

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

FEMİNİST TEORİ BAKIMINDAN ANAYASA
MAHKEMESİ KARARLARI

DOKTORA TEZİ

Başak EKİNCİ

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ

HAZİRAN 2024

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın konusunu oluşturan Anayasa Mahkemesi kararlarını feminist teori bakımından inceleme fikri, Edinburgh Üniversitesi'nde henüz yüksek lisans öğrencisiyken program danışmanım Chloë Kennedy'nin çalışmalarını takip ederken doğdu. Chloë'nin hukuka disiplinler arası bakış açısı ve feminist karar yazım çalışmaları bana ilham verdi. Ancak, belki de daha büyük ilhamı, Chloë'nin çalıştığı konuları içselleştirmesinden, yazdıklarını yaşamının bir parçası yapmasından aldım. Her alan ve konu için aynı derecede geçerli olmayabilir, ancak özellikle kamu hukuku alanında yapılan çalışmaların ne kadar teorik olursa olsun doğaya, insana, hayvana dokunan bir yönü olduğunu düşünüyorum. Bu bakımdan, her bir çalışmanın ve o çalışmanın sahibi akademisyenin taşıdığı bir sorumluluk var: Hukuki sorunları – dönemin ruhunda bu sorunlar akademi açısından çok popüler ya da yeni keşfedilmiş bir cevher olabilir— akademik başarıların bir nesnesi haline getirmeden, birilerinin yaşamına etki edeceği veya etki edecek fikrin tohumlarını inşa edeceği bilinciyle ele almak. Bu bilinçle hareket edince, çalışmayla birlikte çalışmanın sahibinin de bir gelişim ve dönüşüm sürecine girmesi kaçınılmaz. Dolayısıyla, benim için bu konuyu çalışmak, sadece tez yazmak değildi. Sorgulamak, öğrenmek, kendi fikirlerimi keşfetmek ve dönüşmektir. Edinburgh Üniversitesi'nin yüksek lisans mezuniyet töreninde bize dünyanın dört bir yanına ışık feneri olarak saçılacağımız ve gittiğimiz her yerde çalışmalarımızla ilham olmamızın beklendiği söylendi. Umarım, bu tez çalışması da birilerine ilham olarak amacına ulaşır.

Danışmanım Doç. Dr. Özen ÜLGİN ADADAĞ'a bu konuda çalışmak istediğimi söylediğim gün, kendisiyle yeni tanışmıştık ve henüz doktora yeterlilik sınavına dahi girmemiştim. Ancak, hocam bu konuda benimle çalışmayı ilk günden kabul etti ve bana her zaman destek oldu. Onunla doktora tezi yazmak, benim için çok büyük bir şanstı. Bana her zaman ona danışma imkânını verdiği, tezi yazma sürecimde taslağından dipnotuna yazdığım her şeyi en ince ayrıntısına kadar okuduğu ve hatta bazı kısımları tekrar okuyarak çalışmayı bütüncül bir şekilde değerlendirdiği için kendisine ne kadar teşekkür etsem az. Onun soruları, eleştirileri ve önerileri olmadan bu çalışma şimdiki halinin çok gerisinde kalırdı. Desteği, tez izleme toplantılarıyla sınırlı kalmadı, süreç boyunca gözü üzerimde, eli omzumdaydı. Bana ve bu çalışmaya ayırdığı vakit için kendisine minnettarım. Umarım çalışmamla hocamın emeğine layık olabilmişimdir.

Tez İzleme Komitemde yer almayı kabul eden değerli hocalarım Prof. Dr. Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN ve Doç. Dr. Ulaş KARAN'a altı ayda bir bana ayırdıkları vakit ile önerileri ve eleştirileriyle çalışmama yaptıkları katkı için çok teşekkür ederim. İstanbul Bilgi Üniversitesi'nde beş yıl boyunca birlikte çalıştığım Doç. Dr. Ulaş KARAN'a bana sağladığı huzurlu ve verimli çalışma ortamı için ayrıca teşekkür ederim. Tez savunma jürimde bulunmayı kabul eden Prof. Dr. Oktay Uygun, Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ, Prof. Dr. Aslı MAKARACI BAŞAK ve Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK'e çok teşekkür ederim.

Bu tez, saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Oktay UYGUN, Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ, Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK, Doç. Dr. Ulaş KARAN ve sayın

danışman hocam Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ'dan oluşan jüri önünde savunularak oy birliğiyle başarılı bulundu. Hocalarımın tüm soruları, katkıları ve eleştirileri için onlara minnettarım. Benim için çok önemli olan bir eşiği, onlar sayesinde akademik tartışmanın keyfini yaşayarak aşmış oldum.

Araştırma görevlisi olarak çalıştığım ilk günden itibaren gösterdikleri dayanışma ile her şeyi kolaylaştıran ve araştırma görevliliğinin yorgunluğunu hep birlikte sırtladığımız İstanbul Bilgi Üniversitesi'ndeki tüm arkadaşlarım, bu çalışmanın tamamlanması için önemli bir manevi destektir. Araştırma görevlisi arkadaşlarımla birlikte, sorularıyla, yorumlarıyla beni geliştiren, varlıklarıyla bana güç veren tüm öğrencilerime, bana destek olan hocalarıma teşekkürü borç bilirim.

Bursiyeri olduğum TÜBİTAK'a, TÜBİTAK Bilim İnsanı Destek Programları Başkanlığı 2211A-Yurtiçi Genel Doktora Burs Programı kapsamında sağladıkları burs ve bu çalışmaya verdikleri destek için teşekkür ederim.

On beş yıllık dostum, sevgili Klinik Psikolog ve Psikodramatist Dilhun BOSTAN AK'a, dostluğunun yanı sıra, bu çalışma için psikoloji alanında bana önerdiği kaynaklar ve yaptığı düzeltmeler için minnettarım.

Bana ve çalışmaya sundukları destek karşısında, canım dostlarım Arca ALPAN, Şeyma CEBECİ, Kadir ERYILMAZ, Irmak KEPENEK ve Hilâl Nur ŞARBAK'a hiçbir teşekkürüm yeterli gelmeyecektir. Ne dostluklarıyla bana verdikleri gücün ne de bu tez çalışması dahil olmak üzere yazdığım her şeyi okuyarak akademik gelişimim için verdikleri emeğin tarifi var. Her gün konuştuğum, birlikte güldüğüm, birlikte üzüldüğüm arkadaşlarım, bana aynı zamanda hoca oldular. Onların çalışmalarından çok şey öğrendim, benim çalışmalarına yönelttikleri her eleştiriyle de geliştim. Bundan sonraki her çalışmamda aynı şekilde ellerimden tutmaları dileğiyle, her birine teşekkür ederim.

Her zaman yanımda olan, en büyük destekçim aileme, özellikle annem Songül EKİNCİ'ye ve babam Mehmet Berzan EKİNCİ'ye hedeflerimi gerçekleştirmem için sağladıkları her imkân için çok teşekkür ederim. Onlar olmasa bu günlere gelmem mümkün olmazdı. Sevgili eşim Ahmet Tarık DEMİR'e tez yolculuğumdaki müthiş yol arkadaşlığı için çok teşekkür ederim. Bu yolculuğu benim için sevgisi ve desteğiyle kolaylaştırmasının yanında çalışmama yazdıklarını okuyarak, fikirlerimi dinleyerek ve sorularıyla geliştirerek yaptığı katkı, benim için çok değerli.

Bu çalışmayı, 1990'larda Amerika Birleşik Devletleri'nde feminist hukukçular bilinç yükseltmeyi teori olarak çalışırken bu teorik çalışmalardan habersiz, bilinç yükseltmeyi ve kadın dayanışmasını bana evde öğreten, kadın olmanın dezavantajlarından en az zararı görmem için beni güçlü bir şekilde yetiştiren anneme armağan ediyorum.

Başak EKİNCİ

Bostancı, Haziran 2024

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	vi
RÉSUMÉ.....	vii
ABSTRACT	xii
ÖZET.....	xvii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: FEMİNİST HUKUK TEORİSİ.....	9
I. HUKUKUN ELEŞTİRİSİ OLARAK FEMİNİST HUKUK TEORİSİ.....	11
A. Hukukun Üstünlüğü: Üstünlerin Üstünlüğü	14
1. Eril Tahakkümün Ürettiği Hukuk	16
a) Sosyal Sözleşme Teorileri.....	16
b) Kurucu İktidarlar.....	23
2. Hukuk Kurallarının Tarafgirliği	31
a) Açık Tarafgirlik.....	32
b) Örtülü Tarafgirlik	39
B. Hukukun Uygulanması: Eril Tahakkümün Uygulanması.....	45
1. Hukukun Eril Tahakkümle Uzlaşan Yöntemleri.....	49
a) Kuralın Tahakkümcü Yorumu	51
b) Olayın Tahakkümcü Yorumu.....	58
2. Feminist Hukuk Teorisinin Alternatif Yöntemleri.....	68
a) Kadın Sorusu.....	68
b) Feminist Pratik Akıl Yürütme.....	75
c) Bilinç Yükseltme.....	86
II. HAKLARIN ELEŞTİRİSİ OLARAK FEMİNİST HUKUK TEORİSİ.....	92
A. Liberal İnsan Hakları Teorisinin Eleştirisi	93
1. İnsan Haklarının Öznesi: Erkeğe ve Ayrıcalığa Dayanan Anlayış	95
a) Kavramsal Olarak İnsan Haklarının Öznesi.....	95
b) Kuşaktan Kuşağa İnsan Haklarının Öznesi.....	107
2. İnsan Haklarının Mekânı: Kamusal Alan/Özel Alan Ayrımı.....	115
a) Kamusal Alanın Özel Alana Açılması	116
b) Özel Alanın Kamusallaşması	126
B. Eşitlik Eleştirisi	137
1. Kadın-Erkek Eşitliğinin Eleştirisi	138
a) Cinsiyet Kategorilerinden Doğan Eşitsizlik.....	140

b) Cinsiyet Normlarından Doğan Eşitsizlik	148
2. Eşitlik İlkesinin Eleştirisi	154
a) Hak Ekseninde Eşitlik Anlayışının Eleştirisi	157
b) Tek Eksenli Ayrımcılık Anlayışının Eleştirisi	164

İKİNCİ BÖLÜM: FEMİNİST HUKUK TEORİSİNİN YAKLAŞIMIYLA ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ ELEŞTİRİSİ..... 169

I. Cinsiyet Kimliği..... 182

A. Üreme Yeteneğinden Yoksunluk Şartı..... 185

1. Norm Denetimi	194
a) Sınırlama Kriterlerine İlişkin Sorunlar.....	196
i. Meşru Amaç	196
ii. Demokratik Toplumda Gerekliklik ve Ölçülülük	202
b) Ayrımcılık Yasağına İlişkin Sorunlar	207
2. Bireysel Başvuru	214
a) İncelenen Hak ve Kapsamına İlişkin Sorunlar	215
b) Sınırlama Kriterlerine İlişkin Sorunlar.....	225
i. Meşru Amaç	225
ii. Demokratik Toplumda Gerekliklik ve Ölçülülük	229

B. Cinsiyet Değiştirme Ameliyatı Şartı 233

1. İncelenen Hak ve Kapsamına İlişkin Sorunlar	236
2. Sınırlama Kriterlerine İlişkin Sorunlar.....	242
a) Meşru Amaç	243
b) Demokratik Toplumda Gerekliklik ve Ölçülülük	245

II. İsim 255

A. Ad..... 261

1. İncelenen Hak ve Kapsamına İlişkin Sorunlar	262
2. Ayrımcılık Yasağına İlişkin Sorunlar	275

