet kavramı, kadına yönelen şiddet başta olmak üzere özellikle fiziksel şiddet formunda çocuk istismarı ve yaşlı istismarı gibi aile birimi içerisinde meydana gelen bütün şiddet formlarını kapsamı içine alır. Aile içi şiddet olaylarının büyük bir kısmı bildirilmediği için çoğunlukla gizli kalmakla birlikte gün yüzüne çıkan olayların sıklığı bile durumun vahametini göstermeye yeterli olmaktadır. Bununla birlikte aile içi şiddetin etkileri yalnızca o aileyi oluşturan fertlerde değil, ailenin yakın çevresinde, kurumlarda ve bir bütün olarak toplumda hissedilmektedir²⁸⁴. Pratikte en sık karşılaşılan ve “cinsiyete dayalı şiddet” olarak da adlandırılan kadına yönelen şiddet, temel olarak fiziksel, duygusal, cinsel ve ekonomik olmak üzere dört grup halinde sayılır. Bununla birlikte 21. yüzyılın gelişen teknolojisiyle birlikte internet ve sosyal medya gibi araçların yaygınlaşmasıyla siber şiddet de sıklıkla karşılaşılan şiddet türlerinden biri haline gelmiştir²⁸⁵.

Pek çok kültürde kadına yönelen şiddeti haklı gösteren ve dolayısıyla da yeniden üretimine neden olan inançlar, normlar ve sosyal kurumlar mevcuttur. Aile içi şiddetin daha çok erkeğin kadına uyguladığı şiddet şeklinde görülmesinde, geleneksel yapıda erkek çocuklarının aktif ve saldırgan, kız çocuklarının edilgen ve itaatkâr olmalarının beklenmesi ve bu anlayış içinde büyütülmeleri büyük etkindir²⁸⁶. Toplumsal cinsiyet normları ve tahakküm kültürüyle büyüyen erkekler kadına şiddeti kendilerine hak görmekte, kadınlar da toplumsal edilgen statülerin etkisiyle utanma, ekonomik yönden bağımlı durumda olma ve yeniden şiddet görme korkusu gibi nedenlerle çoğunlukla şiddete karşı sessiz kalmaktadır. Şiddet eylemi şayet müdahalede bulunulmazsa

²⁸³ Makaracı Başak, Öktem Çevik, s. 21.

²⁸⁴ Oğuz Polat, Şiddet, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 25-26.

²⁸⁵ Polat, s. 58.

²⁸⁶ Polat, s. 25.

çoğunlukla tekrar eder ve sıklığı ile şiddeti artar. Ülkemizde her yıl yüzlerce kadın fiziksel şiddet sonucu hayatını kaybetmektedir. Yalnızca 2018 yılında erkek şiddeti yüzünden hayatını kaybeden kadın sayısı 440'dır²⁸⁷. Boşanma isteği, aldatılma şüphesi gibi nedenlerle birlikte yalnızca “yemeğe salça koyması” bile²⁸⁸ kadınların öldürülmesi için bir sebep olabilmektedir.

Vatandaşların yaşamlarını ve maddi-manevi bütünlüklerini korumak bakımından en önemli görev elbette ki devlete düşmektedir. Devletin temel hak ve özgürlüklere müdahale etmeme yanında bunları koruma gibi bir yükümlülüğü de bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlükler bağlamında dolaylı yatay etki²⁸⁹ olarak da ifade edilen pozitif yükümlülükleri kapsamında bireyi üçüncü kişilerin saldırısından ve müdahalesinden korumak devletin öncelikli görevlerinden biridir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen “insan haklarına saygılı” devlet tanımından sonra 5. maddesinde devletin “kişinin hak ve özgürlüklerini kullanması önündeki engelleri kaldırma” ve yine “kişilerin maddi ve manevi varlığını geliştirmeleri yönünde önlem alması” konusunda devletin pozitif yükümlülükleri vurgulanmaktadır. 17. maddede düzenleme altına alınan “kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı” da devlete saygı yükümlülüğünün yanında diğer kişilerden gelecek eylemlere karşı koruma yükümlülüğü yüklemektedir. Tüm bu yükümlülükler şiddet alanına uyarlandığında temel olarak 3 tip sorumluluktan bahsedilebilecektir: “Öncelikle devletin kendisi, yetkilerini anayasanın çizdiği çerçevede içerisinde kullanılmalıdır (saygı yükümlülüğü). Devlet, bireyleri birbirlerinden gelecek tehditlere karşı koruyacak idari ve hukuki bir sistem kurmalıdır (koruma yükümlülüğü). Devlet bireylerin birbirlerine şiddet uygulamasına engel olacak bir sosyal ortam

²⁸⁷ Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu'nun medyaya yansıyan kadın cinayetlerinden derlediği rakam kullanılmıştır. (Kadın Cinayetlerini Durduracağız 2018 Raporu, erişim tarihi: 12.05.2019.

<http://kadincinayetlerini-durduracagiz.net/veriler/2869/kadin-cinayetlerini-durduracagiz-platformu-2018-veri-raporu>) Resmi makamlar konuyla ilgili rakam vermekten kaçınmakta veya çelişkili rakamlar sunmaktadır. (Konuyla ilgili bkz. Erkek Şiddetiyle İlgili Bilgilere Ulaşmak Neden Güçtür, der. Sevinç Eryılmaz, Mor Çatı Yayınları, İstanbul, 2014.)

²⁸⁸ “Karısını Öldürüp Parçalara Ayıran Adam: Yemeği Salçalı Yaptığı İçin Öldürdüm”, 17 Mart 2017. (<https://www.haberler.com/ozel-haber-salcaya-kizip-karisini-dogramis-9384525-haberi/> erişim tarihi: 12.05.2019.

²⁸⁹ Temel hak ve özgürlüklerin ihlali genellikle devletin bireye yönelik doğrudan müdahalesi durumu olan dikey ilişkilerde gündeme gelse de, devlet pozitif yükümlülükleri kapsamında bireyler arasındaki yatay ilişkilerde de dışarıdan gelecek müdahalelere karşı vatandaşlarını korumakla yükümlüdür. Temel hak ve hürriyetlerin dolaylı yatay etkisi öldürme fiillerinden çevresel risklere kadar pek çok konuyu kapsamına almaktadır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Oya Boyar, Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, içinde: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İncoğlu, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 53-80.)

hazırlamalıdır (gerçekleştirme yükümlülüğü)”²⁹⁰. Cinsiyete dayalı şiddet olarak kadına yönelen şiddet, ayrımcılık yasağıyla da doğrudan ilgilidir. Özellikle 2004 ve 2010 sonrası değişikliklerle yasa önünde eşitlikle beraber fiili eşitliği ve özellikle pozitif ayrımcılığı öngören 10. madde de bu nedenle şiddete karşı anayasal sorumluluklardan birini oluşturmaktadır²⁹¹.

Anayasa Mahkemesi’nin konuyla ilgili kararları da devletin pozitif yükümlülüklerini vurgulamaktadır. AYM 2008 yılında verdiği bir kararda; basit tıbbi müdahale gerektiren yaralama suçunun basit halini şikâyet tabi bir suç olarak düzenleyen TCK m. 86’nın, suç aile içinde işlendiği takdirde şikâyet aranmaksızın re’sen soruşturulmasını ve sanığın daha ağır bir ceza ile cezalandırılmasını öngören 3. bendinin Anayasa’ya aykırılığını inceleyen Mahkeme, hükmün “m. 17 kapsamında devlete yüklenen pozitif yükümlülüğün ceza hukukundaki yansıması” olduğunu ifade ederek itirazın reddine karar vermiştir²⁹². “Şikâyetten vazgeçme hakkının sınırlandırılmasıyla aile içi şiddetin artacağı ve aile birliğinin bozulacağı”, “evlilik birliği dışında yaşayan çiftler arasındaki basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek yaralamaların şikâyet tabi olması nedeniyle eşit korumanın sağlanamadığı”, “yaralama suçundan daha ciddi bir suç olan aile içi cinsel saldırı suçunun (m.102) takibi şikâyet tabi olduğu halde, basit yaralama suçunun re’sen takip edildiği” gibi akıldışı iddialarla yapılan itiraz başvurusunu değerlendiren Mahkeme, “aile içi şiddetin en yaygın görünümünden biri olan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek kasten yaralama olaylarında baskı yapılarak şikâyetin engellenebileceği gözetilerek” ve “aile içi şiddet suçlarının azaltılması ve aile içinde işlenen suçların da örtbas edilmemesi için” söz konusu düzenlemenin ihdas edildiğini vurgulayarak eşitlik ilkesiyle ilgili yaptığı yorumda da “İtiraz konusu kuralda belirtilen kişilerin, birlikte yaşamalarından kaynaklanan yükümlülükleri, onları üçüncü kişilerden ayırdığından, bunlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağını” ifade etmiştir.

