

## Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih

### Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih

Turan YILDIRIM\*

#### Öz

Kamu görevlilerinin özel hayatları, yürüttükleri hizmetin gerekleriyle sınırlanabilmektedir. Özel hayatın sınırını yürütülen hizmetin gerekleri oluşturduğu için bu konuda genel açıklama yapmak ve genel sonuçlara ulaşmak mümkün değildir. Bu çalışma öğretmenlik ve askerlik hizmetindeki kamu görevlilerinin cinsel tercihinin yönelik iki Anayasa Mahkemesi kararından esinlenilerek hazırlanmıştır. Ancak bu hizmetler dışında görev yapan kamu görevlileri bakımından da geçerli olabilecek bilgi ve esaslara yer verilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu Görevlisi, Özel Hayat, Eşcinsellik

#### Abstract

State officials private lives can be limited due to the services they conduct. It is not possible to make a general statement and present general conclusions in regards to services effecting the state officials private life. This study was inspired by the decisions of two cases decided in the Constitutional Court which communicated the sexual preference of State officials in teaching and the military service. This study will also include the information and principles which may be valid in terms of State officials working outside the above mentioned services.

**Keywords:** State Official, Private Life, Homosexuality

### I. ÖZEL HAYAT KAVRAMI

Anayasada, uluslar arası sözleşmelerde ve kanunlarda özel hayat kavramı tanımlanmamaktadır. Bu metinlerde özel hayatın korunmasına yönelik hükümler yer almakta ve özel hayatın korunması kapsamında korunan menfaatler düzenlenmektedir. Örneğin Anayasanın özel hayatın gizliliği ve korunması başlıklı 20.maddesine göre; Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Maddenin

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, turanyildirim@marmara.edu.tr.

ikinci fıkrasında kişilerin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyasının aranması, el konulmasına dair hükümler yer almaktadır. 2010 tarihinde eklenen 3.fıkrada ise kişisel verilerin korunması düzenlenmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (İHAS) 8.maddesi, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı başlıklıdır. Ayrıca madde kapsamında konuta ve haberleşmeye saygı da bulunmaktadır.

Türk Ceza Kanununun özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar başlıklı Dokuzuncu bölümünde de benzer şekilde özel hayat kapsamına giren alanlara yer verilmektedir. Bu bölümde düzenlenen suçlar şunlardır: Haberleşmenin gizliliğini ihlal Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması Özel hayatın gizliliğini ihlal Kişisel verilerin kaydedilmesi Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, Verileri yok etmeme.<sup>1</sup>

Medeni Hukukta ise özel hayat, Medeni Kanunun, kişilik hakkı ve kişiliğin korunmasına dair 23.,24. Maddeleri kapsamında incelenmekte ve özel hayatın kişilik hakkını oluşturan değerler arasında olduğu kabul edilmektedir.<sup>2</sup>

Hukuk doktrininde kişinin hayat alanı, üç alan teorisi olarak adlandırılan görüşe göre; kamuya açık hayat, özel hayat ve gizli hayat olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Kamuya açık hayat; “Kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı, herkese açık, serbestçe ifşa edilmesinde bir sakınca olmayan olayları ve hareketleri içerir.” “Özel hayat, kişinin gizli hayatına dahil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi, sıkı ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaşmak istediği olayları ve hareketleri kapsar.” Gizli hayat ise “kişinin güven duyduğu kimselerle paylaştığı, bu kimseler dışında kalan kişilere kapalı olmasını arzu ettiği, onların bilmesini, öğrenmesini istemediği olaylar ve hareketlerden oluşur.”<sup>3</sup>

Gizli hayat alanı, kendilerine ifşa edilenler dışında kalanların bilgisi dışında tutulması gereken hayat olaylarıdır. Kişinin inançları, ümitleri, cinsel yaşamı, korkuları, dilekleri, aile ilişkileri, planları ve duyguları gibi iç yaşamla ilgili olayların yanı sıra, sağlık, kişisel ilişkiler, mektup, hatıra defteri, gibi dış yaşamla ilgili olayları da kapsamaktadır.<sup>4</sup>

Kamuya açık alan, kişinin kamuya açık yerlerde, toplantılarda ve törenlerdeki yaşam görüntülerini kapsamaktadır. Kişinin toplumda diğer kişilerle ilişkili olduğu hayat alanı kamusal hayat, olarak kabul edilmektedir. Özel hayatı, faaliyetlerin ya da değerlerin bulunduğu alanı kriter olarak özel hayatı belirleyen hukukçular, kamunun (belirsiz sayıdaki kişiler) veya kimliği önem taşımayan kişiler önünde gerçekleştirilen faaliyetleri ve değerleri kamusal alanda gerçekleşen kamusal değerler olarak nitelemişlerdir.<sup>5</sup>

1 H.Zafer,Özel Hayatın ve Hayatın Gizlilik Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, İstanbul 2010.

2 Helvacı,S.,Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar,İstanbul,2001

3 Helvacı,S.,Gerçek Kişiler,İstanbul, s.120. Özel hayat kavramı için ayrıca bkz.Akyürek,G.,Özel hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, 2. Baskı,Seçkin yay.2014,s.23.vd.;Salihpaşaoğlu, Y.,Özel Hayatın Kapsamı:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,C.XVII,Y.2013,Sa.3

4 Zafer, s.13.

5 Zafer,s.14.

Ancak, AİHM kararları, özel hayat kavramına daha geniş anlam vermektedir. Bir başka ifadeyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sisteminde özel hayatı yukarıdaki kavramlarla açıklamak güçtür. Aynı şekilde özel hayatın gizliliğinin tanımlanmasından da – güçlüğü sebebiyle – kaçınılmaktadır.<sup>6</sup>

Özel hayat kavramını aydınlatan bir diğer kavram olan özel hayatın gizliliğinin birey tarafından dört şekilde gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Toplumdan çekilme, mahremiyet, tanınmazlık, saklama. Bu kavramlar özetle şöyle tanımlanmaktadır: “Toplumdan çekilme (solitude) halinde kişinin toplumla ilişkisini keserek çevresinden ve onun denetiminden uzaklaşarak tek başına yaşamını sürdürmesi söz konusudur. Mahremiyet (intimacy) halinde kişi özel yaşamını aile, eş, arkadaş gibi sınırlı bir çevre ile paylaşmaktadır. Tanınmazlık (anonymty), kişinin bir yabancı ile onun kendisinin kim olduğunu bilmemesine ve çevresinde sürekli kalmayacağına güvenerek özel yaşamını paylaşması veya kişinin düşüncelerini kendisinin olduğu anlaşılamayacak biçimde açıklaması halidir. Saklama (reserve) halinde ise, kişinin özel yaşam olaylarının algılanmasını önlemesi veya sınırlandırması söz konusudur.”<sup>7</sup>

## **II. KAMU GÖREVLİLERİNİN ÖZEL HAYAT ALANI**

### **A. KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI**

1982 Anayasasının 128.maddesine göre; Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür. Kamu görevlisi kavramı, 128.maddeden başka 129.maddede; toplu iş sözleşmesini düzenleyen 53. maddede; siyasi partilere girmeyi düzenleyen 68.maddede de zikredilmektedir.

Kamuda çalışan herkesi kapsayacak şekilde geniş bir anlamı olan kamu görevlisi kavramı, idare hukukunda dar anlamıyla ele alınmıştır. Buna göre; devletin siyasal yapısını oluşturan organlardaki görevlilerle, özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışanlar dışında kalan kamu görevlileri, idare hukukunun konusunu oluştururlar.<sup>8</sup> Anayasanın 68.maddesi, bu kabulü desteklemektedir. 68.maddede siyasi partilere üye olamayacak kamu görevlileri şöyle ifade edilmiştir: Memurlar ve yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan kamu görevlileri.

128.maddeye bakıldığında kamu görevlilerinin asli ve sürekli görevler ölçütüyle belirlenmesi gerektiği söylenebilir. Ancak, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra kamu personel rejiminin çözülmesi güç bir ip yumağı haline getirildiğini görmekteyiz. Aynı kurumda aynı

6 Üzeltürk, S., 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004, s.3. Eserde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin özel yaşamın gizliliği hakkı çerçevesinde koruduğu alanın genişliği ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

7 Üzeltürk, s.3., dipnot 6.

8 Kaman, N. “Yıldırım-Yasin-Kaman-Özdemir-Üstün-OkayTekinsoy, İdare Hukuku, İstanbul, 2015, s.210.

işi yapan farklı statüde personel çalışır hale gelmiştir. İhaleyle doktor çalıştırılmasına imkan sağlanması,<sup>9</sup> kavramın tanımlanmasının ve çözümün güçlüğüne açıkça göstermektedir.

Asli ve sürekli görev ölçütü yeterli olamadığı için 128.maddedeki şu ifade daha kolay bir tanım ölçütü niteliğini taşımaktadır: “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve diğer ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” 128.maddeden hareketle, bu çalışma kapsamına giren kamu görevlileri şöyle belirlenmiştir: Nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve diğer ödenekleri ve diğer özlük işleri Devlet Memurları Kanununda veya özel kanunlarında düzenlenen (Örneğin hakimler-savcılar, silahlı kuvvetler mensupları, yükseköğretim kurumları öğretim elemanları gibi.) personel.

## **B. KAMU GÖEVLİLERİNİN ÖZEL HAYATI-ÖRNEK DÜZENLEME DEVLET MEMURLARI KANUNU**

Kişinin özel hayatı, hem başkalarının hem de kamu görevlilerinin giremeyeceği, ihlal edemeyeceği, Devlet tarafından korunması gereken bir değerdir.<sup>10</sup> Ancak korunması gereken özel hayat, kamu görevlileri bakımından daha farklı anlaşılmaktadır. Hatta kişiler bakımından gizli hayat alanında kalan bazı olaylar, kamu görevlisi bakımından gizli veya özel kabul edilmemektedir. kamu görevlisinin kiminle evlenip, kiminle yaşadığı dahi genel hayat alanına dahil edilebilmektedir. Bu sebeple, kamu görevlilerinin özel hayatı, korunması gereken hayat alanı değil; adeta uyulması gereken hayat tarzı haline dönüşmüştür.

Esasen insanlık tarihine bakıldığında da o dönem şartlarında kamu görevlisi olarak nitelenebilecek kişilerin özel hayatlarının farklı anlaşıldığı görülmektedir. Örneğin Platon'un Devletinde yöneticilerin ve savaşçıların mülk edinme hakları yoktur.<sup>11</sup> Platon'un etkilendiği Sparta'da askerlerin evlenmelerine yasak getirilmiştir.

Nizamülmülk'ün Siyasetnamesinde, vezirlerin ve mutemetlerin, görevlerini noksansız yerine getirip getirmediklerini görmek için gizlice sürekli denetlenmesi gerektiği öğütlenmektedir. İyi tabiatlı vezirin ülkeyi kalkındıracağı, şirret birisinin ise zarar vereceği anlatılır. Nizamülmülk'e göre padişah, memleketteki kadıların vaziyetinden de teker teker haberdar olmalıdır. Kadılık görevi, halkın malında gözü olmayanlara verilmelidir. Siyasetnamedeki adil hükümdarın, zalim görevliyi nasıl cezalandırdığını anlatan hikayelerden anlaşıldığı kadarıyla; kamu görevlileri hükümdarı temsil ettikleri için, hükümdara yaraşır hayat sürmek zorundadırlar.

