

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yasaklanan Ayrımcılık Temeli Olarak Cinsel Yönelim

Sexual Orientation as a Base of Discrimination Prohibited in the Light of European Human Rights Court and The Turkish Constitutional Court Decisions

Hüseyin Ali KUDRET* 

Öz

Eşitlik ilkesi ve bu ilkenin koruduğu hukuki menfaatin olumsuz ifadesi olan ayrımcılık yasağı, herkese eşit muamele yapılmasını, insanlar arasında ayırım yapılmamasını amaçlayan temel ilkelerdir. Demokratik toplumların temel yapı taşlarından biri olmakla birlikte, insan hakları hukukunun üzerine kurulduğu temel kavramlardır. Nitekim ulusal mevzuatlarda ve birçok uluslararası sözleşmede de düzenlenmiş ve uluslararası buyurucu kural haline gelmiştir. Bu çalışmanın konusunu, bu ilkeyle yasaklanan ayrımcılık temeli olarak cinsel yönelim oluşturmaktadır. Çalışmada, heteroseksüellik dışındaki cinsel yönelimlere sahip insanların maruz kaldığı ayrımcılıkların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesince nasıl ele alındığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 14 ve Anayasa madde 10 bağlamında ele alınmıştır. Bu çerçevede mahkeme kararlarından karşılaştırmalı olarak örnek verilerek, bu ayrımcılık türünün Türk Anayasa Mahkemesince nasıl ele alınması gerektiği konusuna katkı sunmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık Yasağı, Cinsel Yönelim, Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Şüpheli Kategoriler.

Abstract

The principle of equality and the prohibition of discrimination, which is a negative expression of the legal interest that this principle protects, are the basic principles aiming to treat everyone equally and not to discriminate between people. In addition to they are one of the basic building blocks of democratic societies, they are the basic terms on which human rights law is established on. As a matter of fact, it has been regulated in national legislation and many international conventions and has become an international compelling law. The subject of this study is sexual orientation as the basis of discrimination prohibited by this principle. In this study, how the discrimination faced by people with sexual orientations other than heterosexuality is handled by the European Court of Human Rights and the Turkish Constitutional Court are discussed in the context of Article 14 of the European Convention on Human Rights and Article 10 of

* Stajyer Avukat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, E-Mail: huseyin.ali.kudret@gmail.com

the Constitution. In this context, it is aimed to contribute to the subject of how this type of discrimination should be handled by the Turkish Constitutional Court by giving comparative examples from the courts' decisions.

Keywords: Principle of Equality, Non-Discrimination, Sexual Orientation, Discrimination on the Basis of Sexual Orientation, European Court of Human Rights, Turkish Constitutional Court, Suspicious Categories.

GİRİŞ

Ulusal ve uluslararası mevzuatlarda temel ilkelerden biri olan “eşitlik ilkesi” veya bunun olumsuz ifadesi olan “ayrımcılık yasağı” düzenlenmiştir. Bu ilke/yasak, tüm demokratik devletlerin köşe taşlarından biridir ve kanun önünde eşitlik, fırsat eşitliği gibi birçok boyutu bulunmaktadır. Bazı haklarla birlikte(örneğin adil yargılanma) ele alındığında ise bu kavram daha da genişlemektedir. Ayrıca günümüzde bu ilkenin/yasağın uluslararası buyurucu kural(**jus cogens**) olduğunu söyleyebiliriz. Bu düzenlemelerin amacı, benzerleriyle olumsuz yönde farklı muameleye uğrayan kişilerin haklarını korumak, insan onuruna veya saygınlığına yönelik saldırıları önlemektir. Bu düzenlemelerde herhangi bir ayrımcılık sebebi gözetilmeden herkesin eşit olduğu temel prensibi vardır. Şüphesiz ki cinsel yönelim de açıkça yazılmamış olsa da yasaklanan ayrımcılık temellerinden biridir.

Ancak her ne kadar devletler, bu uluslararası sözleşmelerle, ulusal mevzuatlarla her türlü ayrımcılığı yasaklayıp eşitliği gerçekleştirmeye çalışıyor olsalar da günümüzde de ülkemizde ve birçok ülkede “normal” kabul edilen heteroseksüellik dışındaki cinsel yönelimler veya “farklı” cinsiyet kimlikleri ayrımcılığa uğrayabilmektedir. Bu ayrımcılık türüne literatürde “cinsel yönelim temelinde ayrımcılık” denilmekte ve eğitim hayatından iş ve sosyal hayata uzanan birçok alanda, temel hizmetlerden, temel insan haklarından yararlanmada eşitsizlik, psikolojik veya fiziksel şiddet gibi birçok şekilde kendini göstermektedir.

Cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın ülkemizde ve birçok ülkede hâlâ ciddi sorun olması sebebiyle, bu çalışma ile bir kez daha ele alınıp, bu temelde ayrımcılığın ortaya çıkardığı sorunların ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği konusunda fikir verilmesi amaçlanmıştır. Ancak çalışmada bu ayrımcılığın ortaya çıkardığı sorunlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) kararlarıyla sınırlandırılmış ve mahkemenin bunu nasıl ele aldığı konusu ise Türk Anayasa Mahkemesinin(AYM) yaklaşımı ile karşılaştırılarak incelenmiştir.

Bu amaçla hazırlanan çalışmanın ilk bölümünde kavramsal çerçeve çizilip eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, cinsel yönelim ayrımcılığı gibi kavramlar açıklanmaya çalışılmıştır. Eşitlik ilkesi ve bu ilkeyle korunan hukuki menfaatin olumsuz ifadesi olan ayrımcılık yasağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS) ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile sınırlı olarak incelenmiştir. Bu kapsamda kavramlar tarihsel boyutta ele alınmamıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise AİHM ve AYM kararlarında ayrımcılık iddialarının nasıl değerlendirildiği ve cinsel yönelimde ayrımcılığın nasıl ele alındığı konusuna değinilmiştir. Mahkemelerin kararlarına esas teşkil eden AİHS m.14 ve Anayasa m.10 düzenlemeleri kapsamında bazı kararlar incelenmiş olup, AİHS Ek Protokol 12 bağlamında kararlara yer verilmemiştir. Ayrıca Türk Anayasa Mahkemesi açısından cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa ilişkin bireysel başvuru kararlarının sınırlı olması sebebiyle AYM'nin somut norm denetimi yaptığı bazı kararlarına da yer verilmiştir. Ancak mahkemenin doğrudan cinsel yönelim ayrımcılığı yapıldığından bahisle ihlal kararı verdiği kararlara ulaşamadığından, AİHM'den farklı olarak AYM kararları incelenirken, ihlal kararı verilmemiş kararlar değerlendirilmiş ve AİHM ile karşılaştırma yapılmak istenmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki “farklı” cinsiyet kimliği temelinde ayrımcılığın ileri sürüldüğü bazı kararlar da cinsel yönelim temelinde ayrımcılık kapsamında değerlendirilmiştir.

I. EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI BAĞLAMINDA CİNSEL YÖNELİM TEMELLİ AYRIMCILIK: KAVRAM VE TANIMLAR

A. Genel Olarak

İnsan hakları hukukunun, dünya üzerindeki tüm insanların ortak temel haklardan faydalanması düşüncesinin bir uzantısı olan eşitlik ilkesi, demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından biridir.¹ Bundan dolayıdır ki insan haklarını içeren tüm belgelerde eşitlik ilkesi ve onun bütünüleyicisi ayrımcılık yasağı düzenlenmekte; hatta bunlardan bazılarında ise belirli ayrımcılık biçimlerine karşı özel koruma sağlayan düzenlemeler dahi yer alabilmektedir.²

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kavramları, birbirini bütünüleyen ve birbirinden ayrılmaz kavramlar olması³ dolayısıyla birlikte değerlendirilmesi gereken kavramlardır. Zira eşitlik ilkesinin bütünüleyicisi olan ayrımcılık yasağındaki temel amaç, toplumsal eşitsizliklerin giderilmesidir.⁴ Dolayısıyla aynı temel prensibin aslında biri pozitif, diğeri negatif ifadesidir.⁵ Bu sebeple çoğu kez birbiri yerine kullanılabilir.⁶ Birlikte değerlendirilmesi gereken bu kavramlardan özellikle çalışma açısından önem arz eden bir düzenleme olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki (AİHS) ayrımcılık

1 Ayşe Özkan Duvan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2, 2017, s.18.

2 A.e.

3 Mesut Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi 11.Kongre Özel Sayısı, 2010, s.221 (çevrimiçi) <http://calismatoplum.org/sayi25/gulmez.pdf> (Erişim Tarihi: 25.05.2020).

4 Burçak Keleş, “Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Cinsiyet ve Cinsel Yönelim”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2019, s.3.

5 Duvan, a.g.e., s.18; Ulaş Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, *Anayasa Yargısı*, C.31, S.1, 2015, s.237.

6 Nitekim Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının bazen aynı şeyi ifade etmek için kullanılabilen kavramlar olduğunu belirtmiştir. Bkz. AYM[GK], *Tuğba Arslan*, B.No: 2014/256, 25/06/2014, para.107.

yasağının anlaşılabilmesi için öncelikle eşitlik ilkesinin anlaşılabilmesi gerekmektedir.⁷ Dolayısıyla birbirini bütünlleyen bu kavramlar ayrı ayrı ele alınacaktır.

B. Eşitlik İlkesi

Kavram olarak eşitlik, iki ya da daha çok şeyin yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne eksik ne de fazla olmaması durumudur.⁸ Benzer şekilde Türk Dil Kurumu genel sözlükte bu kavram, “iki veya daha çok şeyin eşit olması durumu, denklik, müsavilik, müsavat, muadelet” olarak tanımlanmıştır.⁹ Toplumsal yaşantıda ise bu kavram tüm insanların eşit olması durumunu ifade eder.¹⁰ Ancak bu durumun mutlak şekilde mümkün olmaması sebebiyle kavramın aslında olgusal değil normatif karakterli olduğu söylenebilir.¹¹ Yani bütün insanların eşit olması gerektiği inancı ve bu kapsamda herkesin eşit muamele görmesi gerektiği, eşit işleme tabi olması gerektiği inancını ifade eder.¹²

Eşitlik, yalnızca insan hakları hukuku açısından değil, düşünce tarihi açısından da çok eski tartışmalara konu olmuş bir kavramdır.¹³ Bu kavramın aldığı anlam, içinde bulunduğu dönemin toplumsal şartlarına ve değer yargılarına göre şekillenmiş, tarihsel süreçte birçok kez dönüşüme uğramış ve tarihte yapılan eski tanımlamaların değerini kaybetmesine sebep olmuştur.¹⁴ Modern anlamda eşitlik kavramı ise ancak feodal toplum yapısının aşınmaya başladığı 17. yüzyılda kendini göstermeye başlamıştır. Zira 17. yüzyıl düşünürlerinden John Locke 1660 yılında “Hükümet Üzerine İki İnceleme” adlı eserinde insanların doğalarının bir gereği olarak bağımsız, eşit ve özgür olduklarını ve eşitliğin siyasal sistemin temel ilkelerinden biri olduğunu savunmuştur. 18. yüzyıla gelindiğinde ise bu dönem düşünürlerinden olan Rousseau, “İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı” adlı eserinde eşitsizliğin kötülüklerinden bahsetmiş¹⁵ ve yasaların gücünün her zaman eşitliği sürdürmeye çalışması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶ Bu tarihsel süreçlerin sonucu olarak, başlangıçta sınıf farklılıklarını ortadan kaldırmaya yönelik olan eşitlik kavramı, zamanla mutlak

7 Keleş, a.g.e., s.3.

8 Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s.17’ den aktaran, Bilge Esin Kibar, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2010, s.4.

9 Türk Dil Kurumu Genel Sözlük (çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 26.05.2020)

10 Kibar, a.g.e., s.4

11 W.T. Blackstone, “On The Meaning And Justification of Equality Principle”, **Ethics**, C.77, S.4, 1967, s.240’dan aktaran, Kibar, a.g.e.,s.4.

12 Kibar, a.g.e., s.4.

13 Keleş, a.g.e., s.4

14 Hayrettin Eren, **Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu**, Ankara, Hukuk Yayınları Dizisi, 2016, s.87’den aktaran, Keleş, a.g.e., s.4.

15 Duvan, a.g.e.,s.19.

16 Jean Jacques Rousseau, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma**, çev. Rasih Ruhi İleri, 15.bs., y.y., Say Yayınları,2018, s.49’dan aktaran, Keleş, a.g.e., s.14.

eşitlik, nispi eşitlik, pozitif ayrımcılık, ayrımcılık yasağı gibi eşitliğin farklı boyutları şeklinde kendini göstermiştir.¹⁷

Bu değişim ve dönüşüm sebebiyle eşitlik, tarihsel süreç içerisinde farklı şekillerde ve farklı kapsamlarda hukuk kuralı haline getirilmiştir.¹⁸ İlke olarak da eşitlik ilk defa Kuzey Amerikan kolonilerinin “Bill of Rights”larında norm haline getirilmiştir.¹⁹ Bütün insanların eşit olduğu düşüncesi ise ancak Amerikan ve Fransız devrimleriyle yerleşmiştir. Bu modern eşitlik anlayışının ilk resmi ifadesi 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Anayasası’nın başına konmuş olan Halklar Bildirgesi’nde²⁰ kendini göstermiştir.²¹ Aynı yıl açıklanan Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi’nde²² de bu eşitlik anlayışı hâkimdir.²³ Zira her iki bildirmede de tüm insanların doğuştan eşit ve özgür olduğu ifade edilmiştir. Aynı şekilde 1789’da ilan edilen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nde²⁴ de tüm insanların doğuştan özgür ve eşit oldukları vurgusu yapılmış ve sosyal farklılıkların ancak kamu yararına dayanabileceği hükmü getirilmiştir.²⁵ Türk hukuk tarihinde ise 1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanı’nda²⁶ eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Anayasal anlamda ise “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı” olarak ilk defa 1961 Anayasasında yer almasına karşın²⁷, eşitlik ilkesi biçiminde 1876²⁸ ve 1924²⁹ Anayasalarında da yer almıştır.³⁰ Günümüzde ise bu ilke gerek uluslararası sözleşme ve bildirmelerde gerekse Türkiye Anayasasında ayrımcılık yasağıyla birlikte düzenlenmiştir.