17. madde ile ilgili değerlendirmesinde “ bireylerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin huzur ve güven ortamının sağlanmasına bağlı olduğu, bunun için de

²⁹⁰ Boyar, Anayasa ve Şiddet, s. 71.

²⁹¹ Boyar, Anayasa ve Şiddet, s. 72.

²⁹² AYM E. 2005/151, K. 2008/37, K.T. 03.01.2008.

öncelikle aile içi şiddetin önlenmesi gerektiğini” belirten Mahkeme, “Devlet, toplumun ve ailenin temel taşı olan bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlüdür. Bu bağlamda itiraz konusu kural, Anayasa'nın 17. maddesiyle devlete yüklenen pozitif yükümlülüğün ceza hukuku alanındaki yansımalarından birisini oluşturmaktadır.” ifadesiyle devletin şiddet konusundaki pozitif yükümlülüğünün özellikle altını çizmiştir. 41. maddeyle ilgili olarak ise “ailenin fiziksel ve psikolojik açıdan sağlıklı bireylerden oluşması amacıyla” getirilen düzenlemede Anayasa’ya aykırı bir yön tespit etmemiştir²⁹³.

Anayasada yer alan ve devlete pozitif yükümlülükler yükleyen düzenlemelerin iç hukuka ne kadar yansıtıldığı hususu tartışmalıdır. Bu konuda AİHM’in 2009 yılında verdiği *Opuz v. Türkiye* kararı²⁹⁴, aile içi şiddeti önleyemediği ve kadına karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle ilk kez bir devlet hakkında verdiği ihlal kararıdır. Söz konusu davada başvurucuya ve annesine karşı, başvurucunun kocası tarafından bir dizi ciddi saldırılar ve öldürme tehditleri olmuş, devlet kurumlarının ihmali ve hareketsizliği neticesinde başvurucunun annesi koca tarafından vurularak öldürülmüştür. Tüm bu olaylar esnasında başvurucunun her türlü şikâyetine rağmen caydırıcı olmayan tedbirler alınmış (örneğin darp, ağır yaralama ve cinayete teşebbüs hakkında dava açılan koca "delil yetersizliği" gerekçesiyle yaptırımla karşılaşmamış, başvurucunun yedi kez bıçaklandığı olayda ise yalnızca para cezası verilmiş), başvurucuya ve ailesine yönelik yakın tehlike bertaraf edilmediği için de süregelen şiddetin sonucu öldürme fiiliyle sona ermiştir. Olaydan sonra da etkin kovuşturma yapılmamış, faile takdiri indirim sebepleriyle 15 yıl hapis cezası verilmiştir. Başvurucunun annesini kaybettiği bu olay bize şiddetin yalnızca evlilik birliği içindeki

²⁹³ Oy çokluğuyla alınan kararın karşı oy gerekçesinde şikâyetin geri alınması ya da uzlaşma olanaklarının bulunmamasının aile içi şiddeti önleyemeyeceği, şikâyetten vazgeçme imkânının tanınmamasının “aile huzurunun bozulması” ve “aile içi özel alanın zedelenmesi” sonucunu doğuracağı ifade edilerek düzenleme “toplum huzuru”, “adalet anlayışı” ve “ailenin korunması” ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasa m. 2 ve 41’e aykırı olduğu sonucuna varılmıştır (bkz. Haşım Kılıç, Ahmet Akyalçın, Serdar Özgüldür ve Serruh Kaleli’nin karşı oy gerekçesi). Aile içi şiddeti uzlaşma ve bağışlama konusu haline getiren, kişinin maddi ve manevi varlığını toplum ve aile huzuruna feda eden bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kamusal- özel alan ayrımı yapılarak şiddetin özel alan olarak tabir edilen ailede ve hane içinde görmezden gelinmesi veya mazur görülmesi kabul edilemez. Bununla birlikte suçun soruşturması ve kovuşturması şikâyet tabii olmamasına ve şiddete maruz kalan kadınların defaatle şikâyet ve koruma talebinde bulunmasına rağmen devlet kurumları hareketsiz kalmakta, bu nedenle her yıl yüzlerce kadın hayatını kaybetmektedir. Gerekmemesine rağmen şikâyetle dahi harekete geçmeyen kurumların böyle bir zorunluluk halinde şiddetle etkin bir mücadele edeceğini beklemek ne yazık ki hayalcilik olacaktır.

²⁹⁴ *Opuz v. Türkiye*, B. No: 33401/02, K.T. 09. 06. 2009.

kadının veya aile fertlerinin değil, yakın çevrenin de şiddetten yaşamlarını yitirecek kadar ciddi bir biçimde etkilendiklerini tekrardan hatırlatmaktadır.

AIHM esasa ilişkin incelemesinde Türkiye’deki ceza hukuku sisteminin başvurunun kocası tarafından işlenen suçların önlenmesini sağlayacak yeterli caydırıcılığa sahip olmadığını ve özellikle kocaya verilen cezaların, suçların ağırlığı karşısında açıkça yetersiz olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme ayrıca başvurunun bulunduğu ve hükümetin de itiraz etmediği istatistiksel verilerin Türkiye’de aile içi şiddetin çoğunlukla kadınları etkilediğini ve yargının genel ve ayrımcı pasifliğinin aile içi şiddetin sürmesinde rol oynadığını vurgulamıştır. Başvurunun ve annesinin maruz kaldığı şiddetin, kadına yönelik ayrımcılığın bir biçimi olarak cinsiyete dayalı şiddet olduğunu ifade eden Mahkeme, devletin somut ve yakın tehlikeyi ortadan kaldırmak adına kendisinden beklenebilecek tedbirleri almadığını belirterek Sözleşme’nin yaşama hakkına ilişkin 2, işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3 ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir²⁹⁵.

Şiddetle mücadelede yasal yetersizliklere dikkat çeken Opuz kararı sonrasında yasal mevzuatta önemli değişiklikler yapılmış ve şiddete yönelik, uygulamadaki eksiklikleri gözetken önemli tedbirlere yer verilmiştir. Bunlardan başlıcaları CEDAW’a ilave olarak kabul edilen “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi” (İstanbul Sözleşmesi)’nin²⁹⁶ ve 4320 s. Ailenin Korunmasına Yönelik Kanun’un yerine kabul edilen 6284 s. “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun”un²⁹⁷ yürürlüğe girmesidir. Özellikle 6284 sayılı yasanın kabulüyle birlikte kadına yönelen şiddete karşı “önleme” ve “koruma” yaptırımları içeren pek çok tedbirin²⁹⁸, kanunun lafzında da yer

²⁹⁵ Osman Doğru, Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt 1 (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddeler), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 73-86.

²⁹⁶ 11 Mayıs 2011 tarihinde imzalanmış, 14 Mart 2012 tarihinde onaylanmış ve 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeyi ilk onaylayan ülke olarak diğer taraf devletlerle birlikte “kadınlara yönelik her türlü şiddetle mücadele etme ve şiddeti önleme amacıyla tedbir alma, mağdurları koruma ve şiddet uygulayanları takiple birlikte faillere karşı etkin bir biçimde soruşturma ve kovuşturmayla birlikte kadına yönelik erkek şiddetinin önlenmesi amacıyla politikalar oluşturmakla” yükümlüdür (bkz. Sözleşme’nin amacını düzenleyen 1. madde). (<https://rm.coe.int/1680462545> erişim tarihi: 18.05.2019.)

²⁹⁷ Kabul Tarihi: 08.03.2012, R.G. Tarih: 20.03.2012, Sayı: 28239.

²⁹⁸ Tedbirlere bakıldığı zaman şiddet gören ve görme tehlikesi bulunan kişilere yönelik mülki amirler ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk görevlileri tarafından verilebilecek “uygun barınma yeri sağlanması”, “geçici maddi yardım”, “hayati tehlikenin bulunması halinde re’sen geçici koruma altına alma” gibi **acil koruyucu tedbirler** içerdiği görülmektedir (6284 s. K. m.3). Bununla birlikte şiddet

aldığı biçimiyle “en çabuk ve en kolay şekilde” alınması amaçlanmıştır²⁹⁹. Kanunun 13. maddesi, tedbir kararlarına aykırılık durumunda süresi 3 günde 6 aya kadar değişen tazyik hapsi uygulamasını öngörmektedir³⁰⁰.