9 DMK m36/III. Ek paragraf Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir

10 Özel hayatın gizliliği hakkının koruduğu değer ve devletin yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üzeltürk,s.7.vd.

11 Akad,M.-Vural Dinçkol,B.-Bulut,N.,Genel Kamu Hukuku, İstanbul 2016. S.19.

Kamu görevlilerinin buldukları mevkiin gereklerine göre yaşamları geleneğinin Osmanlı İmparatorluğunda da sürdüğünü görmekteyiz. Kul olarak adlandırılan görevlilerin eğitimi, yaşayışları, ibadetleri ve evlilikleri kontrol altında tutulmuştur. Örneğin Enderun'da yetiştirilenlerin yaşayış tarzının belirlendiğini görmekteyiz.<sup>12</sup> Günümüzde “emir kulu” kavramıyla izlerini sürdüren kulluk sistemi, kamu görevlisinin hayat tarzını belirlemektedir.

Kamu görevlilerinin özel hayat alanına giren durum ve davranışlarının özel hukuktan daha farklı olduğu yukarıda aktarılmıştı. Memur ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerini ve çalışma şartlarını düzenleyen kanunlarda ve düzenleyici işlemlerde bu hususta bir çok hüküm mevcuttur. Bu çalışmada, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu örneği, kısaca ele alınacaktır.

Devlet Memurları Kanununda memurların hayat tarzına ilişkin temel düzenleme “Davranış ve işbirliği” başlıklı 8.maddedir. Buna göre; Devlet memurları, resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını hizmet içindeki ve dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadırlar. Devlet memurlarının işbirliği içinde çalışmaları esastır.

Yurt dışında davranışı düzenleyen 9.maddeye göre ise; Devlet memurlarından sürekli veya geçici görevle veya yetişme, inceleme ve araştırma için yabancı memleketlerde bulunanlar Devlet itibarını veya görev haysiyetini zedeleyici fiil ve davranışlarda bulunamazlar.

Devlet memurları, kendileriyle, eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına ait taşınır ve taşınmaz malları, alacak ve borçları hakkında, özel kanunda yazılı hükümler uyarınca, mal bildirimi vermekle yükümlüdürler (m.14.).

Devlet memurlarına yasaklanan faaliyetleri düzenleyen 28. Maddeye göre; eşleri, reşit olmayan veya mahcur olan çocukları, yasaklanan faaliyetlerde bulunan memurlar bu durumu 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlüdürler.

Disiplin suçlarına ilişkin 125.madde sayılan disiplin suçlarına bakıldığında, özel hayat alanına giren davranışlara da rastlanmaktadır. 125.maddede bulunan bu tür suçlar şunlardır:

- Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak(Uyarma cezası).
- Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak(Kınama cezası).
- Borçlarını kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak(Kınama cezası)
- Diplomatik statüsünden yararlanmak suretiyle yurt dışında, haklı bir sebep göstermeksizin ödeme kabiliyetinin üstünde borçlanmak ve borçlarını ödemedeki tutum ve davranışlarıyla Devlet itibarını zedelemek veya zorunlu bir sebebe dayanmaksızın borcunu ödemediği yurda dönmek(Kademe ilerlemesinin durdurulması).

12 Enderun hakkında kısa bilgi için bkz. İslam Ansiklopedisi, Enderun maddesi

-Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak(Devlet memurluğundan çıkarma cezası).

-Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak(Devlet memurluğundan çıkarma cezası).

## **C. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADİ**

### **I. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özel hayat kavramını tanımlamaktan kaçınmış ve kişilerin korunması gereken özel hayatının kapsamını geniş yorumlamıştır. AİHM kararlarında özel hayata saygı hakkı kapsamına giren çıkarlar, şu dört başlık altında toplanmaktadır: “i)Fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı, ii)bireyin kendini geliştirme, gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme özerkliği, iii)bireyin mahremiyet hakkı ve kendisi hakkındaki bilgiyi kontrol edebilme hakkı”<sup>13</sup>

Özel hayata saygı hakkını geniş yorumlayan Mahkemeye göre; kamu görevlilerinin mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetler de özel hayat kavramına dahildir. Mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin kendisine yakın bulunduğu kişilerle ilişkilerini geliştirmesinin sosyal kimliğini şekillendirmesi üzerinde etkilerini gösterdiğinde özel hayata saygı hakkı kapsamına girebilmektedir. “Özellikle özel hayatla ilgili unsurlar katı manada belirli bir meslek için niteleyici bir kriter olarak görüldüğünde meslek hayatı genellikle özel hayat ile iç içedir. Kısacası meslek hayatı, kamusal bağlamda da birey ve “özel hayatı” ilgilendiren başka kişiler arasındaki etkileşim alanının bir parçasıdır. (bk. *Fernández Martínez/İspanya* [BD], No. 56030/07, § 109, AİHM 2014 (Özetler) ve bu karardaki atıflar).”

Ancak Mahkeme, kamu görevlilerinin temsil ettiği kurumun imajına veya itibarına zarar vermesi halinde, bu davranış özel hayatında dahi olsa, kurumun imaj veya itibarına zarar vermeme yükümlülüğünün özel hayatın ötesine geçebileceğini de kabul etmektedir. SODAN Kararındaki ifade şöyledir: “Mahkeme, daha önce kamu görevlilerinin, konumları gereği, Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında ya da Sözleşme’nin 9. maddesi kapsamında dinsel inançları açıkça ifade etme konusunda, bir istisnaya tabi tutulmalarını meşru olarak değerlendirmiştir. Bu ilkeler Sözleşme’nin 8. maddesine de uygulanır. Bir memur –özel hayatında dahi olsa – sergilediği bir davranış nedeniyle, temsil ettiği kurumun imajına ya da itibarına zarar vermesi halinde Devleti temsil eden bir üst düzey memurun deontolojik yükümlülükleri, özel hayatının ötesine geçebilmektedir (*Özpinar/Türkiye*, No. 20999/04, § 71, 19 Ekim 2010).”<sup>14</sup>

13 Öncü,G.A.,”Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör S.İnceoğlu, İstanbul,2013,s.301.;Gümüş,A.T.,Devletin Pozitif Yükümlülüğü Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı, Adalet Yayınevi,2016,

14 SODAN/TÜRKİYE, (*Başvuru No.18650/05*) ,İkinci Bölüm, Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı çevirisi.

Mahkeme, kamu hizmetinin tarafsız biçimde sunulabilmesi ve laiklik ilkesine saygı gösterilmesi amacıyla Sözleşme'nin memurlara bazı kısıtlama ve ihtiyat yükümlülüğü getirme imkânını engellemediğini belirtmektedir. Mahkemeye göre Sözleşme, memurların, siyasi partilere ya da ırkçı düşünce veya yabancı düşmanlığı güden gruplara ya da üyeleri arasında sağlam ve parçalanmaz bir dayanışma bağı kuran veyahut da demokratik kuralla aykırı ideoloji izleyen tarikatlara üye olmaları nedeniyle cezalandırılma imkânını da önlememektedir. (voir *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani/İtalya (No.2)*, No. 26740/02, § 55, 31 Mayıs 2007).

SODAN kararında, kamu görevlisinin özel hayatına müdahale edilebilmesi için şu ölçütler kullanılmıştır: a)Kamu görevlilerinin tarafsız şekilde hareket etmesinin sağlanması; b)Siyasi partilerden ya da ırkçı düşünce veya yabancı düşmanlığı güden grupların üyelerden talimat alması; c)Davranışlarının ulusal güvenlik için tehlike arz etmesi.

Ancak ÖZPINAR Davasında<sup>15</sup> Mahkeme, özel hayat-mesleki hayat ayırımının kolay olmadığını, şöyle vurgulamaktadır: "...AİHM, "özel hayatın" eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavram olduğunun altını çizmektedir. Gerçekten de, AİHS'nin 8. maddesi ile korunan şey kişinin kendini geliştirme hakkıdır. Bu, kişisel gelişim şeklinde olabileceği gibi. AİHS'nin 8. maddesinde güvence altına alınan hakların yorumlanmasında önemli bir rol oynayan kişisel bağımsızlık şeklinde de tezahür edebilir. Her ne kadar AİHM, bir taraftan herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğunu kabul etse de diğer taraftan "özel hayat" kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği kanaatini taşımaktadır. 8. madde "özel bir sosyal hayat" sürdürmeyi, yani kişinin sosyal kimliğini geliştirme hakkı anlamında bir "özel hayatı" güvence altına almaktadır. Bu yönü ile birlikte değerlendirildiğinde bahsi geçen hak, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir..."

Özel hayat kavramının genişliğini tespit eden AİHM, mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetlerin "özel hayat" kavramı dışında tutulmasını gerektiren bir ilkesel neden bulunmadığını belirtmektedir.

Mahkemeye göre; mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini yakınlarında bulunan insanlarla olan ilişkilerini geliştirme şeklinde yansıttığı ölçüde Sözleşmenin 8. maddesi kapsamına girebilmektedir. Mahkemenin şu tespiti de önemlidir: "Bu noktada belirtmek gerekir ki, insanların büyük çoğunluğu, dış dünya ile olan ilişkilerini geliştirme olanaklarını, daha çok, hatta en çok, mesleki hayatları çerçevesinde yürüttükleri faaliyet kapsamında elde etmektedir." Bu tespit doğrultusunda, hakimlerin mesleğini ifası sırasındaki davranışlarına ilişkin düzenleme veya müdahale, özel hayatın gizliliği hakkına müdahale olarak nitelendirilmemiştir.

Örneğin, AİHM, kamu görevlilerinin ya da hakimlerin, konumları gereği, AİHS'nin 10. maddesi kapsamında ya da AİHS'nin 9. maddesi kapsamında dinsel inançları açıkça ifade etme konusunda,

15 ÖZPINAR – TÜRKİYE DAVASI (Başvuru no: 20999/04) ,İkinci Daire, Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı çevirisi. Okumayı kolaylaştırmak amacıyla, Karar metninden alıntı yapılırken, önceki kararlara yapılan atıflar çıkarılmıştır.

bir istisnaya tabi tutulmalarını meşru kabul etmiştir. Mahkeme, bu kabulü, özel hayatın gizliliğine de taşımaktadır. Dolayısıyla, AİHM, hakimlerin mesleki görevlerinin, hakimin davranışının imajına ya da mesleğin saygınlığına zarar verme ihtimali olması halinde, özel hayatlarının sınırlanabileceği kanaatini taşımaktadır. Ancak AİHM, kamu görevlilerinin de diğer bireyler gibi Sözleşmenin 8. maddesindeki korumadan yararlanacaklarının altını çizmiştir.

Bu noktada özel hayata saygı gösterilmesi ile kamu görevlisinin davranışlarına müdahale dengesinin nasıl kurulacağı sorusu akla gelmektedir. Mahkemenin bu soruya verdiği cevap şöyledir: “AİHM’nin her olayın kendine has özelliklerini göz önünde bulundurarak, bireyin temel haklarından biri olan özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı ile demokratik bir Devletin sunduğu kamu hizmetinin 8. maddenin 2. paragrafına uygun yürümesini gözetmek konusundaki meşru menfaati arasındaki adil dengenin kurulup kurulmadığını araştırması gerekmektedir.”