Eşitlik kavramı çerçevesinde eşit işlem görme her durumda arzu edilebilir bir durum değildir. İnsanlar kimi durumlarda farklılıklarının değerlendirilip nazara alınmasını talep edebilir. Böylece farklı olma veya farklı işleme tabi tutulmayı isteme hakkı da eşitlik ilkesinin bir görünümü olarak ortaya çıkar.³¹ Nitekim hukuk düzeninde de bu durum öyledir. Burada eşitliğin iki görünümünden bahsedilebilir:

17 Eren, **a.g.e.**, s.87’ten aktaran, Keleş, **a.g.e.**, s.4.

18 Ulaş Karan, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.36’dan aktaran, Keleş, **a.g.e.**, s.14.

19 Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku**, 5.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.391.

20 Virginia İnsan Hakları Bildirgesi Madde 1 şöyle düzenlenmiştir: “Tüm insanlar doğuştan eşit derecede özgür ve bağımsızdırlar. Doğar doğmaz edindikleri belli bazı hakları vardır; siyasal bir topluluk kurdukları zaman, hiçbir antlaşmayla gelecek nesilleri bu haklardan yoksun bırakamaz, onları bu haklardan vazgeçmeleri için zorlayamazlar; yaşama ve özgürlük haklarıyla, mülk edinme ve sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve kazanma olanağı da bunların arasındadır.” (Çevrimiçi) https://tr.wikisource.org/wiki/Virginia_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Bildirgesi (Erişim Tarihi: 26.05.2020).

21 Öden, **a.g.e.**, s.68’den aktaran, Keleş, **a.g.e.**, s.15.

22 <https://www.ushistory.org/declaration/document/> (Erişim Tarihi: 26.05.2020)

23 Keleş, **a.g.e.**, s.15.

24 https://tr.wikisource.org/wiki/%C4%B0nsan_ve_Yurtta%C5%9F_Haklar%C4%B1_Bildirisi (Erişim Tarihi: 26.05.2020).

25 Duvan, **a.g.e.**, s.19.

26 Tanzimat Fermanı, 1-i, <http://www.anayasa.gen.tr/tanzimatfermani.htm> (Erişim Tarihi: 27.05.2020)

27 1961 Anayasası, m.12 <http://www.anayasa.gen.tr/1961ay.htm> (Erişim Tarihi: 27.05.2020).

28 1876 Anayasası m.17 <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/oncelki-anayasalar/1876-k%C3%A2n%C3%BBn-ies%C3%A2s%C3%AE/> (Erişim Tarihi: 27.05.2020).

29 1924 Anayasası m.69 <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/oncelki-anayasalar/1924-anayasasi/> (Erişim Tarihi: 27.05.2020).

30 Duvan, **a.g.e.**, s.19.

31 İbrahim Ö. Kabaoğlu, **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuki Yapısı**, 6.bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2002, s.20’den aktaran, Kibar, **a.g.e.**, s.4.

mutlak eşitlik ve nispi eşitlik. Mutlak eşitlik, kişilerin kişisel veya özel durumlarına bakılmaksızın, kanunların herkese eşit olarak uygulanması iken³²; nispi eşitlik, aynı durumda bulunanların aynı işleme tabi tutulmasıdır.³³ Dolayısıyla eşitliğin aslında mutlak bir niteliği olmadığı; kimi zaman farklı özellikleri bulunan insanlara bu özellikleri dikkate alınmaksızın eşit işlem uygulanmasını, kimi zaman da bu farklı özelliklerin dikkate alınıp farklı işlem uygulanmasını gerekli kılan bir kavram olduğu sonucuna ulaşılabilir.³⁴

Eşitliğin hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Bu konuda doktrinde, hukuk devleti ilkesinin içinde yer alan ilke, bir temel hak ya da devlet yönetimine hâkim olan bir temel ilke olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır.³⁵ Bu ilke, eşit işlem görmeyi veya ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurduğu için bir hak olarak kabul edilebileceği gibi, devlet organları ve idare makamlarına eşit işlem yapmaları konusunda verilmiş bir emir niteliğinde olduğu için devlet yönetimine hakim olan bir temel ilke olarak da kabul edilebilir.³⁶ Türk hukuku açısından bakıldığında bu ilke, Anayasanın “genel esaslar” kısmında düzenlenmiş olması sebebiyle, sistematik yoruma göre, devlet yönetimine hakim olan temel ilke olarak kabul edildiği söylenebilir.³⁷ Nitekim Anayasa Mahkemesi (AYM) de eşitlik ilkesini bağımsız bir ilke olarak değil, hukuk devletinin bir unsuru olarak değerlendirmiştir.³⁸ Ancak bu, eşitlik ilkesinin aynı zamanda bir hak olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.³⁹

C. Ayrımcılık Yasağı

Birçok uluslararası sözleşmede ayrımcılık yasaklanmasına rağmen, kavramın tanımı doğrudan yapılmamıştır.⁴⁰ Bu kavramı en genel haliyle “Kamusal veya özel yaşamda, insan haklarını eşitlik temelinde tanınmasını, haklardan yararlanılmasını veya hakların kullanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacını taşıyan veya böyle bir etki doğuran, herhangi bir ayrımcılık temelinde dayanan, herhangi bir fark gözetme, dışlama, sınırlama veya kısıtlama ya da öncelik tanıma veya taciz ya da bir başkasına yönelik ayrımcılık yapılması talimatı veya örneğin engellilik, din veya inanç temelinde herhangi bir kişinin veya kuruluşun, bir hükmün, ölçütün veya uygulamanın beraberinde getirdiği dezavantajları kaldırmak için uygun tedbirlerin alınmaması”⁴¹ durumu

32 Mutlak eşitliğin ifadesine Anayasa m.10/1’de yer alan “herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” hükmü örnek olarak verilebilir.

33 Kalabalık, **a.g.e.**, s.392. Anayasa Mahkemesi, kararlarında nispi eşitliğin ifadesine yer vermiş ve nispi eşitliğin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı vurgusunu yapmıştır. Bu kararlara örnek olarak, AYM, E.1997/74, K.1998/69, K.T. 17/11/1998.

34 Kibar, **a.g.e.**, s.4,5.

35 Kalabalık, **a.g.e.**, s.392.

36 Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 4.bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 1995, s.113’ten aktaran, Kalabalık, **a.g.e.**, s.392.

37 A.e.

38 Duvan, **a.g.e.**, s.19; AYM, E.1970/1, K.1970/31, K.T. 16/06/1970.

39 Serap Yazıcı, **Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkinlikten Tolum Sözleşmesine**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, 2011, s.187; Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2004,s.107; Ulaş Karan, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (ed. Sibel İnceoğlu), 3.bs., İstanbul, Beta, 2013, s.460 eserlerinden aktaran, Kalabalık, **a.g.e.**, s.392.

40 Duvan, **a.g.e.**, s.19.

41 Karan, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, s.461’den aktaran, Kalabalık, **a.g.e.**, s.398.

olarak tanımlayabiliriz. Bu tanımdan yola çıkarak, eşitlik ilkesinin bütünleyicisi, negatif ifadesi olan ayrımcılık yasağı, tüm insanların, farklı diğer özellikleri bir kenara bırakılarak, sadece “insan” olmaları sebebiyle sahip oldukları “insan onuru” gereği, hak ve özgürlüklerden yararlanırken farklı işlem ve uygulamalarla karşılaşmamaları gerektiğini ifade eder.⁴² Yani kısaca, herkese eşit muamele yapılması temel prensibinin bir sonucu olarak, insanlar arasında ayırım yapılmaması gerektiğini ifade eder. Zira, eşitlik ilkesi, korunan aynı hukuki değer in olumlu bir ifadesi iken, ayrımcılık yasağı olumsuz ifadesidir. Bir kişi veya kişi grubu ayrımcılığa maruz kalmıyorsa eşit muamele görüyordur; eşit muamele görmüyorsa ayrımcı muamele ye maruz kalmıştır.⁴³

Kişilere ya da gruplara, insan haklarından yararlanırken, farklı muamelede bulunarak ayrımcılık yapılması durumunda, ayrımcılığa uğrayan kişi ya da gruplar tarafından söz konusu hak ve özgürlükler ya hiç kullanılmayacak ya da eksik kullanılacaktır. Bu da insan haklarının uygulama alanını daraltacak ve fonksiyonunu kaybetmesine yol açacaktır.⁴⁴ Ancak eşitlik ilkesini açıklarken bahsettiğimiz üzere bazen, nispi eşitliğin bir gereği olarak benzer durumdakilere benzer; farklı durumdakilere farklı muamele uygulama yükümlülüğünün yerine getirilmesi de gerekebilir. Aksi takdirde aşağıda bahsedileceği gibi dolaylı ayrımcılık durumu ortaya çıkabilir. Bunun için de insanların çeşitli özellikleri referans alınarak ayrımlar yapılması gerekecektir. Ancak bu ayrımların yasak temeller referans alınarak (örneğin din, dil, cinsiyet vb.) yapılması ayrımcılık yasağı ihlaline sebep olacaktır. Dolayısıyla, yukarıda tanımlama yaparken kullanmış olduğumuz “insanlık onuru”, hangi ayrımların yasağın ihlali ile sonuçlanacağını göstermek bakımından bir ölçüt olarak kabul edilebilir.⁴⁵

Ayrımcılık yasağı, çeşitli uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiş ve sözleşmedeki haklar bakımından ayrımcılık yasaklanmıştır. Bunlara özellikle, Birleşmiş Milletler (BM) bünyesindeki Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesi, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesi, Avrupa Konseyi (AK) bünyesindeki AİHS'nin 14. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi ve Afrika İnsan Halkların Hakları Şartı'nın 2. maddesi verilebilir.⁴⁶ Yine uluslararası bildirge niteliğinde olan BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) m.1'de eşitlik ilkesi düzenlenirken, m.2'de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir.⁴⁷ Bu sözleşmelerde (ve çeşitli bildirgelerde) düzenlendiği biçimiyle ayrımcılık yasağında amaç, bir kişi veya kişi grubunun karşılaştığı muamele ile ilgisi olmayan ve etkisiz bir özelliğinin, muamelenin belirleyici bir ögesi olarak kullanılmasına karşı bu kişi veya kişi grubunu korumaktır.⁴⁸ Dolayısıyla bu sözleşmelere taraf olan devletler, kendi ülkelerinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan tüm bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da

42 Mesut Gülmez, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Ankara, Belediye İş Yayınları, 2009, s.5'ten aktaran, Keleş, a.g.e., s.19.

43 Kibar, a.g.e., s.5.

44 A.e., s.3'ten aktaran, Keleş, a.g.e., s.19.

45 Kibar, a.g.e., s.5.

46 Duvan, a.g.e., s.20.

47 Bkz. İHEB, (çevrimiçi) https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/eng.pdf (Erişim Tarihi:30.05.2020).

48 İdil Işıl Gül, Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s.7'den aktaran, Keleş, a.g.e., s.18.

başka düşünce, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ve benzeri statüler bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin, ilgili sözleşmelerde tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür.⁴⁹

Önemle belirtmek gerekir ki, devletlerin negatif anlamda ayrımcılığın yasaklaması ve buna karşı önlem alması dışında (yani kişilerin ayrımcılık unsurlarından birine dayanılarak eşitlerinin sahip olduğu hak ve yetkilerden yararlanmasının sağlanması dışında), pozitif ayrımcılık olarak adlandırılan dezavantajlı bireyler lehinde olumlu önlemlerle eşitliğin fiilen sağlanması hususunda ayrımcılığa karşı pozitif anlamda yükümlülükleri de vardır.⁵⁰ Bu kapsamda örneğin kamu hizmetine girişte ve yükselmeye kadınlara pozitif ayrımcılık yapılması, devletlerin fiili eşitliği sağlamadaki pozitif yükümlülüğünü ifade eder. Nitekim Türk hukukunda da bunun örneği Anayasanın 10. maddesine 7 Mayıs 2004 tarihinde eklenen “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” hükmünde görülmektedir.

1. Doğrudan ve Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

Sözleşmelerde kullanılan ayrımcılık kavramı, temelde doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık olarak iki türde ele alınmaktadır. Doğrudan ayrımcılık, kişilerin veya kişi gruplarının, kendileriyle benzer durumda olan diğer kişi veya gruplara nazaran hak ve özgürlüklerden eşit yararlanmayı engelleyen ya da zorlaştıran her türlü muameleyi ifade ederken⁵¹; dolaylı ayrımcılık ise, görünüşte eşitliği gözetilen düzenlemelerin, belirli bir gruba dahil olan kişileri, bu grubun dışında kalan diğer kişilere kıyasla dezavantajlı konuma getirilmesini ifade eder.⁵²

Salt cinsiyete veya cinsel yönelime dayalı ücret farklılıkları doğrudan ayrımcılığı oluşturabilecekken; AİHM'nin ihlal kararı verdiği *Thlimmenos v. Yunanistan* kararında olduğu gibi, herkese eşit şekilde uygulanan bir düzenleme de dolaylı ayrımcılığa sebebiyet verebilir. Nitekim başvuruya konu olayda, sözleşmeli muhasebeci görevine atanma koşuluna ağır bir suçtan dolayı mahkûm olmama şartı getiren eşitlikçi düzenleme mevcuttur. Ancak başvuru, dini inancından dolayı askeri üniforma giymemesinden ötürü mahkûm edilmiştir. Dolayısıyla bu düzenleme, dini inancından dolayı mahkûm edilme durumunu da kapsamakta ve başvuruçunun atanma durumunun reddedilmesine neden olmaktadır. Bu da dolaylı ayrımcılığa yol açmaktadır. Zira başvuruya konu olaydaki düzenlemedeki şartın herkese uygulanması sebebiyle eşit gibi görünen düzenleme olsa da Mahkeme, ağır bir suçtan mahkûm olmuş diğer kişilerden farklı tutulmaması, diğer bir deyişle farklı özellikteki kişiler arasında eşit muamelede bulunulması sebebiyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵³ Görüleceği üzere, doğrudan ayrımcılıkta kişilere yönelik farklı muamele söz konusu iken;

49 Duvan, a.g.e., s.21.

50 A.e., s.24.

51 İlyas Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, 2.bs., Ankara, Astana Yayınları, 2015, s.693'ten aktaran, Duvan, a.g.e., s.22.