Söz konusu düzenleme “tedbir kararının gereklerine aykırı davranan kimsenin zorlama hapsi ile cezalandırılmasının yanı sıra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya ilgili diğer özel ceza kanunlarına göre de cezalandırılacağı”, “bu durumun hukuk devleti ve ceza hukuku ilkeleri gereği kişinin aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanıp cezalandırılmayacağı ilkesine (non bis in idem) aykırı olduğu” gerekçesiyle Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğu iddia edilerek itiraz konusu yapılmıştır. AYM konuyla ilgili kararında zorlama hapsinin, bir suç karşılığı olarak uygulanan ceza olmadığı, niteliği itibarıyla “tedbir kararına uyma yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayan ve bu yükümlülüğün ihlali hâlinde öngörülen bir disiplin hapsi” olduğunu belirtmiş, zorlama hapsinin bir hapis cezası olmayıp, “şiddet uygulayanı tedbirlere uymaya zorlayarak neticesi ağır suçların işlenmesinden önce suçun önlenmesini amaçlayan bir yaptırım olduğundan ceza kavramı dışında değerlendirilmesi gerektiği”nin altını çizmiştir. Bu nedenle “kişinin tedbir kararına aykırı davranışı, aynı zamanda bir suç oluşturuyor ise bu durum, hukuk düzeninin koruduğu farklı hukuksal menfaatlerin ihlali sonucunu doğuracağından mükerrer cezalandırmadan söz edilemez” diyerek söz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığına kanaat getirerek iptal isteminin

uygulayan ve uygulama ihtimali bulunanlara yönelik olarak, hâkimler ve yine gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk görevlilerince verilebilecek olan; “tehdit, hakaret ve küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunulmaması”, “müşterek konuttan derhal uzaklaştırılma”, “korunan kişilere ve şiddete uğramamış olsa bile korunan kişinin yakınlarına, tanıklarına ve çocuklarına yaklaşılmaması” gibi acilen alınması gereken çeşitli **önleyici tedbirler** de Kanunun kapsamında yer almaktadır (6284 s. K. m.5). Acil önlemlerle birlikte şiddet mağduruna yönelik maddi yardım, çalışma yaşamına destek ve kreş imkanı, işyeriyle kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi, aile konutu şerhi gibi (6284 s. K. m. 3-4); şiddet uygulayan ve uygulama ihtimali bulunan kişilere yönelik olarak da alkollü yaklaşmama, bağımlılık tedavisi vb. biyolojik ve psikolojik tedavilerin uygulanması şeklinde (6284 s. K. m.5) sair tedbir ve koruma hükümleri de Kanun kapsamında öngörülmektedir.

(<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6284.pdf> erişim tarihi: 18.05.2019)

²⁹⁹ “Tedbir kararları en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer hâkiminden, mülkî amirden ya da kolluk biriminden talep edilebilir.” (6284 s. K. m.8)

³⁰⁰ 6284 s. Kanun’un “tedbir kararlarına aykırılık” başlıklı 13. maddesi: “(1) Bu Kanun hükümlerine göre hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulur. (2) Tedbir kararının gereklerine aykırılığın her tekrarda, ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre zorlama hapsinin süresi onbeş günden otuz güne kadardır. Ancak zorlama hapsinin toplam süresi altı ayı geçemez. (3) Zorlama hapsine ilişkin kararlar, Cumhuriyet başsavcılığınca yerine getirilir. Bu kararlar Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine bildirilir.” şeklindedir.

reddine karar vermiştir³⁰¹. Karşı oy gerekçelerinde ise TCK ile karşılaştırma yapılarak ve AYM'nin 28.02.2008 tarihli, E. 2006/71, K. 2008/69 sayılı mal beyanında bulunmama halinde İcra İflas Kanunu'nca öngörülen tazyik hapsinin iptal edildiği karara yapılan atıflarla, düzenlemenin *non bis in idem* kuralına aykırı olduğu, kişinin bir fiil ile birden fazla ceza ile karşı karşıya bırakıldığı ifade edilmiş, itiraz konusu kural Anayasa'ya aykırı görülmüştür³⁰². Ancak ne çoğunluk gerekçesinde ne de karşı oy yazılarında 6284 s. Kanun'un getiriliş amacına bir göndermede bulunulmamış, insan haklarına yönelik tehdit oluşturan şiddetin önlenmesi yükümlülüğüne ve tedbirlerin uygulanmadığı takdirde ne gibi zararların meydana gelebileceğine yönelik herhangi bir görüş bildirilmemiştir.

AYM'nin konuya ilişkin bireysel başvuru kararları incelendiğinde ise kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında devlete ait pozitif yükümlülükler dikkat çekildiği görülmektedir. 2017 tarihli bireysel başvuru kararında³⁰³ somut olay bakımından başvurucu uğradığı şiddet olayları yüzünden kendisi ve oğlunun kimlik bilgilerinin değiştirilmesi ve geçici yardımda bulunulması için başvurmuş, kimlik değişikliği yönünde verilen karar yaklaşık 10 ay sonra, geçici maddi yardım ise karar tarihinden yaklaşık 9 ay sonra uygulandığı için “çocuklarıyla birlikte kurduğu aile hayatının korunması yönünde devletin üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmediğini belirterek kötü muamele yasağı, özel hayat ve aile hayatının korunması hakkı, adil yargılanma hakkı, etkili başvuru hakkı ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini” ileri sürmüştür. AYM, Anayasa'nın 17. maddesinin 5. madde ile birlikte değerlendirildiğinde kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında devlete pozitif ve negatif ödevler yüklediğini belirtmiş, “pozitif yükümlülükler kapsamında devletin sahip olduğu koruma yükümlülüğünün, hem hukuki hem de fiili tedbirler alınmasını gerektirdiği”, “bu tedbirlerin korumasız kişilerin etkili bir şekilde korunmalarını sağlanması, yetkililerin bilgi sahibi oldukları veya olmaları gerektiği durumlarda makul adımlar atmalarını içermesi” gerekliliğini ifade etmiştir. 6284 s. Kanun'un amacına ve kanun kapsamında yer alan tedbirlere atıfta bulunan Mahkeme, şiddete uğrayan ve uğrama tehlikesi bulunanların korunması yönünden gerekli yasal alt yapının oluşturulduğunu belirtmiş ancak yalnızca yasal düzenlemenin mevcudiyetinin yeterli

³⁰¹ AYM E. 2013/119, K. 2013/141, K.T. 28.11.2013.

³⁰² Bkz. Serruh Kaleli ile Mehmet Erten ve Zehra Ayla Perktas'ın karşı oy gerekçeleri.

³⁰³ A.Z.Ö. Başvurusu, B. No: 2014/546, K.T. 19.12.2017.

olmadığını, bu yasal mevzuat kapsamında “somut olayın gerektirdiği ölçüde makul ve pratik önlemlerin alınıp alınmadığının” incelenmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Başvurucunun aldığı kimlik değiştirme ve geçici maddi yardım kararlarının geç uygulanmasının adli ve idari makamlar arasındaki organizasyon eksikliğinden kaynaklandığı ve maddi-manevi varlığın korunması hakkı kapsamında devletin üzerine düşen pozitif yükümlülüklerinin ihlal edildiğini şu gerekçelerle ifade etmiştir:

“6284 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca, anılan Kanun kapsamında verilecek destek ve hizmetlerin sunulmasında süratli bir usul izlenmesi esastır. Bu durumda, ilgili Kanun kapsamında alınması gereken tedbirlere ilişkin yetkili mercilerce karar alınmasının yanı sıra bu kararların makul bir süre içinde yerine getirilmesi de ayrıca önem taşımaktadır. Somut olayda, yetkili mercilerce alınan tedbir kararlarının yerine getirilmesinde meydana gelen sırasıyla on aylık ve dokuz aylık gecikmenin adli ve idari süreçlerdeki aksaklıklardan meydana geldiği ve bu gecikmenin makul olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Sonuç olarak, başvuru ve çocuklarının maddi ve manevi bütünlüklerinin korunması ile geçimlerinin sağlanması noktasında kamu makamları tarafından alınan tedbirlerin gerekli hız ve özende gerçekleştirilmediği, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında devlete ait pozitif yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmediği sonucuna ulaşılmıştır.³⁰⁴”

Çalışmanın hazırlandığı sırada verilen, konuyla ilgili güncel bir diğer bireysel başvuru kararında da maddi ve manevi varlığın korunması yönünde ihlal kararı verilmiştir³⁰⁵. Başvuru konusu somut olayda boşanma sürecinde olduğu eşi tarafından şiddet gören başvuru koruma tedbir kararı almış, bu kararın süresi içinde eşi tarafından tekrar darbedilmesi üzerine eşi hakkında tazyik hapsi uygulanmasını talep etmiş, bu talebin reddi ve itirazının da kabul edilmemesi üzerine maddi-manevi varlığının ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunmuştur. Mahkeme 17. madde kapsamında makul ve pratik tedbirler alınıp alınmadığına dair yaptığı incelemede, yerel mahkemenin verdiği ret kararında hangi eylem tarihinin esas alındığı konusunda bir açıklama ve bilgi bulunmadığını, başvuru ortaya koyduğu darp olayına ilişkin hiçbir değerlendirme ve gerekçe ortaya konulmadığı için

³⁰⁴ Başvurucu aynı zamanda yaşadıkları şiddet olayları ve tehditler nedeniyle oğlunun depresyona girerek intihar etmesi sebebiyle yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştü, ancak Mahkeme; intihar eden kişiye yönelik doğrudan bir tehdit veya şiddet eylemi yöneltilemediği, tehditten dolayı olarak etkilenmesi nedeniyle “yaşamına ilişkin kendisinden gelebilecek bir riskin varlığının kamu makamları tarafından bilindiğine ya da bilinmesi gerektiğine ilişkin bir bulguya rastlanmadığı”, “bu doğrultuda yaşam hakkının korunması yönünde bir ihlalin bulunmadığı” gerekçesiyle yaşam hakkına yönelik başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.