AİHM, kamu görevlilerine ve yargıçlara giyim şekli konusunda sınırlama getirilmesini, kararlarının etkisinin korunması düşüncesiyle açıklamaktadır. AİHM’nin kanaatine göre, buradan doğan müdahale hakkı “kamu düzeninin sağlanması” ve “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” gibi meşru temellere dayanmaktadır.

Somut olayda adil denge araştıran Mahkeme, atama kararında, kamu hizmetinin tarafsızlığını koruma kaygısıyla, eşin başörtülü olmasına bakılmasını haklı bir yaklaşım olarak kabul etmemiştir.

Bir kadın hakimin uygunsuz kıyafet (mini etek) giydiği; abartılı makyaj yaptığı; kişisel duyguları doğrultusunda hareket ederek, etrafa görevini umursamadığı şeklinde bir inanç yaydığı gerekçeleriyle görevden alınmasını değerlendiren AİHM, Sözleşme ihlali kararını şöyle gerekçelendirmiştir:

“...Mevcut davada AİHM, başvuranın kısa bir mesleki deneyimin ardından üç buçuk yıl çalıştığı küçük bir ilçeye atandığını gözlemlemektedir. Söz konusu olaylardan önce, iyi bir mesleki kariyer izleyen başvuran, ayrıca 2001 yılı Aralık ayında özel olarak terfi etmiştir. Dosyadan anlaşıldığı kadarıyla başvuran, ne mesleki hayatına başladığı Karakoçan’da ne de mesleki hayatını sona erdirdiği Seydişehir’de bir soruşturmaya konu olmamıştır.

Başvuran hakkında 2002 yılı Mayıs ayında başlatılan soruşturma, başka kamu görevlilerinin ihbarı sonucu tetiklenmiştir. Soruşturma esnasında başvuran, yalnızca mesleki hayatına ilişkin sorulara değil; annesi ve diğer bazı insanlar ile olan ilişkileri ve tatili gibi özel ve aile hayatına ilişkin sorulara da cevap vermek zorunda bırakılmıştır.

Üstelik soruşturma çerçevesinde dinlenen tanıkların ifadelerine göre, birçok insan, başvuranın mesleki ve özel hayatı, işyerindeki kıyafetleri, makyaj tarzı, mesai saatlerine uyup uymadığı ve tatili hakkında sorgulanmıştır. Yine müfettiş tarafından sorgulanan bazı tanıkların ifadelerinin herhangi bir sınır tanımadığı da ilgi çekici bir noktadır. Gerçekten de, bazı ifadeler şüphesiz başvuranın şeref ve haysiyetini ihlal edebilecek niteliktedir. Elbette, müfettiş böyle bir ifadeden



sorumlu tutulamaz. Ancak başvurana yöneltilen ithamlar ve özellikle de başvuranın diğer dört kişi ile yakın ilişki kurduğu yönündeki yaygın kanaat uyandırma iddiası göz önüne alındığında, makul olarak müfettişin tanıkları bu hususta ifade vermeye yönlendirmiş olabileceği düşünülebilir.

AİHM, mesleki ya da özel hayatında bir hakime duyulması gereken güven ya da saygıyı engelleyecek bir tutum benimsemiş olmanın adalet kurumunun saygınlığı üzerinde belli bir etkisi olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, bir kamu görevlisinin özel hayatına ilişkin davalarda, bu kişinin belirli bir ölçüde özel hayatına ilişkin tutumlarının sonucunu öngörebilmesi ve gerektiğinde uygun güvencelerden yararlanabilmesi gerekmektedir. Özellikle mesleki hayat ile özel hayatın kelimenin dar anlamıyla üst üste geldiği ve bir bireyin bazen hangi boyutta hareket ettiğinin tespit edilmesinin ne kadar zor olduğu göz önüne alındığında, bu tür güvencelerin gerekliliği bariz bir şekilde ortaya çıkmaktadır (bakınız *Bigaeva*, ilgili bölüm, prg. 23). AİHM'ne göre, benzer durumlarda, bir hakimin özel hayatına ilişkin iddialara karşı korunabilmesi için, iç hukukta, yeterli güvence teşkil eden önlemlerin mevcut olması gerekmektedir.

Bununla birlikte, mevcut davada, her ne kadar başvurana atfedilen bazı davranışlar, özellikle de kişisel duygularının yönlendirmesine izin vererek karar vermesi, durum gerektirdiğinde, görevden alma gibi radikal bir tedbiri meşrulaştırırsa da, AİHM, ulusal düzeyde yürütülen soruşturmanın söz konusu ithamları kesin olarak ortaya koymaya elverişli olmadığını tespit etmektedir. Öte yandan, ulusal düzeyde soruşturmaya tabi tutulan birçok davranışın başvuranın mesleki faaliyetleri ile ilgisi bulunmamaktadır. Aksine görevden almayla sonuçlanan disiplin soruşturması sırasında başvuran çok az güvenceden istifade edebilmiştir. Disiplin soruşturmasının başlatılmasını takiben yalnızca ithamlar başvuranın bilgisine sunulmuştur. Müfettiş tarafından yürütülen soruşturmada uygulanabilecek en alt sınırdaki teminatlar dahi göz ardı edilmiştir. Ne soruşturma çerçevesinde dinlenen tanıkların ifadeleri ne de müfettişin raporu başvuranın bilgisine sunulmamıştır. Elbette, başvuran müfettişe ve HSYK'ya yazılı savunmasını sunabilmiştir. Ancak görevden alınma kararı verilmeden önce ne müfettiş ne de HSYK başvuranın savunmasını bizzat kendisinden dinlememiştir. Özellikle bu süreç sırasında gerçekleşen tek duruşmanın, son safhada yani HSYK'nın itirazları inceleme kurulunun toplantısı sırasında yapılması AİHM'ni hayrete düşürmektedir..."

## **2. Anayasa Mahkemesi**

Kamu görevlilerinin özel hayatı konusu, Anayasa Mahkemesinin bir çok kararında ele alınmaktadır. Bireysel başvuru yolunun açılması, bu konudaki karar sayısını daha da arttırmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi de AİHM gibi, özel hayat kavramının tanımlanamayacağı kanaatindedir. Mahkemeye göre; özel hayat geniş bir kavramdır ve kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zordur. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup, bu koruma herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etmektedir.

Mahkeme, özel hayat kavramının, herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu alandan uzak tutmasına indirgenemeyeceğini de belirtmektedir. Ancak mahremiyet alanı olarak adlandırılan, bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel alana Devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği kabul edilmektedir.

Anayasa mahkemesine göre; “bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural olarak özel alandır. Ancak özel yaşamın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireylerin mahremiyetlerinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır.”

Özel hayat konusunda AİHM içtihadını benimseyen Anayasa Mahkemesi şu tespiti de yapmaktadır: “Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Ancak özellikle mahremiyet alanında cereyan eden cinsel içerikli eylem ve davranışların bu alana dâhil olduğunda kuşku yoktur.”

Kamu görevlilerinin özel hayatlarının, meslekî yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabileceklerini kabul eden Mahkeme, kişilerin kamu görevlisi statüsüne kendi iradeleriyle dahil olmaları sebebiyle, görevin gerektirdiği sınırlamaları da kendi iradesiyle benimsediğine işaret etmektedir. Kamu görevlisi statüsü, “doğası gereği, kişinin hak ve özgürlüklerine herhangi bir vatandaşa uygulanamayacak sınırlamalar getirmektedir. Zira kamu yararı, kamu görevlilerinden uymaları gereken meslekî ve etik kurallar açısından tam bir uyum beklemektedir.”

Anayasa Mahkemesi, kamu görevlilerinin ve bu bağlamda kamu hizmetinin saygınlığını sarsacak davranışların özel hayat korumasından yararlanamayacağını şu sözlerle ifade etmektedir: “Özellikle meslekî yaşamı ile bağlantısı olabilecek bazı özel hayat unsurları açısından, başvurunun meslekî ve etik kurallara aykırı davranışlarının kamu görevlilerinin ve bu bağlamda kamu hizmetinin saygınlığı üzerinde belirli bir etkiye sahip olabileceği açıktır.”

Kamu görevlisi statüsünün sınırları olmakla birlikte, Mahkemeye göre, kamu görevlilerinin de diğer bireyler gibi asgari güvence ölçütlerinden istifade etmeleri gerekir. “Özellikle bireyin temel haklarından biri olan özel yaşamın gizliliği hakkı ile kamu hizmetinin yukarıda belirtilen temellere uygun yürütülmesini gözetmek konusundaki meşru menfaat arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının göz önünde bulundurulması zorunludur.”

Yukarıda özetlenen esaslar doğrultusunda, lojmanda yaşayan bir kadın gardiyanın, cinsel içerikli görüntülerinin internet ortamında, rızası dışında yayımlanmasını, “meslekî faaliyet ile ilgili olmayan, mahremiyet alanına dâhil özel yaşam eylemi” olarak nitelendirilmiştir.<sup>16</sup>

---

16 İkinci Bölüm Başvuru No: 2013/1614.

Bir başka örnek kararda, kamu görevlisinin eşinin ses kayıtları sebebiyle tesis edilen işlem, mahremiyet alanının ihlali olarak nitelendirilmektedir.<sup>17</sup> İstihbarat görevlilerinin evleneceği insanları belirleme yetkisi ise “Devlet sırlarının korunması kaygısı ve istihbarat görevinin güven, itibar ve saygınlığının gerekleri” kapsamında görülmüş; milli güvenliğin korunması ve sağlanması amacıyla devletin takdir yetkisinin daha geniş olduğu ifade edilmiştir.

Mahkemeye göre; “Kişinin kamu görevlisi olması, kendisine sağladığı birtakım ayrıcalıklar ve avantajların yanında bazı külfet ve sorumluluklara katlanmayı ve diğer kişilerin tabi olmadığı sınırlamalara tabi olmayı da gerektirmektedir. Kişi, kamu görevine kendi isteği ile girmekle bu statünün gerektirdiği ayrıcalıklardan yararlanmayı ve külfetlere katlanmayı kabul etmiş sayılmakta olup kamu hizmetinin kendine has özellikleri, bu avantaj ve sınırlamaları zorunlu kılmaktadır.”<sup>18</sup>

#### **D. KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yukarıda yer verilen Kararlardan anlaşılacağı üzere, kamu görevlilerinin özel hayatlarının, görevlerinden ayrılması kolay değildir. Bu sebeple AİHM, somut olaya bakarak, kamu görevlisinin özel hayatının korunması ile kamu yararı arasında adil dengenin kurulup kurulmadığını araştırmaktadır. Ancak, kararlardan bazı ölçütlere ulaşmak mümkündür.

Örneğin kamu görevlisinin, temsil ettiği kurumun imajına veya itibarına zarar veren davranışlardan kaçınması gerekmektedir. Kamu hizmetinin tarafsız yürütülmesini engelleyen hal ve hareketler; siyasi partilerin ya da ırkçı düşünce veya yabancı düşmanlığı güden grupların talimatlarına uyulması; ulusal güvenlik için tehlike arz eden davranışlar özel hayat korumasından yararlanamayacaktır. Ayrıca, kamu görevlisi, kamu düzenini bozan davranışlardan da uzak durmalıdır.