B. Soyadı 287

1. Norm Denetimi	292
a) İncelenen Hak ve Kapsamına İlişkin Sorunlar	297
b) Ayrımcılık Yasağına İlişkin Sorunlar	309
2. Bireysel Başvuru	326
a) Sınırlama Kriterlerine İlişkin Sorunlar.....	331
b) Ayrımcılık Yasağına İlişkin Sorunlar	340

SONUÇ..... 345

KAYNAKÇA..... 361

KİTAP, KİTAP BÖLÜMÜ, MAKALE VE ÇEVİRİM İÇİ KAYNAKLAR. 361

MAHKEME VE KURUL KARARLARI 393

EKLER..... 400

ÖZGEÇMİŞ..... 405

KISALTMALAR

(n)	: dipnot
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
APA	: American Psychiatric Association
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BD	: Büyük Daire
BM	: Birleşmiş Milletler
CAS	: Court of Arbitration for Sport
CD	: Ceza Dairesi
CEDAW	: The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
CGK	: Ceza Genel Kurulu
Çev	: Çeviren
E.	: Esas sayılı
Ed.	: Editör/Editörler
et al.	: ve diğerleri
GK	: Genel Kurul
H.D.	: Hukuk Dairesi
Haz.	: Hazırlayan
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
IAAF	: International Association of Athletics Federations
Ibid.	: Aynı eser
ILO	: International Labour Organization
K.	: Karar sayılı
op. cit.	: Adı geçen eser
RTÜK	: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
s.	: Sayfa
SBF	: Siyasal Bilimler Fakültesi
ss.	: Sayfa sayıları
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume (Cilt)

RÉSUMÉ

L'objet de cette étude est la critique des décisions de la Cour constitutionnelle à l'aune de la théorie juridique féministe. L'étude a deux objectifs principaux. Le premier est de permettre de regarder le droit constitutionnel d'une perspective différente et plus égalitaire à travers les critiques de la théorie féministe du droit. Le second est de révéler les problèmes des décisions de la Cour constitutionnelle en termes d'inégalités existantes à partir de cette perspective féministe et de contribuer ainsi à la rédaction plus égalitaire des futures décisions de la Cour.

Dans la première partie de l'étude, la critique du droit par la théorie féministe est expliquée sous différents aspects. La première partie de cette partie est consacrée au problème de savoir comment le droit est produit et appliqué par qui, et la deuxième partie de cette partie est consacrée à la structure d'exclusion des droits de l'homme et du principe d'égalité. La théorie féministe affirme que le droit est produit par la domination masculine, en faveur de la domination masculine et dans l'intérêt de ceux qui dominent. Dans l'étude, cet argument est expliqué par une critique féministe des théories du contrat social, ainsi que par la critique féministe des pouvoirs constituants et constitués. Selon la théorie féministe, les théories du contrat social, qui sont des théories démocratiques expliquant l'émergence de l'État et la légitimité du droit, ne sont pas démocratiques, contrairement à ce que l'on croit, mais plutôt dominatrices. En effet, ce n'est pas tout le monde qui établit le contrat social, mais ceux qui détiennent le pouvoir de domination. La raison principale en est que le contrat social est établi dans un ordre social fondé sur la domination masculine. Par conséquent, que l'on se base sur la théorie du contrat social de Rousseau, de Locke ou de Hobbes, la domination masculine inhérente à l'état de nature décrit détermine également la structure familiale après l'établissement du contrat social et place les femmes et les enfants dans une position subordonnée à l'homme. Cependant, l'exclusivité du contrat social ne peut évidemment pas être comprise à travers la dichotomie hommes-femmes. Dans la perspective féministe adoptée par l'étude, ce sont les hommes privilégiés qui établissent le contrat social, et non seulement les femmes, mais aucune des autres personnes qui ne sont pas des hommes privilégiés et qui subissent une domination fondée sur la langue, la religion, la race, le sexe, la classe et d'autres caractéristiques similaires d'appartenance à un groupe ne sont parties au contrat.

D'autre part, selon la théorie féministe, la situation n'est pas différente dans les versions démocratiques des pouvoirs constituants et constitués, qui sont les pouvoirs qui font et modifient la constitution. Aussi participatifs que soient les processus d'élaboration et de modification de la constitution, cette participation est limitée par la domination masculine. En effet, pour d'autres, la participation à la course électorale ou l'accès à l'égalité de représentation se heurtent à des obstacles de fait créés par la domination masculine. Ainsi, même dans les conditions les plus démocratiques d'aujourd'hui, il faut reconnaître que l'idée que le droit est produit pour tous avec la participation de tous n'a pas de contrepartie réelle, qu'elle n'est qu'un postulat. Sinon, ce postulat définit lui-même la démocratie comme excluante et cette compréhension erronée de la démocratie devient le principal obstacle à la démocratie.

Selon la théorie féministe, le fait que le droit soit établi à partir de la domination masculine et des relations de pouvoir qu'elle détermine affecte également les règles de droit. Dans la suite de l'étude, cette critique de la théorie féministe est abordée et la partialité des règles de droit est expliquée. Ainsi, la Constitution et la législation semblent avoir une existence indépendante de ceux qui les élaborent, mais dans leur contenu, elles adoptent explicitement ou implicitement les normes de la domination masculine. Le fondement du système juridique sur un système binaire hétéro-normatif, l'accent mis sur le concept de famille dans la Constitution et la législation, et le lien entre la famille et le mariage entre un homme hétérosexuel et une femme hétérosexuelle constituent l'équivalent juridique des normes de domination masculine. Les différences de règles en fonction du sexe et de l'orientation sexuelle ne sont rien d'autre que l'adoption des rôles sociaux attribués au genre par la loi.

Cependant, même avec ses règles les moins sexuées, les moins sexuées et les plus neutres, le droit maintient son engagement en faveur de la domination masculine. Comme l'illustrent les exemples donnés dans l'étude, cela peut être réalisé par des règles qui sont ornées de concepts ouverts tels que la moralité publique, les valeurs nationales et morales, qui peuvent être interprétées en fonction de la domination masculine, ainsi que par des règles qui sont neutres, mais qui relèguent les besoins des femmes et des autres à l'arrière-plan et augmentent ainsi le poids de la domination sur eux par le biais de règles égales et neutres. D'autre part, le fait que les règles juridiques prescrivent parfois les mêmes limitations pour les hommes et les femmes, comme par exemple les règles sur la reproduction, est également dû au fait que la domination masculine opprime les sexes de manière similaire dans certains domaines. Par conséquent, selon la théorie féministe, la neutralité du droit lui-même n'est qu'une hypothèse.

L'étude poursuit en expliquant que la domination masculine affecte également la pratique du droit. La théorie féministe affirme que le raisonnement juridique est une forme de raisonnement pratique, mais qu'il est traditionnellement ancré dans la domination masculine. En effet, les juges ne peuvent pas prendre de décisions sans tenir compte du contexte de domination masculine dans lequel ils opèrent. En d'autres termes, en déterminant le problème juridique, en choisissant la règle à lui appliquer et en interprétant les caractéristiques de la règle et du litige, le juge pense et décide inévitablement selon les codes de la domination masculine. Cette forme d'interprétation, que l'on qualifiera dans cette étude d'« interprétation dominationniste », imprègne toutes les méthodes d'interprétation familières aux juristes et assure une application du droit en consensus avec la domination masculine.

Selon la théorie féministe, des méthodes alternatives de la théorie juridique féministe devraient être appliquées afin de libérer le droit de l'interprétation dominatrice. Ces méthodes sont, respectivement, la question de la femme, le raisonnement pratique féministe et la sensibilisation. La question de la femme sert à prendre en compte les perspectives et les expériences d'autres personnes qui sont exclues des règles de droit et du contexte du litige. Le raisonnement pratique féministe, quant à lui, permet au juge d'examiner toutes les caractéristiques du litige et des parties et de tenir compte du contexte lorsqu'il applique une règle de droit à un litige. Cependant, ce qui distingue le raisonnement pratique féministe du raisonnement pratique traditionnel utilisé par les juristes, c'est que la question de la femme est également prise en compte dans la détermination du contexte. La conscientisation féministe, en tant que méta-méthode et sous-structure d'autres méthodes, est la

découverte par les autres de leurs propres expériences, pensées et sentiments, et la production de connaissances sur les expériences communes en les partageant, révélant ainsi l'impact de la domination dans la vie sociale. La conscientisation féministe permet de comprendre les discriminations que subissent les individus du fait de la domination masculine, tout en préservant les différences des personnes opprimées sous la domination masculine sans les fondre dans le même pot.

Dans la deuxième partie de la première partie de l'étude, l'approche de la théorie féministe des droits de l'homme et du principe d'égalité est expliquée. Dans cette partie, l'émergence et le développement des droits de l'homme sont examinés à l'aide de divers exemples, et la critique de la théorie féministe selon laquelle le sujet des droits de l'homme est limité à l'homme privilégié est expliquée. Ensuite, la transformation des droits de l'homme de génération en génération est brièvement discutée et il est établi que la limitation du sujet se poursuit dans la définition et la mise en œuvre des droits. Par conséquent, selon la théorie féministe, les droits de l'homme ne sont pas vraiment pour tout le monde. D'autre part, le problème ne concerne pas seulement le sujet des droits de l'homme. Selon la théorie féministe, la distinction entre sphère publique et sphère privée est une autre question de domination qui fait que les droits de l'homme sont exclusifs. La création de deux sphères distinctes, la sphère publique et la sphère privée, a historiquement conduit à la domination des femmes et des enfants au sein du foyer, tandis que la sphère publique a été attribuée exclusivement aux hommes. Les droits revendiqués dans la sphère publique sont donc apparus comme des droits de l'homme. Cette dichotomie a conféré aux hommes un pouvoir masculin illimité dans la sphère privée, empêchant de fait les femmes de quitter la sphère privée. Le fait que le droit ne soit pas intervenu dans la sphère privée jusqu'à très récemment a conduit à la légalisation de cette distinction. Bien que la distinction entre ces deux sphères se soit estompée au fil du temps, cette étude explique que cette distinction perdure. Selon la théorie féministe, si cette distinction, qui garantit la continuité de la domination masculine, n'est pas éliminée, il ne sera pas possible que les droits de l'homme s'appliquent à tous et contribuent à l'élimination des inégalités. Pour cela, il faut ouvrir la sphère publique à la sphère privée et rendre publique la sphère privée.

Dans une perspective féministe, la problématique du droit en général et des droits de l'homme en particulier s'applique également au principe d'égalité. Dans la dernière partie de la première partie de l'étude, la compréhension de l'égalité limitée à la dichotomie entre les hommes et les femmes est critiquée et il est expliqué que cette dichotomie est la base de l'inégalité découlant des catégories et des normes de genre. Ensuite, le principe d'égalité, qui est l'équivalent juridique de l'égalité, et les problèmes liés à l'interdiction de la discrimination sont examinés. Selon la théorie féministe, le fait que le principe d'égalité puisse être affirmé dans le cadre d'un droit spécifique, en d'autres termes, la compréhension de l'égalité sur l'axe des droits, empêche ceux qui sont catégoriquement privés de certains droits ou ceux qui ne sont pas inclus dans la définition du droit de revendiquer l'inégalité. D'autre part, la compréhension uni-axiale de la discrimination qui domine l'application du principe d'égalité et de l'interdiction de la discrimination empêche de prendre en compte les expériences intersectionnelles de discrimination qui se produisent sur des bases multiples, et crée un problème de discrimination en soi en entraînant une approche réductionniste des caractéristiques des individus et de la discrimination dont ils font l'objet.