³⁰⁵ Ö.T. Başvurusu, B. No: 2015/16029, K.T. 19.02. 2019.

başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması bağlamında devletin üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmediğine karar vermiştir. Bununla birlikte AYM konuya ilişkin ihlal kararı vermekle yetinmiş, başvurucunun yeniden yargılama yapılması talebini “olayda karar tarihi itibarıyla başvuru lehine beş ay süreyle verilmiş olan tedbir kararının sona ermiş olduğu dikkate alındığında ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı” gerekçesiyle reddetmiştir. Karşı oy gerekçesinde Mahkemenin bu tutumu eleştirilmiş, “ilk derece mahkemesi kararının maddi vakıalar ve hukuki gerçeklerle örtüşmeyen bir gerekçeye dayalı olduğu, bunun yol açtığı aykırılık ve ihlalin derece mahkemesince yeniden yargılama yapılmaksızın giderilemeyeceği”, yalnızca ihlalin tespitiyle yetinilmesinin yeterli bir hukuki yaptırım olarak kabul edilemeyeceği, bu nedenle yeniden yargılama yapılabilmesi için kararın ilgili mahkemesine gönderilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁰⁶.

AYM kararlarında dikkat çekildiği üzere şiddete yönelik pozitif yükümlülükler yalnızca kanun ihdas etmeyle sona ermemektedir. Kuralları uygulamaya ilişkin pratik ve operasyonel tedbirler alma ödevi de devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır. Somut olayda yaşanan bir hak ihlalinin iç hukuktaki düzenleme eksikliğinden mi yoksa devlet organlarının kanuna ve Anayasa’ya aykırı uygulamalarından mı kaynaklandığını tespit etmek büyük önem taşımaktadır.

Uygulamada yerel mahkeme hakimlerinin 6284 s. Kanunla ilgili olarak talep edilen tedbirleri dilekçeleri dahi okumadan kopyala-yapıştır kararlarla sonuçlandığı görülebilmektedir. Bu durum somut olayla ilgisiz kararların alınmasına ve yalnızca şiddet mağdurunun değil tüm aile bireylerinin ve yakın çevrelerinin kararlardan olumsuz etkilenmesine sebep olmaktadır. Kararlara uyulmaması halinde gerekli yaptırımların uygulanmaması da gerekli caydırıcılığın sağlanamaması bir yana şiddetin artarak devam etmesine neden olmaktadır. Gerek kolluk görevlilerinin gerekse kanun uygulayıcılarının kadının yaşamı ve bedensel bütünlüğünden ziyade aile birliğine önem veren yaklaşımı, şiddet mağdurlarının maruz kaldığı eylemlere ve ölüm tehditlerinin tekrarlanmasına genellikle gözlerin kapatılması, ev içi şiddete elverişli bir ortam oluşmasına, şiddet olaylarının katlanarak büyümesine sebebiyet vermektedir.

³⁰⁶ Bkz. Serdar Özgüldür ve Serruh Kaleli’nin karşı oy gerekçesi.

“Boşanma Komisyonu” olarak tabir edilen ve Mecliste “Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla” kurulan araştırma komisyonunun 14 Mayıs 2016’da yayınladığı raporda³⁰⁷ Türkiye’nin çekince koymaksızın taraf olduğu İstanbul Sözleşmesi’ne³⁰⁸ ve 6235 s. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na³⁰⁹ açıkça aykırı olmasına rağmen şiddet olan vakalarda dahi arabuluculuk ve uzlaşma gibi alternatif çözüm önerileri öngörülmektedir. Bununla birlikte “koruma kararı alınabilmesi için delil aranması”, “mesai saatleri içinde karakollara başvurulamaması” gibi kadınları şiddete karşı savunmasız bırakacak ve acil önlem alınmasını engelleyecek değişiklikler öngörülmektedir. Önemle ifade edilmelidir ki uygulamada görülen aksaklıklar kanunun kadınlar aleyhine değiştirilmesiyle değil, mahkemeler tarafından somut olayın özelliğine göre, ihtiyaç duyulan, makul ve uygulanabilir tedbirlere hükmedilmesiyle giderilebilecektir.

D. AYM’nin Çocuğun Soyadına İlişkin Kararları ve Çocuğun Üstün Yararı Sorunu

Toplumsal cinsiyet kapsamında Anayasa Mahkemesi’nin kadına yönelik koruyucu yaklaşımına ve eşler arasındaki eşitliğe yaptığı vurguya bir diğer örnek olarak çocuğun soyadına ilişkin verdiği kararlar gösterilebilir.

AYM, çok tartışılan evli kadının soyadı kararıyla³¹⁰ aynı yıl verdiği çocuğun soyadına ilişkin kararında 2525 s. Soyadı Kanunu’nda yer alan “Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır”³¹¹ şeklindeki açıkça cinsiyetçi düzenlemeyi “eşler arasındaki eşitliğin

³⁰⁷ “TBMM Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu”, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 399, 14.05.2016. (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss399.pdf> erişim tarihi: 19.05.2019.)

³⁰⁸ İstanbul Sözleşmesi m. 48/1- “*Taraf devletler, Sözleşme kapsamındaki şiddet eylemlerinde arabuluculuk uzlaştırma da dâhil, zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerini yasaklamak üzere, gerekli hukuki veya diğer önlemleri alacaktır.*”

³⁰⁹ 6235 s. Kanun’un amaç ve kapsamını düzenleyen m.1/(2)’ye göre: “*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.*”

³¹⁰ AYM E. 2009/85, K. 2011/49, K.T. 10.03.2011.

³¹¹ 2525 s. Soyadı Kanunu’nun söz konusu düzenlemeyi içeren 4. maddesi şu şekildedir: “*Soy adı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir.*”

sağlanması” amacıyla iptal etmiştir³¹². Söz konusu kuralın “ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığına ilişkin Anayasa'nın 41. maddesi ile kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna dair Anayasa'nın 10. maddesine ve dolayısıyla Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına ilişkin 13. maddesine aykırı olduğu” gerekçesiyle yapılan itirazı değerlendiren Mahkeme, konuyu velayet hakkı kapsamında değerlendirerek “erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur” ifadesiyle oy birliğiyle ilgili düzenlemeyi Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı bulmuştur. Mahkeme gerekçesinde 2004 yılında eşitlik ilkesini sağlamak için Anayasa'da devlete pozitif yükümlülük yükleyen değişikliğe, 2001 yılında 41. maddeye eklenen “aile eşler arasında eşitliğe dayanır” ifadesine ve CEDAW, BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi, AIHS gibi uluslararası sözleşmelere atıflarda bulunarak evlilik birliği içinde ve boşanmadan sonra kadın ve erkeklerin eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması gerektiğine dikkat çekerek eşitliği gözetici bir tutum sergilemiştir.

Düzenlemenin iptaline karşın uygulamada konuyla ilgili ihlaller devam etmiş, boşanma davası sonrası velayeti kendilerine tevdi edilen annelerin, çocuklarının soyadını kendi soyadlarıyla değiştirme talebiyle açtıkları davaların reddedilmesi Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kararlarına konu olmuştur. AYM 2015 yılında konuyla ilgili verdiği bireysel başvuru kararında³¹³, çocuğun soyadını değiştirmeye yönelik talebin reddine ilişkin yargısal kararların aile hayatına saygı hakkına müdahale oluşturduğunu, bu müdahaleye dayanak olarak gösterilen TMK m. 321'in³¹⁴ evliliğin feshi ve boşanma hallerinde çocuğun soyadına ilişkin münhasıran bir düzenleme içermediğini ve yargı

Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır. Koca ölmüş ve karısı evlenmemiş olursa veyahut koca akıl hastalığı ve akıl zayıflığı sebebiyle vesayet altında bulunuyor ve evlilik de devam ediyorsa bu hak ve vazife karındır.