Kamu görevlilerinin özel hayatını konu alan kararlara bakıldığında, Anayasa Mahkemesinin de AİHM içtihadını benimsediği görülmektedir. Mahkemeye göre; kamu görevliliği statüsüne kendi iradesiyle giren bireylerin özel hayata dair sınırlamaları da kabul etmeleri gerekmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, “bireyin mahremiyet hakkı” olarak adlandırdığı bir alana müdahale edilemeyeceğini de belirtmiştir. Bireyin mahremiyet hakkının mekanı sadece özel alan olarak sınırlanmamakta; bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, şu tespiti de yapmaktadır: “Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Ancak özellikle mahremiyet alanında cereyan eden cinsel içerikli eylem ve davranışların bu alana dâhil olduğunda kuşku yoktur.”

17 Genel Kurul, Başvuru No:2013/9045.

18 Birinci Bölüm, Başvuru No:2014/8203

Cinsel içerikli eylem ve davranışların, mahremiyet alanında cereyan ettiğinin ve özellikle korunması gerektiğinin vurgulanması, aşağıda ele alınacak olan cinsel tercih bakımından önem taşımaktadır.

### III. KAMU GÖREVLİLERİNİN CİNSEL TERCİHİ

#### A. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI EŞCİNSEL ASKER – ÖĞRETMEN

Bireysel başvuru yoluyla önüne gelen uyumsuzluklar, idari ve adli yargı kararlarını da içerdiği için özellikle bireysel başvuru sonucu verilen kararlar, hukuki inceleme bakımından önem taşımaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, cinsel içerikli eylem ve davranışların mahremiyet alanında cereyan ettiğini vurgulayan Anayasa Mahkemesi'nin, cinsel tercih sebebiyle kamu görevlilerinin cezalandırılması konusunda, bu görüşe itibar etmediği görülmektedir.

İtiraz yoluyla iptali istenen, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 153. maddesi, kamu görevlilerinin özel hayatına müdahalenin tipik bir örneğidir. Maddeye göre: ***“Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir.”***

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan itiraz başvurusunda, “gayri tabii mukarenette bulunan” asker kişiler, kuralının iptali talebinde bulunulmuştur.<sup>19</sup>

Anayasa Mahkemesi, “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20.maddedeki sınırlama sebeplerine işaret ederek, özel hayatın gizliliğinin mutlak olmadığını, çeşitli nedenlerle özel hayatın korunması hakkına sınırlamalar getirilebileceğini belirtmiştir. Ancak Karardaki sorunlu ifade şudur: *“... Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içindeki anlama göre belirlenmesi gerekir...”*

Anayasanın 13.maddesine göre; temel hak ve hürriyetler, “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” sınırlanabilir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin – birçok kararında yer verilse bile – Anayasanın başka hükümlerinden doğal sınırlar ve sebepler çıkarması, 13.maddeye açıkça aykırıdır. Doğal sınır ifadesi, bir hak ve hürriyeti sınırlayacak olan iradenin, “doğallık” anlayışına bırakılamaz.

Kaldı ki Anayasanın 20.maddesine bakıldığında; Anayasa Mahkemesinin, özel hayatın gizliliğinin mutlak olmadığı görüşüne temel oluşturan bir çok sınırlama sebebi görülecektir. Maddede sayılan sebepler şunlardır: “Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve

19 E.2015/68

genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması.” 20.maddede geniş sınırlama sebepleri mevcutken, başka maddelerde doğal sınır aramak anlamsız bir çabadır.

Anayasa Mahkemesi, özel hayatın gizliliğinin mutlak olmadığını kabul ederken, bu hakkın 13.maddenin korumasında olduğunu da vurgulamıştır. Mahkemeye göre; Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan “*temel hak ve hürriyetlerin özü*”, “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ve “*ölçülülük ilkesi*” kavramları, bir bütünün parçaları olup “*demokratik bir hukuk devleti*”nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.

Bu tespitten sonra Kararda, gayrı tabii mukarenette bulunma eylemi tanımlanmakta ve tüm toplum düzenlerinde doğal olarak kabul edilmesi mümkün olmayan davranış olarak nitelenmektedir. Mahkemeye göre; “*Gayrî tabii mukarenette bulunma, doğal olmayan yoldan cinsel davranışta bulunma şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tür cinsel davranışlar çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceği gibi kişiden kişiye veya toplumdaki topluma farklılık gösterebilir. Anayasa Mahkemesinin 1.4.2015 tarihli ve E.2014/118, K.2015/35 sayılı kararında belirtildiği üzere söz konusu davranışlar; tüm toplum düzenlerinde doğal olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, toplumun ahlâki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan cinsel davranışlardır.*”

Bir çok ülkede eşcinsel evliliklerin yasal temele bağlandığı Yirmi Birinci Yüz Yılda, Anayasa Mahkemesinin “tüm toplum düzenleri” kavramını ne manada kullandığı anlaşılammaktadır. Bu sebeple, fiilin hukuka aykırılığının sağlam bir hukuki gerekçeye dayandırılmadığı görülmektedir.

İtiraz konusu kural, Anayasanın 13.maddesindeki ölçütler bakımından değerlendirildiğinde Anayasa Mahkemesi, şu sonuca ulaşmıştır: Askeri disiplini, askerlik mesleğinin itibarının korunması amacıyla getirilen sınırlama, meşru amaca dayanmakta; askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmemektedir. Anayasa Mahkemesi Kararında kişilerin kendi iradeleriyle bu mesleğe girdikleri ve askeri disiplini kabul ettikleri de vurgulanmaktadır.

Kararın ilgili bölümleri şöyledir: “...Askerî Ceza Kanunu'nda öngörülen cezai yaptırımların esas amacı, askerî disiplini korumak ve sürdürmektir. Bir başka deyişle asker kişilere uygulanan yaptırımlar kamu düzenini sağlamak ve devam ettirmek; verimli, süratli ve etkin bir biçimde çalışmayı sürdürmek; disiplini tesis ve devamlılığını sağlamak; mesleğin onur ve saygınlığını korumak amacıyla getirilmektedir. Bu açıdan bakıldığında askerî disiplinin korunması ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamaya yönelik olarak özel hayatın en mahrem alanında kalan cinsel davranışlar gerekçe gösterilerek asker kişileri hakkında TSK'dan çıkarma, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezasını öngören kural; meşru bir amaca dayanmaktadır...”

Kanun koyucu düzenleme yetkisi kapsamında, statüleri kanunlarla oluşturulan ve buna göre mesleğe alınan kamu görevlilerine birtakım hak veya yükümlülükler getirebilir. Askerlik mesleği, disiplin ve fedakârlık temeline dayanır. Bundan dolayı bu görevi ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tâbi tutulmaları olağan karşılanmaktadır. Kaldı ki

*kişiler askerlik mesleğini seçmekle birlikte artık sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askeri disiplinin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş olmaktadır...*

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

Kamu görevlilerinin cinsel tercihlerinin ele alındığı bir başka önemli kararda; eşcinsel ilişkide bulunduğu gerekçesiyle meslekten çıkarılan ve disiplin affıyla mesleğe dönmesine izin verilmeyen, bir din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmeninin bireysel başvurusu incelenmektedir.

Bireysel başvuru konusu olayda Soruşturma Raporunda; başvurucunun kendi ifadesinden ve tanık beyanlarından anlaşılacağı üzere başvurucunun görev yaptığı okul ve çevresinde huzursuzluk yarattığı gerekçesiyle meslekten çıkarılması teklif edilmiş; Milli Eğitim Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu, Rapor doğrultusunda öğretmenin görevine son vermiştir.

Göreve son verme işleminin iptali istemiyle açılan davada Zonguldak İdare Mahkemesi'nin davayı red kararının gerekçesi, Anayasa Mahkemesi Kararından anlaşıldığı kadarıyla şu şekildedir: Öğrencilerle birebir iletişim halinde bulunan öğretmenler, çocukların gelecekteki toplumsal rollerini tanımlayabilmeleri bakımından etkin ve belirleyici bir yere sahiptirler. Eşcinsellik, öğretmenlik mesleği ile bağdaşmayacak nitelikte tutum ve davranışlarındandır.

Disiplin affından yararlandırılmama işlemin iptali için açılan davada da Ankara 16.İdare Mahkemesi, davacının meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin fiilinin niteliği dikkate alınarak göreve iade isteminin reddi yönünde tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı yönünde karar vermiştir.

Dava konusu olayda uygulanan hüküm, kamu görevlilerinin özel hayatlarına müdahaleye ilişkin bir başka örnek niteliğindedir. 1702 sayılı İlk ve Orta Tedrisat Muallimlerinin Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanununun 27. Maddesine göre; "Gerek talebeye karşı ve gerek hariçte muallimlik sıfatı ile telif edilmeyen iffetsizlik" meslekten çıkarılmayı gerektirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, AİHM kararına (Fernandez Martinez İspanya Kararı) atıfla, öğretmenlik mesleğinin söz konusu olduğu durumlarda henüz yeterli olgunlukta olmayan, yaşı küçük öğrencilerin öğretmenlerin tutum ve davranışlarından etkilenebileceği görüşüne yer vermektedir.

Kararda kamu görevlilerinin cinsel tercihi bakımından önem taşıyan ifade ise şöyledir: "Ayrımcılık iddialarına ilişkin olarak AİHM kararlarında, farklı muamelenin cinsiyet veya cinsel

yönelim gibi kişinin özel yaşamının mahrem ve savunmasız alanını ilgilendirmesi durumunda devletin takdir alanının oldukça dar olduğu ve farklı muamelenin Sözleşme'ye uygun olduğunun kabul edilebilmesi için çok geçerli nedenlerin sunulmasının gerektiği kabul edilmektedir. Bu tarz durumlarda orantılılık ilkesi gereğince , seçilen tedbirin güdülen amaca genel olarak uygun olmasının yanı sıra bu tedbirin koşullar bakımından gerekli olduğunun da ispatlanması gerekmektedir. Şayet farklı muameleye gerekçe olarak ileri sürülen argümanlar sadece başvuranın cinsel yönelimi üzerine bina edilmişse Sözleşme açısından ayrımcılık söz konusudur.”

Anayasa Mahkemesi,kamu hizmetlerinde görev alacak/alan personelde, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacıyla bazı nitelikler aranabileceğini, bazı kısıtlamalar getirilebileceğini belirttiikten sonra, öğretmenlikle ilgili şu tespitleri yapmaktadır: “ Öğretmenlik mesleği, niteliği gereği çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri ve haklarının korunması ile yakından bağlantılıdır. Bu bağlamda öğretmenlik mesleğinin muhatap kitlesinin çocuklar olması nedeniyle gözetilmesi gereken menfaatlerden birinin çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri ve haklarının korunması olduğu dikkate alındığında öğretmenlik mesleğinin daha özelliikli bir konumu olduğu açıktır. Bu nedenle küçük çocukların eğitilmesinde öğretmen olarak çalışmak isteyenlerin diğer kişilerin tabi olmadığı bazı sınırlamalara tabi olmaları doğaldır. Bu bakımdan olayda yarışan menfaatlerden birinin de çocukların sağlıklı şekilde yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri konusunda kamu yararı olduğu gözetilmelidir. Kamusal makamların bireyin menfaati ile kamu yararı arasında dengeleme yaparken gözönünde bulundurulması gereken menfaatlerden birinin çocukların üstün yararı olması durumunda takdir yetkisinin daha geniş olacağı açıktır.”