52 Duvan, a.g.e., s.22.

53 *Thlimmenos v. Yunanistan* [BD], No.34369/97, 6 Nisan 2000, para.46-48.

dolaylı ayrımcılık durumunda ise bir gruba yönelik ayrımcı etki ve sonuç doğuran aynı muamele söz konusudur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, birbirinin bütünleyicisi olan eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı, Dünya İnsan Hakları Konferansı⁵⁴nda da nitelendirildiği üzere “uluslararası insan hakları hukukunun temel kuralı”dır.⁵⁵ Ayrıca, ayrımcılık yasağının uluslararası buyurucu kural (**ius cogens**) kural olduğu yani uluslararası kamu hukukunun, çekince konulamaz temel amir hükmü haline geldiği kabul edilmektedir.⁵⁶ Çeşitli uluslararası sözleşmelere konu olan bu yasağın kapsamında bazı farklılıklar olsa da temel olarak maddelerin ortak özelliğinin, ilgili sözleşmelerde yer alan haklar konusunda ayrımcılığı yasaklamış olduğu söylenebilir. Dolayısıyla ayrımcılığı yasaklayan bu maddeler bazı hallerde tek başına değil, sözleşmelerdeki diğer haklarla birlikte gündeme gelmektedir.⁵⁷

D. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine Göre Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı ile Ayrımcılığın Yasaklandığı Temeller

AİHS m.14 ve Ek 12 Numaralı Protokol m.1’de ayrımcılık yasaklanmasına rağmen ayrımcılığın tanımı doğrudan yapılmamıştır. Kavramın tanımı ancak AİHM içtihatları ile ortaya çıkmıştır.⁵⁸ İchtihatlarından çıkan bu tanıma göre “Bir muameledeki farklılık, nesnel ve makul bir haklılığa sahip değilse, başka bir deyişle meşru bir amaç izlemiyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç orantılı değilse, ayrımcılık söz konusudur.”⁵⁹ Sözleşmede eşitlik ilkesi ayrımcılık yasağı olarak düzenlendiğinden mahkeme ayrıca eşitlik ilkesinin tanımını yapmamıştır.⁶⁰

1982 Anayasası’nda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı olarak düzenlenen hüküm de yine ayrımcılık tanımı içermemektedir. AYM ise bu kavramı AİHM kararlarına gönderme yaparak benzer şekilde tanımlamıştır. Bu tanıma göre ayrımcılık kısaca, “nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi”dir⁶¹ ve “ayrımcılık yasağı ilkesi, din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını veya bu fırsatlardan mahrumiyetin reddini

54 Dünya İnsan Hakları Konferansı, 14-25 Haziran 1993 tarihleri arasında Viyana, Avusturya’da Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenmiştir. Soğuk Savaş’tan sonra düzenlenen ilk insan hakları konferansıdır. Konferans sonucunda Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı kabul edilmiştir.

55 Duvan, **a.g.e.**, s.21.

56 Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2010, s.295’ten aktaran, Duvan, **a.g.e.**, s.21,22.

57 Duvan, **a.g.e.**, s.22. Bu konuya detaylı şekilde ikinci bölümde değinilecektir.

58 Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s.238.

59 **A.e.** Ayrıca sözü edilen bu içtihatlarını oluşturan kararlara örnek olarak Bkz. *Belgian Linguistic Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of Languages in Education in Belgium” v. Belçika*[GK], No:1474/62, 1677/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23 Temmuz 1968, para.10; *Marckx v. Belçika*[GK], No:6833/74, 13 Haziran 1979, para.33; *Rasmussen v. Danimarka*, No:8777/79, 28 Kasım 1984, para.38.

60 Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s.238.

61 AYM[GK], *Tuğba Arslan*, B.No:2014/256, 25/6/2014, para.113. Mahkemenin atf yaptığı karar ise *Zarb Adami v. Malta*, No:17209/02, 20 Haziran 2006, para.71.

içerir”.⁶² AİHM’den farklı olarak AYM, içtihatlarında eşitlik ilkesini de tanımlamıştır. Zira Anayasa’da AİHS’den farklı olarak eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı olarak düzenlenmiştir. AYM eşitlik ilkesini şöyle tanımlamaktadır: “Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”⁶³

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının düzenlendiği her iki hükümde de (AİHS m.14 ve Anayasa m.10) yasaklanan ayrımcılık temelleri sınırlı sayıda değildir. Örneğin AİHS m.14’te “ayrımcılık yasağı” altında yer alan düzenlemede “cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından” demek suretiyle yasaklanan ayrımcılık temelleri sınırlı sayıda tutulmamıştır. Benzer ifadenin Ek 12 No’lu Protokol m.1’de de kullanıldığını, dolayısıyla bu madde bakımından da sınırlı sayıda ayrımcılık temeli yasaklanmadığını söyleyebiliriz. Nitekim AİHM de kararlarında, düzenlemede açıkça yer almamasına rağmen yaş⁶⁴, engellilik⁶⁵, medeni hal⁶⁶, sendika üyeliği⁶⁷, cinsel yönelim⁶⁸ gibi ayrımcılık temellerini de m.14 kapsamında değerlendirerek koruma altına almıştır.⁶⁹

Anayasa m.10’da da benzer şekilde “dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle” demek suretiyle yasaklanan ayrımcılık temelleri sınırlı sayıda tutulmamıştır. Nitekim AYM de eski bir kararında “Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasada yer alan en önemli kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Bu kural 1982 Anayasasında 1961 Anayasasına nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki; eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. “Benzeri sebeplerle” de ayırım yapılmayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılmayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır.”⁷⁰ demek suretiyle yasaklanan ayrımcılık temellerinin sınırlı sayıda olmadığına işaret etmiştir. Benzer şekilde bireysel başvuru kararında da mahkeme,

62 AYM[GK], *Tuğba Arslan*, para.114.

63 AYM[GK], *Tuğba Arslan*, para.112. Mahkeme bu tanıma daha önceki kararına atıfta bulunarak yinelemiştir. Sözü geçen bu karar AYM, E.2009/47, K.2011/51, K.T.: 17/3/2011.

64 Örneğin *Schwizgebel v. İsviçre*, No.: 25762/07, 10 Haziran 2010.

65 Örneğin *Pretty v. Birleşik Krallık*, No.: 2306/42, 29 Nisan 2002.

66 Örneğin *Petrov v. Bulgaristan*, No.: 15197/02, 22 Mayıs 2008.

67 Örneğin *Danilenkov ve Diğerleri v. Rusya*, No.: 67336/01, 30 Temmuz 2009.

68 Örneğin *Salgueiro da Siva Mouta v. Portekiz*, No.: 33290/96, 21 Aralık 1999; *Frette v. Fransa*, No.: 36515/97, 26 Şubat 2002; *S.L. v. Avusturya*, No.: 45330/99, 9 Ocak 2003; *Karner v. Avusturya*, No.: 40016/98, 24 Temmuz 2003; *E.B. v. Fransa[BD]*, No.: 43546/02, 22 Ocak 2008.

69 Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s.246,247.

70 AYM, E.1986/11, K.1986/26, K.T.: 4/11/1986.

“Anayasa’nın 10. maddesinin birinci fıkrasında “*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep*” sebeplerine dayanılarak ayırım yapılamayacağı belirtildikten sonra fıkranın devamında “*benzeri sebeplerle*” de ayırım gözetilmeyeceği belirtilmiştir. Böylece Anayasa koyucu bazı türde farklı muamelelere özel önem vermiş ve ismen saymış, ayrıca aynı fıkrada, “*benzeri sebepler*”le ayırım yapılamayacağı esası getirilmiş olmakla, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır.”⁷¹ diyerek yasaklanan ayrımcılık temellerinin madde metnindekilerle sınırlı olmadığını açıkça belirtmiştir.⁷² Dolayısıyla madde metninde yer alan ayrımcılık temelleri, AİHS’te olduğu gibi örnek niteliğindedir. Ancak AYM, AİHM gibi “benzeri sebepler” ifadesini net bir şekilde somutlaştıramamıştır.⁷³ Bireysel başvuru kararlarında cinsel yönelim, etnik köken ifadelerine açıkça yer verip somutlaştırmaya çalışmasına rağmen⁷⁴, “benzeri sebepler” ifadesinin kapsamına veya cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine dair açıklamada bulunmamıştır.⁷⁵ Ancak mahkemenin bu kararlardaki ifadelerinden cinsel yönelim ve etnik köken temelinde ayrımcılığın m.10 kapsamında yasaklanan ayrımcılık temellerinden saydığı söylenebilir.⁷⁶

1. Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık

Yukarıda da değinildiği üzere cinsel yönelim temelinde ayrımcılık ne AİHS’nde ne de 1982 Anayasası’nda açıkça yasaklanan ayrımcılık temeli olarak sayılmamasına rağmen mahkemeler nezdinde (AİHM ve AYM) bu ayrımcılık temelinin de yasaklandığı sonucuna ulaşabilir. Keza mahkemelerin, düzenlemelerde yasaklanan ayrımcılık temellerinin sınırlı sayıda olmadığı görüşlerine de yukarıda yer verilmişti. Bu çerçevede cinsel yönelim temelinde ayrımcılık yasağı gerek AİHS m.14 gerekse Anayasa m.10 bakımından koruma kapsamındadır. Yasaklanan ayrımcılık temeli olarak cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı anlayabilmek için bazı kavramlara kısaca değinmek gerekecektir. Ancak belirtmek gerekir ki bu kavramlar üzerine çeşitli araştırmacılar ve düşünürler tarafından farklı bakış açılarından birçok tanım yapılmakla birlikte bu çalışma bakımından kısa bir çerçeve çizilecektir. Ardından “yok sayılan” cinsel yönelim ve cinsiyet kimliklerine yapılan ayrımcılığa kısaca değinilerek cinsel yönelim temelinde ayrımcılık açıklanacaktır.

71 AYM[GK], *Tuğba Arslan*, para.146.

72 Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s.250.

73 A.e.,s.249.

74 Bu kararlara örnek olarak; AYM(İkinci Bölüm), *Sadika Şeker*, B.No.: 2013/1948, 23/1/2014; AYM(Birinci Bölüm), *Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya*, B.No.: 2013/1280, 28/5/2014.

75 Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s.249.

76 Mahkeme, *Sadika Şeker* kararında “başvurucunun ölen kardeşinin cinsel yönelimi nedeniyle ayrımcılığa uğradığı söylenemez.” İfadesini kullanmıştır. Bkz. AYM(Birinci Bölüm), *Sadika Şeker*, para.60. Diğer kararında ise “başvurucuların yargılamanın hiçbir aşamasında etnik kökenleri nedeniyle ayrımcılığa uğradıkları yönünde herhangi bir iddiayı ileri sürmedikleri” ifadesini kullanmıştır. Bkz. AYM(Birinci Bölüm), *Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya*, para.46.

a. Cinsiyet, Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Kavramları

Cinsiyet, iki ayrı çerçevede ele alınmaktadır: biyolojik/bedensel cinsiyet (**sex**) ve toplumsal cinsiyet (**gender**).⁷⁷ Biyolojik/Bedensel cinsiyet (**sex**), doğumda ya da ultrasonda, genital bölgenin görüntüsüne göre belirlenen tıbbi bir kategorilendirir.⁷⁸ Başka bir deyişle, kişinin doğduğu anda tanımlanan, üreme organlarına bakılarak ona verilen kadın veya erkek kimliğidir.⁷⁹ Toplumsal cinsiyet (**gender**) kavramı ise kadın ve erkeğin sosyal açıdan tanımlanması, toplumların kadın ve erkeği birbirinde ayırt etme biçimleri, onlara verdiği rolleri anlatmak için kullanılmaktadır.⁸⁰ Tanım olarak bu kavramı “farklı kültürlerde, farklı coğrafyalarda, ve farklı tarihsel zamanlarda toplumsal olarak inşa edilmiş ve kadınlar ile erkeklere yüklenmiş roller, nitelikler, davranışlar, aktiviteler ve sorumluluklar bütünü” olarak tanımlayabiliriz.⁸¹ Başka bir ifade ile doğumda atanan cinsiyetten farklı olarak bir insanı erkek, kadın veya başka bir kimlik olarak sınıflandırmak için kullanılan sosyal yapıdır.⁸² Bu sosyal yapıda kadınlara ve erkeklere farklı görevler yüklenmektedir. Örneğin ev içi işler daha çok kadının görevi olarak görülürken, evi geçindirme gibi dışarıya ait işler erkek işi olarak görülür. Benzer şekilde kadından “kadınsı, dişil” davranışlar sergilenmesinin beklenirken, erkekten “erkeksi, eril” davranışlar beklenir.⁸³

Bireyin kendini hangi cinsiyet üzerinden tanımladığı, hangi cinsiyete ait hissettiği ve hangi cinsiyetle özdeşleştiğiyle ilgili başka bir kavram olarak cinsiyet kimliği⁸⁴ ise, doğumla atanan cinsiyet veya toplumsal cinsiyetle uyumlu olsun veya olmasın, kişinin kendini kadın, erkek, trans, genderqueer⁸⁵ veya başka kimliklerde hissetmesi olarak tanımlanabilir.⁸⁶ Kişinin bu tanımlamalara göre bedensel cinsiyetle cinsiyet kimliğinin örtüşmediği duruma “trans” denilmektedir. Örneğin bedensel cinsiyeti dişil olan biri kendini erkek (trans erkek); bedensel cinsiyeti eril olan biri kendini kadın (trans kadın) olarak tanımlayabilir. Öte yandan kişi kendini kadın veya erkek kimliklerinin dışında başka kimliklerle de tanımlayabilir.⁸⁷

Cinsel yönelim ise, belli bir cinsiyetteki bireylere karşı süregelen derin duygusal, romantik ve cinsel çekimi ifade eder.⁸⁸ Yani, cinsiyet kimliği kişinin kendini hangi cinsiyetten hissettiği ile ilgiliyken,

77 Remzi Altunpolat, “LGBTİ'lere Yönelik Ayrımcılığı Tarihsel ve Politik Temelde Kavramak”, **Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi**, 2017, C.17, S.64, s.3; Asmin Güneş Karakaş, “Cinsel Yönelim Ayrımcılığının İşe Alım Niyeti Üzerindeki Etkisi: Deneysel Bir Çalışma”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İşletme Anabilim Dalı, Ankara, 2018, s.5.

78 LGBTQIA Resource Center Glossary (çevrimiçi), <https://lgbtqia.ucdavis.edu/educated/glossary> (Erişim Tarihi: 12.06.2020).

79 Altunpolat, **a.g.e.**, s.3

80 G. İçli, “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Küreselleşme”, **Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2018, S.30, s.135.