Kocanın vefatıyla karı evlenmiş veya koca evvelki fıkra da zikredilen sebeplerle vesayet altına alınmış ve evlilik de zeval bulmuş ise bu hak ve vazife çocuğun baba cihetinden olan kan hısımlarından en yakın erkeğe ve bunların en yaşlısına yok ise vasiye aittir.” Madde incelendiğinde yalnızca itiraz konusu kuralın değil maddenin tümünün ataerkil bakış açısını açıkça yansıtan, cinsiyetçi ve ayrımcı bir yapıya sahip olduğu görülmektedir

³¹² AYM E. 2010/119, K. 2011/165, K.T. 08.12.2011.

³¹³ Hayriye Özdemir Başvurusu, B. No: 2013/3434, K.T. 25.06.2015.

³¹⁴ 4721 s. TMK m. 321: “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; (...) soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır.”

kararlarında da kanunilik bakımından farklı hukuki yorumlara yol açtığını, bu nedenle hükmün belirlilik şartını sağlamadığını³¹⁵; dolayısıyla müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı için Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Konuya ilişkin verdiği diğer bireysel başvuru kararlarında 20. maddeyle birlikte 10. maddeyi de inceleme konusu yapan Mahkeme “erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiğini”, bu türden farklı muameleyi haklı gösterecek gerekçeye yer verilmediğini ve söz konusu uygulamanın ölçülü olmadığını ifade ederek³¹⁶ m. 20 ile birlikte 10. madde kapsamında ayrımcılık yasağının da ihlal edildiğine karar vermiştir³¹⁷.

Anılan kararlar cinsiyet açısından eşitlikçi bakış açısı ve velayet hakkı kapsamında kadın-erkek arasındaki ayrımcılığa karşı çıkması bakımından oldukça olumludur. Ancak anılan kararların hiçbirisinde çocuğu doğrudan etkilemesine rağmen “çocuğun üstün yararı” tartışılmamış ve değerlendirme konusu yapılmamıştır. Çocuğun üstün yararı “çocuğu ilgilendiren her iş ve davada göz önüne alınan, çocuğun yaşına, fiziksel, zihinsel, ahlaksal, ruhsal sağlığı ve gelişimine, çocuğun istekleri ve mutluluğuna, sosyoekonomik koşullar gibi çevresel etmenlere, çocuğun yararının çatıştığı kişilerle ilişkilerine ve çocuğun yakınlarının görüşlerine göre belirlenen, göreceli ve aslında

³¹⁵ “(...)boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyadının ne olacağı konusunda açık bir düzenlemenin bulunmaması ve farklı yargısal kararların verildiği dikkate alındığında başvuruya konu müdahalenin kanuni dayanağı olarak gösterilen Kanun hükmünün, başvuruçunun velayeti altındaki çocuğun soyadının değiştirilmesi talebinin reddedilmesi şeklindeki müdahale bağlamında, belirlilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.”

³¹⁶ “Başvuruya konu yargı kararları açısından da çocuğun soyadının belirlenmesi noktasında velayet hakkının kullanılması bakımından kadın ve erkek arasında öngörülen farklı muamele makul şekilde gerekçelendirilmediği gibi çocuk reşit oluncaya kadar veya baba 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca soyadını değiştirmede sürece çocuğun soyadının değiştirilmesinin hiçbir koşulda mümkün olmadığı tespitlerine yer verilmek suretiyle kadın eş için haklı nedenlerin bulunması durumunda dahi çocuğun soyadını belirleme imkânı tanımayan söz konusu uygulamanın ölçülü olduğu da kabul edilemez.” (Gülbu Özgüler Başvurusu, B.No: 2013/7979, K.T. 11.11.2015, §58.)

³¹⁷ Gülbu Özgüler Başvurusu, B.No: 2013/7979, K.T. 11.11.2015. Aynı doğrultuda diğer bireysel başvuru kararları için bkz. Nurcan Yolcu Başvurusu, B. No: 2013/9880, K. T. 11.11.2015; Ayten Yıldırım Başvurusu, B. No: 2014/1826, K.T. 20.07.2017; Deniz Altınbaş ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2014/2033, K.T. 26.10.2017.

varsayımsal bir ölçüttür.”³¹⁸ Türkiye’nin de taraf olduğu³¹⁹ BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesi “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir”³²⁰ düzenlemesiyle çocuğun üstün yararını hem Sözleşme içinde genel bir ilke olarak hem de Sözleşme’nin tümünü kapsayıcı bir hak olarak ele almaktadır. Bu ilkeye paralel olarak 2010 değişiklikleri ile Anayasa’nın 41. maddesi’nin başlığı “ailenin korunması ve çocuk hakları” olarak değiştirilmiş, maddeye eklenen fıkralarla çocuğun üstün yararına özellikle dikkat çekilmiştir³²¹.

Çocuğun soyadının değiştirilmesi, “arkadaşlarının alaylarına maruz kalması, anne babasının boşanmış olduğunu arkadaşlarına açıklamak zorunda kalması, mutsuz olması, psikolojisinin olumsuz etkilenmesi” gibi sorunlara yol açabilmektedir³²². AYM çocuğun soyadıyla ilgili kararlarında kadınlar açısından koruyucu bir tutum sergilemiş ve cinsiyet ayrımcılığını giderici yönde kararlar vermiştir. Bununla birlikte konun doğrudan muhatabı olan çocuklar bakımından herhangi bir tartışmaya girilmemiş, çocuğun üstün yararı ve çocuk hakları göz ardı edilmiştir. Bu durum da yeni bir soruyu gündeme getirmektedir: Acaba Anayasa Mahkemesi çocuklarla ilgili kararlarında çocuğun üstün yararı ilkesine ve çocuk haklarına ne derece riayet etmektedir?

³¹⁸ Özge Yücel, Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Aralık 2013, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 120.

³¹⁹ 14 Eylül 1990’da imzalanan Sözleşme, 27 Ocak 1995 gün ve 22184 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

³²⁰ http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf erişim tarihi: 25.05.2019

³²¹ AY. m. 41- “(Ek fıkra: 7.5.2010- 5982/4 md.) Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, **yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça**, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.”

“(Ek fıkra: 7.5.2010- 5982/4 md.) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”

³²² Pelin Taşkın, Çocuğun Soyadıyla İlgili Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, Yıl: 2018, Cilt: 51, Sayı: 2, s. 69.

SONUÇ

Tarihsel süreç içerisinde korunan ve geliştirilen ataerkil düzen, toplumca belirlenen kalıplaşmış erkeklik ve kadınlık rollerini kişilere dayatarak; kodlanmış toplumsal cinsiyet rollerinin oluşumu ve bunun sonucunda gelişen eşitsiz güç ilişkilerinin doğumuna neden olur. İtaat ve tahakkümle sonuçlanan bu kodlama, hukukun pek çok alanında olduğu gibi anayasal kurumlarda, anayasaların yorumlanmasında ve uygulanmasında da cinsiyete dayalı ayrımcı tutumlara neden olmaktadır. Kadınlara ve LGBTİ'lere yönelik ayrımcılığın ortadan kaldırılması için CEDAW ve İstanbul Sözleşmesi başta olmak üzere çeşitli uluslararası sözleşmeler ve yasal düzenlemeler mevcuttur. Özellikle 2004 ve 2010 sonrası değişikliklerle yasa önünde eşitlikle beraber fiili eşitliği ve özellikle pozitif ayrımcılığı öngören Anayasa'nın 10. maddesi eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın ortadan kaldırılması yönünde devlete pozitif yükümlülükler öngörmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesini güvenceleyen kararları olduğu gibi, toplumsal cinsiyet eşitsizliği ile ilgili kuralların denetiminde haklı neden ölçütünü objektif ve eşitsizliğin temel nedenini görecektir şekilde değerlendirmedeği kararları da bulunmaktadır. Bu tür kararlarında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında haklı neden ölçütünü “kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar” gibi muğlak, “yaratılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayrımlar” gibi biyolojik özcü gerekçelere dayandırarak objektif temelden uzaklaştığı görülebilmektedir. Unutulmamalıdır ki ahlakiliğin belirli geleneksel ya da dinsel değerlerle özdeşleştirilerek namus ve cinsellik kavramlarına indirgenmesi, genel ahlak kavramının özgürlükleri kısıtlayıcı bir genel gerekçe olarak kullanılması tehlikesini doğurmaktadır³²³.