Dans la deuxième partie de l'étude, les décisions de la Cour constitutionnelle sont analysées à travers les critiques de la théorie féministe expliquées dans la première

partie. Les décisions choisies pour être analysées dans l'étude sont liées à l'identité de genre et aux noms et prénoms. Les décisions de contrôle constitutionnel sur l'identité de genre sont les décisions de la Cour datées du 29 novembre 2017, qui ont examiné l'inconstitutionnalité de la condition de privation de la capacité reproductive réglementée comme condition pour la chirurgie de réassignation sexuelle et la condition de la chirurgie de réassignation sexuelle réglementée comme condition préalable à la modification des informations de genre dans le registre civil, respectivement, à l'article 40 du code civil turc. Les décisions relatives aux demandes individuelles examinées dans le même cadre sont les décisions *M.K.* et *Sahra Bayraktar*, qui ont examiné les demandes individuelles des demandeurs qui n'ont pas pu obtenir l'autorisation de subir une opération de changement de sexe en raison de l'absence de capacité de reproduction, qui est une condition préalable à l'opération. Les décisions de contrôle constitutionnel sur la question du nom et du prénom sont les décisions datées du 10 mars 2011 et du 22 mars 2023, qui ont examiné l'inconstitutionnalité de l'article 187 du code civil turc, qui stipule qu'une femme doit utiliser le nom de son mari après le mariage. Les décisions relatives aux demandes individuelles examinées dans ce contexte sont les décisions de *H.K.* et *Turgay Karaca*, qui ont examiné les demandes individuelles des requérants dont les demandes de changement de nom ont été rejetées au motif qu'ils n'avaient pas modifié les informations relatives à leur sexe dans les registres de l'état civil, et les décisions de *Gülsim Genç*, *Neşe Aslanbay Akbıyık* et *Sevim Akat Eşki*, qui ont examiné les demandes individuelles des requérants dont les demandes d'utilisation de leurs noms de famille antérieurs au mariage, sans les noms de famille de leurs époux, après le mariage, ont été rejetées.

L'analyse de ces arrêts en termes de théorie féministe a révélé des résultats importants sur la manière dont la Cour aborde le « sujet » des individus. Tout d'abord, pour la Cour, le sujet est toujours sexué. En effet, selon la Cour, le sexe des personnes est déterminé par les caractéristiques biologiques qu'elles possèdent dès la naissance. Par conséquent, dans ses arrêts, la Cour n'entend par sexe que le sexe biologique. La détermination physiologique et génétique du sexe par les organes et le système reproductifs signifie que la Cour adopte également un système de genre binaire. Par conséquent, dans ses arrêts, la Cour considère le système binaire du sexe biologique comme une question d'ordre public, nie les identités de genre en dehors de ce système et rejette la fluidité du genre. Parallèlement, la Cour considère que les rôles sociaux attendus des femmes et des hommes selon le système binaire de genre sont naturels et normaux.

D'autre part, les arrêts analysés dans cette étude ont également révélé comment la Cour applique le régime de limitation des droits et libertés fondamentaux et le principe d'égalité. En effet, la Cour examine le plus souvent les questions relatives au sujet sous l'angle du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 20 de la Constitution, parfois en examinant ce droit conjointement avec le droit à la protection de l'existence corporelle et spirituelle de la personne régi par l'article 17 de la Constitution, mais rarement en se référant uniquement à l'article 17 de la Constitution. Cependant, lorsque la Cour examine un droit, elle ne détermine pas en détail quel aspect de ce droit est touché par la question juridique qui lui est soumise et de quelle manière. Il est donc difficile de déduire de la motivation des arrêts les raisons pour lesquelles la Cour fait varier ses préférences entre les droits d'un arrêt à l'autre. Toutefois, il est possible de déterminer que cette approche de la Cour comporte un aspect qui banalise les interventions sur le corps, l'identité de genre et l'autonomie des

femmes, et ignore l'impact réel des interventions fondées sur la domination masculine sur l'intégrité matérielle et morale des individus. En outre, la Cour étend également le régime de limitation des droits et libertés fondamentaux régi par l'article 13 de la Constitution et, en particulier, elle interprète le critère du but légitime de manière large, de sorte que l'ordre public fondé sur la domination masculine peut être considéré comme un motif valable de limitation dans tous les cas. La Cour accorde un poids important au but légitime ainsi déterminé et évalue les autres critères de proportionnalité et les exigences d'une société démocratique d'une manière presque équivalente au critère du but légitime.

Les arrêts examinés montrent également que la Cour ne se réfère pas systématiquement aux sources du droit international en matière d'égalité, et les références faites se trouvent dans les décisions sur les requêtes individuelles, et non dans le contrôle constitutionnel. Cependant, lorsque la Cour se réfère au droit international et en particulier à la Convention européenne des droits de l'homme et aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, elle n'intériorise pas leur raisonnement et ne les suit que pour ce qui est de leurs conséquences et dans une mesure limitée. Cette approche, associée à l'incohérence de la Cour en termes d'identification des droits qu'elle examine, constitue la base pour que la Cour n'applique pas du tout le principe d'égalité ou, lorsqu'elle le fait, qu'elle l'examine de manière incomplète. En effet, l'absence d'examen détaillé des griefs de violation des droits dans le contexte d'un droit spécifique et en considération des droits de l'homme internationaux empêche la Cour d'établir que la violation est due à l'inégalité. Ainsi, le pouvoir judiciaire constitutionnel ne peut pas être un mécanisme par lequel les personnes sous domination peuvent faire valoir leurs revendications d'inégalité en tant que sujets de droit et bénéficiaires des garanties des droits de l'homme, ou alors il reste très faible dans ce sens. Cependant, il a également été souligné que les arrêts de la Cour constitutionnelle eux-mêmes peuvent constituer un motif de discrimination, compte tenu de son raisonnement et de la manière dont elle applique la loi. Par conséquent, cette étude propose que le pouvoir judiciaire constitutionnel soit libéré de l'interprétation dominatrice afin d'être le garant des droits de l'homme et de l'égalité pour tous.

ABSTRACT

The subject of this study is the criticism of the Constitutional Court decisions in terms of feminist legal theory. The study has two main objectives. The first is to make it possible to look at constitutional law from a different and more egalitarian perspective through feminist theory's criticisms of law. The second one is to reveal the problems of the Constitutional Court's decisions in terms of existing inequalities based on this feminist perspective and thus to contribute to the more egalitarian writing of the Court's future decisions.

In the first part of the study, feminist theory's critique of law is explained in different aspects. The first part of this part is devoted to the problem of how law is produced and applied by whom, and the second part of this part is devoted to the exclusionary structure of human rights and the principle of equality. Feminist theory argues that law is produced by masculine domination, in favour of masculine domination and in the interests of those who dominate. In the study, this argument is explained through a feminist critique of social contract theories, along with the feminist criticism of constituent and constituted powers. According to feminist theory, social contract theories, which are democratic theories explaining the emergence of the state and the legitimacy of law, are not democratic, contrary to popular belief, but rather dominationist. This is because it is not everyone who establishes the social contract, but those who hold the power of domination. The main reason for this is that the social contract is established in a social order based on masculine domination. Therefore, whether Rousseau's, Locke's or Hobbes' social contract theory is taken as a basis, the masculine domination inherent in the state of nature depicted also determines the family structure after the social contract is established and places women and children in a subordinate position to men. However, of course, the exclusivity of the social contract cannot be understood through the dichotomy of men and women. From the feminist perspective adopted by the study, it is the privileged men who establish the social contract, and not only women, but none of the *others* who are not privileged men and who are under domination based on language, religion, race, gender, class, and similar group belonging characteristics are parties to the contract.

On the other hand, according to feminist theory, the situation is no different in democratic versions of constituent and constituted powers, which are the powers that make and amend the constitution. No matter how participatory the processes of drafting and amending the constitution are seen, this participation is limited by masculine domination. Indeed, for *others*, participation in the electoral race or access to equal representation is besieged by de facto obstacles created by masculine domination. Therefore, even in today's most democratic conditions, it must be recognized that the idea that law is produced for everyone with the participation of everyone has no real counterpart, that it is merely an assumption. Otherwise, this assumption itself defines democracy as exclusionary and this flawed understanding of democracy becomes the main obstacle to democracy.

According to feminist theory, the fact that law is established from within masculine domination and on the power relations determined by it also affects the rules of law. In the rest of the study, this criticism of feminist theory is addressed, and the

partiality of legal rules is explained. Accordingly, the Constitution and legislation appear to have an existence independent of those who make them, but in their content they either explicitly or implicitly adopt the norms of masculine domination. The foundation of the legal system on a heteronormative binary gender system, the emphasis on the concept of family in the Constitution and legislation, and the linking of the family to marriage between a heterosexual man and a heterosexual woman constitute the legal equivalent of the norms of masculine domination. Differences in rules according to sex and sexual orientation are nothing but the adoption of social roles attributed to gender by the law. However, even with its most sexless, genderless, and neutral rules, the law maintains its commitment to masculine domination. As the examples given in the study illustrate, this can be realized through rules that are adorned with open-ended concepts such as public morality, national and moral values, which can be interpreted according to masculine domination, as well as through rules that are neutral, but which relegate the needs of women and *others* to the background and thus increase the burden of domination on them through equal and neutral rules. On the other hand, the fact that legal rules sometimes prescribe the same limitations for men and women, as exemplified by the rules on reproduction, is also due to the fact that masculine domination oppresses the sexes in similar ways in some areas. Therefore, according to feminist theory, the neutrality of the law itself is only a hypothetical.

The study goes on to explain that masculine domination also affects the practice of law. Feminist theory argues that legal reasoning is a form of practical reasoning, but that it is traditionally grounded in masculine domination. This is because judges cannot make decisions in isolation from the context of masculine domination in which they operate. In other words, in determining the legal problem, choosing the rule to be applied to it, and interpreting the characteristics of the rule and the dispute, the judge inevitably thinks and decides according to the codes of masculine domination. This form of interpretation, which is explained as “dominationist interpretation” in this study, permeates all methods of interpretation familiar to lawyers and ensures that the law is applied in consensus with masculine domination.

According to feminist theory, alternative methods of feminist legal theory should be applied in order to liberate law from dominationist interpretation. These methods are, respectively, the woman question, feminist practical reasoning and consciousness raising. The woman question serves to take into account the perspectives and experiences of *others* that are excluded from the rules of law and the context of the dispute. Feminist practical reasoning, on the other hand, enables the judge to look at all the characteristics of the dispute and the parties and to consider the context when applying a rule of law to a dispute. However, what distinguishes feminist practical reasoning from the traditional practical reasoning used by lawyers is that the question of woman is also taken into account in determining the context. Feminist consciousness-raising, as a meta-method and as a substructure for other methods, is the discovery by *others* of their own experiences, thoughts and feelings, and the production of knowledge of common experiences by sharing them, thus revealing the impact of domination in social life. Feminist consciousness raising makes it possible to understand the discrimination that individuals are subjected to due to masculine domination, while at the same time preserving the differences of those oppressed under masculine domination without melting them into the same pot.

In the second part of the first part of the study, the approach of feminist theory to human rights and the principle of equality is explained. In this part, the emergence and development of human rights are examined through various examples, and feminist theory's criticism that the subject of human rights is limited to the privileged male is explained. Then, the transformation of human rights from generation to generation is briefly discussed and it is determined that the limitation of the subject continues in the definition and implementation of the rights. Therefore, according to feminist theory, human rights are not really for everyone. On the other hand, the problem is not only about the subject of human rights. According to feminist theory, the public/private sphere distinction is another issue of domination that causes human rights to be exclusionary. The creation of two separate spheres, the public sphere and the private sphere, has historically led to the domination of women and children within the home, while the public sphere has been allocated exclusively to men. The rights asserted in the public sphere have therefore emerged as the rights of men. This dichotomy has provided men with unlimited masculine power in the private sphere, effectively preventing women from leaving the private sphere. The fact that the law did not intervene in the private sphere until very recently led to the legalization of this distinction. Although the distinction between these two spheres has faded over time, this study explains that this distinction still persists. According to feminist theory, unless this distinction, which guarantees the continuity of masculine domination, is eliminated, it will not be possible for human rights to be for everyone or to contribute to the elimination of inequality. For this, the public sphere must be opened to the private sphere and the private sphere must be publicized.