81 Altunpolat, **a.g.e.**, s.3.

82 LGBTQIA Resource Center Glossary , **a.g.e.**,(Erişim Tarihi: 12.06.2020)

83 Karakaş, **a.g.e.**, s.6.

84 Altunpolat, **a.g.e.**, s.3.

85 Bu kavram Türkçe’de de kullanılmakla birlikte tam bir çevirisi bulunmamaktadır. Ancak burada kullanılan anlamıyla, normatif kalıpların dışında cinsel kimlik olarak tanımlanabilir.

86 LGBTQIA Resource Center Glossary, **a.g.e.**,(Erişim Tarihi: 12.06.2020)

87 Altunpolat, **a.g.e.**, s.3.

88 Kaos GL, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İçin LGBT Hakları El Kitabı, 2.bs., Ankara, (yayınevi bilgisi yok), 2017, s.10

cinsel yönelim ise hangi cinsiyete ilgi duyduğu ile ilgilidir.⁸⁹ Kişinin kendi cinsiyetinden birine yönelmesi eşcinsellik; karşı cinsten birine yönelmesi heteroseksüellik ve her iki cinsiyete de yönelmesi biseksüellik olmak üzere üç tür cinsel yönelim olduğundan bahsedilebilir.⁹⁰ Eşcinsel kişi erkek ise gey; kadın ise lezbiyen adını alır. Ancak cinsel yönelimler akıcıdır ve kişiler cinsel yönelimlerini tanımlamak için başka etiketler kullanabilirler.⁹¹

Önemle belirtmek gerekir ki cinsel yönelim duyguları, sürekliliği ve kendiliğindenlik nosyonlarını içerdiği için cinsel davranıştan farklı olarak benliğin ve kişiliğin değiştirilemez bileşenidir.⁹² Dolayısıyla cinsel yönelim yerine sıkça kullanılan ve kişilerin duygusal ve cinsel çekim duyduğu kişilere gönüllü olarak bilinçli bir tercih yapmış olduğu izlenimi veren “cinsel tercih” ifadesi yanlıştır. Bu tabir aynı zamanda cinsel yönelimlerin tedavi edilebilir bir durum olduğu izlenimi de verebilmektedir.⁹³ Oysa cinsel yönelim bir tercih değildir. Ayrıca kişilerin kendi cinsel yönelimlerini bilmeleri için spesifik bir cinsellik deneyimine hatta cinsel bir deneyime de ihtiyaçlarının bulunmadığı kabul edilmektedir.⁹⁴

b. Heteroseksüellikten Farklı Cinsel Yönelimler ve Cinsiyet Kimliklerine Yönelik Ayrımcılık

Kadın ve erkeğe belli standart roller biçen ve bu çerçevede heteroseksüel olmayı bir norm olarak kabul eden toplumsal yapı, bu normun dışında kalan bireyleri kendi içine kabul etmemektedir.⁹⁵ Bunun bir sonucu olarak cinsel yönelimlerden biri olan eşcinsellik ve “farklı” cinsiyet kimlikleri toplumlarda kusur, hastalık, toplum için tehlikeli durum gibi görülerek dışlanmış hatta kimi ülkelerde suç olarak görülmüştür.⁹⁶ Bazı ülkelerde suç olarak görülmemesine rağmen çeşitli cezalandırmalara tabi tutulmuş veya başkaca araçlarla bu farklı cinsiyet kimliği ve cinsel yönelimi olan insanlar ayrımcılığa uğratılmıştır. Bu ayrımcılıklara karşı çeşitli ülkelerde mücadele edilmiş ve yürütülen bu mücadelelerin sonucunda 15 Aralık 1973 tarihinde Amerikan Psikiyatri Birliği; 17 Mayıs 1990 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü eşcinselliği mental bozukluklar listesinden çıkarmıştır.⁹⁷

Günümüzde ise heteroseksüellikten farklı cinsel yönelimler ve cinsiyet kimliklerine yönelik baskı azalmakla birlikte sona ermemiştir. Nitekim baskının azaldığı yönündeki tespit daha çok Batılı ülkelerle sınırlıdır ve halen birçok ülkede (özellikle otoriter rejimlerin uygulandığı veya muhafazakâr

89 Altunpolat, a.g.e., s.3.

90 Kaos GL, a.g.e., s.11.

91 LGBTQIA Resource Center Glossary , a.g.e.,(Erişim Tarihi: 12.06.2020)

92 Kaos GL, a.g.e., s.11.

93 Karakaş, a.g.e., s.7.

94 GLAAD, **GLAAD Media Reference Guide**, 10.bs.,2016, s.6 (çevrimiçi), <https://www.glaad.org/sites/default/files/GLAAD-Media-Reference-Guide-Tenth-Edition.pdf> (Erişim Tarihi: 13.06.2020).

95 Gökhan Kabacaoğlu, “Gey ve Lezbiyenlerde Açılma Süreci: Nitel Bir Çalışma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Hacettepe Üniversitesi, Eğitim Bilimleri Enstitüsü**, Eğitim Bilimleri Anabilim Dalı, Psikolojik Danışma ve Rehberlik Bilim Dalı, Ankara, 2015, s.6.

96 Ayrıca Dünya Sağlık Örgütü(WHO), Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından da eşcinsellik uzun yıllar boyunca mental bozukluklar listesinde yer almıştır.

97 Altunpolat, a.g.e., s.10; Kibar, a.g.e., s.117. Ayrıca belirtmek gerekir ki yalnızca yürütülen mücadeleler değil bunun yanında bilimsel çalışmalar da eşcinselliğin hastalık kategorisinden çıkarılmasına vesile olmuştur.

toplum yapısına sahip ülkelerde) eşcinsellik ve eşcinsel davranışlar yasaktır.⁹⁸ Örneğin Uluslararası Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İnterseks Derneği'nin (ILGA) 2019 Devlet Destekli Homofobi Raporuna göre, Mart 2019 itibarıyla eşcinsel birlikteliği ve eşcinsel davranışları yasaklayan 70 Birleşmiş Milletler üyesi vardır. Birleşmiş Milletlere üye olmayan Gazze, Cook Adaları gibi bazı yargı bölgelerinde de bu davranışlar hâlâ yasaktır.⁹⁹

Eşcinsellerin haklarını yasal mevzuatında düzenlemiş ülkelerde dahi eşcinsellere bazı hakların tanınmadığı durumlarla karşılaşmaktadır. Örneğin eşcinsel evliliğin yasal olarak kabul edildiği altıncı Avrupa ülkesi ve sekizinci Dünya ülkesi olan Portekiz'de eşcinsellerin evlat edinme hakkı ancak 2015 yılında tanınmıştır.¹⁰⁰ Öte yandan ulusal mevzuatında bu tür ilişki ve davranışların yasak olmadığı birçok ülkede (örneğin Türkiye) cinsel yönelim veya "farklı" cinsiyet kimliklerinin ayrımcılığa maruz kalması yaygındır. Bu ayrımcılık, cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği sebebiyle başta iş hayatı olmak üzere başkaca alanlarda yaşanan her türlü resmi ayrımcılıktan, romantik ilişkiye dair ima yollu yorum ve soruları, eşcinsellik şakaları içeren gayri resmi ayrımcılığa kadar uzanan geniş bir çerçevede gerçekleşmektedir.¹⁰¹

Çoğunluktan farklı olan cinsel yönelimde veya cinsiyet kimliğinde olan kişiler (LGBTİ+¹⁰²'ler) birçok kez kamuya, dine, geleneksel cinsiyet ve aile kavramlarına tehdit olarak algılanmakta, medyada ve hayatın birçok yerinde (kimi zaman ders kitaplarında) nefrete varan olumsuz tutumlara maruz kalmaktadırlar. LGBTİ+ kişilere yapılan bu gibi ayrımcılıklar çoğu araştırmaya konu olmuş ve yapılan bu araştırmalara göre aynı ülke içinde veya ülkeden ülkeye farklılıklar gösterse de Avrupa Konseyi üyesi 47 ülkenin hepsinde zaman zaman nefrete barındıran kışkırtıcı ve saldırgan söylemler, homofobik¹⁰³ ve transfobik¹⁰⁴ tutumlar saptanmıştır.¹⁰⁵ Gerçekten de günümüzde eşcinselliği tüm haklar bakımından heteroseksüellikle eşdeğer tutan ülkelere rağmen LGBTİ+lere karşı baskı sona ermemiştir. Bu nedenle LGBTİ+'ler cinsel yönelim ve cinsiyet kimliklerini gizlemek zorunda kalmaktadırlar.

Cinsel yönelim ayrımcılığının söz konusu bütün hallerde LGBTİ+ler, sosyal hayattan, çalışma hayatından, eğitim hayatından dışlanmakta, insan hak ve özgürlüklerinden tam veya heteroseksüel bireylerle eşit şekilde yararlanmamaktadır. Öte yandan bu ayrımcılık, farklı cinsel yönelim ve cinsiyet kimliklerinin bir 'hastalık' olarak görülmesi ve bundan dolayı 'tedavi' edilmeye çalışılmasından,

98 Kabacaoglu, a.g.e., s.5.

99 International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association(ILGA), **State-Sponsored Homophobia 2019**, Geneva, March 2019, s.15. (çevrimiçi) https://ilga.org/downloads/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2019_light.pdf (Erişim Tarihi: 16.06.2020).

100 <https://pridelegal.com/portugal-lgbt-laws/> (Erişim Tarihi: 16.06.2020)

101 Karakaş, a.g.e., s.16.

102 Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans, İnterseks ve heteroseksüellik dışındaki cinsel yönelim ve cinsiyet kimliklerine sahip kişiler.

103 Homofobi, eşcinselliğe veya eşcinsellere karşı duyulan öyargı ve nefrettir.

104 Transfobi, travesti veya transeksüellere yönelik önyargı ve nefrettir.

105 Burcu Şenel, "Cinsel Yönelim Ayrımcılığının Gündelik Hayat Yansımaları", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İletişim Bilimleri Anabilim Dalı, Ankara, 2014, s.29.

eşcinsel, trans veya diğer cinsiyet kimliğindeki insan cinayetlerine kadar geniş insan hakkı ihlallerine de yol açmaktadır.¹⁰⁶

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA CİNSEL YÖNELİM TEMELLİ AYRIMCILIK

A. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası bakımından cinsel yönelim temelli ayrımcılığın doğrudan yasaklandığı madde hükümleri olmamasına rağmen, birinci bölümde değinildiği üzere ayrımcılık yasağını düzenleyen her iki düzenlemede de yasaklanan ayrımcılık temelleri sınırlı sayıda değildir ve cinsel yönelim temelli ayrımcılığı da kapsar düzenlemelerdir. Bu bakımından AİHM ve AYM kararlarına yön veren temel düzenlemelerin AİHS m.14 ve 2005 yılında yürürlüğe giren Ek 12 Numaralı Protokol m.1; Anayasa m.10 olduğunu söyleyebiliriz.

AİHM bakımından Ek 12 Numaralı Protokolün henüz yaygın bir şekilde imzalanmamış olması sebebiyle ayrımcılık yasağı esas olarak 14. madde kapsamında ele alınmaktadır.¹⁰⁷ AİHS m.14 şöyle düzenlenmiştir: “Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”¹⁰⁸. Bu düzenlemeye göre, 14. maddenin ihlali ancak Sözleşmedeki bir başka hakkın ihlal edilmiş olması halinde gündeme gelecektir. Başka bir deyişle bu düzenleme, tamamlayıcı nitelikte bir hüküm işlevindedir.¹⁰⁹ Dolayısıyla düzenlemeye göre ayrımcılık yasağı sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır. Ancak AİHM, *Belgian Linguistic Kararında* başka bir maddenin ihlal edilmemiş olması halinde dahi 14. maddeden ihlallerin değerlendirilebileceğini kabul etmiştir.¹¹⁰ Bu sayede bağlantılı hakkın ihlali şartı aranmadığında Mahkemenin inceleme alanının 14. madde bakımından genişletilmiş olduğunu söyleyebiliriz. Bağlantılı bir hakkın ihlal edilmiş olması şartı arandığında ise 14. madde aksesuar bir hak olarak, sadece AİHS’de öngörülen diğer haklarla bağlantılı olarak incelenme olanağına sahip olacaktır.¹¹¹ Cinsel yönelim temelinde ayrımcılık vakalarında çoğunlukla özel yaşamın gizliliği veya eğitim hakkı, polis şiddeti gibi nedenlerle 14. madde ile diğer maddeler birlikte değerlendirilmektedir.¹¹²

106 Aksu Bora, “Toplumsal Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık”, s.10. (çevrimiçi) https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/129534/mod_resource/content/0/Toplumsal%20cinsiyete%20dayal%C4%B1%20ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1k-Aksu%20Bora.pdf (Erişim Tarihi: 16.06.2020).

107 Keleş, a.g.e., s.35.

108 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim Tarihi: 17.06.2020)

109 Duvan, a.g.e., s.27.

110 A.e. Karar için Bkz. 1.bölüm 60.dipnot.

111 Duvan, a.g.e., s.28.

112 D.J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2.bs., Oxford University Press, Oxford-New York, 2009, s.578’den aktaran, Duvan, a.g.e., s.27.

1 Nisan 2015 tarihinde yürürlüğe giren AİHS Ek 12 Numaralı Protokol m.1'de ise ayrımcılık yasağı şöyle düzenlenmiştir: “Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. Hiç kimse 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçe ile, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.”¹¹³. Bu haliyle düzenleme, AİHS m.14 gibi ayrımcılık yasağını sözleşmede düzenlenen haklarla sınırlandırmamakta, genel bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi getirerek tüm haklar bakımından koruma sağlamaktadır.¹¹⁴ Diğer bir ifadeyle bu protokol bağımsız nitelikte ayrımcılık yasağı tesis etmekte ve böylece ulusal mevzuatta düzenlenen veya uygulamanın oluşturduğu her türlü haklar da bu protokol kapsamında yer alacaktır.¹¹⁵ Böylece AİHS’de korunmayan haklarla ilgili olarak da ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla AİHM’ye başvurulabilecektir.¹¹⁶ Belirtmek gerekir ki bu protokole ayrımcılık nedenlerinin sınırlı sayıda olmaması ilkesinin zarar görmemesi nedeniyle, AİHS m.14’ten farklı yasaklanan ayrımcılık temeli (cinsel yönelim gibi) eklenmemiştir.¹¹⁷ Dolayısıyla bu madde bakımından da AİHM nezdinde cinsel yönelim temelinde ayrımcılık iddiası ileri sürülebilecektir. Hatta ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişiler, AİHS’de korunmayan haklar bakımından da cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa uğradığını ileri sürebileceklerdir.