Anayasa Mahkemesi'nin diğer bazı kararlarında kadın özerk bir birey olarak değil, aile içindeki sosyal konumuyla var olan, zayıf ve karar verme yeteneği etkilere açık, korunması gereken bir tür olarak ele alınmaktadır. “Aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi”, “evlilik birliğinin devamlılığının ve düzenin sağlanmasındaki kamu yararı”, “aile birliği ve bütünlüğünün devamı” gibi gerekçelerle ailenin varlığı ve devamında erkeğe üstünlük tanıyan düşünce biçimini net bir biçimde

³²³ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 87.

yansıtan Mahkeme, toplumsal cinsiyet normlarının aile konusunda kadınlara ve erkeklere yüklediği rollerin sürdürülmesine katkıda bulunmaktadır. AYM'nin toplumsal/kültürel kalıplara yönelik bu türden bir “korumacı” yaklaşımda bulunması, kadınların geleneklerin ve kültürün etkisiyle düştüğü dezavantajlı durumu gidermek yerine ikincilliğini, edilgenliğini ve bağımlılığını pekiştiren bir yapıya dönüştürmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin cinsiyetçi yapısı yalnızca kararlarda değil oluşumunda da söz konusudur. 1961 yılındaki kuruluşundan itibaren toplam 128 üyeden (113 emekli, 15 mevcut üye) yalnızca 5 tanesinin kadın olduğu görülmektedir³²⁴. Güncel üyeler arasında ise hiç kadın üye bulunmamaktadır. Toplumsal cinsiyet bağlamındaki kararlarda kadın üyelerin varlığı özellikle önem arz etmektedir, karşı oy gerekçelerindeki eşitlikçi yaklaşım ve ayrımcılığa karşı uluslararası sözleşme ve kararlara paralel tutumları bu durumu kanıtlar niteliktedir. Doğrudan kendileriyle ilgili kararlarda kadınların temsil edilmediği veya bu temsilin azınlıkta kaldığı durumlarda daha baştan belirli bir cinsiyete üstünlük tanınarak kurgulanan hukuk sisteminin eril bakış açısının yansıması doğaldır. Bu nedenle yalnızca Anayasa Mahkemesinde değil, bütün yargı sisteminde kadın karar alıcı sayısının artırılması toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması açısından çok önemlidir.

Bununla birlikte AYM'nin bazı kararları da özellikle cinsiyet ayrımcılığına karşı ve eşitlikçi yapıdadır. Evli kadının meslek ve sanatta çalışmasını kocasının veya sulh hâkiminin iznine bağlayan kuralı iptal ettiği kararında veya hemşirelik mesleğini yalnızca kadınlara özgüleyen kuralın iptalinde bireysel özerkliği destekleyici yapıdaki gerekçelerle kamu yararı, kökleşmiş gelenekler gibi ifadelerle yer verilmemiştir. Aynı şekilde kadına yönelen şiddet özelinde aile içi şiddetle ilgili kararları da devletin şiddeti önlemeye yönelik pozitif yükümlülüklerine dikkat çekilmesi bakımından önemlidir. Kadınlara yönelik olumlu görünen kararlarında dahi, örneğin kadının evlendikten sonra bir yıl içinde kıdem tazminatı alarak işten ayrılabilceğini öngören kural değerlendirilirken, “aile hukuku öğretisindeki zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve

³²⁴ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskanvekilleri-ve-uyeler/emekli-uyeler/> erişim tarihi: 09.06.2019. 58 yıllık tarihinden bu yana AYM'de görev alan kadın üyeler Zehra Ayla Perktas, Fulya Kantarcioğlu, H. Tülay Tuğcu, Aysel Pekiner ve Samia Akbulut'tur. Kadın üyelerden ise yalnızca 1 tanesi (H. Tülay Tuğcu) AYM Başkanlığı görevini yürütmüştür.

uyumun sağlanması (...) kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluktan kaynaklanan ve aile birliği içerisinde yüklenilen görevlerin boyut ve önemi gözetilerek evlenmesi(...)" şeklindeki nitelendirmelerle cinsiyet rollerini pekiştiren, kadınların aile içerisinde ikincilliğini, bağımlılığını ve edilgenliğini besleyen yorumlarda bulunmaktadır. Bu türden bir korumacı yaklaşıma ise toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin giderilmesine değil aksine pekişmesine yol açmaktadır.

Özellikle temel haklar ve özgürlüklere ilişkin anayasal düzenlemeler yapısı gereği diğer yasal düzenlemeler karşısında daha soyut ve genel niteliktedir. Bu tür hakların somutlaştırılması ve cinsiyet bakımından herkese eşit biçimde uygulanması yargıçların yorumuyla mümkün olmaktadır. Yargı kararlarında görülen cinsiyetçi tutumlar yargıçların aldıkları eğitim ve yetiştikleri toplum yapısının yansıması olarak kararlar vermesinden ileri gelmektedir. Bu nedenle başta hukuk fakülteleri olmak üzere eğitim kurumlarının her basamağında kişilere cinsiyet eşitliği bakış açısı kazandıracak nitelikte değişiklikler yapılması elzemdir.

Mevzuattaki ayrımcılıkla mücadele konusunda yapılan değişikliklerin ve bu konudaki uluslararası araçların etkili kılınması da, cinsiyet eşitliğinin aslında tüm toplumun faydasına olduğu ve sürdürülebilir bir geleceğin de ancak cinsiyet eşitliğiyle sağlanabileceği yolunda bir zihniyet değişimine bağlıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Süreli Yayınlar

Akal, Cemal Bali. **İktidarın Üç Yüzü**. 8. Baskı, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2016.

Akal, Cemal Bali. **Varolma Direnci ve Özerklik**. Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2016.

Altunpolat, Remzi. “LGBTİ’lere Yönelik Ayrımcılığı Tarihsel ve Politik Temelde Kavramak”. **Türk Tabipler Birliği Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi**. Cilt.17, Sayı.64, Nisan-Mayıs-Haziran 2017, ss. 2-14.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya. **Gerekçeli Ceza Kanunları**. 11. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.

Aydinkaya, Fırat. “Tamamlanmamış Bir Proje Olarak Kendi Kaderini Tayin Hakkı”. **Toplum ve Hukuk**. Yıl:2, Sayı.7, Yaz 2003, ss.90-119.

Baird, Vanessa. **Cinsel Çeşitlilik**. Hayrullah Doğan(çev.). 2. Baskı, İstanbul: Metis Yayınları, 2017.

Başar, Koray. “Farklı Yönleri ile Cinsel Kimlik: Bedensel Cinsiyet, Cinsiyet Kimliği, Cinsiyet Rolü ve Cinsel Yönelim”. **Toplum ve Hekim (Cinsel Yönelimler, Cinsel Kimlikler ve Sağlık Sayısı)**. Cilt.29, Sayı.4, Temmuz-Ağustos 2014, ss. 245-251.

Beauvoir, Simone de, **The Second Sex**. Constance Borde, Sheila Malovany-Chevallier (çev.). New York, Vintage Books, 2010.

Berghan, Selin. “Transfeminizm”. **Cogito: Cinsel Yönelimler**. 2. Baskı. Sayı.65-66, Ocak 2014, ss. 140-148.

Berktaş, Fatmagül. “Feminist Teorinin Önemli Bir Alanı: Cinsellik”. **Cogito: Feminizm**. 2. Baskı, Sayı.58, Mart 2013 [Bahar 2009], ss. 57-72.

Berktaş, Fatmagül. **Tarihin Cinsiyeti**. 3. Basım, İstanbul: Metis Yayınları, 2010.

Bhasin, Kamla. **Toplumsal Cinsiyet**. Kader Ay (çev.). İstanbul: Kadınlarla Dayanışma Vakfı Yayınları, 2003.

Boyar, Oya. “Anayasa Hukuku ve Şiddet”. **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**. Cilt.22, Sayı.1, 2016, ss.53-80.

Boyar, Oya. “Bir Yorum Meselesi ve Ötesi: Anayasa Mahkemesi’nin 2015/51 Sayılı Kararı”. **Güncel Hukuk**. Temmuz 2015, ss.49-52.

Boyar, Oya. “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, Sibel İnçeoğlu (Ed.). **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa** içinde. 3. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2013, ss.53-80.

Butler, Judith. **Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi**. Başak Ertür (çev.). 2. Basım, İstanbul: Metis Yayınları, 2010.

Connell, R.W. **Toplumsal Cinsiyet ve İktidar**. Cem Soydemir (çev.). 1. Basım, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1998.

Çakır, Serpil. “Feminizm: Ataerkil İktidarın Eleştirisi”, **19. Yüzyıldan 20.Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler**. H. Birsen Öz (drl). 9. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, ss. 413-476.

Çakırca, Seda İrem. “Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. Cilt.70, Sayı.2, 2012, ss.145-164.

Çakırlar, Cüneyt ve Serkan Delice (hızl.). “Giriş: Yerel ile Küresel Arasında Türkiye’de Cinsellik, Kültür ve Toplumsallık”, **Cinsellik Muamması: Türkiye’de Queer Kültür ve Muhalefet** içinde. İstanbul: Metis Yayınları, 2012, ss. 11-34).