From a feminist perspective, the problem of law in general and human rights in particular also applies to the principle of equality. In the last part of the first part of the study, the understanding of equality limited to the dichotomy between men and women is criticized and it is explained that this dichotomy is the basis of inequality arising from gender categories and norms. Subsequently, the principle of equality, which is the legal equivalent of equality, and the problems in the prohibition of discrimination are discussed. According to feminist theory, the fact that the principle of equality can be asserted within the scope of a specific right, in other words, the understanding of equality on the axis of rights, prevents those who are categorically deprived of certain rights or those who are not included in the definition of the right from claiming inequality. On the other hand, the uni-axial understanding of discrimination that dominates the application of the principle of equality and the prohibition of discrimination makes it impossible to take into account intersectional experiences of discrimination that occur on multiple grounds, and creates a discrimination problem in itself by causing a reductionist approach to the characteristics of individuals and the discrimination they are subjected to.

In the second part of the study, the decisions of the Constitutional Court are analysed through the criticisms of feminist theory explained in the first part. The decisions chosen to be analysed in the study are related to gender identity and first and last names. The constitutional review decisions on gender identity are the decisions of the Court dated 29 November 2017, which examined the unconstitutionality of the condition of deprivation of reproductive capacity regulated as a condition for sex reassignment surgery and the condition of sex reassignment surgery regulated as a prerequisite for the change of gender information in the civil registry, respectively, in Article 40 of the Turkish Civil Code. The individual application decisions examined within the same scope are the *M.K.* and *Sahra Bayraktar* decisions, which examined

the individual applications of the applicants who could not obtain permission for the sex reassignment surgery due to the condition of lack of reproductive ability, which is a prerequisite for the surgery. The constitutional review decisions on the issue of name and surname are the decisions dated 10 March 2011 and 22 March 2023, which examined the unconstitutionality of Article 187 of the Turkish Civil Code, which stipulates that a woman must use her husband's surname after marriage. The individual application decisions examined in this context are the decisions of *H.K.* and *Turgay Karaca*, which examined the individual applications of the applicants whose requests to change their names were rejected on the grounds that they had not changed their gender information in the civil registry records, and the decisions of *Gülsim Genç*, *Neşe Aslanbay Akbıyık* and *Sevim Akat Eşki*, which examined the individual applications of the applicants whose requests to use their pre-marital surnames alone, without their spouses' surnames, after marriage were rejected.

The analysis of these judgments in terms of feminist theory has revealed important findings on how the Court approaches the “subjecthood” of individuals. First of all, for the Court, the subject is always gendered. This is because, according to the Court, the gender of persons is determined by the biological characteristics they possess from birth. Therefore, the Court's understanding of gender in its judgments only consists of biological sex. The physiological and genetic determination of sex through the reproductive organs and system means that the Court also adopts a binary gender system. Therefore, in its judgments, the Court considers the binary biological sex system as a matter of public order, denies gender identities outside this system, and rejects gender fluidity. In parallel, the Court considers the social roles expected of women and men according to the binary gender system as natural and normal.

On the other hand, the judgments analysed in this study have also revealed how the Court applies the regime of limitation of fundamental rights and freedoms and the principle of equality. Namely, the Court mostly examines the issues concerning the subject in terms of the right to respect for private life guaranteed by Article 20 of the Constitution, sometimes examining this right together with the right to the protection of the corporeal and spiritual existence of the person regulated under Article 17 of the Constitution, but rarely referring to Article 17 of the Constitution alone. However, when the Court examines a right, it does not make a detailed determination as to which aspect of that right is touched by the legal issue before it and in what way. It is therefore difficult to deduce from the reasoning of the judgments the reasons behind the Court's shifting preferences between rights from judgment to judgment. However, it is possible to determine that this approach of the Court has an aspect that trivializes interventions on the body, gender identity and women's autonomy, and ignores the real impact of interventions based on masculine domination on the material and moral integrity of individuals. In addition, the Court also stretches the regime of limitation of fundamental rights and freedoms regulated in Article 13 of the Constitution, and in particular, it interprets the criterion of legitimate aim broadly in a way that public order based on masculine domination can be considered as a valid reason for limitation every time. The Court gives significant weight to the legitimate aim thus determined and evaluates the remaining criteria of proportionality and the requirements of a democratic society in a manner almost equivalent to the legitimate aim criterion.

The judgments examined also show that the Court does not consistently refer to the sources of international law on equality, and the references made are found in individual application decisions, not in constitutional review. However, when the

Court does refer to international law and in particular to the European Convention on Human Rights and the judgments of the European Court of Human Rights, it does not internalise their reasoning and follows them only in terms of their consequences and to a limited extent. This approach, coupled with the Court's inconsistency in terms of identifying the rights it examines, provides the basis for the Court not applying the principle of equality at all or, when it does, to examine it incompletely. Indeed, the failure to examine claims of violation of rights in detail in the context of a specific right and in consideration of international human rights prevents the Court from establishing that the violation is due to inequality. As such, the constitutional judiciary cannot be a mechanism through which those under domination can assert their claims of inequality as subjects of rights and benefit from the guarantees of human rights, or it remains very weak in this sense. However, it has also been pointed out that the Constitutional Court's judgments themselves may constitute a ground for discrimination, given its reasoning and the way it applies the law. Consequently, this study proposes that the constitutional judiciary should be freed from dominationist interpretation in order to be the guarantor of human rights and equality for all.



ÖZET

Bu çalışmanın konusu, Anayasa Mahkemesi kararlarının feminist hukuk teorisi bakımından eleştirisi. Çalışmanın iki temel amacı vardır. İlki, feminist teorinin hukuka yönelik eleştirileri ile anayasa hukukuna daha farklı ve eşitlikçi bir perspektiften bakmayı mümkün kılmaktır. İkincisi ise, söz konusu feminist perspektiften hareketle Anayasa Mahkemesi kararlarının mevcut eşitsizlikler bakımından sorunlarını açığa çıkarmak ve böylece Mahkemenin gelecekteki kararlarının daha eşitlikçi yazılmasına katkıda bulunmaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde, feminist teorinin hukuk eleştirisi farklı yönleriyle açıklanmıştır. Bu bölümün ilk kısmı, genel olarak hukukun kimler tarafından nasıl üretildiği ve uygulandığı sorununa ayrılmış, ikinci kısmında ise insan haklarının ve eşitlik ilkesinin dışlayıcılığı meselesine yer verilmiştir. Feminist teori, hukukun eril tahakküm tarafından, eril tahakküm lehine ve tahakküm edenlerin çıkarlarını gözeterek şekilde üretildiğini savunur. Çalışmada bu sav, sosyal sözleşme teorilerinin ve kurucu iktidarların feminist eleştirisiyle açıklanmıştır. Şöyle ki, feminist teoriye göre, devletin ortaya çıkışını ve hukukun meşruiyetini açıklayan demokratik teoriler olan sosyal sözleşme teorileri, sanıldığının aksine demokratik değil, tahakkümcüdür. Zira sosyal sözleşmeyi kuranlar, herkes değil, tahakküm gücünü elinde bulunduranlardır. Bunun başlıca sebebi, sosyal sözleşmenin eril tahakküm üzerine kurulu sosyal düzende kurulmasıdır. Dolayısıyla ister Rousseau'nun ister Locke'un ister Hobbes'un sosyal sözleşme teorisi esas alınsın, tasvir edilen doğa haline içkin eril tahakküm, sosyal sözleşme kurulduktan sonraki aile yapısını da belirler ve kadını ve çocuğu, erkeğe göre ikincil bir konuma yerleştirir. Ancak, elbette sosyal sözleşmenin dışlayıcılığı, kadın-erkek ikiliği üzerinden anlaşılamaz. Çalışmanın benimsediği feminist bakış açısıyla, sosyal sözleşmeyi kuranlar ayrıcalıklı erkeklerdir ve sadece kadınlar değil, ayrıcalık sahibi erkekler dışında kalan ve dil, din, ırk, cinsiyet, sınıf ve benzeri grup aidiyeti özellikleriyle tahakküm altında olan ötekilerin hiçbirisi sözleşmeye taraf değildir.

Diğer yandan, feminist teoriye göre, anayasayı yapan ve değiştiren iktidarlar olan kurucu iktidarların demokratik versiyonlarında da durum farklı değildir. Anayasanın hazırlanması ve değiştirilmesine ilişkin süreçler ne kadar katılımcı görülürse görülsün, bu katılım eril tahakkümle sınırlıdır. Nitekim ötekiler için seçim yarışına katılmak ya da eşit temsile erişmek, eril tahakkümün yarattığı fiili engellerle kuşatılmıştır. Bu yüzden, bugünün en demokratik koşullarında dahi hukukun herkesin katılımıyla herkes için üretildiği düşüncesinin gerçek bir karşılığı olmadığının, bunun bir varsayımdan ibaret olduğunun kabul edilmesi gerekir. Aksi halde, bu varsayımın kendisi, demokrasiyi dışlayıcı tanımlar ve bu kusurlu demokrasi anlayışı, demokrasinin başlıca engeli haline gelir.

Feminist teoriye göre, hukukun eril tahakkümün içinden ve onun belirlediği güç ilişkileri üzerine kurulması, hukuk kurallarını da etkiler. Çalışmanın devamında, feminist teorinin bu eleştirisine yer verilerek hukuk kurallarının tarafgirliği açıklanmıştır. Buna göre, anayasa ve mevzuat, onları yapanlardan bağımsız bir varlığa kavuşmuş gözükürler, ama içerikleri itibarıyla ya açıkça ya da örtük bir şekilde eril

tahakkümün normlarını benimserler. Hukuk sisteminin heteronormatif ikili cinsiyet sistemi üzerine kurulması, Anayasa’da ve mevzuatta aile kavramına ağırlık verilmesi ve ailenin de heteroseksüel erkek ve heteroseksüel kadın arasında yapılacak evliliğe bağlanması, eril tahakkümün normlarının hukuki karşılığını oluşturur. Cinsiyete ve cinsel yönelime göre öngörülen kural farklılıkları ise cinsiyete atfedilen toplumsal rollerin hukuk tarafından benimsenmesinden başka bir şey değildir. Ancak, hukuk, en cinsiyetsiz ve tarafsız kurallarıyla bile eril tahakküme bağlılığını sürdürür. Çalışmada verilen örneklerle gösterilmeye çalışıldığı üzere, bu, genel ahlak, milli ve manevi değer gibi eril tahakküme göre yorumlanmaya elverişli açık uçlu kavramlarla bezeli kurallar vasıtasıyla olabileceği gibi, tarafsız ama kadınlar ve diğer ötekilerin ihtiyaçlarını geri plana atan ve bu yüzden eşit ve tarafsız kurallarla onlar üzerindeki tahakküm yükünü arttıran kurallarla da gerçekleşebilir. Öte yandan, üreme konusunda örneklenen kurallarda görüldüğü gibi, hukuk kurallarının bazen kadın ve erkek için aynı sınırlamayı öngörmesi de eril tahakkümün cinsiyetleri bazı konularda benzer şekilde baskılamasından kaynaklanır. Dolayısıyla, feminist teoriye göre, hukukun kendisinin tarafsız olduğu da sadece bir faraziye dir.