Disiplin affıyla mesleğe dönme talebinin reddedilmesinde disiplin cezasına konu eyleme atfta bulunulması sebebiyle disiplin sürecine de değinen Anayasa Mahkemesi, atanma talebinin cinsel tercih sebebiyle değil; mahrem kalması gereken cinsel hayata ilişkin unsurların, özensiz davranılarak, kamunun bilgisine açılması sebebiyle reddedildiği kanaatine ulaşmıştır. Mahkemeye göre atanma talebinin reddi, cinsel yönelim sebebiyle değildir. Kararın ilgili kısmında şu ifadeye yer verilmiştir: “... Söz konusu disiplin süreci incelendiğinde başvurucunun görev yaptığı ... kasabasındaki ilköğretim okulunda okul hademesine eş cinsel ilişki teklifinde bulunduğu, bu kişinin başvurucuyu şikayet ettiği, ayrıca başvurucunun kasaba halkından kişilerle eş cinsel ilişkide bulunduğu öğrencileri ve öğrenci velileri arasında konuşulduğu olgularının başvurucunun kendi ifadesi ve tanık beyanlarıyla ortaya konulduğu görülmektedir. İdare tarafından başvurucunun söz konusu davranışlarının 1 702 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde yer verilen “gerek talebeye karşı ve gerek hariçte muallimlik sıfatile telif edilmeyen iffetsizliği sabit görülme” fiili kapsamında değerlendirilerek meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir. Bu işleme karşı açılan davanın reddedildiği ve kararın Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı olan 23/9/2012 tarihinden önce kanun yollarından geçerek kesinleşmiş olduğu anlaşılmaktadır.Başvurucunun atanma talebinin reddine ilişkin işlem ile söz konusu disiplin süreci birlikte ele alındığında yeniden öğretmenlik mesleğine atanma talebini değerlendiren idare tarafından başvurucunun cinsel yönelimine değil görev yaptığı okula yansıttığı davranışlarına odaklanılmış olduğu görülmektedir. Mahrem kalması gereken cinsel hayatına dair unsurların başvurucunun özenli sayılamayacak davranışları sonucu kendisi tarafından kamunun

*bilgisine açılmış olmasına, dolayısıyla küçük bir kasabada okul çalışanları, öğrenciler ve veliler tarafından bilinir olmasına önem atfedildiği, idare tarafından bu durumun öğretmenlik sıfatıyla bağdaşmayan iffetsizlik oluşturduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır . Bu itibarla somut olayda cinsel yönelimi dikkate alınarak başvuru hakkında işlem tesis edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Diğer bir ifadeyle bireysel başvuruya konu idari işlemde başvurunun yeniden öğretmenliğe atanma talebinin cinsel yönelimi nedeniyle değil soruşturmaya konu fiilleri nedeniyle reddedildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle başvurucuya farklı bir muamelede bulunulmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda atamaya yetkili makamın öğretmenlik mesleğine atanma talebini reddederken başvurunun daha önceki disiplin cezasına konu eylemini, sadece söz konusu kadronun gerektirdiği kişisel niteliklerden birine sahip olup olmadığına kanaat getirmek için dikkate aldığı sonucuna ulaşılmıştır. Çocukların sağlıklı şekilde yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri hususundaki toplumsal menfaat nazara alındığında kamusal makamların almış olduğu tedbirin makul olduğu ve bu husustaki takdir yetkisinin sınırlarının aşıldığı söylenemez...”*

## **B. KARŞI OY**

Yukarıda yer verilen iki karara Anayasa Mahkemesi Üyelerinden Engin Yıldırım tarafından kapsamlı bir karşı oy gerekçesi yazılmıştır.<sup>20</sup> 2015/68 Esas Numaralı davada yazılan karşı oy yazısında; yaptırıma bağlanan eşcinsel ilişki fiilinin asker kişilerin özel hayatın en mahrem alanlarından biri olan cinsel yönelimle bağlantılı cinsel içerikli davranışları olduğu ve özel hayata saygı hakkı ile eşitlik ilkesinin koruması altında olduğu vurgulanmaktadır. E.Yıldırım, anayasal incelemeye geçmeden önce, kuralla ilgisi olduğu düşünülen, uluslararası hukuk kaynaklarından Türkiye açısından önemli olanlarına değinmiştir.<sup>21</sup>

Bu inceleme neticesinde, cinsel tercih veya cinsel yönelim bakımından yapılan ayrımcılığın uluslar arası sözleşmeler tarafından yasaklandığı tespiti yapılmaktadır. Örneğin Karşı oyda belirtildiğine göre; Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla mücadele edilmesi yönünde çeşitli tavsiye kararları almıştır. Bunlardan 1728 (2010) sayılı ve 29 Nisan 2010 tarihli Tavsiye Kararında cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin ayrımcılık yasağı kapsamında olması hususunda yasal düzenlemeler yapılması için üye devletlere çağrıda bulunulmuştur.

Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğiyle ilgili AİHM kararlarında da sadece cinsel yönelim mülahazalarından kaynaklanan ayrımcılığın, Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamındaki ayrımcılık yasağının geçerli olduğu alanlardan birini oluşturduğu tespiti yapılan Karşı oyda; şu ifadelerle yer verilmektedir: “... (AİHM), cinsel yönelim temelli farklı muamelenin nesnel ve makul olarak kabul

20 Öğretmen atamasına ilişkin bireysel başvuruda Üye Muammer Topal, başka bir göreve atanmama bakımından inceleme yaparak müdahalenin ölçüsüz olduğu kanaatiyle çoğunluk görüşüne katılmamıştır. Ancak Engin Yıldırım, iki davada da cinsel tercih konusunu Uluslar arası Sözleşmeler, AİHM , AYM Kararları ve doktrine atflla incelemiştir. Bu sebeple Engin Yıldırım'ın Karşı Oy yazısı ayrıntılı olarak özetlenecektir.

21 Akademik bir üslupla yazılan karşı oy yazısında, ilk başlıkta, Uluslararası Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında Cinsel Yönelim Ayrımcılığı hakkında bilgi verilmektedir.



edilebilmesi için meşru amaç ve kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantının ve oldukça önemli gerekçelerin varlığını aramakta ve farklı topluluklar arasındaki muamele farklılıklarının sadece ve sadece cinsel yönelimden ve cinsiyet kimliğinden kaynaklanması söz konusu olduğunda Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmiş olacağı sonucuna ulaşmaktadır. AİHM, 2016 sonu itibarıyla cinsel yönelim temelli 50'den fazla ihlal kararı vermiştir.”

E. Yıldırım'ın görüşünde uyumsuzluk konusu olay bakımından üzerinde durulması gereken önemli nokta şudur: Gayri tabii mukarenet nitelemesi neye ve kime göre yapılacaktır. Karşı oy yazısına göre: “...gayri tabii mukarenette” bulunma ibaresiyle, doğal olmayan cinsel davranış ve ilişki biçimleri anlaşılmaktadır. Yetişkinler arasında rızaya dayalı cinsel davranışların ve ilişkilerin geniş kapsamlı, çok boyutlu, toplumdaki topluma ve kişiden kişiye değişen çok farklı nitelikler taşıması bu davranışların hangisinin doğal nitelemesine sahip olduğunun belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Cinsel davranışların doğallığını tespiti yarayacak bilimsel net bir ölçüt olmadığından yetişkin insanlar arasındaki bazı cinsel davranışların ve ilişkilerin doğal olan veya olmayan gibi keyfiliğe neden olabilecek bir şekilde cezai yaptırıma tabi tutulması toplumsal ve kültürel anlamda doğal olmadığı kabul edilen ancak bu özelliği tartışmalı bazı cinsel davranış ve ilişki biçimlerini benimseyenlerin temel haklarına ölçülü olmayan müdahalelerde bulunulmasına ve bu kişilerin ayrımcı muamelelerle karşılaşmasına neden olmaktadır...İtiraz konusu kural esas olarak eşcinsel ilişkiler ve davranışlar için uygulanmaktadır. Nitekim askeri mahkemelerin kuralla ilgili kararları da bunu teyit etmektedir. Dünya toplumlarının çoğunda çok yakın zamanlara kadar aynı cinsten kişilerin cinsel ilişkide bulunması doğal olmayan cinsel davranış kapsamında görülüp, “hastalık” veya “sapkınlık” olarak nitelendirilip, cezai yaptırımlara tabi tutulurken gelişen insan hakları anlayışı ve toplumsal yaklaşımlarla birlikte bu değişmeye başlamıştır. Eşcinsel ilişkilerin “gayri tabii mukarenet” kavramı içinde değerlendirilmesi insan hakları alanında ortaya çıkan çağdaş gelişmelerle çelişmektedir.”

Yukarıda aktarıldığı üzere, Anayasa Mahkemesi, yasaklanan fiilin kişinin mahrem alanında gerçekleştiğini kabul etmiş; ancak askeri disiplinin sağlanması ve askerlik mesleğini itibarının korunması amacıyla müdahalenin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşmıştı. Karşı oy yazısında, bu görüş şöyle eleştirilmektedir: “Disiplin temeline dayalı olan askerlik mesleğini ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tabi tutulmaları olağan karşılanmakla beraber bu durum onların temel anayasal haklardan yararlanmalarının önünde engel oluşturmamalıdır. AİHM, asker bir kişinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaştığı bir kararında ‘ifade özgürlüğünün kışılının kapısında durmadığına’ dikkat çekmişti. Nizamiye kapısı, asker kişilerin meşru ve geçerli bir nedenin yokluğunda herkes gibi insan haklarından yararlanmasını engelleyen bir işlev görmemelidir. Bu haklar nizamiyeden içeriye girildiği andan itibaren askıya alınmamakta ve sağladıkları güvenceler varlıklarını ve koruma alanlarını kışla içinde de sürdürmektedir. Askerlik mesleğinin doğasından kaynaklanan katı disiplin gibi özellikler mutlak bir değer olmayıp, anayasal haklarla karşılaştığında onlara her daim olmasa bile genelde galebe çalan bir tür koz olarak görülmemelidir.”

Karşı oyda üzerinde durulması gereken bir diğer önemli nokta ise kişinin özel yaşamındaki davranışları ve sosyal ilişkilerinin, mesleki yaşamı, ilişkileri ve görevine olumsuz etkilerinin somut olarak ortaya konulması gereğine işaret edilmesidir. Bu görüş, AİHM ve Askeri Yargıtay kararıyla desteklenmektedir.