Diltemiz Mol, Merve. “Türkiye’de LGBTİ Olmak”, **Ayrımcılığın Yüzleri**. Ülkü Doğanay (drl.). Ankara: Kapasite Geliştirme Derneği, Ekim 2018, ss. 145- 155.

Dinçkol, Bihterin. **İnsan Hakları Hukuku ve Kadın**. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2003.

Doğru, Osman ve Atilla Nalbant. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**. Cilt.1 (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddeler). İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.

Donovan, Josephine. **Feminist Teori**. Aksu Bora, Meltem Ağduk Gevrek ve Fevziye Sayılan (çev.). 6. Baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2010.

Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz. **Türk Özel Hukuku Cilt 2: Kişiler Hukuku**. 10. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010.

Dündar Sezer, Tijen. “Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi”. **İzmir Barosu Dergisi**. Yıl.73 Sayı.3, 2009, ss.120-192.

Eryılmaz, Sevinç. (drl.). **Erkek Şiddetiyle İlgili Bilgilere Ulaşmak Neden Güçtür**. İstanbul: Mor Çatı Yayınları, 2014.

Ewald, William B.. "Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?" (1995). **Faculty Scholarship at Penn Law**. 1405. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1405 (2 Nisan 2019).

Eylem Ekinci, Bezar. “Anayasa Hukukuna Feminist Yaklaşımlar ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir (Ed.). **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları** içinde. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, ss.165-212.

Friedman, Marilyn. **Autonomy, Gender, Politics**, New York: Oxford University Press, 2003.

Gayretli Aydın, Seda. “Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi”. **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**. Sayı.136, 2018, ss.263-292.

Gemalmaz, Mehmet Semih. **Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Kadınlara, Çocuklara ve Azınlıklara Karşı Ayrımcılık, Şiddet ve Sömürü: Nedenleri, Kapsamı, Sonuçları ve Buna Karşı Direnme Stratejileri**. 1. Baskı, İstanbul: Homer Kitabevi, 2018.

Göregenli, Melek. “Önyargı ve Ayrımcılığı Azaltmak”, **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar** içinde. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan (drl.). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, ss 247-254.

Göregenli, Melek. “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar** içinde. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan (drl.). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, ss 17-27.

Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**. 3. Baskı. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.

Göztepe Çelebi, Ece. “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”. **Anayasa Yargısı Dergisi**. Cilt.33, 2016, ss.93-118.

Göztepe, Ece. “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”. **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**. Cilt.54, Sayı.2, 1999, ss.101-131.

Göztepe, Ece. “Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Bir Değerlendirmesi”. **TBB Dergisi**. Cilt.18, Sayı.59, Temmuz 2005, ss. 29-48.

Helvacı, Serap ve Gediz Kocabaş. “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**. C.21, Sayı.2, 2015, ss.615-644.

Holmes, Morgan. **Intersex: A Perilous Difference**. Selinsgrove PA: Susquehanna University Press, 2008.

İspir, Zeynep. “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Cinsiyete Dayalı Ekonomik Ayrımcılık”. **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı.3, 2016, ss.165-197.

Jagose, Annamarie. **Queer Teori: Bir Giriş**. Ali Toprak (çev.). 2. Baskı, İstanbul: Nota Bene Yayınları, 2017.

Kaboğlu, İbrahim Ö.. **Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**. 7. Basım. Ankara: İmge Kitabevi, 2013.

Kant, Immanuel. Aydınlanma Nedir? Nejat Bozkurt (çev.). 1983 [1784]. http://www.allmendeberlin.de/Aydinlanma_Nedir_Kant.pdf (1 Nisan 2019).

Kymlicka, Will. **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**. Ebru Kılıç (çev.). 3. Baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.

MacKinnon, Catherine A.. **Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru**. Türkân Yöney, Sabir Yücesoy (çev.). İstanbul: Metis Yayınları, 2003.

Makaracı Başak, Aslı ve Seda Öktem Çevik. “Yoksulluk Nafakası: Süreye İlişkin Çözüm”. **Güncel Hukuk**. Ocak-Şubat 2019, ss. 20-21.

Oder, Bertil Emrah. “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık, Toplumsal Cinsiyet ve Kadın-Erkek İmgesi”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2008, ss. 168-179.

Oder, Bertil Emrah. “Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası”, **Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar** içinde. Hülya Durudoğan, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder, Deniz Yüksek (drl.). İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2010, ss. 207-238.

Öden, Merih ve Selin Esen. “Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı”, Öden, Merih, Levent Gönenç, Selin Esen, Ali Ersoy Kontacı, Deniz Polat ve Ali Erdem Doğanoglu (hızl.). **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan** içinde. Cilt.2, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013, ss.817-836.

Özkan, Serhat. “Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki ve Toplumsal Boyutu: Haklar ve İhlaller”. **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Cilt.XIV, Sayı.1, 2017, ss. 55-84.

Özkazanç, Alev. **Feminizm ve Queer Kuram**. 1. Baskı, Ankara: Dipnot Yayınları, 2015.

Pateman, Carole. **Cinsel Sözleşme**. Zeynep Alpar (çev.). İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2017.

Platon. **Devlet**, Sabahattin Eyüboğlu ve M. Ali Cimcoz (çev.). 20. Baskı. İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2010.

Polat, Oğuz. **Şiddet**. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.

Sağlam, Fazıl. **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.

Sellers, M.N.S. (Ed.). “Introduction”, in **Autonomy in the Law**. Dordrecht, The Netherlands: Springer, 2007, pp. 1-9.

Sever, D. Çiğdem. “Anayasa Mahkemesi’nin Kadın-Erkek Eşitliği Yaklaşımına Bir Eleştiri”, Lerzan Gültekin, Gül Güneş, Ceylan Ertung ve Aslı Şimşek (Ed.). **Toplumsal Cinsiyet ve Yansımaları** içinde. Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2013, ss.34-49.

Stryker, Susan. “Trans Tarihi, Homonormative ve Disiplinerlik”, Özlem Çolak (çev.). Leman S. Darıcıoğlu (drl.). **Queer Temaşa** içinde, İstanbul: Sel Yayıncılık, 2016, ss. 198-217.

Şeker, Berfu. “İnterseksüellik ve Cinsiyetin İnşası”. **Cogito: Cinsel Yönelimler**. 2. Baskı. Sayı. 65-66, Ocak 2014, ss. 124-131.

Şirin, Tolga. “Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eşcinsellik”. **Anayasa Hukuku Dergisi**. Yıl:2018, Sayı:14, ss.513-563.

Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan. “Ad ve Soyada İlişkin Kararlar: Bireyin Kimlik Hakkı”. **Anayasa Hukuku Dergisi**. Cilt.3, Sayı.5, 2014, ss.11-36.

Tarhan, Mehmet ve Sezen Yalçın. **LGBT Davaları: AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları**. İstanbul: SPoD Hukuk ve Adalet Erişim Kitaplığı 1, 2012.

Taşkın, Pelin. “Çocuğun Soyadı İlgili Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”. **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**. Cilt.51, Sayı.2, 2018, ss.69-94.

Tekinay, Selahattin Sulhi. **Türk Aile Hukuku**. 7. Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990.

Vatandaş, Celalettin. “Toplumsal Cinsiyet ve Cinsiyet Rollerinin Algılanışı”. **Sosyoloji Konferansları Dergisi**, Sayı.35, 2007, ss. 29-56.

Yılmaz, Didem. “Anayasa Mahkemesi’nin Zımni İlga Gerekçesine Dayanarak Verdiği İhlal Kararları Örneği Çerçevesinde Bireysel Başvuru Kararlarının Etkisi”. 2017, ss.1-5. <https://anayasatakip.ku.edu.tr> (3 Mayıs 2019).

Yumul, Arus. “Ötekiliği Bedenlere Kaydetmek”. **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar** içinde. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan (drl.). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, ss.89-96.

Yücel, Bülent. “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik İlkesinin Yorumlanması ve Cinsiyet Ayrımcılığına Yargısal Bakış”, Ozan Ergül (Hızl.). **Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması** içinde. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 29-30 Eylül 2012, 2013, ss.215-261.

Yücel, Özge. “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”. **Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Cilt.1, Sayı.2, Aralık 2013, ss. 117-137.

Elektronik Kaynaklar

Güner, Umut Pelin Kalkan, Yasemin Öz, Elif Ceylan Özsoy ve Fırat Söyle (hızl.). **Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu 1 Ocak – 30 Haziran 2010**. İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 2011, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/24/Cinsel_Yonelim_veya_Cinsiyet_Kimligi_Izleme_Raporu.pdf (18 Nisan 2019).

Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu. **2018 Veri Raporu**. İstanbul, 1 Ocak 2019. <http://kadincinayetleriniurduracagiz.net/veriler/2869/kadin-cinayetlerini-durduracagiz-platformu-2018-veri-raporu> (12 Mayıs 2019).

Uluslararası Af Örgütü. **LGBTİ+ hakları**. <https://www.amnesty.org.tr/icerik/lgbti-haklari> (8 Nisan 2019).

Üye Devletlerde Cinsiyetçiliğin Önlenmesi ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin CM/Rec(2019)1 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı. Polat Yamaner (çev.). 27 Mart, 2019.

https://anayasagundemi.files.wordpress.com/2019/04/cm_rec20191e_tercume.pdf (28 Mayıs 2019).

TBMM. **Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken**

Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 399, 14. 05. 2016. (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss399.pdf> (19 Mayıs 2019).

'Long-neck' Kayan women of Myanmar. <https://www.independent.co.uk/news/pictures/long-neck-kayan-women-of-myanmar-9275306.html> (27 Şubat 2019).

Oakes, Troy. "The History of Foot Binding in China", Vision Times. 29 Aralık 2017. <http://www.visiontimes.com/2017/12/29/the-history-of-foot-binding-in-china.html> (27 Şubat 2019).

Kaos GL Sözlük. (t.y.) <http://www.kaosglidernegi.org/belge.php?id=sozluk> (7 Mart 2019).

Türk Dil Kurumu. Güncel Türkçe Sözlük. <http://www.tdk.gov.tr> (4 Nisan 2019).

"Brunei'de eşcinsel ilişkiye idam cezası verilecek", T24. 3 Nisan 2019. <https://t24.com.tr/haber/brunei-de-escinsel-iliskiye-idam-cezasi-verilecek,815291> (8 Nisan 2019).

Alpar, Aslı. "Ahmet Yıldız Davası 29. Kez Ertelendi", Kaos GL. 18 Ocak 2019. <http://kaosgl.org/sayfa.php?id=27408> (8 Nisan 2019).

Özdemir, Esen (röp.). "Canan Arın Anlatıyor: Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Suçlar", 5Harfliler. 23 Şubat 2017. <http://www.5harfliler.com/canan-arin-anlatiyor-turk-ceza-kanununda-cinsel-suclar/> (13 Nisan 2019).

Şimşek, Dilara. "Kadın Düşmanı Taslak", BirGün. 3 Mayıs 2019. <https://www.birgun.net/haber-detay/kadin-dusmani-taslak.html> (8 Mayıs 2019).

"Nafaka Düzenlemesinde Sona Yaklaşıyor", CNN Türk. 1 Mayıs 2019. <https://www.cnnturk.com/turkiye/nafaka-duzenlemesinde-sona-yaklasiliyor> (8 Mayıs 2019).

“Karısını Öldürüp Parçalara Ayıran Adam: Yemeği Salçalı Yaptığı İçin Öldürdüm”, Haberler.com. 17 Mart 2017. <https://www.haberler.com/ozel-haber-salcaya-kizip-karisini-dogramis-9384525-haberi/> (12 Mayıs 2019).

Kararlar

İptal Davası / İtiraz Yolu Başvuruları

AYM E. 1963/143, K. 1963/167, K.T. 26.06.1963.

AYM E. 1963/132, K. 1966/29, K. T. 28.06/1966.

AYM E. 1963/148, K.1963/256, K.T. 25.10.1963.

AYM E. 1966/30, K. 1967/9, K.T. 02.03.1967.

AYM E. 1968/13, K. 1968/56, K.T. 28.11.1968.

AYM E. 1973/10, K. 1973/12, K.T. 02.03.1973.

AYM E. 1985/8, K. 1986/27, K.T. 26.11.1986.

AYM E. 1988/4, K.1989/3, K.T. 12.01.1989.

AYM E. 1990/30, K. 1990/31, K.T. 29.11.1990.

AYM E. 1993/23, K. 1993/55, K.T. 02.12.1993.

AYM E. 1996/15, K. 1996/34, K.T. 23.09.1996.

AYM E. 1996/15, K. 1996/34, K.T. 23.09.1996.

AYM E. 1996/10, K. 1996/40, K.T. 22.10.1996.

AYM E. 1997/27, K. 1998/43, K.T. 30.06.1998.

AYM E. 1997/45, K. 1998/48, K.T. 16.07.1998.

AYM E. 1997/61, K. 1998/59, K.T. 29.09. 1998.

AYM E. 1998/3, K. 1998/28, K.T. 23.06.1998.

AYM E. 1999/27, K. 1999/42, K.T. 24.11.1999.

AYM E. 2000/39, K. 2002/35, K.T. 20.03.2002.

AYM E. 2001/478, K. 2004/38, K.T. 25.03.2004.

AYM E. 2004/30, K.2008/55, K.T. 07.02.2008.

AYM E. 2005/151, K. 2008/37, K.T. 03.01.2008.

AYM E. 2005/56, K. 2009/94, K.T. 25.06.2009.

AYM E. 2006/166, K.2009/113, K.T. 23.07.2009.

AYM E. 2006/156, K. 2008/125, K.T. 19.06.2008.

AYM E. 2008/93, K. 2009/41, K.T. 05.03.2009.

AYM E. 2009/85, K. 2011/49, K.T. 10.03.2011.

AYM E. 2010/119, K. 2011/165, K.T. 08.12.2011.

AYM E. 2011/51, K. 2012/32, K.T. 01.03.2012.

AYM E. 2011/136, K.2012/72, K.T. 17.05.2012.

AYM E. 2012/103, K. 2013/105, K.T. 03.10.2013.

AYM E. 2013/119, K. 2013/141, K.T. 28.11.2013.

AYM E. 2013/57, K. 2013/162, K.T. 26.12. 2013.

AYM E. 2014/118, K.2015/35, K.T. 01.04.2015.

AYM E. 2014/36, K. 2015/51, K.T. 27.05.2015.

AYM E. 2015/79,K. 2017/64, K.T. 29.11.2017.

AYM. E. 2015/68, K. 2017/166, K.T. 29.11.2017.

AYM E. 2016/132, K. 2017/154, K.T. 26.12.2017.

AYM E. 2017/130, K. 2017/165, K.T. 29.11.2017.

Bireysel Başvuru Kararları

A.Z.Ö. Başvurusu, B. No: 2014/546, K.T. 19.12.2017.

Ayten Yıldırım Başvurusu, B. No: 2014/1826, K.T. 20.07.2017.

Deniz Altınbaş ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2014/2033, K.T. 26.10.2017.

Gülbu Özgüler Başvurusu, B.No: 2013/7979, K.T. 11.11.2015,

Gülsim Genç Başvurusu, B. No: 2013/4439, K. T. 06.03.2014.

Hayriye Özdemir Başvurusu, B. No: 2013/3434, K.T. 25.06.2015.

M.K. Başvurusu, B.No: 2015/13077, K.T. 12.06.2018.

Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B.No: 2014/5836, K.T. 16.04.2015.

Nurcan Yolcu Başvurusu, B. No: 2013/9880, K. T. 11.11.2015

Ö.T. Başvurusu, B. No: 2015/16029, K.T. 19.02. 2019

Sadika Şeker Başvurusu B.No: 2013/1948 K.T. 23.01.2014

Sahra Bayraktar Başvurusu, B. No: 2015/9211, K.T. 29.11.2018.

Sevim Akat Eşki Başvurusu, B. No: 2013/2187, K.T. 19.12.2013.

Sinem Hun Başvurusu, B. No: 2013/5356, K.T. 08.05.2014

Z.A. Başvurusu B.No: 2013/2928, K.T. 18.10.2017.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2012/5312, K. 2014/3732, K.T. 20.03.2014.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2014/20471, K. 2015/8704, K.T. 28.04.2015.

Askerî Yargıtay 3. Daire Kararı E. 2016/175, K.2016/199, K.T. 29.03.2016.

Yargıtay 18. Ceza Dairesi E: 2015/43173, K: 2017/12615, K.T. 08.11.2017.

AIHM Kararları

Lucie Hagmann- Hüsler v. İsviçre B.No: 8042/77 K.T. 15.12.1977.

Opuz v. Türkiye, B. No: 33401/02, K.T. 09. 06. 2009.

Özpınar v. Türkiye, B. No. 20999/04, K.T. 19.10.2010.

Smith ve Grady v. Birleşik Krallık, B. No: 33985/96 ve 33986/96 K.T. 27.09.1999.

Ternovszky v. Macaristan, B. No: 67545/09, K.T. 14.12.2010.

Ünal Tekeli v. Türkiye, B No. 29865/96, K. T. 16.11. 2004.

Y.Y. v. Türkiye, B. No: 14793/08, K.T. 10.03.2015.