Anayasada ise cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı kapsayacak düzenlemenin m.10 olduğunu söyleyebiliriz. Anayasası’nın “kanun önünde eşitlik” başlıklı10. maddesi şöyle düzenlenmiştir: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Bu hükümle yasaklanan ayrımcılık temellerinin sınırlı sayıda olmadığı tespitini önceki bölümde yapmıştık. Dolayısıyla AİHM içtihatlarında 14. maddedeki ayrımcılık yasağı çerçevesinde yargılamaya esas olan ayrımcılık unsuru olarak cinsel yönelim ayrımcılığının, Anayasanın 10. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi imkânı vardır.¹¹⁸

B. AİHM Kararlarında Cinsel Yönelim Temelli Ayrımcılık

1. Ayrımcılık Yasağı İhlali İddialarında Mahkemenin İnceleme Usulü ve Değerlendirme Ölçütleri

AİHM bakımından Ek 12 Numaralı Protokolün henüz yaygın bir şekilde imzalanmamış olması sebebiyle ayrımcılık yasağının esas olarak 14. madde kapsamında ele alındığını ifade etmiştik. Bu madde bakımından AİHM, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla önüne gelen davalarda üç aşamada

113 AİHS, Ek 12 Numaralı Protokol (çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim Tarihi:17.06.2020)

114 Keleş, **a.g.e.**, s.51. Ayrıca 14.maddenin sınırlı ayrımcılık yasağını düzenlemesi, 12. Protokolün hazırlanmasında başvuru bir gerekçedir. Bkz., **A.e.**

115 **A.e.**, s.53.

116 Duvan, **a.g.e.**, s.28.

117 Evelyn Ellis, Philippa Watson, **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, Oxford(UK),2012, s.110’dan aktaran, Duvan, **a.g.e.**, s.49.

118 Duvan, **a.g.e.**, s.56.

inceleme yapmaktadır. Bunlardan ilki, sözleşme kapsamında yer alan bir hak veya özgürlüğün varlığının tespiti; ikincisi, benzer durumda olan kişiler arasında söz konusu bu hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından fark gözetilip gözetilmediğinin tespiti yani karşılaştırılabilirlik ölçütü ve son olarak kişiler arasında fark gözetilmişse, nesnel ve makul bir sebebe dayanıp dayanmadığının tespiti.¹¹⁹ Ayrıca belirtmek gerekir ki mahkeme, kamu menfaatleri ve sözleşme ile güvence altına alınan bireysel hak ve özgürlükler arasında adil bir denge kuran farklı muamelelerin yasaklanmadığına karar vermektedir.¹²⁰ Keza mahkeme, kararlarında daha çok bu ölçüt üzerinden değerlendirme yapmaktadır.

İlk ölçüt açısından mahkeme, 1968 yılında *Belgian Linguistik* kararında ilk kez 14. maddenin sadece AİHS'de yer alan diğer maddeler ihlal edildiği durumda değil bu maddeler ihlal edilmese dahi gündeme gelebileceğini kabul etmiştir.¹²¹ Bu bakımdan mahkemenin verdiği kararlarda ilk ölçüt bakımından farklı kararlar verdiğini söyleyebiliriz. Bunlar; sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlükler açısından bir ihlal tespit etmediği ancak 14. madde ile birlikte değerlendirildiğinde hak ihlali tespit ettiği kararlar¹²²; sözleşmede güvence altına alınan bir hak veya özgürlüğün ihlaline karar verildiği ve 14. maddenin ayrıca incelenmesine gerek görmediği kararlar¹²³; sözleşmede güvence altına alınan bir hak ve özgürlükle birlikte 14. maddenin ihlal edildiğini tespit ettiği kararlar¹²⁴; son olarak da, Sözleşmede yer alan hakkın ihlal edildiğini ve ayrıca bu hakla bağlantılı olarak 14. maddenin de ihlal edildiğini tespit ettiği¹²⁵ kararlar.¹²⁶

Mahkemenin cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa ilişkin kararlarının genellikle sözleşmenin Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı başlıklı 8. maddesi ve Evlenme Hakkı başlıklı 12. maddesine ilişkin olduğunu söyleyebiliriz.¹²⁷ Ayrıca 8. madde açısından mahkemenin kararlarının cinsel faaliyetler, cinsel kimlik, isim hakkı üzerinde yoğunlaştığını da söyleyebiliriz.¹²⁸ Ancak bunun dışında işkence yasağı gibi bazı haklarla birlikte ihlal kararı verdiği davalar da mevcuttur.

Karşılaştırılabilirlik ölçütü bakımından mahkeme, hak ihlali iddiasında bulunan başvurucunun durumu ile kendisinden daha lehe muamele gördüğünü iddia ettiği kişi veya grubun durumunun

119 Ergin Ergül, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, Ankara, Yargı Yayınevi, 2003, s.238'den aktaran, Keleş, a.g.e., s.37.

120 Duvan, a.g.e., s.29.

121 Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s.272. Ayrıca karar bilgileri için Bkz. I.Bölüm 60.dipnot.

122 Bu karara örnek olarak *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v Birleşik Krallık*, No.: 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28 Mayıs 1985, para.71.

123 Bunlara örnek olarak *Dudgeon v Birleşik Krallık*, No.:7525/76, 22 Ekim 1981, para67; *Airev v İrlanda*, No.: 6289/73, 9 Ekim 1979, para 30; *Orsus ve Diğerleri v Hırvatistan*[BD], No.: 15766/03, 16 Mart 2010, para.144.

124 Bu karara örnek olarak *Burghartz v İsviçre*, No.: 16213/90, 22 Şubat 1994,para.21. Ayrıca çalışmada bu kararlara birçok örnek verilmiştir.

125 Bu karara örnek olarak *Marckx v. Belçika*[GK], No:6833/74, 13 Haziran 1979.

126 Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s.272-275.

127 Keleş, a.g.e.,s.44.

128 A.e., s.45.

benzer olmasını yani karşılaştırılabilir olmasını aramaktadır.¹²⁹ Bu ölçüte göre karşılaştırılabilir kişiler arasında yani benzer durumda olan kişiler arasında farklı muamele yapılmış olması gerekecektir. Ancak daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi mahkeme bu ölçüt bakımından farklı olanlara farklı muamele yapılması gerektiğini de değerlendirebilmektedir.¹³⁰

Farklı muamele yapıldığı tespitinden sonra mahkeme, uygulanan farklı muamelenin meşru olup olmadığına nesnel ve makul sebebe dayanıp dayanmadığına göre karar vermektedir. Makul ve nesnel gerekçelerle haklı kılınan farklı muamelenin olup olmadığını da ölçmek için bu yolda alınmış tedbirlerin amacı ve etkisi ile bağlantılı olarak demokratik toplumlarda genellikle geçerli olan ilkelerin göz önünde tutulması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre Sözleşme’de yer alan haklardan birinin kullanılmasında uygulanan farklı muamele aynı anda hem meşru amaca dayanmalı hem de kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olduğu açıkça ortaya konulmalıdır. Aksi takdirde mahkeme, 14. maddenin ihlaline karar vermektedir.¹³¹

Belirtmek gerekir ki mahkeme, önüne gelen ayrımcılık iddialarının cinsiyet, cinsel yönelim, ırk, evlilik dışı doğum, milliyet ve din temellerine dayanması durumunda, taraf devletlerin farklı muamelesini meşrulaştıracak nesnel ve makul gerekçelerini oldukça dar yorumlamaktadır.¹³² Bu temellere literatürde “şüpheli ayrımcılık temelleri” denilmektedir. Mahkeme, bu kavramı lafzi olarak kullanmamakla birlikte¹³³ cinsel yönelimin bu kategoride yer aldığını *L ve V v Avusturya* davasında dolaylı yoldan belirtmiştir. Nitekim, başvuruya konu olayı incelerken mahkeme, devletlerin nesnel ve makul gerekçeyi ileri sürerken, cinsiyet temeli gibi cinsel yönelim temelinin de ciddi sebeplerle gereçlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹³⁴

2. Cinsel Yönelim Ayrımcılığının İddia Edildiği Bazı Kararlar

AİHM’nin cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa ilişkin çok sayıda kararı bulunmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, ayrımcılık iddiası ile önüne gelen davalarda AİHM, daha çok 8. madde bağlamında 14. maddeyi incelemiş olduğundan bu kararların somut olaylarda nasıl uygulandığını gösterebilmek açısından mahkemenin bazı kararlarına örnek vermek gerekecektir. Ayrıca mahkemenin 12. madde ile birlikte 14. maddeyi nasıl ele aldığını ve diğer haklarla birlikte 14. maddeyi nasıl ele aldığını somutlaştırmak açısından da bazı kararlarına değinilecektir.

AİHM, cinsel hayatın bir parçası olarak cinsel aktivitelere ilişkin eski kararlarında 14. madde bağlamında değerlendirme yapmayı yalnızca 8. madde bağlamında değerlendirme yapmaktaydı.

129 A.e., s.41.

130 Bkz.s.9; ayrıca farklı olanlara farklı muamele yapılması gerektiği kararına ilişkin Bkz. 1.Bölüm 55. Dipnot: *Thilimmenos v. Yunanistan* kararı.

131 Duvan, a.g.e., s.29.

132 Kibar, a.g.e., s.103.

133 Duvan, a.g.e.,s.42.

134 *L ve V v Avusturya*, No.:39392/98 ve 39829/98, 9 Ocak 2003, para.44, 45.

Bu kararlara, *Dudgeon v Birleşik Krallık*¹³⁵, *Norris v İrlanda*¹³⁶, *Modinos v Kıbrıs*¹³⁷ kararları örnek verilebilir. Her üç başvuruda da Mahkeme, eşcinsel kişiler arasındaki ilişkileri cezalandıran kanunların sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Mahkeme, cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı sözleşmenin bir başka maddesi ile birlikte 14. madde kapsamında değerlendirdiği ilk kararı 1999 yılında Portekiz aleyhine vermiştir.¹³⁸ Bu ilk karar olan *Salgueiro da Silva Mouta v Portekiz*¹³⁹ kararına konu olayda başvuruçunun önceki evliliğinden olan çocuğunun velayetinin, diğer ebeveyn üzerinde bırakılmasının bir sebebi olarak temyiz mahkemesince, başvuruçunun eşcinselliğinin anormal durum olduğu ve çocuğun bu anormallik içinde büyümemesi gerektiği ifade edilmiştir. Davaya ilişkin olarak da hükümet, çocuğun menfaati gereği meşru amacının olduğunu, bunun demokratik toplumda gerekli olduğunu belirtmiş ve bunu belirlemedeki takdir hakkının geniş olduğunu savunmuştur. AİHM ise başvuruçunun eşcinselliğinin, çocuğunun velayetinin diğer ebeveyn üzerinde bırakılmasında belirleyici etken olmasını sözleşme kapsamında kabul edilemez bir ayırım yapılmasına sebebiyet verdiğini ifade etmiş ve hükümetin kullandığı araç ile izlenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, 14. madde ile bağlantılı olarak 8. maddenin ihlal edilmiş olduğuna kanaat getirmiştir.

AİHM, 8. madde ile birlikte 14. maddeyi değerlendirdiği içtihadını *S.L. v Avusturya*¹⁴⁰ ve *L ve V Avusturya*¹⁴¹ kararlarıyla sürdürmüştür. Benzer olan iki kararında da Mahkeme, yetişkin erkeklerin 14-18 yaş grubundaki erkeklerle yaşadığı cinsel ilişkilerin cezai yaptırıma tutulduğu yasanın, aynı yaş grubundaki kızlarla hem lezbiyen hem de heteroseksüel ilişkileri suç olarak düzenlememesi sebebiyle ayrımcılık yasağına aykırı düzenleme olduğu sonucuna ulaşmıştır. Her iki davada da Mahkeme, ayrımcılık yapılmasını gerektiren bu yasanın yürürlükte kalmasının ikna edici ciddi makul ve nesnel sebeplerin ileri sürülmediğini vurgulamıştır. Bu yönüyle ismen zikretmemiş olsa da cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı şüpheli ayrımcılık temeli olarak değerlendirmiş olduğu söylenebilir.

*Karner v Avusturya*¹⁴² kararına konu olayda ise Mahkeme, esas kiracının ölmesi durumunda bir akrabanın veya “hayat ortağı”nın kiracılık anlaşmasına kendiliğinden halef olma hakkını öngören ulusal mevzuatın yüksek mahkeme tarafından eşcinsel partnerleri “hayat ortağı” olarak değerlendirmedeği durumu incelemiştir. Hükümet farklı muamele yaptığını kabul etmekle birlikte geleneksel aileyi koruma meşru amacına dayandığını ileri sürmüştür. AİHM, önceki içtihatlarına atıfta bulunarak cinsel yönelim temelli ayrımcılığın meşru sayılabilmesi için ciddi gerekçelerin ileri sürülmesi gerektiğini bir kez daha vurgulamıştır. Devletlerin takdir yetkisinin bu gibi ayrımcılık temellerinde daraldığını vurgulayan Mahkeme, bu farklı muamelenin meşru sayılabilmesi için

135 *Dudgeon v Birleşik Krallık*, No.:7525/76, 22 Ekim 1981.

136 *Norris v İrlanda*, No.:10581/83, 26 Ekim 1988.

137 *Modinos v Kıbrıs*, No.:15070/89, 22 Nisan 1993.

138 Duvan, a.g.e., s.44.

139 *Salgueiro da Silva Mouta v Portekiz*, No.:33290/96, 21 Aralık 1999.

140 *S.L. v Avusturya*, No.:45330/99, 9 Ocak 2003.

141 *L ve V v Avusturya*, No.:39392/98 ve 39829/98, 9 Ocak 2003.

142 *Karner v Avusturya*. No.:40016/98, 24 Temmuz 2003.

orantılı olması gerektiği üzerinde durmuştur. Bu değerlendirmede izlenen meşru amaçla kullanılan aracın uygun olmasından ziyade ayrıca izlenen amaca ulaşmak için belirli kategorilerdeki insanları dışlamanın gerekli olduğunun da gösterilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Somut olayda ise geleneksel ailenin korunması amacı izlenirken yasanın eşcinsel birliktelikleri kapsamayacak şekilde dar yorumlanmasını açıklayacak ciddi gerekçeler gösterilmediği gerekçesiyle AİHM, 8. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edilmiş olduğuna kanaat getirmiştir.