Çalışmanın devamında, eril tahakkümün hukukun uygulanmasına da etki ettiği açıklanmıştır. Feminist teori, hukuksal akıl yürütmenin bir pratik akıl yürütme biçimi olduğunu, ancak bunun geleneksel olarak eril tahakküme yaslandığını savunur. Zira yargıçlar, içinde bulundukları eril tahakkümün bağlamından ayrı bir şekilde karar veremezler. Diğer bir deyişle, hukuki sorunun tespitinde, buna uygulanacak kuralın seçiminde, kuralın ve uyumsuzluğun özelliklerinin yorumlanmasında hâkim kaçınılmaz olarak eril tahakkümün kodlarına göre düşünür ve karar verir. Çalışmada “tahakkümcü yorum” olarak açıklanan bu yorumlama biçimi, hukukçuların aşına olduğu tüm yorum yöntemlerine sirayet eder ve hukukun eril tahakkümle uzlaşısı içerisinde uygulanmasını sağlar. Feminist teoriye göre, hukukun tahakkümcü yorumdan kurtarılabilmesi için feminist hukuk teorisinin alternatif yöntemlerine başvurulmalıdır. Bu yöntemler, sırasıyla, kadın sorusu, feminist pratik akıl yürütme ve bilinç yükseltmedir. Kadın sorusu, ötekilerin hukuk kurallarından ve uyumsuzluğun bağlamından dışlanan bakış açılarını ve deneyimlerini dikkate almaya yarar. Feminist pratik akıl yürütme ise, hâkimin bir hukuk kuralını uyumsuzluğa uygularken uyumsuzluğun ve tarafların tüm özelliklerine bakmasını, bağlamı göz önünde bulundurmasını sağlar. Ancak, feminist pratik akıl yürütmeyi hukukçuların başvurduğu geleneksel pratik akıl yürütmeden ayıran, bağlamın tespitinde de kadın sorusunun dikkate alınmasıdır. Feminist bilinç yükseltme ise bir meta-yöntem ve diğer yöntemlerin alt yapısı olarak, ötekilerin kendi deneyimlerini, düşüncelerini ve duygularını keşfetmesi, bunları paylaşarak ortak deneyimlerin bilgisini üretmesi, böylece tahakkümün sosyal yaşamdaki etkisini açığa çıkarmasıdır. Feminist bilinç yükseltme, bir yandan kişilerin eril tahakküm sebebiyle maruz kaldığı ayrımcılığın anlaşılmasını sağlarken diğer yandan eril tahakküm altında ezilenlerin farklılıklarının da aynı potada eritilmeden korunmasını mümkün kılar.

Çalışmanın birinci bölümünün ikinci kısmında ise, feminist teorisinin insan haklarına ve eşitlik ilkesine yaklaşımı açıklanmıştır. Bu kısımda insan haklarının ortaya çıkışına ve gelişimine çeşitli örnekler üzerinden bakılmış, feminist teorisinin insan haklarının öznesinin ayrıcalıklı erkekle sınırlı olduğuna yönelik eleştirisi anlatılmıştır. Ardından, insan haklarının kuşaktan kuşağa dönüşümüne kısaca yer verilmiş, hakların tanımlanmasında ve uygulanmasında özneye dair sınırlılığın devam ettiği tespit edilmiştir. Dolayısıyla, feminist teoriye göre, insan hakları gerçekte herkes için değildir. Diğer yandan, sorun sadece insan haklarının öznesiyle ilgili de değildir. Feminist teoriye göre, kamusal alan/özel alan ayrımı da insan haklarının dışlayıcı

olmasına sebep olan bir başka tahakküm meselesidir. Kamusal alan ve özel alan olmak üzere birbirinden ayrık iki farklı alan yaratılması, tarihsel olarak, kadının ve çocuğun ev içinde tahakküm altına alınmasına, kamusal alanın ise sadece erkeğe tahsis edilmesine sebep olmuştur. Kamusal alanda ileri sürülen haklar da bu yüzden erkeğin hakları olarak ortaya çıkmıştır. Bu ikilik, erkeğe özel alanda sınırsız bir eril iktidar sağlamış, kadının özel alandan çıkmasını fiilen engellemiştir. Hukukun çok yakın bir zamana kadar özel alana müdahale etmemesi ise bu ayrımın hukukileşmesine sebep olmuştur. Gün geçtikçe bu iki alan arasındaki ayrım silikleşse de çalışmada bu ayrımın hala devam ettiği açıklanmıştır. Feminist teoriye göre, eril tahakkümün devamlılığını garanti altına alan bu ayrım ortadan kaldırılmadıkça insan haklarının herkes için olması ya da eşitsizliğin giderilmesine katkı sağlaması mümkün olmayacaktır. Bunun için, kamusal alanın özel alana açılması, özel alanın ise kamusallaşması şarttır.

Feminist bakış açısıyla, genel olarak hukuka, özel olarak insan haklarına yönelik sorun, eşitlik ilkesi için de geçerlidir. Çalışmanın birinci bölümünün son kısmında, kadın-erkek ikiliğiyle sınırlı eşitlik anlayışı eleştirilmiş, bu ikiliğin cinsiyet kategorilerinden ve normlarından doğan eşitsizliğin dayanağı olduğu açıklanmıştır. Devamında, eşitliğin hukuktaki karşılığı olan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağındaki sorunlara yer verilmiştir. Feminist teoriye göre, eşitlik ilkesinin belirli bir hak kapsamında ileri sürülebilmesi, diğer bir deyişle hak ekseninde eşitlik anlayışı, bazı haklardan kategorik olarak mahrum bırakılanların ya da hakkın tanımına dahil edilmeyenlerin eşitsizlik iddiasında bulunmasını engellemektedir. Diğer yandan, eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının uygulanmasına hâkim olan tek eksenli ayrımcılık anlayışı da çoklu temelde gerçekleşen kesişimsel ayrımcılık deneyimlerinin dikkate alınmasını imkânsızlaştırmakta, kişilerin özelliklerinin ve maruz kaldıkları ayrımcılığın indirgemeci bir şekilde ele alınmasına sebep olarak başlı başına bir ayrımcılık sorunu yaratmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, feminist teorinin ilk bölümünde açıklanan eleştirilerinden yararlanılarak Anayasa Mahkemesi kararları incelenmiştir. Çalışmada incelenmek üzere seçilen kararlar, cinsiyet kimliği ile ad ve soyadıyla ilgilidir. Cinsiyet kimliği konusunda incelenen norm denetimi kararları, Mahkemenin 29 Kasım 2017 tarihinde vermiş olduğu, Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinde sırasıyla cinsiyet değiştirme ameliyatının şartı olarak düzenlenen üreme yeteneğinden yoksunluk koşulunun ve nüfus sicilinde cinsiyet bilgisi değişikliğinin ön koşulu olarak düzenlenen cinsiyet değiştirme ameliyatı şartının Anayasa'ya aykırılığının incelendiği kararlarıdır. Aynı kapsamda incelenen bireysel başvuru kararları ise cinsiyet değiştirme ameliyatının ön koşulu olan üreme yeteneğinden yoksunluk şartı sebebiyle ameliyat izni alamayan başvuru sahiplerinin bireysel başvurularının incelendiği *M.K. ve Sahra Bayraktar* kararlarıdır. Ad ve soyadı konusunda incelenen norm denetimi kararları, kadının evlendikten sonra eşinin soyadını kullanmasını öngören Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'ya aykırılığının incelendiği 10 Mart 2011 tarihli ve 22 Mart 2023 tarihli kararlardır. Bu kapsamda incelenen bireysel başvuru kararları ise, ad değiştirme talepleri nüfus sicillerinde yer alan cinsiyet bilgilerini değiştirmediklerinden bahisle reddedilen başvuru sahiplerinin bireysel başvurularının incelendiği *H.K. ve Turgay Karaca* başvuruları ile evlendikten sonra eşlerinin soyadları olmaksızın, evlenmeden önceki soyadlarını tek başına kullanma talepleri reddedilen başvuru sahiplerinin bireysel başvurularının incelendiği *Gülsim Genç, Neşe Aslanbay Akbıyık ve Sevim Akat Eşki* kararlarıdır.

Bu kararların feminist teori bakımından incelenmesi, Mahkemenin kişilerin “özne”liğine nasıl yaklaştığına dair önemli bulgular ortaya çıkarmıştır. Öncelikle, Mahkeme için özne daima cinsiyetlidir. Zira Mahkemeye göre, kişilerin cinsiyeti, onların doğumdan itibaren sahip olduğu biyolojik özellikler üzerinden belirlenir. Dolayısıyla, Mahkemenin kararlarında benimsediği cinsiyet anlayışı, biyolojik cinsiyetten ibarettir. Cinsiyetin üreme organı ve sistemi üzerinden fizyolojik ve genetik olarak belirlenmesi, Mahkemenin aynı zamanda ikili cinsiyet sistemini de esas aldığı anlamına gelir. Bu yüzden, Mahkeme kararlarında ikili biyolojik cinsiyet sistemini kamu düzeninden saymakta, bu sistemin dışında kalan cinsiyet kimliklerini yadsıyarak cinsiyetler arası geçişkenliği reddetmektedir. Buna paralel olarak, Mahkeme, ikili cinsiyet sistemine göre kadından ve erkekten beklenen toplumsal rolleri de doğal ve olağan kabul etmektedir.

Diğer yandan, çalışmada incelenen kararlar, Mahkemenin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimini ve eşitlik ilkesini nasıl uyguladığını da ortaya koymuştur. Şöyle ki, Mahkeme özneye dair meseleleri ekseriyetle Anayasa’nın 20. maddesi ile güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı bakımından ele almakta, bazen bu hakla birlikte Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkını da incelemekte, ancak Anayasa’nın 17. maddesine tek başına pek başvurmamaktadır. Bununla birlikte, Mahkeme bir hak bağlamında inceleme yaptığında, önündeki hukuki meselenin o hakkın hangi boyutuna ne yönden dokunduğuna dair detaylı bir tespit de bulunmamaktadır. Bu yüzden, Mahkemenin haklar arasında yaptığı tercihlerini karardan karara değiştirmesinin arkasındaki nedenleri, kararların gerekçelerinden çıkarmak zordur. Ancak, Mahkemenin bu yaklaşımının özellikle kişilerin bedenine yönelik müdahaleleri, cinsiyet kimliğini ve kadının özerkliğini önemsizleştiren, kişilerin maddi ve manevi bütünlüklerine yönelik eril tahakküme dayalı müdahalelerin gerçek etkisini görmezden gelen bir yönünün olduğunu tespit etmek mümkündür. Bunun yanında Mahkeme, Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimini de oldukça esnetmekte, özellikle meşru amaç kriterini eril tahakküme dayalı kamu düzeninin her defasında sınırlama nedeni sayılabilmesine yol açacak şekilde geniş yorumlamaktadır. Mahkeme, bu şekilde belirlediği meşru amaca önemli bir ağırlık vermekte, geri kalan demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük kriterlerini de meşru amaç kriterine neredeyse denk bir şekilde değerlendirmektedir.