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

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

Karşı oy yazısında eşcinsel ilişkinin yaptırımının ağırlığına ve mesleki yetersizlikten kaynaklanmadığına da değinilerek kişi üzerindeki etkisi vurgulanmaktadır. E.Yıldırım’a göre; “Kişinin işini kaybetmesi sonucunu doğuran itiraz konusu kuralla kişi geçimini sağlamaktan alıkonularak kendisinin ve aile hayatının maddi refahında olumsuz bazı sonuçlarla karşılaşabilmektedir. Bu durum da kişinin yakın çevresini ve diğer insanlarla ilişkilerini ve niteliklerinin cevap verdiği işi yapma yetkisini etkileyerek, öz algısı, öz saygısı ve gelecek beklentileri

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

Yukarıda özetlenen gerekçelerle müdahalenin ölçüsüz olduğu; korunmak istenen genel yarar ile özel hayatının gizliliği sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Kamu görevlilerinin bazı haklarının diğer kişilere göre daha farklı sınırlanabileceği genel kabul görmektedir. Ancak bu kabulün eşitlik ilkesi testine de tabi tutulması gerekir. Çünkü kamu görevlisine farklı muamelenin haklı, kabul edilebilir bir gerekçesi olmalıdır. Sırf kamu görevlisi statüsünde olmak hak ve hürriyetlerin daha fazla sınırlandırılmasını gerektirmez.

E.Yıldırım'ın Karşı oy yazısında konunun eşitlik ilkesi bakımından da incelenmesi bu sebeple önemlidir. Karşı oy yazısında, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinin, somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da kapsadığı vurgulanmakta; cinsel yönelimin “benzeri sebepler” kavramı dâhilinde Anayasa'nın 10. maddesinde yasaklanan ayrımcılık temellerinden birini oluşturduğu “temel iddia” olarak ortaya konulmaktadır. Bu iddia Anayasa Mahkemesinin, benzeri sebep ve herkes kavramlarını geniş uçlu yorumladığı kararlarına atıfla desteklenmiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin şu görüşü hatırlatılmaktadır: “Ayrımcılık iddiası, başvurunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamelenin, kendisine yapılanla arasında farkın bulunduğunu ve bunun meşru bir temeli olmaksızın sırf ırk, renk, cinsiyet, din, dil, cinsel yönelim vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyduğu takdirde ciddiye alınabilecektir.”

Karşı oy yazısında hatırlatılan yerleşik Anayasa Mahkemesi içtihadı ise şöyledir: “Eşitlik (ilkesi), haklı bir neden bulunmadıkça hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınmamasını amaçlamaktadır. Buna göre, haklı neden ölçütü ile yasal düzenlemelerle yapılan bir sınıflandırma ile yasal düzenlemenin amacı arasındaki bağın mevcudiyetini, sınıflandırmanın yasa ile öngörülen amaca hizmet edip etmediğini ve orantılı olup olmadığı belirlenmektedir. Kanunların, eşitlik ilkesine aykırı olmadığını söyleyebilmek için, ‘sınıflandırmanın anlaşılabilir bir farklılığa dayanması, sınıflandırmanın kanunun amacıyla ilişkili, akla uygun ve adil olması, nedensiz, haksız, keyfi olmaması gerekir’. Anayasa'nın 10. maddesinin denetiminde hukuksal durumları aynı olanlar, başka bir deyişle karşılaştırılabilir olanlar arasında haklar ve özgürlüklerden yararlanma açısından farklılık olup, olmadığına bakılarak, şayet farklılık varsa bunun nesnel ve makul bir haklı bir nedene dayanıp, dayanmadığı araştırılacaktır. Haklı nedeninin varlığının tespit edilemediği durumlarda ilgili kural anayasal denetimden geçemeyecektir.”

Somut olayda Anayasa Mahkemesi'nin asker kişiler ile diğer kamu görevlilerinin hukuki durumlarının aynı olmadığı gerekçesiyle asker kişiler ile diğer kamu görevlileri arasında eşitlik karşılaştırması yaptığı belirtilen Karşı oy yazısında eşitlik karşılaştırmasının isabetli olmadığı ileri sürülmektedir. E.Yıldırım'a göre; "Eşitlik karşılaştırması yapılması gereken grup asker kişilerle diğer kamu görevlileri olmayıp, TSK içindeki tabii mukarenette bulunan asker kişilerle gayri tabii mukarenette bulunan asker kişilerdir. Aynı konumda bulunan asker kişilerden doğal kabul edilen cinsel yönelime, davranışa sahip olanlar herhangi bir yaptırımla karşılaşmazken, doğal olmadığına hükmedilen cinsel yönelime sahip olanlar işten çıkarılma gibi ağır bir yaptırıma uğratarak farklı bir muameleye tabi tutulmaktadırlar."

Bu tespitten sonra farklı muamelenin makul ve nesnel gerekçeye dayanan haklı nedeninin varlığının incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Karşı oyda, Anayasa Mahkemesi'nin, askeri disiplinin sağlanması ve askerlik mesleğinin onur ve saygınlığını korumak amacından söz etmesinin, farklı muamelenin haklı bir nedene dayandığını göstermediği ifade edilmektedir. Çünkü bu makul ve nesnel olarak çoğunluk kararında ortaya konulmamıştır.

Karşı oy yazısında, eşcinsel ilişkinin cezalandırılmasının haklı sebebe dayanıp dayanmadığı, askerlik mesleğinin gerekleri bakımından incelenmemiştir. Ancak, muhtemelen çoğunluk görüşünün kararında etkili olan, toplumda eşcinselliğe yaklaşım ve genel ahlak kavramları ile insan onuru açısından yapılan ayırmacılığın 10.maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ancak ele alınan konuların önemi ve hukukçuların bu konulardaki eserlere her zaman ulaşmadığı dikkate alınarak, bu bölüm aşağıya aynen alınmıştır.<sup>22</sup>

*" Öncelikle, kuralın ana muhatabı olan eşcinsel (ve LGBTİ+) cinsel yönelimli asker kişiler heteroseksüel cinsel yönelimli diğer asker kişiler ve insan topluluklarından ayırmakta ve bu yönleri onların açık ve ayırtedici özelliklerini yansıtmaktadır. Eşcinsel cinsel yönelim bu topluluğu diğer insan topluluklarından ayıran, kendi kontrollerinde olmadığı düşünülen, neredeyse değişmez esaslı bir tanımlayıcı özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel yönelim kişiliğin temel unsurlarından biridir ve ayrımcı muameleye tabi kalmamak için kişiden cinsel yönelimini değiştirmesi beklenmemelidir. Herkes kendi varoluşunu tanımlamada eşit kişisel özerklik ve özgürlüğe sahiptir. TDK Sözlüğünde özerkin bir anlamı "kendi kendisini idare edebilen" kimsedir. Özerklik felsefi manada ise "kişinin kendisinin belirlemesinden, yönlendirmesinden, yönetmesinden oluşan ve her tür baskı ve zorlamadan bağımsızlıkla belirlenen hali; bir insanın kendi kendisini belirleme gücü;" olarak tanımlanmaktadır". Özerk bir bireyden, farklı muamele kaynaklı ayrımcılıktan kurtulmak için kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan ve kişiliğinin önemli ve ayrılmaz bir parçasını oluşturan cinsel yönelimini inkâr etmesini veya değiştirmesini beklememeliyiz.*

*Bir kişinin veya kişi grubunun karşılaştığı farklı muamele bakımından ilgisiz ve etkisiz bir özelliğinin, muamelenin belirleyici bir unsuru olarak kullanılması ayrımcılık doğurmaktadır. İnsan hakları doğuştan sahip olunan haklar olduğu için bireyin hayat tarzı, cinsel yönelimi ve özellikleri nedeniyle yitirilmemelidir. Doğuştan gelen ya da sonradan edinilen bazı özelliklerinden ötürü*

22 Yazıdaki atıflar için Mahkeme Kararının ekindeki karşı oya bakınız.

belli bir topluluğa dâhil olan (ya da edilen) insanları ayırt edici bu özelliklerinden dolayı onların diğerlerinden daha aşağı ve hatta kötücül oldukları yönünde bir algıya neden olabilecek yaptırımlar öngören her türlü hukuki kural ayrımcılığa sebep olacaktır. Bu durum egemen çoğunluktan farklı cinsel yönelimi olan insanlara diğer insanlar, toplum, hukuk ve devlet tarafından bir çeşit alt-insan, insan olmaya tam anlamıyla layık olmayan insan muamelesi yapılmasını adeta meşrulaştıracaktır.

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

Türkiye’de LGBTİ+ topluluğu siyasi ve toplumsal olarak güçsüz ve zayıf olup, topluluk mensupları maddi ve manevi varlıklarını ve kişiliklerini geliştirerek içinde yaşadıkları topluma katkı yapmaları hususunda büyük zorluklarla karşılaşmaktadır. Türk toplumun önemli bir bölümünün LGBTİ+ davranışları, kimliği ve fiillerini genel ahlaka aykırı gördüğünü söylemek mümkündür. Yapılan bir araştırmada Türkiye’de halkın %70’inin eşcinsel ve lezbiyenlerin hayatlarını diledikleri gibi sürdürmeleri düşüncesine karşı çıktığı ve %87’sinin bu özelliklere sahip komşu istemediği ortaya konulmuştur. Türkiye’nin önde gelen LGBTİ+ sivil toplum kuruluşlarından olan KAOS GL bir raporunda şu tespitlerde bulunmuştur: “LGBT vatandaşlar iş aramaktan, iş bulmaktan, mesleki gelişimden, gelir, sağlık ve eğitim olanaklarından, toplumsal ve topluluksal yapılardan, ağlardan ve etkinliklerden uzaklaştırılmakta, yetkisizleştirilmekte ve ilişkisizleştirilmektedir. LGBT’ler çoğu zaman sosyal, politik ve ekonomik savunmasızlığa itilerek özgür iradeleri ile tercihte bulunmaktan, olanakları kullanmaktan, hak ve özgürlüklerini talep ve elde etmekten mahrum bırakılmaktadırlar. Bu durum, dezavantajlı arka planlardan gelen ve riskli koşullara tabi tutulan LGBT’lerin toplumun eşit üyeleri olarak kendi insan haklarını elde etmeleri önünde ciddi engeller yaratmaktadır.” BM İnsan Hakları Komitesi’nin en son 2012 yılında Türkiye hakkındaki Sonuç Gözlem Raporu’nda Komite, Türkiye’deki LGBT’lere dair ayrımcılık ve şiddete ilişkin derin endişelerini belirtmiş, Türk Hükümeti’ne bir an önce gerekli yasal ve politik tedbirleri almasını tavsiye etmiştir. ASHK’da Türkiye’de çalışma hayatında, özellikle cinsel yönelim kaynaklı ayrımcılığa karşı yeterli önlem ve

güvencelerin sunulmadığından hareketle bu durumun ASŞ ile uyumluluk taşımadığı tespitinde bulunmuştur.