Düzenli lezbiyen ilişkisi olan başvuru kadının cinsel yönelimi sebebiyle evlat edinme talebinin reddedilmesinin konu olduğu *E.B. v Fransa*¹⁴³ kararında Mahkeme, benzer durumda başka bir dava olan *Frette v Fransa*¹⁴⁴ kararındaki içtihadından dönerek 8. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararda Mahkeme, *Salgueiro da Silva Mouta v Portekiz* kararına atıfla, Fransız hukukunun bekarların evlat edinebilmesine ve böylelikle bekar bir eşcinselin bu haktan yararlanabilmesine olanak tanınmasına rağmen; başvuranın eşcinsel olmasının, bu yöndeki talebinin reddedilmesi hususunda belirleyici olduğunu tespit etmiştir. Hükümetin ciddi nesnel ve makul sebepler ileri sürmediğini de kaydeden Mahkeme, cinsel yönelimin evlat edinme talebinin reddedilmesinde esas etken olmasının AİHS'ne göre kabul edilemez olduğunu bir kez daha vurgulamıştır.

Evlat edinme hususunu yakın tarihli sayabileceğimiz 2013 yılında mahkeme *X ve Diğerleri v Avusturya*¹⁴⁵ kararında inceleme olanağı bulmuştur. Başvuruya konu olayda Avusturya mahkemeleri, eşcinsel birliktelik süren iki kadın başvurucudan birinin, diğerinin oğlunu ikinci ebeveyn olarak yani tabii annesiyle olan yasal bağı koparılmadan evlat edinme isteğini reddetmiştir. Başvuruyu inceleyen Mahkeme, partnerlerden birinin diğer partnerin evli olmayan heteroseksüel çiftlere gösterilen muamelenin, başvuranlara uygulanan muameleden farklı olduğunu ve bu farklı muamelenin birinci ve üçüncü başvurucuların cinsel yöneliminden kaynaklandığını tespit etmiştir. Bu tür muamele farkının, aile veya çocuğun çıkarlarının korunması amacıyla gerekli olduğu hususunda hükümetin ikna edici ciddi gerekçeleri sunmadığını vurgulamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, önceki içtihatlarına atıfta bulunarak bu farklı muamelenin sözleşmeyle uyumadığı ve 8. maddeyle birlikte 14. maddenin ihlal edilmiş olduğu kanaatine ulaşmıştır.

AİHM'in medeni birliktelikleri konu aldığı kararına ise *Vallianatos v Yunanistan*¹⁴⁶ kararı örnek olarak gösterilebilir. Karara konu olayda Yunanistan'da "Aile, çocuklar ve topluma yönelik reformlar" adı altında bir kanunla, medeni birliktelikler düzenlemiştir. Bu kanuna göre kişiler ilişkilerini evlilik ile öngörülen durumlardan daha esnek bir yasal çerçevede tescilleyebilmektedir. Ancak söz konusu kanun yalnızca heteroseksüel ilişkiler için medeni birliktelikler öngörmektedir. Bazıları birlikte yaşayan çiftlerden, bazıları ayrı yaşayan çiftlerden oluşan sekiz Yunan vatandaşı ve bir derneğin başvurduğu olayda AİHM, başvuru durumunu ile farklı cinsiyetten kişilerin durumunu

143 *E.B. v Fransa*[BD], No.:43546/02, 22 Ocak 2008.

144 *Frette v Fransa*, No.:36515/97, 26 Şubat 2002. Bu kararda mahkeme, evlat edinilecek çocukların menfaatinin gözetilerek hükümetin farklı muameleyi öngören uygulamasının makul sebebe dayandığını ifade etmiştir.

145 *X ve Diğerleri v Avusturya*[BD], No.:19010/07, 13 Şubat 2013.

146 *Vallianatos v Yunanistan*[BD], No.: 29381/09 ve 32684/09, 7 Kasım 2013.

karşılaştırmış ve kanunun aynı cinsiyetten olan çiftleri dışarıda bırakarak ilgili kişiler bakımından cinsel yönelime dayalı farklı muamele olduğu tespitini yapmıştır. Mahkeme müdahalenin meşru amaç olan evlilik dışı çocukların ve aile yaşamının korunması amacını kabul etmekle birlikte bu amaç ile uygulamanın orantılı olup olmadığı hususunu değerlendirmiştir. Buna göre Mahkeme, önceki kararlarına atıfta bulunarak, cinsel yönelime dayalı farklı muamelenin söz konusu olduğu durumlarda devletlerin takdir yetkisinin dar olduğunu bir kez daha vurgulamış ve eşcinsel kişilerin söz konusu kanun uygulamasından hariç tutulmasının zorunlu olduğunun ikna edici ciddi gerekçelerle ortaya konulması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, somut olayda bu tür nesnel ve inandırıcı gerekçeler sunulmadığından bahisle 8. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Evlenme hakkı bakımından AİHM, AİHS'nin devletlere eşcinsel evlilikleri tanıma konusunda yükümlülük getirmediğini belirtmektedir. Nitekim eşcinsel bireyler arasında evlenme hakkının ileri sürüldüğü ilk dava olan *Schalk ve Kopf v Avusturya*¹⁴⁷ kararında Mahkeme, transseksüel kişiler açısından vermiş olduğu kararlara atıf yaparak, 12. maddenin bir kadın ile bir erkeğin evlenme ve aile kurma hakkını güvence altına aldığını ve evlenme hakkının sözleşmeye taraf devletlerin ulusal hukukuna tabi olduğunu yinelemiştir.¹⁴⁸ Ardından, *Christine Goodwin v Birleşik Krallık*¹⁴⁹ kararına atıf yaparak evlilik kurumunun salt biyolojik cinsiyet ölçütüyle algılanmaması gerektiğini ifade etmiş ve bu algının zaman içinde değişmiş olduğunu, transseksüellerin sonradan edinmiş oldukları cinsiyetle yapacakları evliliğin genel kabul görmüş durum olduğunu ifade etmiştir.¹⁵⁰ Ancak eşcinsel evlilikler konusunda Avrupa devletleri açısından genel mutabakatın sağlanmamış olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, sözleşmenin 12. maddesi ile eşcinsel evliliklerin ulusal mevzuattaki yerine atıfta bulunan Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı'nın 9. maddesini karşılaştırmış ve bu maddenin eşcinsel evliliklerin tanınması açısından bir engel oluşturmadığını ancak ulusal mevzuatın bu tür evlilikleri kolaylaştırması gerektiği hususunda açık bir gerekliliğin de bulunmadığını ifade etmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, AİHS'nin 12. maddesinin taraf devletlere eşcinsel evliliği tanıma yükümlülüğü getirmediği ve dolayısıyla 12. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde bakımından da inceleme yapan mahkeme, bu maddelerin de böyle bir yükümlülük getirmediğini ifade ederek bu maddelerin de ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

AİHM'nin, cinsel yönelim temelinde ayrımcılık iddialarını sözleşmenin 8. ve 12. maddeleri dışındaki maddelerle birlikte 14. madde kapsamında değerlendirdiği kararlar da vardır. Örneğin başvuruçuların cinsel, ulusal, etnik ve dinsel azınlık hakları ve kadına, engelli insanlara karşı yapılan ayrımcılığa karşı kamuoyunun dikkatini çekme amaçlı olarak düzenlemek istedikleri yürüyüş ve toplantıların engellenmesi sebebiyle mahkeme önüne taşınan *Backovvski ve Diğerleri v Polonya*¹⁵¹ davasında Mahkeme, belirli bir ayrımcılık temelinde gönderme yapmadan ancak yetkili makamların yapmış

147 *Schalk ve Kopf v Avusturya*, No.: 30141/04, 24 Haziran 2010.

148 Mahkemin atıf yaptığı kararlar için Bkz. *Schalk ve Kopf v Avusturya*, para.51.

149 *Christine Goodwin v Birleşik Krallık*, No.:28957/95, 11 Temmuz 2002.

150 Belirtmek gerekir ki mahkeme bu karardan önce karşıt içtihat geliştirmiş ve bu kararla birlikte bu içtihadından dönmüştür. Geçmiş içtihatlarındaki bu karara örnek olarak *Rees v Birleşik Krallık*[GK], No.:9532/81, 17 Ekim 1981 verilebilir.

151 *Backovvski ve Diğerleri v Polonya*, No.:1543/06, 3 Mayıs 2007.

olduğu homofobik açıklamaları da değerlendirerek, eşcinsellerin toplanma özgürlüğüyle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının da ihlal edildiği, yani madde 11. ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Uluslararası Homofobi Karşıtlığı günü anmak üzere barışçıl protesto düzenleyen göstericilerin, sayıca üstün karşıt grup tarafından şiddete başvurularak engellendiği *Identoba ve Diğerleri v Gürcistan*¹⁵² davasında ise Mahkeme, ilgili makamların yeterli koruma sağlama yükümlülüğünü yerine getirmediğini ifade etmiştir. Mahkeme, yetkililerin cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği bağlamında soruşturma yükümlülüklerinin özellikle önemli olduğunu vurgulayarak, hükümetin soruşturma yükümlülüğünü de yerine getirmemiş olması dolayısıyla 13 başvurucu açısından işkence yasağının düzenlendiği 3. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmış; ayrıca diğer başvurucular açısından, yürüyüşün yeterince homofobik ve şiddet eğilimli karşı göstericileri içermesi nedeniyle ve yetkililerin, bu gösteriyi barışçıl bir şekilde gerçekleşmesini sağlayamaması sebebiyle 11. madde bağlamında 14. maddenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna ulaşmıştır.

İşkence yasağı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiği bir başka başvuru ise görece daha eski tarihli *X v Türkiye*¹⁵³ kararıdır. Başvuruya konu olay, eşcinsel olan başvurunun heteroseksüel olan diğer mahkumlarla birlikte aynı koşu kalması ve onların sindirici, yıkıcı davranıştan şikâyet etmesi üzerine 8 aydan uzun süre boyunca hücrede tutulmasına ilişkindir. Mahkeme, başvurunun tutulma koşullarının kendisinde ruhsal ve fiziksel acılara ve insanlık onuruyla oynandığı duygusuna yol açmış olması sebebiyle insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olduğu tespitini yapmıştır. Ayrıca başvuranın hücrede tutulmasının temel nedeninin başvuranın cinsel yönelimi olduğunu da tespit eden Mahkeme, bu ayırımın Sözleşmeye uygun olduğunu gösteren bir gerekçe ileri sürülmediğinden 3. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

C. AYM Kararlarında Cinsel Yönelim Temelli Ayrımcılık

1. Ayrımcılık Yasağı İhlali İddialarında Mahkemenin İnceleme Usulü ve Değerlendirme Ölçütleri

Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin iddiaları incelerken, AİHM ile uyumlu içtihat geliştirmiştir ve benzer ölçütleri baz almıştır. Ancak AYM'nin AİHM'den ayrılan bazı yönleri de bulunmaktadır. Öncelikle AİHM'nin de ele aldığı ilk ölçüt olan ayrımcılık yasağı iddiasının bir hakka dayanması konusunda AYM'nin zaman zaman ayrımcılık yasağı bağlamında inceleme yapmama şeklinde yaklaşımı bulunmaktadır. Ancak AYM, bazı kararlarında AİHM'ne benzer şekilde, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasının başvurunun önemli bir yönünü oluşturması sebebiyle başvurunun ayrımcılık yasağı açısından da ayrıca incelenmesi gerektiğine de karar verebilmektedir.¹⁵⁴ Benzer şekilde AYM, temel hak ve özgürlükler ihlal edilmemiş olsa da o hakla ilgili bir konuda sergilenen ayrımcı tutumun, eşitlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşabileceğinin

152 *Identoba ve Diğerleri v Gürcistan*, No.:73235/12,12 Mayıs 2015.

153 *X v Türkiye*, No.:24626/09, 9 Ekim 2012.

154 Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s.276. Karar için ayrıca Bkz. AYM, *Tuğba Arslan*, para.104.

ve bu incelemenin önünde engel olmadığını da değişik kararlarında vurgulamıştır.¹⁵⁵ Ancak AYM'nin *Onurhan Solmaz*¹⁵⁶ kararından itibaren bu tutumu da değiştirdiği söylenebilir. Nitekim AYM, daha sonrasında vermiş olduğu *Z.A.*¹⁵⁷ ve *Cemal Duğan*¹⁵⁸ kararlarında açıkça ayrımcılık yasağının ancak Sözleşmede (AİHS) ve Anayasada korunan temel hak ve özgürlükle bağlantılı şekilde ileriye sürülebilmesinin mümkün olduğu belirtmektedir. Bu yönüyle AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğu söylenemez. Zira yukarıda ifade ettiğimiz gibi AİHM'nin bu konuda katı bir tutumu bulunmamaktadır.

Karşılaştırılabilirlik ölçütünde ise AYM, AİHM ile içtihatlarına benzer şekilde, başvuruçunun kendisiyle benzer durumda olanlardan farklı bir muameleye tabi tutulmuş olmasını aramaktadır. Mahkeme, özellikle soyut ve somut norm denetimi yaptığı kararlarında bu ölçütü çok sıkı bir şekilde uygulamıştır. Ancak kimi zaman AYM, bu ölçüt bakımından çelişkili kararlar vermiştir. Örneğin, boşanma sonucunda çocuğun, babasının soyadını alması zorunluluğunu öngören yasayı değerlendirirken eşlerin, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuki konumda olduğunu ifade ederken¹⁵⁹; evli olan bir kadının evlenmeden önceki soyadını eşinin soyadı olmaksızın kullanılmasını yasaklayan yasayı değerlendirdiği başka bir kararında ise durum ve konumlarındaki özelliklerin, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallara tabi tutulmasının gerekli olabileceğini¹⁶⁰ ifade etmiştir.¹⁶¹

AİHM'nin de daha çok üzerinde durduğu nesnel ve makul gerekçe ölçütünde ise AYM, bazen AİHM gibi nesnel ve makul gerekçe ifadesini kullanırken¹⁶² genellikle "haklı neden" ifadesini kullanmaktadır.¹⁶³ AYM, "haklı neden"i tespit ederken çeşitli yıllarda bu ölçütle birlikte "kamu yararı", "ölçülülük" ilkesini eklemiş ve 1992 yılından sonraki içtihadıyla "kamu yararı" ile "haklı neden" in gerçekleşmesi için "anlaşılabilir olma", amaçla ilgili olma", "makul ve adil olma" koşullarını da aramaya başlamıştır.¹⁶⁴ Sonuç olarak AYM, "haklı neden" kavramını, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılığı önleyen bir istisna ve meşruluk kriteri olarak kullanmış ve yasal düzenlemelerle getirilen farklılıkların haklı nedene dayanması koşuluyla eşitlik ilkesinin ihlal edilmeyeceğini kabul etmiştir.¹⁶⁵ Yine AİHM gibi AYM de, bu ölçüt altında farklı muamelenin meşru olabilmesi için aynı zamanda

155 AYM(İkinci Bölüm), *İhsan Asutay*, B.No.: 2012/606, 20/2/2014, para.47,48; AYM(Birinci Bölüm), *Aziz Turhan*, B.No.: 2012/1269, 8/5/2014, para.37; AYM(İkinci Bölüm), *Mesude Yaşar*, B.No.: 2013/2738, 16/7/2014, para.47. Daha fazla karar ve karşıt yönde kararlar için ayrıca Bkz. Karan, "**Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi**", s.275, 178.dipnot.