Tüm bunların yanında, incelenen kararlar, Mahkemenin uluslararası hukukun eşitliğe ilişkin kaynaklarına istikrarlı bir şekilde atıf yapmadığını, yapılan atıfların ise norm denetiminde değil bireysel başvuru kararlarında bulunduğunu göstermektedir. Ancak, Mahkeme uluslararası hukuka ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıf yaptığında da bunların gerekçelerini içselleştirmemekte, bunları ancak sonuçları itibarıyla ve sınırlı olarak takip etmektedir. Bu yaklaşım, Mahkemenin incelediği hakları tespit etmek yönünden tutarsızlığıyla birleşince, Mahkemenin eşitlik ilkesini de hiç uygulamamasına ya da uyguladığında eksik incelemesine dayanak oluşturmaktadır. Nitekim, hak ihlali iddialarının belirli bir hak bağlamında detaylı olarak ve uluslararası insan hakları göz önünde bulundurularak ele alınmaması, bu ihlalin eşitsizlikten kaynaklandığını ortaya çıkarmayı engellemektedir. Böyle olunca, anayasa yargısı, tahakküm altındakilerin hak öznesi olarak eşitsizlik iddialarını ileri sürebilecekleri ve insan haklarının güvencelerinden yararlanabilecekleri bir mekanizma olamamakta ya da bu anlamda çok zayıf kalmaktadır. Ancak, bunun yanında, Anayasa Mahkemesinin gerekçelerine ve hukuku uygulama biçimine bakıldığında, Mahkemenin kararlarının da bizatihi bir

ayrımcılık sebebi oluşturabileceğine dikkat çekilmiştir. Neticede, bu çalışmada, anayasa yargısının insan haklarının ve eşitliğin güvencesi olabilmesi için tahakkümcü yorumdan kurtarılması gerektiği önerilmiştir.



GİRİŞ

“Çoğunlukla feminizmin erkekler gibi olmak isteyen bir grup öfkeli kadın olduğunu düşünüyorlar. Feminizmin haklarla – kadınların eşit hakka sahip olmalarıyla ilgili olduğu akıllarına bile gelmiyor. Ben, benim bildiğim feminizmden – yakın ve kişisel olarak – bahsettiğimde ise beni şevkle dinliyorlar, buna karşın sohbetimiz sona erdiğinde gecikmeksizin bana farklı olduğumu, erkeklerden nefret eden, öfkeli ‘gerçek’ feministler gibi olmadığımı söylüyorlar. Onlara olunabilecek en gerçek ve radikal bir feminist olduğumu ve feminizme yaklaştırmaya cesaret ederlerse feminizmin hiç de sandıkları gibi olmadığını görececeklerini söylüyorum.”¹

(bell hooks)

Feminizmin ne olduğunu bilmeyen bir kişi Türk Dil Kurumuna başvurduğunda, kelimenin “toplumda kadının **haklarını** çoğaltma, erkeğinkiler düzeyine çıkarma, **eşitlik sağlama amacını güden düşünce akımı; kadın hareketi**”² şeklinde tanımlandığını görecektir. Bu kısa tanım, feminizm ile ilgili pek az (doğru) şey söylese de değindiği bazı unsurlarla feminizm ile anayasa hukukunun ilişkisini ortaya koymak açısından iyi bir başlangıç noktası oluşturur: Feminizm, haklarla ve eşitlikle ilgilidir. Öyleyse, anayasa hukukunun aşına olduğu demokratik devlet ilkesi ve eşitlik ilkesi gibi hukukileştirilmiş düşüncelerin bir benzeridir ve özellikle hak ve özgürlükler bakımından doğrudan anayasa hukukunun kapsamında görülen konular üzerinde çalışır. Şu kadar ki, feminist düşünce hukukun şekillenmesine ne kadar etki ederse etsin, bir bütün olarak hukuk dışı anlaşılır. Bu yüzden, feminizmin anayasa hukukuyla bağı, Türkiye’de üzerinde ayrıca çalışılacak bir konu olmamıştır.

Sadece Türkiye’de değil, dünyada da hukukçuların feminizme yönelik duraksamasının ardında yatan temel sebep, feminizmin “izm”inin düşündürdüğü ideolojidir. Gerçekten de feminizmin hukuki, siyasi, felsefi, sosyal, ekonomik pek çok

¹ bell hooks, **Feminism is For Everybody: Passionate Politics**, Cambridge, MA: South End Press, 2000, s. vii-viii. Bu çeviri ve çalışma boyunca kaynağın aslından yapılan tüm çeviriler aksi belirtilmedikçe çalışmanın yazarına aittir. bell hooks’un ismi ise hooks’un kişisel tercihiyle duyulan saygı sebebiyle küçük harflerle yazılmıştır. hooks, çalışmalarının odağından kendisini çıkarmak ve dikkatin kendisine değil, yazdıklarına verilmesi gerektiği mesajını iletmek için ismini küçük harflerle kullanmıştır.

² Kalınlaştırma vurgusu, yazara aittir. Türk Dil Kurumu, “Feminizm”, <https://sozluk.gov.tr>, (Son Erişim Tarihi: 3 Nisan 2024).

yönü vardır. Bu farklı yönler, feminizmi sosyal etkileşimi belirleyen, devletin yapısına yönelik eleştiriler getiren, siyasi söylem geliştiren ve siyasi talepler bakımından eylemlilik doğuran bir fikirler bütünü olarak gösterir.³ Ancak, feminizm zannedildiği kadar derli toplu ve bütüncül değildir. Nitekim, feminist düşünce üzerine çalışanlar, tek bir feminizmden değil, farklı *feminizmler*den bahsedilebileceğini kabul eder.⁴ Zira *feminizmler*, içinde bulundukları döneme, topluma, bu toplum ve toplum içerisindeki grupların eşitlik, özgürlük ve hak gibi kavramlara yükledikleri anlama veya karşı koyduklarına göre değişiklik gösterir.⁵ Bu yüzden feminizm, liberal, radikal, Marksist, sosyalist, siyah, ulus-ötesi, psikanalitik, özen odaklı, postyapısalcı ve postmodern, queer ya da ekofeminizm olarak farklı başlıklarda ele alınmakta, bazen bu başlıklar da liberal feminizmin kuşaklara ayrılması gibi alt başlıklara ayrılarak incelenmektedir.⁶ Feminizmin bu çeşitliliği, mücadele ettiği eşitsizlik sorununun çok yönlü ve karmaşık olmasından kaynaklanır. Her bir feminizmin eşitsizliğin nasıl tanımlanacağı, sebepleri, hangi araçlarla giderilebileceği gibi sorulara verdiği cevaplar farklıdır. Öyle ki, bazen bu farklılıklar, feminizmlerin çatışmasına yol açacak kadar derinleşir.⁷ Ancak, günün sonunda, hepsi feminizmdir ve çatıştıkları hallerde dahi kompleks eşitsizlik sorununun çözümüne şu veya bu şekilde ortak bir katkıda bulunurlar. O halde, feminizmi tek, bütüncül ve sistematik bir düşünce sistemi gibi anlamak mümkün değildir ve böyle bir sebepten feminizmle hukuk arasında mesafe koymak, en basit ifadeyle ön yargılı davranmaktır.

Öte yandan, feminizm, Türk Dil Kurumunun yukarıda paylaşılan tanımında verildiği gibi kadınlarla ya da kadınların erkeklerle “aynı düzey”e gelmesiyle sınırlı bir teori de değildir. Tüm çeşitliliğine rağmen, feminizmler için ortak bir tanım verilecekse, feminizmi bell hooks’un tanımladığı gibi “*cinsiyetçiliği, cinsiyetçi sömürüyü ve tahakkümü sona erdirmeye harekati*” olarak açıklamak gerekir.⁸ Görüldüğü üzere, bu tanım oldukça geniş ve açık uçludur. Ancak, tam da feminizmin başlattığı

³ Bunların bazıları, bir ideolojiden beklenen yönler de tekabül eder. Bakınız Terry Eagleton, **Ideology: An Introduction**, Londra, New York: Verso, 1991, ss. 1-31.

⁴ Florence Rochefort, **Feminizmler Tarihi**, Çev. Özlem Altun, İstanbul: Sel, 2020, s. 7.

⁵ Ibid, s. 8.

⁶ Feminizmleri bu ayrımlara göre inceleyen bir çalışma için bakınız Rosemarie Tong, Tina Fernandes Botts, **Feminist Düşünce**, Çev. Beyza Sumer Aydaş, İstanbul: Sel, 2021.

⁷ Feminizmin bu çatışmalardan da beslenerek gelişmesine ilişkin bir çalışma için bakınız Seyla Benhabib, Judith Butler, Drucilla Cornell, Nancy Fraser, **Çatışan Feminizmler: Felsefi Fikir Alışverişi**, Çev. Feride Evren Sezer, İstanbul: Metis, 2021.

⁸ bell hooks, **Feminist Theory: From Margin to Center**, Boston, MA: South End Press, 1984, s. 34-35., bell hooks, **Feminism is For Everybody: Passionate Politics**, s. 1.

düşünceyi anlatır. Şöyle ki, feminizm, eşitsizliğin kaynağını cinsiyette değil, cinsiyetçilikte arayarak meselenin özüne iner. Bu yüzden, feminizme göre sorun, cinsiyetçilik ile yaratılan tahakkümdür. Cinsiyetçiliğin normları, toplumu baskı altına alır ve hukuki, sosyal, ekonomik, sınıfsal, ırksal, hangi yönden bakılırsa bakılsın tüm eşitsizliklere cinsiyetçilik boyutunu ekleyerek eşitsizlikleri perçinler. Bu yaklaşım iki ayrı şeyi ima eder. Birincisi, feminizm belirli bir cinsiyet için belirli bir cinsiyete karşı mücadele değildir. Mesele cinsiyetçilik olarak tanımlandığında, bütün cinsiyetçi düşünce ve eylemler problem olarak görülür.⁹ Bu yüzden, cinsiyetçiliğe maruz bırakanın ya da kalanın kadın, erkek, çocuk, yetişkin olması cinsiyetçiliği kendi başına ortadan kaldırmaz.¹⁰ İkincisi ise, feminizm, tüm dünyayı cinsiyet perspektifinden anlamlandıran ya da eşitsizlik sorununu cinsiyet sorununa indirgeyen bir düşünce akımı değildir. Dikkat edilirse feminizm, yapısal eşitsizlikleri tahakküm kavramı ile açıklar. “Tahakküm” ve bu çalışma boyunca da kullanılacak olan “eril tahakküm”, cinsiyetçiliğe dayanan baskının sosyal ve çok yönlü olarak inşa edildiğini ve kendisini meşrulaştırmaya gerek dahi duymayacağı bir doğallık ve içselleştirme ile hüküm sürdüğünü anlatır.

Bourdieu, eril tahakkümün bedenler üzerinde ortaya çıktığını ileri sürer. Gerçekten de bedensel özelliklerin cinsiyet tanımlarına göre farklılaştırılıp kategorize edilmesi, bunlara yüklenen sosyal anlama bağlı olarak tüm bedensel hareketlerin, cinsel deneyimlerin dahi, cinsiyetlendirilmesine yol açmıştır.¹¹ Örneğin cinsel ilişkinin kadın ve erkek arasında olacağı ve bunda erkeğin aktif, kadının ise pasif davranacağı düşüncesi, tamamen cinsel ilişkiye yüklenen anlama ve cinsiyetlerden beklenen rollere içkindir.¹² Erkek egemen düşünceye dayanan bu sosyal anlamlandırma, bedensel özelliklerimizden başlayıp davranışlarımıza ve düşüncelerimize uzanan bir skalada bütün özelliklerimizi ve yaşantımızı, eril-dişil karşıtlığı ile kodlar. Toplumsallaşmanın tüm kademelerinde normalleştirilen bu karşıtlık, sağ/sol, kuru/ıslak, aşağı/yukarı zıtlıkları kadar doğal algılanır.¹³ Bu, tahakküm eden kadar tahakküm edilenin de içselleştirdiği bir sistem oluşturur, ki burada sistemle kastedilen sosyal, ekonomik, psikolojik koşulları belirleyen ve hukukun da bunlar üzerine kurulduğu ve bunları eril

⁹ bell hooks, **Feminism is For Everybody: Passionate Politics**, s. 1.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Pierre Bourdieu, **Masculine Domination**, Çev. Richard Nice, Stanford, California: Stanford University Press, 2001, s. 7.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

tahakküme göre tekrar belirlediği, geniş anlamdaki toplumsal düzendir. Neticede, feminizmin tahakküm kavramı ile anlattığı, sadece fiili ve hukuki eşitsizlik değil; bu eşitsizliği doğuran ve dayatan tanımların ve koşulların tamamıdır. Bu yüzden, diğer tahakküm biçimleri ya da eşitsizlik sorunları da hem cinsiyetçiliğin içinde bulunduğu bağlam hem de cinsiyetçiliğe verdikleri destek bakımından dikkate alınır.