AIHM, heteroseksüel çoğunluğun eşcinsel azınlığa karşı duyduğu önyargıların ve olumsuz tutumların, gelenek veya ülkelerin genel eğilimi gerekçesiyle meşrulaştırılmayacağını, böyle bir durumun demokratik bir toplumun esasını oluşturan eşitlik, hoşgörü ve çoğulculukla uyuşmayacağını vurgulamıştır. Hiç kuşku yok ki, toplumun kendi kültürünü ve onun altında yatan ahlaki ilkeleri, normları korumak hakkı vardır ancak bu çoğunluğun kendisinden farklı olanları belli davranış kalıplarını benimsemeye zorlamasını meşrulaştırmaz. LGBTİ+ insanları ve topluluğu tıpkı diğer insanlar gibi eşit ilgi ve saygıya, haysiyete layık olup, ötekileştirme, yok sayılma ve ayrımcılığa karşı anayasal güvencelerden herkes gibi yararlanabilmelidir. Anayasada devletin resmen kabul ettiği cinsel bir yönelim olmadığından, devlet tüm cinsel yönelimler karşısında eşit ve tarafsız kalmalıdır. LGBTİ+'lerin eşit fırsat ve haysiyetle toplumsal yaşama katılmalarının engellenmemesi gerekir. Cinsel yönelimlerden birinin toplum çoğunluğu tarafından benimsenmesi ve "doğal" ve genel ahlaka uygun karşılanarak bunun dışındakilerin kabul edilemez, haklardan yararlanamaz bir şekilde önyargılara kurban edilmesi, ayrımcı muamelelere tabi tutulması modern demokratik devlet anlayışı, demokratik toplum düzeni ve anayasal ilke ve haklarla uyuşmamaktadır.

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

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

haklardan diğeri gibi eşit bir şekilde ayrımcılığa uğramadan yararlanmalarının önünde bir set oluşturacaktır.

Toplumsal olarak genel ahlaka aykırı nitelendirilen her davranış ve eylem anayasal manada genel ahlaka veya anayasal ahlaka aykırı olmayabilir. Genel kamusal ahlak ile anayasal ahlak her zaman örtüşmeyebilir. Anayasal ahlak çoğulculuk, hoşgörü, eşitlik ve insan haklarına saygı gibi anayasal değerleri temel alan ahlaktır ve insan haysiyetini korumayı amaçlar. Toplumsal genel ahlak anlayışı Anayasa'nın güvence altına aldığı haklardan belli bir topluluğun taşıdığı bazı özellikler, sergilediği davranışlar ve gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı yararlanamaması sonucunu doğurmamalıdır. İtiraz konusu kural bakımından değerlendirildiğinde LGBTİ+ bireylerin ülkemizde gerek devlet katında gerekse de özel, sivil, kamusal alanda ayrımcı muamelelerle karşılaştıkları, "sapık", "sapkın", "ahlaksız", "edepsiz", "hasta", "iffetsiz" gibi nitelemeler, suçlamalar ve ithamlar altında büyük zorluklarla gündelik hayatlarını sürdürmeye çalıştıkları inkâr edilemez bir toplumsal ve hukuki gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

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

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

Cinsel yönelim olarak normali temsil ettiği kabul edilen zıt cinselliğin egemen olduğu bir toplumda eşcinsel yönelimler demokratik bir toplumsal düzende bireysel ve toplumsal çeşitliliklerin ve çoğulculuğun bir tezahürü olarak kabul edilmelidir. LGBTİ+’ler bir zamanlar ABD’de ırk ayrımcılığını meşrulaştırmak için kullanılan “separate but equal” (ayrı ama eşit) uygulamasının, siyasasının muhatabı olarak görülmemelidirler. Farklı olanları korumak için ortaya çıkan insan hakları tarihi insanlar arasında ayrımcılık yaratan egemen kültürel normlar, uygulamalar ve geleneklerin adil olmayan, haksız ve baskıcı sonuçlarıyla mücadelenin tarihidir. Emek hakları, kadın hakları ve ırk ayrımcılığıyla mücadele bunun örnekleridir. Demokratik bir sistemde çoğunluk, cinsel azınlık olarak nitelendirilebileceğimiz LGBTİ+’lerin temel hak ve özgürlüklerini göz ardı etmemelidir. Demokratik yönetimler çeşitliliğin ve farklılıkların tehdit yerine toplumu güçlendiren ve zenginleştiren özellikler taşıdığına bilincindedir. Eşitlik, herkesin aynılaştırılmasını değil insan deneyiminin çeşitliliğini yansıtan farklılıkların kabulü ve bunların dışlama, ötekileştirme, damgalama, cezalandırma ve marjinalleştirme temeli olmamasının sağlanması ve insanlara belli bir topluluğa ait olmalarından ötürü alt insan muamelesi yapılmamasının adıdır. Heteroseksüel çoğunluğun bir kısmının, hatta önemli bir kısmının cinsel azınlıklar üzerindeki önyargısı farklı ırktan, kökenden olanlara ya da farklı renge sahip bireylere karşı gösterilen olumsuz tutumlar gibi, tek başına ayrımcılığı meşrulaştırmaz. Eşitlik, eşit ilgi ve saygı gerektirip, birine gösterilen ilgi ve saygının ayınsının başkalarına gösterilmesini lüzumlu kılmaktadır.

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

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

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



*Haysiyet kavramı ilk kullanılmaya başlandığında belli bir sınıfsal konumda olan, statü sahibi beyaz adamın “hakettiği” düşünülen bir nitelikten zamanla alt sosyal sınıflara, oradan da kadınlara, çeşitli ırklara, kökenlere ve günümüzde de çoğunluktan farklı cinsel yönelimleri ve cinsiyet kimlikleri olan insanlara doğru bir yayılım göstermektedir. Bu sayede, önceleri toplumun çeperlerinde olan bir zümre zamanla toplumsal ve siyasi dışlanmadan kendisinin de toplumun tam üyesi olarak görüldüğü, hukukun ve vatandaşlığın sağladığı tüm haklardan herkes gibi yararlanabildiği bir konuma erişebilmektedir. Devletin temel görevlerinden biri insan haysiyetini koruyarak belli bir insan topluluğunu meydana getiren kişilerin haysiyetine zarar verecek, onları damgalayacak politikalarından, uygulamalarından ve hukuki düzenlemelerden kaçınmaktır. İnsan haysiyeti devletin dilediği kişi ve topluluklara bahşedip, uygun görmediklerinden esirgediği bir lütuf değildir.*

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

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

Okuldaki görevliye eşcinsel ilişki teklif ettiği iddiasıyla başlatılan soruşturma neticesinde başkalarıyla eşcinsel ilişkiye girdiğini kabul eden ve meslekten çıkarılan öğretmenin başvurusu (Başvuru no:2013/2928) üzerine verilen Karara karşı yazılan oyda da E.Yıldırım, öğretmenin gördüğü muamelenin cinsel yöneliminden kaynaklandığını ve yapılan ayrımcılığın haklı bir sebebi bulunmadığını belirtmektedir.

Bu uyuşmazlıktaki Karşı oyun önemi, cinsel eğilimle öğretmenlik mesleği arasında bir ilgi kurulamadığının ifade edilmesindedir. Karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, öğretmenin görev yaptığı okul müdürü, öğretmenliğin gerektirdiği görevleri yerine getirdiğini, ancak okul dışı sosyal yaşamında homoseksüel ilişkilere girdiğinin çeşitli durum ve şahıslardan anlaşıldığını belirtmiştir. Ayrıca öğretmenin meslekle ilişkisinin kesilmesi öncesinde 1996 ve 1997 yıllarına ait sicil notlarının sırasıyla 92 ve 90 olduğu anlaşılmıştır.

E.Yıldırım bu tespitten sonra tesis edilen işlemin hukuka aykırılığını şöyle gerekçelendirmektedir: “...Mevcut yasal düzenlemelerde de eşcinsel olan bir kişinin öğretmenlik mesleğini yapamayacağını söyleyen herhangi bir kural bulunmamaktadır... Mesleğe dönme talebinin reddedilmesi idarenin savunmasının aksine başvurunun cinsel yöneliminden kaynaklanmaktadır, zira başvurunun en başta meslekten çıkarılmasına neden olan olaylar tamamen özel hayatını ilgilendiren cinsel yönelimle ilgili tutum, davranış ve eylemlerine ait olgularla bağlantılı olup, bunların mesleki faaliyetleri üzerindeki etkilerine dair yeterli ve ikna edici gerekçeler somut olarak ortaya konulmamıştır. Başvurunun cinsel yönelimini okuldaki mesleki faaliyetlerine yansıttığı, küçük yaştaki öğrenciler üzerinden olumsuz etkilere neden olduğu konusunda da idarece sunulan somut bir bulgu bulunmamaktadır. Okul müdürü, müdür yardımcısı ve diğer öğretmenlerin soruşturma raporunda yer alan ifadelerinde başvurunun cinsel yöneliminin okuldaki eğitim faaliyetlerinde bir aksamaya neden olduğu, öğrenciler üzerinde olumsuz etkiler yarattığı yönünde bir tespitte yer verilmemiştir. Bütün bunlara rağmen, başvurunun eşcinsel yönelimi kamu yetkilileri tarafından “huzursuzluk” kaynağı ve “ıffetsizlik” olarak nitelendirilmiş ve bunlarla ilgili disiplin hükümleri uygulanmıştır. Başka bir ifadeyle idare eşcinselliği “ıffetsizlik” ve “huzur bozuculukla” eş tutmuştur. Üstelik, bütün bu değinilen hususlarla ilgili olarak, örneğin öğrenci velileri veya diğer öğretmenler tarafından herhangi bir resmi şikayette bulunulmamıştır. Başvurunun görev yerinde, yani okulda bir okul hizmetlisine cinsel ilişki teklif ettiği iddiası ise bir iddia olmaktan öteye geçememiş ve doğruluğu ispatlanamamıştır. Başvurucu eşcinsel cinsel yönelimini, kimliğini ve kasaba halkından bazı kişilerle özel hayat kapsamında cinsel ilişkiye girdiğini kabul etmekte ancak çalıştığı okuldaki görevliye okulda eşcinsel ilişki teklifinde bulunduğu iddiasını kesinlikle reddetmektedir...Burada başvurunun okul görevlisinin iddiasının gerçek olmadığını ispatlama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu yükümlülük iddia sahibine ve kamusal makamlara aittir. Adı geçen okul görevlisinin soyut, ispatlanmamış bu iddiası idarece araştırılmadan tek taraflı olarak somut bir gerçek olarak kabul edilmiş ve başvuru aleyhine tesis edilen işlemin dayanaklarından birini oluşturmuştur. Elbette, cinsel yönelimden kaynaklı davranışlar öğretmenlik mesleği ve disiplin üzerinde gösterilebilir somut olumsuzluklara yol açıyorsa öngörülen yaptırımlar uygulanabilir ancak özel hayata ait tercihlerden dolayı öğretmen kişinin mesleğin onurunu zedeleyeceği, huzursuzluğa neden olacağı, küçük yaştaki öğrenciler için olumsuz etkiler yaratacağı otomatik olarak varsayılmamalıdır...Başvurunun cinsel yöneliminin kendisinin veya çalışma arkadaşlarının mesleki faaliyetlerin ve performanslarını veya hizmetin muhatabı olan öğrenciler üzerinde olumsuz sonuçlar doğurduğuna ilişkin somut ve nesnel bir bulgu ortaya konulamadığı gibi bu durum yapılan soruşturma kapsamında da araştırılmamıştır. Konuyla ilgili tüm idari ve yargısal süreçlerde başvurunun yürüttüğü eğitim faaliyetinin içerik, etkinlik ve kalitesi ile ilgili herhangi bir olumsuzluğa da işaret edilmemiştir. Kamusal makamlar, başvurunun cinsel yöneliminin öğretmenlik mesleği üzerinde ne gibi somut riskler veya zararlı etkiler doğurabileceğini de tartışmamışlar ve bununla ilgili somut bir veri sun(a)mamışlardır...”

#### IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yukarıda ele alınan Anayasa Mahkemesi Kararları ile Kararlarda ve karşı oyda atıf yapılan AİHM Kararlarına göre salt cinsel yönelim, kamu görevlilerinin özel hayatına müdahale

gerekçesi oluşturmaz. Hatta Anayasa Mahkemesi'nin, "başvurucunun öğretmenlik mesleğine kabul edilmemiş olmasının, bir başka kamu görevinde çalıştırılmayacağı anlamına gelmediği"ni belirtmesi, öğretmenler ( ve başka karara konu olan askerler) dışındaki kamu görevlilerinin cinsel tercihlerine karışılmayacağı anlamına gelmektedir.

İdari yargı uygulamasında da AİHM'nin salt cinsel yönelim sebebiyle kamu görevlilerine yaptırım uygulanmaması gerektiği görüşüne atf yapıldığını görmekteyiz. E.Yıldırım'ın karşı oy yazısında zikredilen Danıştay 12. Daire kararında, bir öğretmenin sadece eşcinsel olduğu için meslekten uzaklaştırılması, kanun önünde ayırım gözetmeksizin eşitlik ilkesine ve Anayasanın 20.maddesine aykırı bulunmuştur.(Danıştay 12. Dairesi, E: 2011/750, K. 2014/7169, K.T. 07/11/2014.).<sup>23</sup>

Danıştay 12. Dairesi, rızaen eşcinsel ilişki kurduğu için "iffetsizlik" gerekçesiyle meslekten atılan öğretmenin açtığı davada şu kararı vermiştir: "...Uyuşmazlıkta, davacının özel hayat alanı içerisinde rızaen eşcinsel ilişki kurması nedeniyle cezalandırılması karşısında, söz konusu fiilin Anayasa'nın 20/1. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi uyarınca "özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı" kapsamında bulunup bulunmadığı konusunun irdelenmesi gerekmektedir.

Konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları incelendiğinde; başta *Dudgeon – Birleşik Krallık Kararı* (Başvuru No: 7525/76 – Karar Tarihi: 22.10.1981) olmak üzere bu konuda verilmiş çok sayıda karar bulunduğu, özellikle *Smith ve Grady – Birleşik Krallık Kararı* (Başvuru No:33985/96, Karar Tarihi:27.9.1999), *Lustig/Prean ve Beckett – Birleşik Krallık Kararı* (Başvuru No:31417/96 – Karar Tarihi: 27.9.1999), *Perkins ve R. – Birleşik Krallık Kararı* (Başvuru No:43208/98 – Karar Tarihi: 22.10.2002), *Beck, Copp ve Bazeley – Birleşik Krallık* (Başvuru No:48535/99 – Karar Tarihi: 22.10.2002), kararlarında; eşcinsel kişilerin salt cinsel yönelimlerinden dolayı ordudan ihraç edilmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin ihlali olarak karara bağlanmış, *Özpinar – Türkiye Kararında* (Başvuru No:20999/04 – Karar Tarihi:19.10.2010) ise; bir yargıcın özel hayatında arkadaşlık ettiği kişiler ve giyim tarzı, aşırı makyaj yapması gibi iddialar ön plana çıkarılarak meslekten çıkarılması anılan hakkın ihlali olarak değerlendirilmiş, anılan yargıçla ilgili iddiaların bu kişinin mesleğini icrasına etkisinin somut olarak ortaya konulmadığı hususu vurgulanmıştır.

Uyuşmazlık konusu olayda, davacının eşcinsel eğilimlerini okul içerisinde yansıttığına veya okul dışında olsa bile öğrencileri ile bu şekilde bir ilişkiye girdiğine dair bir delil, tespit veya tanık bulunmamaktadır. Disiplin soruşturması aşamasında ifadeleri alınan ve davacıyla aynı okulda görev yapan öğretmenlerin ve yöneticilerin, davacının herhangi olumsuz bir hareketini görmediklerini ve disiplin soruşturmasına konu olayla ilgili bir duyularının olmadığını beyan ettikleri görülmektedir.

Bu durumda; davacının mahremiyet alanı içerisinde rızasıyla eşcinsel ilişkiye girmesinden ibaret olan fiilinin, memur disiplin hukukunu ilgilendiren bir yönünün bulunmadığı ve disiplin suçu

23 Ayrıca 12.Dairenin 2016/1586K.Sayılı kararında da eşcinselliğin kamu görevinden çıkarmada başlı başına gerekçe olamayacağına işaret edilmektedir.

*oluşturmadığı, söz konusu fiilin bir disiplin suçu olarak değerlendirilerek davacının meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasının Anayasa'nın 20/1. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca "özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının" ihlali sonucunu doğuracağı anlaşıldığından, dava konusu işlemden ve davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir..."<sup>24</sup>*

12. Daire, öğretmenin cinsel tercihinin mesleğine yansımadağı, özel hayat alanına girdiğı gerekçesiyle, meslekten çıkarılmasını hukuka aykırı bulmuştur. Ancak karşı oyda öğretmenlik mesleğı ile eşcinselliğın bağlantısı olduğı, rol modeli öğretmenlerin öğrencileri etkileyeceğı ifade edilmektedir. Karara katılmayan üyeler göre; "... Özellikle mesleki yaşamı ile bağlantısı olabilecek bazı özel hayat unsurları açısından, davacının mesleki ve etik kurallara aykırı davranışlarının kamu görevlilerinin ve bu bağlamda kamu hizmetinin saygınlığı üzerinde belirli bir etkiye sahip olabileceğı açıktır. Öte yandan, yetişkinliğe henüz ulaşmamış çocuk ve genç bireylerin hayatı ve hayata bakışı öğrenmesinde, tutum ve davranış geliştirmelerinde bu bireylere örnek ve rol model olan öğretmenlerin bireyin eğitiminde kaçınılmaz olarak önemli bir yeri vardır. Görevi itibarıyla eğitim dünyasının temel taşlarından olan öğretmenlerin, öğrencilere olumlu ya da olumsuz örnek olabilecekleri de tartışılmaz bir gerçektir. Öğretmenler kendilerini rol model olarak sunmasalar dahi çevresinde bulunan çocuklar ve gençler için her zaman iyi ya da kötü model oluşturmaktadırlar. Okullar, çocuklar için oluşturulan çok boyutlu öğrenme ortamlarıdır. Öğretmenler, bu öğretim ortamlarında hem çocuk hem ebeveyn hem de toplum açısından oldukça önemli bir yere sahiptir. Eğitim sisteminin amacına uygun öğrenciler yetiştirebilmek iyi yetişmiş ve mesleğinde söz sahibi öğretmenlere bağlıdır."

Anayasa Mahkemesi, bir öğretmenin eşcinsel olabileceğini kabul etmektedir; ancak eşcinsel ilişkide bulunmasını veya bu ilişkinin duyulmasını benimsememektedir. Bireysel başvuru kararında, öğretmenin fiili hademeye ilişki teklifi ve eşcinsel ilişkinin kamunun bilgisine açılmış olması olarak nitelenmekte ve bu davranış sebebiyle işlem tesis edildiğı belirtilmekteyse de göreve atanmamasına yol açan davranış eşcinsel ilişkisidir. Üstelik bu davranış, öğretmen tarafından isteyerek "kamu bilgisine" açılmış değildir. Yapılan soruşturma sırasında gerçekleşmiştir. Şunu da belirtmek gerekir ki bir başka insanla (veya insanlarla) gerçekleştirilen ilişkinin ufak yerleşim birimlerinde duyulması tabiidir. Ayrıca cinsel tercih, insanların giyim tarzlarından, hal ve hareketlerinden de anlaşılabilir. Dolayısıyla başkalarının duymaması, Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle, kamunun bilgisine açılmaması için böyle bir cinsel tercihin mevcut olmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi Kararına konu olan hadise, şu soruyu da akla getirmektedir: Disiplin soruşturmasına konu olan hademeye ilişki teklifi, eşcinsellik içermeseydi nasıl değerlendirilecekti? Örneğın bir erkek öğretmen bir kadın görevliye cinsel ilişki teklif etseydi ve bu öğretmenin kasabada başka kadınlarla da birlikte olduğı anlaşılıydu. İdare iffetsizlik sebebiyle işlem tesis edecek miydi? Anayasa Mahkemesi bir öğretmenin cinsel kimliğinden ve eşcinsel yöneliminden soyut olarak bu konuya değinmemektedir. Ancak muhtemeldir ki bir erkek öğretmen ve kadın

24 E.2011/750, K.2014/7169 Kararlar Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından alınmıştır.

görevli örneği olsaydı, bu davranış “iffetsizlik” kapsamında cezalandırılmayacaktı. Bu durumda genellikle başvuru yolu, görev yeri değişikliği olmaktadır. Hatta tacize uğrayan kadın görevlinin görev yeri değiştirilmektedir.<sup>25</sup>

Kamu görevlilerinin cinsel tercihi konusunda, mesleğin özelliği, askeri disiplinin bozulması, öğrencilerin eşcinsel öğretmen modeliyle cinsel tercihlerini belirlemeleri gibi gerekçelerin soyut iddia düzeyinde kalmaması gerekir. Ayrıca eşcinsel tercihin mesleğin saygınlığını ne şekilde zedelediği ve hizmetin yürütülmesini olumsuz etkilediği de incelenmeli ve somut bilgilerle ortaya konulmalıdır. Özellikle öğretmenlerin cinsel tercihinin öğrencilere yansımaları veya aktarılması gerekçesi, bilimsel çalışma konusu yapılmadan ve cinsel tercihin nasıl oluştuğuna dair tıbbi, sosyolojik, psikolojik araştırmalara dayanmadan kullanılamaz.

Bu noktada Anayasanın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70.maddesi de dikkate alınmalıdır. Maddeye göre hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez. 1961 Anayasası döneminde verilen bir Anayasa Mahkemesi Kararında<sup>26</sup> görevin gerektirdiği nitelikler kavramının esasları açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre: görev ile aranan nitelik arasındaki objektif zorunlu,gerçeklere uyan sebep sonuç ilişkisi kurulmalı; aranan nitelik görevin iyi bir şekilde yerine getirilmesi amaçlı olmalı; bu nitelik bulunmadığı takdirde görev yerine getirilememelidir.

Sonuç olarak, mesleğin gereği gibi yapılması amacına yönelik olmayan müdahaleler hukuka uygun sayılamazlar. Somut olarak ele alınan Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesi, bu sebeple isabetli değildir. Çünkü bir başkasına cinsel ilişki teklifi, teklif edenin eşcinsel olup olmasına göre farklı değerlendirilemez. Bir erkeğin bir kadına veya bir kadının bir erkeğe cinsel ilişki teklifi, aynı derecede eylemlerdir.

25 İnternette kadın memura taciz başlığıyla yapılan ufak bir aramada bu tespitin yanlış olmadığı anlaşılmaktadır.

26 E.1979/19 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaman,N. İdare Hukuku (Yıldırım ve diğerleri), XII levha Yay.,6.bası,s224.vd.