156 AYM(Birinci Bölüm), *Onurhan Solmaz*, B.No.: 2012/1049,26/3/2013, para.33.

157 AYM[GK], *Z.A.*, B.No.: 2013/2928, 18/10/2017, para.49.

158 AYM(İkinci Bölüm), *Cemal Duğan*, B.No.: 2014/19382, 15/2/2017, para.33.

159 AYM, E.2010/119, K.2011/165, K.T.: 08/12/2011.

160 AYM, E.2009/85, K.2011/49, K.T.: 10/03/2011.

161 Karan, "**Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi**", s.279. Ayrıca çelişkili olan diğer karar için Bkz. *A.e.*, 194. Ve 195.dipnot.

162 AYM, E.2008/42, K.2008/167, K.T.: 20/11/2008.

163 Karan, "**Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi**", s.284.

164 Özbudun, *a.g.e.*, s.114'ten aktaran, Duvan, *a.g.e.*, s.57; Selda Çağlar, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, S.3, s.55.

165 Duvan, *a.g.e.*, s.58; Çağlar, *a.g.e.*, s.52.

ölçülü olması gerektiğini de belirtmektedir. AYM, AİHM kararlarında orantılılık ölçütü adıyla anılan ölçülülük ilkesini “elverişlilik”, “gereklilik”, “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkede incelemektedir.¹⁶⁶ Bu ilkelere kısaca değinecek olursak: elverişlilik, hakka yönelik sınırlamanın öngörülen amacı gerçekleştirmek için elverişli olmasını; gereklilik, izlenen amacın gerçekleştirilmesinde başvuru aracın başka araçlara göre herhangi bir hakka en az müdahalede bulunacak veya sınırlayacak araç olup olmasını; orantılılık ise, izlenen amaç ile başvuru aracın orantılı olması ifade etmektedir.¹⁶⁷ AYM’ye göre haklı bir nedene dayanmayan oransızlık, eşitlik ilkesine aykırı olabilecektir.¹⁶⁸ Bireysel başvuru usulünde de AYM, AİHM kararlarına atıfta bulunarak nesnel ve makul gerekçe ölçütüne benzer olarak bu kriterleri incelemektedir.¹⁶⁹

AYM, AİHM gibi bazı temellerde ayrımcılıkları “şüpheli ayrımcılık temelleri” olarak değerlendirmekte ve bu tür ayrımcılık iddialarına dayanılması durumunda, “ciddi”, “önemli” nesnel ve makul gerekçenin olması gerektiğini aramaktadır. Ancak AİHM’den farklı olarak AYM, şüpheli ayrımcılık temellerini m.10 da sayılan temellerle sınırlamaktadır. Dolayısıyla AYM’nin, AİHM’nin kabul ettiği ulusal köken, cinsel yönelim, doğum temellerini şüpheli ayrımcılık temeli olarak değerlendirmedığı sonucuna ulaşılabilir.¹⁷⁰

2. Cinsel Yönelim Ayrımcılığının İddia Edildiği Bazı Kararlar

Cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın madde metninde (Anayasa m.10) açıkça düzenlenmediği, dolayısıyla “benzeri sebepler” kategorisinde yasaklanan ayrımcılık temeli olduğu ve AYM’nin de buna ilişkin içtihat oluşturduğu birinci bölümde ifade edilmişti. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi AYM, yalnızca madde metninde açıkça sayılan ayrımcılık temellerini şüpheli ayrımcılık temeli saymaktadır. Bu açıdan çalışma konusu olan cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın bu kategoride değerlendirilmediği ve dolayısıyla ayrımcılık temellerinin “önem derecesinin” AYM’ce farklı değerlendirildiği sonucuna ulaşılabilir.¹⁷¹

AYM’nin cinsel yönelim temelli ayrımcılığa ilişkin fazla sayıda kararı bulunmamaktadır. Nitekim bireysel başvuru usulü 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren işlemeye başlamıştır. Şu haliyle AYM kararları incelenirken soyut/somut norm denetimi kararları ve bireysel başvuru kararları olarak ikili bir ayrıma gidilmesi gerekecektir. Bu çerçevede AYM’nin yukarıda açıklamış olduğumuz inceleme kriterleri somutlaştırılmaya çalışılacaktır. AYM’nin transseksüel kişilere karşı vermiş olduğu kararlar da çalışmada “cinsel yönelim ayrımcılığı” adı altında incelenecektir.

166 Christian Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı*, C.10, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1993, s.36,37; Karan, “*Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi*”, s.286.

167 Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s.113-117; Karan, “*Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi*”, s.286,287; Ayrıca AYM’nin bu konuda kararı için Bkz. AYM, E.2012/80, K.2013/16, K.T.: 23/01/2013.

168 AYM, E.1991/18, K.1992/20, K.T.: 31/03/1992.

169 AYM, *Tuğba Arslan*, para.119,122; Karan, “*Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi*”, s.288.

170 AYM, *Tuğba Arslan*, para.146; Duvan, *a.g.e.*, s.69,70.

171 Keleş, *a.g.e.*, s.85.

AYM'nin somut norm denetimi yaptığı iki önemli karar vardır. Ancak bu kararlarda AYM, ayrımcılık yasağıyla ilgili değerlendirme yapmamaktadır. Bu kararlardan ilkinde Türk Medeni Kanunu¹⁷²'nin 40. maddesinin 2. fıkrasının¹⁷³ Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptali istenmiştir.¹⁷⁴ AYM, transseksüel birinin nüfus kaydının düzeltilmesini talep etmesinin, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı duyma hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğu tespitini yapmıştır. Ancak cinsiyet değiştirme operasyonlarının geri dönüşünün olmaması, nüfus kayıtlarının devletin hukuk düzeni açısından önem arz etmesi gibi nedenlerle devlet tarafından denetim altında tutulması gerektiğini de belirtmiştir. Somut olayda ise AYM, itiraz konusu kuralın, transseksüel kişilerin nüfus kaydını değiştirebilmesi için ameliyat olma yönünde yükümlülük getirdiğini, ancak bu madde ile özel hayata saygı hakkına müdahale niteliğinde bir ameliyat zorunluluğu getirmediğini vurgulamıştır. AYM'ye göre yalnızca nüfus kaydının düzeltilmesi talebinde bulunulabilmesi için bu ameliyatın gerçekleştirildiğinin sağlık kurulu raporu ile kanıtlanması konusunda yükümlülük getiren bir düzenleme olması sebebiyle kişilerin cinsiyet değişikliği yapma hakkına herhangi bir müdahale barındırmamaktadır. Tüm bu sebeplerle AYM, itirazın reddine karar vermiştir. Mahkeme, ayrıca eşitlik ilkesinin düzenlendiği 10. madde üzerinden değerlendirme yapmamıştır.

AYM önüne gelen bir başka uyuşmazlıkta, itiraz yoluyla aynı madde hükmünün birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu" ibaresinin iptaline karar verilmesi istenmiştir.¹⁷⁵ AYM bu davada ise, kanun maddesine göre mahkemece cinsiyet değişikliğine karar verilebilmesi üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma şartına bağlandığından, kanun maddesi üreme yeteneğine sahip transseksüeller için tıbbi müdahale zorunluluğu taşıdığını ifade etmektedir. Nitekim üreme yeteneğinden tıbbi müdahale sonucu sürekli yoksun kalan kişinin herhangi bir nedenle cinsiyet değiştirme ameliyatı olamaması durumunda, cinsiyetini değiştirmediği halde üreme yeteneğini kaybetmesi sonucuyla karşılaşabilecektir. Dolayısıyla AYM, ön şart olarak kabul edilen söz konusu tıbbi müdahalenin, sonuçları bakımından son derece ağır, telafisi imkânsız durumlara yol açabilmesi sebebiyle ölçülü olmadığı sonucuna ulaşmış ve ilgili hükümdeki ibareyi iptal etmiştir. AYM bu kararda, özel hayata saygı ve diğer maddeler bakımından değerlendirme yapmış olduğundan, eşitlik ilkesinin düzenlendiği 10. maddeye ilişkin inceleme yapmasının gerekli olmadığını ifade etmiştir. Benzer bir değerlendirmeyi Mahkeme bireysel başvuru kararında da yapmıştır. Ancak bu sefer başvurucu tarafından ayrımcılık yasağı ileri sürülmemiş olduğundan Mahkemece bu hususa hiç değinilmemiştir.¹⁷⁶

172 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, R.G. No: 24607, 8/12/2001.

173 İlgili madde hükmünün eski hali şöyledir: Madde 40: "Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. 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."

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

175 AYM, E.2017/130, K.2017/165, K.T.: 29/11/2017.

176 Bkz. AYM(İkinci Bölüm), M.K., B.No.: 2015/13077, 12/6/2018.

Cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın iddia edildiği Z.A.¹⁷⁷ başvurusuna konu olayda, din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmeni olan başvurusunun, eşcinsel olması sebebiyle görevine son verilmiştir. Ardından Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkındaki Kanun'un yürürlüğe girmesiyle başvuru, açıktan atanarak mesleğe iade talebinde bulunmuştur. Ancak bu isteminin de reddedildiği olayda başvuru, ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuruya konu bu olayda AYM, çocukların sağlıklı şekilde yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri hususundaki toplumsal menfaat gözetildiğinde kamusal makamların almış olduğu tedbirin makul olduğunu ve idarenin takdir yetkisinin sınırının aşılmamış olduğunu ifade ederek ayrımcılık yapılmadığına karar vermiştir. AYM kararında dikkat çeken başka husus ise başvurusunun cinsel yönelimi sebebiyle görevine son verilmediği “öğretmenlik göreviyle bağdaşmayan iffetsiz fiil” sebebiyle görevine son verildiği belirtilmektedir. Bu yönüyle AYM, cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın söz konusu olmadığını vurgulamıştır. Ancak iffetsiz fiil ile kastedilenin, başvurusunun görev yaptığı okulda cinsel yöneliminin bilinmesi, okul hademesine eşcinsel ilişki teklif ettiği gibi hususlar olduğu yine mahkeme kararında sabittir. Bu yönüyle AYM'nin nesnel yorum yapmadığı açıkça ortadadır. Ayrıca AYM'nin bu kararının uluslararası hukuktan geride kaldığı ve AİHM içtihadıyla uyumlu olmadığı da söylenebilir. Nitekim karşı oy gerekçelerinde uluslararası sözleşmelere, tavsiye kararlara, raporlara ve devletlerin cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı önleme yükümlülüklerine değinilmiş; AYM'nin kendi içtihatlarından ve AİHM içtihatlarından da yola çıkarak başvurusunun aynı veya benzer konumda olan kişilerden farklı olarak yeniden atanma talebinin kabul edilmemesinin cinsel yönelimden kaynaklı olduğu ve bunun farklı muamele oluşturduğu ifade edilmiştir. Ayrıca bu farklı muameleyi meşru gösterecek ciddi nesnel ve makul gerekçenin ileri sürülmediği, bireyin menfaati ile kamu menfaati arasında birey aleyhine ağır sonuçlara yol açan ölçsüz bir müdahale olduğu ifade edilmiştir.¹⁷⁸ Bu durumda her ne kadar AYM tarafından cinsel yönelim şüpheli temel olarak görülmemiş olsa da AİHM içtihatlarında cinsel yönelim şüpheli ayrımcılık temelidir ve bu ayrımcılığın meşru olabilmesi için ciddi nesnel ve makul sebeplerin gösterilmesi gerekmektedir.

Travesti olan başvurusunun kara yolunda seyir hâlindeki araçları durdurmaya çalıştığı ve trafiği tehlikeye düşürecek davranışlarda bulunduğu gerekçesiyle kolluk görevlilerince rızası dışında Emniyet Müdürlüğüne götürülüp saatlerce tutulduğu ve 80 TL idari para cezasına maruz kaldığı *Cemal Duğan*¹⁷⁹ başvurusunda AYM, “cinsel tercih”inden ötürü ceza verilmediği tespitine ulaşarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Bu kararda AYM, terminolojiye ilişkin hatalı kullanımlara yer vermiştir. Nitekim *Sadika Şeker* kararı başta olmak üzere daha önceki kararlarında Mahkeme doğru kullanım olan “cinsel yönelim” ifadesini kullanılırken¹⁸⁰, başvuruya konu kararda “cinsel tercih” kelimesini tercih etmiştir. Ayrıca bu kararın da AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğu da söylenemez. Zira AYM, cinsel yönelimi şüpheli ayrımcılık temeli olarak değerlendirmeyerek ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişilerin bu davranışlarını

177 AYM[GK], Z.A., B.No.: 2013/2928, 18/10/2017.

178 Bkz. Engin Yıldırım, Karşı Oy Gerekçesi. Ayrıca ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşan Muammer Topal da Karşı Oy Gerekçesinde de müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

179 AYM(İkinci Bölüm), *Cemal Duğan*, B.No.: 2014/19382, 15/2/2017.

180 *Sadika Şeker*, para.59. Başka kararlar için ayrıca Bkz. AYM(İkinci Bölüm), *Sinem Hun*, B.No.: 2013/5356, 8/5/2014, para.32-33; AYM[GK], *Fetullah Gülen*, B.No.: 2014/12225, 14/7/2015, para.40.

gereçeklendirmelerini kolaylaştırmış, ayrımcılığa uğrayan kişi açısından ise ispatı zorlaştırmıştır.¹⁸¹ Nitekim, kararın karşı oy gerekçesinde başvuruçunun polis merkezine götürülmesi ve orada bekletilmesi bakımından cinsel yönelim temelinde ayrımcılık yapıldığı ifade edilmiştir.¹⁸² Hak ihlali iddiasının bu boyutu AYM tarafından incelenmemiş, dolayısıyla AİHM içtihadının aksine, ispat yükü başvuru üzerine bırakılmıştır.