Öyleyse feminizm, eşitlik ve haklarla ilgili olmakla birlikte başka bir perspektif sunar. Feminizmin hukuka yaklaşımı da alışlagelenden farklıdır. Nitekim feminizm açısından eşitsizlik sorunu, kadının erkeklerle haklar bakımından kıyaslanması ya da kadının haklarının kürtaj gibi kadınla ilgili görülen bazı konularla sınırlı tartışılması kadar basit değildir. Tüm bu konular, şüphesiz, kadınların eşitsizliği sorunu açısından önemlidir, ancak bunların tahakkümün çok küçük bir parçası olduğu görülmeden tahakkümle mücadele edilemez. Bu sebeple, hukuka yönelik eleştirilerin de bu dar kapsama sıkıştırılmaması ve tahakkümün gerçekleri çerçevesinde ileri sürülmesi gerekir.

Söz konusu gereklilikten hareketle, bu çalışma, anayasa hukukuna ve Anayasa Mahkemesi kararlarına feminist perspektiften bakarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın benimsediği demokratik devletin eşitlik açısından sorunlarını tartışmaya açacaktır. Ancak, feminizmlerin çeşitliliği göz önünde bulundurulduğunda, çalışmada benimsenen feminist perspektifin ne olduğunun en baştan belirlenmesi de zorunluluktur. Bu çalışmada, feminizmlerin bugüne kadar kazandırdığı bilgi birikiminden biri diğerine tercih edilmeden yararlanılmış olsa da çalışmaya hâkim olan bakış, kesişimsel feminizmin bakış açısıdır.

Kesişimsel feminizm, özetle, eril tahakkümün temel hedef grubu olan kadınların kadın kimlikleriyle birlikte kendilerini tanımlayan başka kimliklere de sahip olduğunu ve feminizmin belirli bir ekonomik sınıfta yer alan, eğitim ve sağlık gibi pek çok hizmete erişimi olan, natrans heteroseksüel beyaz ayrıcalıklı kadın kimliğine sıkıştırılmaması gerektiğini savunur.¹⁴ Kadınları cinsel yönelim, din, dil, renk, uyruk, siyasi ve felsefi düşünceleri ve benzeri ile çeşitlenen kimlikleriyle tanıyan bu anlayış,

¹⁴ Kesişimsellik ifadesini ilk kez 1989 yılında ayrımcılık yasağıyla ilgili bir makalesinde kullanan Kimberle Crenshaw'un kesişimsel yaklaşımın da öncüsü olduğunu kabul etmek mümkündür. Bakınız Kimberle Crenshaw, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", **University of Chicago Legal Forum**, Vol.1989(1), 1989, ss. 139-168.

belirli bir kadın tanımı yaratacak çıkarımlardan kaçınır. Zira kadınları kadınlığa indirgemek, eril tahakkümün yarattığı cinsiyet normlarının meşruiyetini pekiştirmekten başka bir şey değildir, ki bu da feminizmin mücadele ettiği şeye dönüşmesi anlamına gelir. Bu bakımdan, kesişimsel feminizm, kendini kadın olarak tanımlayan herkesi kapsadığı gibi kendini ikili cinsiyet üzerinden tanımlamayan veya cinsiyete yüklenen roller yüzünden baskı altında olan diğer tüm kişileri de kapsar.¹⁵ Kesişimsel yaklaşım, insanların cinsiyet kimliği haricindeki diğer kimlikleri ile çeşitlenen deneyimlerini anlamaya yardımcı olur ve feminist hareketin taleplerini tüm dezavantajlı grupların taleplerini içerecek şekilde genişletmesine imkân tanır.

Anayasa hukukuna ve özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarına kesişimsel feminist bakış açısıyla yaklaşmak, yapısal eşitsizliğe dair sorunların hiçbir grup ya da kişiyi diğerlerine önceliklendirmeden ele alınmasını sağlar. Bu yaklaşım, demokrasi ya da eşitlik kavramlarının ifade ettikleriyle örtüşse de bu kavramlara içkin tahakkümü göz önünde bulundurduğu için bunlardan da önemli ölçüde farklılaşır. Söz konusu benzeşme ve farklılaşmanın ortaya konulabilmesi ve feminist bakış açısının anayasa hukukuna hâkim ilkelere katkısının anlaşılabilmesi için bu çalışmada öncelikle feminist teorinin hukuka yönelik eleştirisi açıklanacaktır. Çalışmanın odak noktası, Anayasa Mahkemesi kararları ve bu kararlar vasıtasıyla Anayasa'nın nasıl yorumlandığı ve uygulandığıdır. Ancak, Anayasa Mahkemesi kararlarının feminist eleştirisini yapmak, sadece kararların kusurlarını bulma faaliyeti değil, hukukun alternatif uygulamasını ortaya koymanın bir yoludur. Bu yüzden, bu çalışmayla amaçlanan, belli başlı konulara hızlı ve kesin bir çözüm bulmaktan ziyade feminist bakış açısının anayasa hukukunda uygulanabilirliğini göstermek ve Anayasa Mahkemesi kararlarında feminist teoriden yararlanılmasını önermektir. Bunun için, çalışmanın birinci bölümünde öncelikle feminist teorinin hukuka yaklaşımının zemini oluşturulacak ve Mahkeme kararlarının hangi bakış açısıyla ele alınacağı açıklanacaktır.

Feminist karar incelemesi, eril tahakküm ile hukukun uygulanması arasındaki ilişkiyi ifşa etmek ve hukukun alternatif uygulamasını göstermek üzere yapılan ve tüm dünyada giderek yaygınlaşan bir çalışma konusudur. Ancak, karar incelemesini

¹⁵ Judith Butler, **Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi**, Çev. Başak Ertür, İstanbul: Metis, 2020, s.62-65

anayasa yargısına taşımak, hukukun uygulamasındaki genel kusurların yanında bir devletin kurucu belgesi ve o devletin hâkimiyeti altında yaşayan insanlar için uzlaşma metni olması gereken Anayasa'nın nasıl uygulandığını ve daha önemlisi herkes için eşit ve kapsayıcı bir şekilde yorumlanıp yorumlanmadığını göstermek açısından oldukça önemlidir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi ve verebileceği kararlar oldukça sınırlıdır. Bu yüzden, Anayasa Mahkemesi kararlarına atfedilen önem, bu kararların Anayasa'nın anlamını tek başına belirleyen faktör olduğunu ima etmez. Nitekim anayasa, hukuki olduğu kadar siyasi bir belgedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, norm denetiminde, bireysel başvuruda, siyasi parti kapatma davasında, siyasi parti ihtar ya da mali denetim incelemesinde, yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşürülmesine ilişkin kararların Anayasa'ya aykırılığının incelemesinde çok farklı yönlerden Anayasa'daki kuralların içeriğini ve etkisini belirler. Anayasa Mahkemesi kararlarının Anayasa'nın 153. maddesi gereğince kesin ve bağlayıcı olması ise, bu kararların Anayasa'yla birlikte değerlendirilmesini gerektirir. Öyleyse, Anayasa Mahkemesi kararları ve bu kararların alternatifleri, salt teorik olmayan, hukuk dünyasında etki doğurabilecek bir çalışma alanına tekabül eder.

Ne var ki, Anayasa Mahkemesinin tüm kararlarının ya da karar türlerinin tamamının böyle bir çalışma kapsamında incelenmesi mümkün değildir. Zaten feminist teorinin yönelttiği eleştirilerin anlamını ve feminist metodolojinin nasıl uygulanacağını ortaya koyabilmek için tüm kararları tüketmeye de ihtiyaç yoktur. Bu yüzden, çalışmanın ikinci bölümündeki karar incelemesi bir örneklem üzerinden yapılmıştır. Bu örneklem belirlenmeden evvel Anayasa Mahkemesi kararları taranmış, bu tarama ile feminist teori bakımından incelenebilecek, çoğunluğu yakın tarihli yaklaşık 170 karar¹⁶ tespit edilerek bunlar içerdikleri konulara göre, “özne”, “aile”, “kamusal alan”, “şiddet” başlıklarıyla kategorize edilmiştir. Karar taramasında Mahkemenin görev ve denetim alanına giren konularda ve karar türlerinde bir sınırlamaya gidilmemiş, ancak tespit edilen kararlar en nihayetinde Mahkemenin norm denetimi, bireysel başvuru ve siyasi parti ihtar/kapatma kapsamında verdiği kararlardan ibaret olmuştur. Diğer yandan, kategorilendirme yapılırken birden fazla kategoriye girebilecek kararlar için kategorilerden biri diğerlerine tercih edilmemiş,

¹⁶ Bu kararlar için bakınız EK-1: Çalışma İçin Taranan Bireysel Başvuru Kararları, EK-2: Çalışma İçin Taranan Norm Denetimi Kararları, EK-3: Çalışma İçin Taranan Siyasi Parti Kapatma ve İhtar Kararları.

kararlarla girdikleri kategorilerin tamamı ilişkilendirilmiştir. Aynı zamanda her bir karar için “gözaltı”, “istihdam”, “soyadı”, “cinsel istismar” gibi kararların konularını belirleyen anahtar kelimeler not edilmiştir. Ardından, aynı kategoriye giren kararlar arasında konu bakımından benzeşen kararlar belirlenerek örneklem ortaya çıkarılmıştır. Kategori ve konu benzerliği sayesinde, örneklemdeki kararların her biri için yapılan incelemenin diğeri için yöneltilecek eleştirileri beslemesi ve böylece feminist bakış açısının pekiştirilmesi hedeflenmiştir.

Bununla birlikte, kategori-konu eşleştirmesi elbette kategori sayısınca örneklem ortaya çıkarmıştır. Bu çalışma için tercih edilen örneklem ise, “özne” kategorisinden belirlenmiştir. Özne kategorisini diğerlerine göre öne çıkaran ilk sebep, eril tahakkümün sırf fiziksel ve cinsel şiddet yoluyla işlemediğini, aile içerisindeki ve kamusal alandaki ayrımcılık ve şiddetin haricinde de görünümünün olduğunu göstermeyi mümkün kılmasıdır. Eril tahakkümün özneye yönelik baskısı çoğu zaman diğer kategorilere giren konuların yarattığı sonuçlar ve bunların ağırlığı karşısında geri planda kalmaktadır. Halbuki eril tahakküm, henüz özne kendini belirlerken ortaya çıkar ve onu cinsiyetçilik normlarıyla kategorize edip sınırlarken ona yönelik diğer baskı araçlarına da dayanak oluşturur. Bu yüzden eril tahakkümün cinsiyet normlarıyla yarattığı ve normalleştirdiği sembolik şiddetinin açığa çıkarılması, feminist bakış açısının yerleşmesine önemli bir katkı sağlayacaktır.