SONUÇ

Eşitlik ilkesi ve bu ilkenin koruduğu hukuki menfaatin olumsuz ifadesi olan ayrımcılık yasağı, demokratik toplumların temel yapıtaşlarından biridir. Nitekim ulusal mevzuatlarda sıkça değinilen temel ilke olmakla birlikte birçok uluslararası sözleşmede de düzenlenmiş ve uluslararası buyurucu kural haline gelmiştir. Bu ilke veya olumsuz ifadesiyle yasakla amaçlanan, kişi veya kişi gruplarının benzerleriyle olumsuz yönde farklı muameleye maruz kalmalarını önlemek, temel hak ve özgürlüklerden benzerleriyle olan kişiler kadar yararlanabilmeleri sağlayabilmektir. Kısaca bu ilke, herkese eşit muamele yapılmasını, insanlar arasında ayırım yapılmamasını amaçlayan temel ilkedir.

Çalışmanın odak noktası olarak, bu ilkenin düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına baktığımızda bu ilkeyle ilgili üç düzenlemenin mevcut olduğunu söyleyebiliriz: AİHS m.14, Ek 12 No'lu Protokol m.1, Anayasa m.10. Bu düzenlemelerden Ek 12 No'lu Protokol genel bir ayrımcılık yasağı öngörmekle birlikte, hali hazırda Türkiye dahil birçok ülke tarafından onaylanmamıştır. Diğer düzenlemelerden AİHS m.14 ise genel bir ayrımcılık yasağı düzenlememekte, sözleşmeyle korunan haklar bakımından ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Dolayısıyla sözleşme uygulayıcısı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ancak sözleşmenin diğer haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bir başvuruyu inceleyebilecektir. Ancak mahkemenin bu konuda içtihat değiştirdiği, farklı kararlara yer verdiği çalışmada detaylıca açıklanmıştı. Anayasa Mahkemesinin de önceden gerek somut norm denetimi davalarında gerek bireysel başvuru kararlarında benzer yönde içtihat geliştirmiş olduğu, ancak son bireysel başvuru kararlarında bu içtihattan döndüğü söylenebilir. Şu anki koşullarda AYM'nin baktığı temel kriter Anayasa ile birlikte Sözleşmenin ortak koruduğu haklardan birine dayanılarak bu yasağın ihlal edildiğinin ileri sürülmesidir. Bu yönüyle Mahkemenin yaklaşımının, AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğu söylenemez.

Çalışma kapsamındaki düzenlemelere bakıldığında, yasaklanan ayrımcılık temellerinin sınırlı sayıda olmadığı, "benzeri nedenler" başlığı altında her türlü ayrımcılığı içerebileceği sonucuna ulaşılabilir. Bu kapsamda cinsel yönelim ayrımcılığının da yasaklanan ayrımcılık temellerinden olduğu gerek lafzi yorumdan gerekse mahkeme içtihatlarından yola çıkarak söylenebilir. Keza mahkemeler de hemen her kararında yasaklanan ayrımcılık temellerinin sınırlı sayıda olmadığını belirtmektedir.

181 Ulaş Karan, "Anayasa Mahkemesi'nin Cemal Duğan Kararı: Ayrımcılığa Karşı Korumada Hiyerarşik Yaklaşım ve İspat Sorunu", s.4.(çevrimiçi) <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Ulas%CC%A7-Karan-Ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1g%CC%86a-Kars%CC%A7%C4%B1-Korumada-Hiyerars%CC%A7ik-Yaklas%CC%A7%C4%B1m-ve-I%CC%87spat-Sorunu.pdf>.

182 Bkz. Engin Yıldırım Karşı Oy Gerekçesi.

Ancak AYM, AİHM kadar net şekilde cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın yasak kapsamında olduğunu somutlaştıramamıştır.

Ayrımcılık yasağının ihlali iddialarında mahkemelerin inceleme usulü olarak benzer içtihatlar geliştirmiş olduğu ancak uygulamada farklılıklar olduğu ifade edilebilir. Mahkemeler, öncelikle Sözleşme kapsamında korunan hak ve özgürlüklerle ilgili olup olmadığının değerlendirmesini yapmakta (AİHM'nin bu konuda içtihat değiştirdiğini, ancak AYM'nin bu içtihattan döndüğünü ifade etmişti); ardından farklı muameleyi tespit etmek için benzerleriyle kıyaslandığında bu hak veya özgürlüklerden yararlanma bakımından farklı muameleye maruz kalıp kalmadığını incelemekte; son olarak da bu farklı muamelelerin meşru olup olmadığının tespiti için de nesnel ve makul sebebe dayanıp dayanmadığını ve bu sebeple (meşru amaç) kullanılan aracın (farklı muamele) orantılı olup olmadığının değerlendirmesini yapmaktadırlar. Bu inceleme yapılırken mahkemelerce bazı ayrımcılık temelleri ismen zikredilmemiş olsa da “şüpheli ayrımcılık temeli” olarak değerlendirilmekte ve farklı muamelelerin bu ayrımcılık temellerinde ciddi nesnel ve makul sebeplerle açıklanması beklenmektedir. Ancak mahkemelerin “şüpheli ayrımcılık temelleri” farklılık arz etmektedir. AİHM bu temelleri ırk veya etnik köken, ulusal köken, cinsiyet, doğum, din veya inanç cinsel yönelim temelleri olarak belirlerken; AYM ise yalnızca m.10'da açıkça zikredilen temelleri şüpheli ayrımcılık temeli olarak ele almakta; ulusal köken, cinsel yönelim ve doğum temellerini bu kapsamda değerlendirmemektedir.

AYM'nin cinsel yönelimi şüpheli ayrımcılık temeli olarak değerlendirmemesi, AİHM içtihatlarıyla uyumlu olmadığı anlamına gelmektedir. Bu da AYM kararlarının ayrımcılık yasağının korunmasında etkili kararlar verebilmesini güçleştirebilmektedir. Nitekim Mahkemenin, çalışmada değinilen yakın tarihli kararlarında bunun somut örneğine rastlamaktayız. Ayrımcılık yasağının korunmasına ilişkin bu anlayışın geliştirilmesine ihtiyaç vardır. Çünkü AYM, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli rol oynayan, nihai ulusal yargı merciidir. Bu nedenle cinsel yönelim temelinde ayrımcılık iddiasıyla önüne gelen uyuşmazlıklarda AİHM içtihadına, uluslararası insan hakları hukukuna uygun bir yaklaşım sergilemesi önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2010.
- ALTUNPOLAT, Remzi, “LGBTİ'lere Yönelik Ayrımcılığı Tarihsel ve Politik Temelde Kavramak”, **Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi**, C.17, S.64, 2017, s.2-14.
- BLACKSTONE, W.T., “On The Meaning And Justification of Equality Principle”, **Ethics**, C.77, S.4, 1967, s.239-253.
- BORA, Aksu, “Toplumsal Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık”, (çevrimiçi) <https://tinyurl.com/ybq9mcwg> (Erişim Tarihi: 16.06.2020).
- CHRİSTIAN Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, **Anayasa Yargısı**, C.10, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1993, s.25-48.
- ÇAĞLAR, Selda, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.3, 2012, s.43-87.
- DOĞAN, İlyas, **İnsan Hakları Hukuku**, 2.bs., Ankara, Astana Yayınları, 2015.

- DUVAN, Ayşe Özkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, 2017, s.17-81.
- ELLIS, Evelyn ,WATSON, Philippa, **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, Oxford(UK), 2012.
- EREN, Hayrettin, **Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu**, Ankara, Hukuk Yayınları Dizisi, 2016.
- ERGÜL, Ergin, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması**, Ankara, Yargı Yayınevi, 2003.
- GLAAD, **GLAAD Media Reference Guide**, 10.bs.,2016. (çevrimiçi), <https://www.glaad.org/sites/default/files/GLAAD-Media-Reference-Guide-Tenth-Edition.pdf> (Erişim Tarihi: 13.06.2020).
- GÜL, İdil Işıl, KARAN, Ulaş, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- GÜLMEZ, Mesut, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi 11.Kongre Özel Sayısı, 2010, s.221 (çevrimiçi) <http://calismatoplum.org/sayi25/gulmez.pdf> (Erişim Tarihi: 25.05.2020).
- GÜLMEZ, Mesut, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Ankara, Belediye İş Yayınları, 2009.
- HARRIS, D.J. , O’BOYLE, M. WARBRICK, C., **Law of the European Convention on Human Rights**, 2.bs., Oxford University Press, Oxford-New York, 2009.
- International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association(ILGA), **State-Sponsored Homophobia 2019**, Geneva, March 2019.(çevrimiçi) <https://tinyurl.com/y89eprsh> (Erişim Tarihi: 16.06.2020)
- İÇLİ, G., “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Küreselleşme”, **Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S.30, 2018, s.132-143.
- KABACAOĞLU, Gökhan, “Gey ve Lezbiyenlerde Açılma Süreci: Nitel Bir Çalışma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Hacettepe Üniversitesi, Eğitim Bilimleri Enstitüsü**, Eğitim Bilimleri Anabilim Dalı, Psikolojik Danışma ve Rehberlik Bilim Dalı, Ankara, 2015.
- KABAOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuki Yapısı**, 6.bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2002.
- KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, 5.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Kaos GL, **Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İçin LGBT Hakları El Kitabı**, 2.bs., Ankara, (yayınevi bilgisi yok), 2017.
- KARAKAŞ, Asmin Güneş, “Cinsel Yönelim Ayrımcılığının İşe Alım Niyeti Üzerindeki Etkisi: Deneysel Bir Çalışma”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İşletme Anabilim Dalı, Ankara, 2018.
- KARAN, Ulaş, “Anayasa Mahkemesi’nin Cemal Duğan Kararı: Ayrımcılığa Karşı Korumada Hiyerarşik Yaklaşım ve İspat Sorunu”, (çevrimiçi) <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Ulas%CC%A7-Karan-Ayr%CC%84%B1mc%CC%84%B1lg%CC%86a-Kars%CC%A7%CC%B1-Korumada-Hiyerar%CC%A7ik-Yaklas%CC%A7%CC%B1m-ve-I%CC%87spat-Sorunu.pdf> (Erişim Tarihi: 20.06.2020).
- KARAN, Ulaş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, **Anayasa Yargısı**, C.31, S.1, 2015, s.235-306.
- KARAN, Ulaş, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (ed. Sibel İnceoğlu), 3.bs., İstanbul, Beta, 2013.
- KARAN, Ulaş, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- KELEŞ, Burçak, “Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Cinsiyet ve Cinsel Yönelim”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.

AYM(İkinci Bölüm), M.K., B.No.: 2015/13077, 12/6/2018.
AYM(İkinci Bölüm), *Mesude Yaşar*, B.No.: 2013/2738, 16/7/2014.
AYM(İkinci Bölüm), *Sadika Şeker*, B.No.: 2013/1948, 23/1/2014.
AYM(İkinci Bölüm), *Sinem Hun*, B.No.: 2013/5356, 8/5/2014.
AYM[GK], *Fetullah Gülen*, B.No.: 2014/12225, 14/7/2015.
AYM[GK], *Tuğba Arslan*, B.No: 2014/256, 25/06/2014.
AYM[GK], Z.A., B.No.: 2013/2928, 18/10/2017.
AYM, E. 2012/80, K. 2013/16, 23/01/2013
AYM, E.1970/1, K.1970/31, K.T. 16/06/1970.
AYM, E.1986/11, K.1986/26, K.T.: 4/11/1986.
AYM, E.1991/18, K.1992/20, K.T.: 31/03/1992.
AYM, E.1997/74, K.1998/69, K.T. 17/11/1998.
AYM, E.2009/47, K.2011/51, K.T.: 17/03/2011.
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.2015/79, K.2017/164, K.T. : 29/11/2017.
AYM, E.2017/130, K.2017/165, K.T.: 29/11/2017.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v Birleşik Krallık, No.: 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28 Mayıs 1985.
Adami v. Malta, No:17209/02, 20 Haziran 2006.
Airev v İrlanda, No.: 6289/73, 9 Ekim 1979
Backovski ve Diğerleri v Polonya, No.:1543/06, 3 Mayıs 2007.
Belgian Linguistic Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of Languages in Education in Belgium"
v. Belçika[GK], No:1474/62, 1677/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23 Temmuz 1968.
Burghartz v İsviçre, No.: 16213/90, 22 Şubat 1994.
Christine Goodwin v Birleşik Krallık, No.:28957/95, 11 Temmuz 2002.
Danilenkov ve Diğerleri v. Rusya, No.: 67336/01, 30 Temmuz 2009.
Dudgeon v Birleşik Krallık, No.:7525/76, 22 Ekim 1981.
E.B. v Fransa[BD], No.:43546/02, 22 Ocak 2008.
Frette v Fransa, No.:36515/97, 26 Şubat 2002.
Identoba ve Diğerleri v Gürcistan, No.:73235/12,12 Mayıs 2015.
Karner v Avusturya. No.:40016/98, 24 Temmuz 2003.
L ve V v Avusturya, No.:39392/98 ve 39829/98, 9 Ocak 2003.
Marckx v. Belçika[GK], No:6833/74, 13 Haziran 1979.
Modinos v Kıbrıs, No.:15070/89, 22 Nisan 1993.
Norris v İrlanda, No.:10581/83, 26 Ekim 1988.
Orsus ve Diğerleri v Hırvatistan[BD], No.: 15766/03, 16 Mart 2010.
Petrov v. Bulgaristan, No.: 15197/02, 22 Mayıs 2008.
Pretty v. Birleşik Krallık, No.: 2306/42, 29 Nisan 2002.
Rasmussen v. Danimarka, No:8777/79, 28 Kasım 1984.

- Rees v Birleşik Krallık*[GK], No.:9532/81, 17 Ekim 1981.
S.L. v Avusturya , No.:45330/99, 9 Ocak 2003.
Salgueiro da Silva Mouta v Portekiz, No.:33290/96, 21 Aralık 1999.
Schalk ve Kopf v Avusturya, No.: 30141/04, 24 Haziran 2010.
Schwizgebel v. İsviçre, No.: 25762/07, 10 Haziran 2010.
Thilimmenos v. Yunanistan [BD], No.34369/97, 6 Nisan 2000.
Vallianatos v Yunanistan[BD], No.: 29381/09 ve 32684/09, 7 Kasım 2013.
X v Türkiye, No.:24626/09, 9 Ekim 2012.
X ve Diğerleri v Avusturya[BD], No.:19010/07, 13 Şubat 2013.