Diğer yandan, özne kategorisi kapsamında belirlenen cinsiyet kimliği ve isim konularının özellikleri de bu kategorinin seçilmesi için ikinci bir neden oluşturmuştur. Şöyle ki seçilen kararların ortak noktası, kişilerin kendi kimliklerini inşa etmelerinin ve özerkliklerini hayata geçirmelerinin farklı yönlerine ilişkin olmasıdır. Bu bakımdan, her iki konu da maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel hayata saygı hakkı kapsamında kalır. Aynı hakların kapsamına giren bu farklı konuların birlikte ele alınması, kişilerin kimliklerine yönelik eril tahakküm baskısının çok yönlü olarak ortaya çıkarılmasını sağlarken, karar incelemelerinin de karşılaştırmaya elverişli ortak bir düzlemde yapılmasına imkân sağlamıştır.

Seçilen örneklem dahilindeki bu kararlar aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin cinsiyet ve cinsiyet kimliği kavramlarını nasıl tanımladığına, bunlar temelindeki ayrımcılık iddialarına nasıl yaklaştığına ve ad ve soyadı gibi doğrudan cinsiyetle ilgili

olmayan konuların cinsiyet normlarıyla ilişkisini nasıl değerlendirdiğine dair bilgi verir. Bu açıdan, bu kararların feminist incelemesi, eril tahakkümün Anayasa'daki objektif görünen kavram ve kurallara sirayet ettiğini açığa çıkaracaktır. Öte yandan, bu kararların bazılarının norm denetimi bazılarının ise bireysel başvuru kapsamında verilmiş olması, inceleme ve karar türleri arasındaki benzerlik ve farklılıkların tespit edilmesine de olanak tanır. Dolayısıyla, bu incelemeyle, sadece eril tahakkümün anayasa hukukuna genel etkisi değil, Anayasa Mahkemesinin kararları aracılığıyla eril tahakküme nasıl cevap verdiği de anlaşılabacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümü, feminist metodolojiden yararlanarak Anayasa Mahkemesi kararlarını eleştirirken bu eleştirilerin hiç de hukuk dışı olmadığını, hukuki kavram ve kriterlerin “olan hukuk” bağlamındaki alternatifleriyle dahi hukuk sistemini daha eşitlikçi ya da en azından daha az ayrımcı yapabileceğini gösterecektir. Çalışmanın anayasa hukukuna ve genel olarak hukuk alanındaki akademik çalışmalara yapmayı hedeflediği asıl katkı da bunda saklıdır. Feminist teoriye yönelik ön yargılar bir yana bırakılarak bu teorinin anlattıkları ve etkileri fark edildiğinde, hukuk sistemini daha demokratik ve eşitlikçi kılmak için feminist teorinin, feminist olan-olmayan tüm hukukçuların başvurması gereken bir düşünce biçimi ve araçlar seti sunduğu anlaşılabacaktır. Nitekim “*feminizm, herkes içindir*”¹⁷.

¹⁷ bell hooks, **Feminism is For Everybody: Passionate Politics**, ss. 1-7.

BİRİNCİ BÖLÜM: FEMİNİST HUKUK TEORİSİ

FEMİNİST HUKUK TEORİSİ

Feminist hukuk teorisi, yeni bir hukuk dalıdır. Feminizm, hukukun konusunu oluşturan eşitlik taleplerini son birkaç yüzyıldır ileri süregelse de feminist düşüncenin bir hukuk dalı olarak belirmesi 1970’li yılları bulmuştur.¹⁸ Ann Scales, “Feminist hukuk teorisi” isimli teori düşüncesini 1978 yılında Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde düzenlenen bir konferansta paylaştığında konferans katılımcıları ilk defa duydukları bu teoriyi hızlıca reddetmişlerdir.¹⁹ Teorinin önerilmesine gösterilen olumsuz tepkiden beklenileceği gibi, feminist teorinin hukuk fakültelerinin müfredatına girmesi de pek kolay olmamıştır. Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık’ta 1990’lardan itibaren ağırlık kazanmaya başlayan feminist teori, hukuk öğretisinin önemli direnciyle karşılaşmıştır.²⁰ Bu direnç günümüzde tüm gücüyle devam etmektedir.²¹ Bugün dünyanın önde gelen hukuk fakültelerinde ders veren yetkin feminist hukukçular feminist teori açısından görünürlük sağlasalar da bu hukuk dalının hukuk fakültelerinde marjinalliğini koruduğunu söylemek mümkündür.²²

Türkiye’deki hukuk fakültelerine bakıldığında ise, toplumsal cinsiyete ve kadına ilişkin seçimlik derslerin giderek yaygınlaşmasına rağmen feminist hukuk teorisinin müfredatın veya literatürün marjinal sınırlarına bile dahil olamadığı, öğretiye oldukça

¹⁸ Ann C. Scales, “Towards a Feminist Jurisprudence”, **Indiana Law Journal**, Vol. 56(3), 1981, s. 375., Ann Scales, **Legal Feminism: Activism, Lawyering and Legal Theory**, New York ve Londra: New York University Press, 2006, s. 2, Feminist hukukun tarihinin önceki yüzyıllardan başlatılabileceğini savunan görüş için bakınız Tracy A. Thomas, “The Long History of Feminist Legal Theory” içinde Ed. Deborah L. Brake, Martha Chamallas ve Verna L. Williams, **The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States**, Forthcoming Oxford University Press, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3740082>, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

¹⁹ Patricia A. Cain, “Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories”, **Berkeley Women’s Law Journal**, Vol. 4, 1988, s. 193.

²⁰ Carrie Menkel-Meadow, “Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or “The Fem-Crits Go to Law School”, **Journal of Legal Education**, Vol. 38(1/2), 1988, s. 65.

²¹ Mark Tushnet, “Critical Legal Studies: A Political History”, **The Yale Law Journal**, Vol. 100(5), 1991, s. 1519-1520., Paula A. Monopoli, “Feminist Legal History and Legal Pedagogy”, **Virginia Law Review Online**, Vol. 108, 2022, s. 109-110., Cynthia Grant Bowman, Elizabeth M. Schneider, “Feminist Legal Theory, Feminist Lawmaking, and the Legal Profession”, **Fordham Law Review**, Vol.67(2), 1998, s. 257-260.

²² Ibid.

yabancı kaldığı görülür. Yurt dışındaki kaynaklar bir yana, hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanında çalışan değerli hukukçuların Türkçeye kazandırdığı feminist hukuk literatürü dahi pek bilinmemektedir.²³ Bu sebeple, Anayasa Mahkemesi kararlarının feminist teori bakımından incelenmesinden evvel teorisinin kendisinin açıklanması bir zorunluluktur. Elbette teori, bütünüyle değil, çalışmanın amaçlarıyla sınırlı kapsamda incelenecektir. Ancak, çalışmanın kavranabilmesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarına anayasa hukukuna da katkı sunacak bir eleştiri geliştirilebilmesi için öncelikle şu sorunun yanıtlanması gerekir: Feminist hukuk teorisinin hukuka bakış açısı nedir?



²³ Hukuk teorisi açısından başvuru metinleri olarak öğretiyeye kazandırılan özgün kaynaklar ile çeviri çalışmaları şu şekilde sıralanabilir: Fatma Süzgün Şahin, “Feminist Hukuk Teorisinde Metodoloji”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı, 2017, ss. 473-496., Fatma İrem Çağlar Gürgey, “‘Feminist Hukuk Kuramı’ Nedir?”, Hukuk Kuramı, Vol.1(5), 2014, ss. 28-44, Fehmiye Ceren Akçabay, “Feminist Hukuk Metodolojisi: Hukuk Uygulaması ve Politika” içinde Ed. Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, Ankara: Seçkin, 2018, ss. 17-56., Patricia Smith, Çev. Ceren Akçabay, “Feminist Hukuk Teorisinde Dört İzlek: Farklılık, Tahakküm, Eve Bağlılık ve İnkâr” içinde Ed. Martin P. Golding, William A. Edmundson, Türkçe Ed. Ertuğrul Uzun, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi**, İzmir: Işık Yayınları, 2021, ss. 173-198., Ann Scales, **Hukuki Feminizm: Aktivizm, Savunma ve Hukuk Kuramı**, Çev. Ceren Akçabay, Ankara: Dost Kitabevi, 2019.

I. HUKUKUN ELEŞTİRİSİ OLARAK FEMİNİST HUKUK TEORİSİ

“Velhasıl erkekler ‘kendilerine ait bir oda’ değil, devlet istemişlerdir.”²⁴

(Ebru Pektaş)

Hukuk teorileri, hukukun kaynağını, meşruiyetini, amacını ve işlevini araştırır.²⁵ Hukukun teorisini yapmak, onun doğasını açıklamak anlamına gelir.²⁶ Başka bir deyişle, hukuk teorisi, hukuku hukuk yapan özelliklerin ne olduğu sorusunun peşine düşer.²⁷ Bu doğrultuda, bir hukuk teorisinden beklenen hukuku farklı yönleriyle tanımlamasıdır. Ne var ki, feminist hukuk teorisinin sorunu başkadır. Feminist teori, bir kuralı *hukuki* yapan özelliklerin *hukuki olmayan* kurallar, yöntemler ve değerler bütününden gerçekten yalıtılmış olup olmadığı sorunuyla ilgilenir.²⁸ Feminist hukukçular, hukuka münhasır addedilen özelliklere ve “hukuki olan” ile “hukuki olmayan” arasındaki ayrıma kuşkuyla yaklaşır.²⁹ Feministlere göre, hukuk hiç de liberal hukuk teorilerinin varsaydığı şekilde ideolojisiz, tarafsız, mantıklı ve nesnel değildir.³⁰ Zira genel kabulün aksine, hukuki olan, hukuki olmayandan ayrılmadığı gibi onunla süregelen bir ilişki içerisindedir. Bu yönüyle, feminist hukuk teorisi, bir eleştirel hukuk teorisi olarak karşımıza çıkar. Eleştirel hukuk teorisinin benimsediği

²⁴ Bu ifade Ebru Pektaş’a aittir. Bakınız Dilek Yılmaz, “Erkekler 'kendilerine ait bir oda' değil, devlet istemişlerdir”, İleri Haber, 20 Mart 2022, <https://ilerihaber.org/icerik/erkekler-kendilerine-ait-bir-oda-degil-devlet-istemislerdir-138266>, (Son Erişim Tarihi: 26 Mayıs 2022).

²⁵ Oktay Uygun, **Hukuk Teorileri**, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 2.

²⁶ Joseph Raz, “Can There Be a Theory of Law?” içinde Ed. Martin P. Golding, William A. Edmundson, **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Malden, MA, Oxford, Victoria: Blackwell, 2006, s. 324-328.

²⁷ Ibid s. 328.

²⁸ Deborah L. Rhode, “Feminist Critical Theories” içinde Ed. Katharine T. Bartlett, Rosanne Kennedy, **Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender**, New York, Londra: Routledge, 2018, s. 339.

²⁹ Ibid.

³⁰ Bakınız Nadine Taub, Elizabeth M. Schneider, “Women’s Subordination and the Role of Law” içinde David Kaiyrs, **The Politics of Law**, New York: Pantheon, 1982, ss. 117-139., Kimberle Crenshaw, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, s. 154-155., Duncan Kennedy, “Legal Education as Training for Hierarchy” içinde David Kaiyrs, **The Politics of Law**, New York: Pantheon, 1982, https://duncankennedy.net/documents/Legal%20Education%20as%20Training%20for%20Hierarchy_Politics%20of%20Law.pdf, (Son Erişim Tarihi: 29 Mayıs 2022).; Raymond Wacks, **Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş**, Çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver, Serdar Ünver, Ankara: Astana Yayınları, 2017, s. 29.

“*hukuk siyasettir*” deyişi, feminist hukukçuların hukuka bakışının zeminini oluşturur.³¹

Eleştirel hukukçulara göre, somut bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukuki kural ve o kuralın uygulanmasıyla elde edilecek çözüm, “iki artı iki dört eder” şeklindeki bir matematiksel formülle elde edilecek çıkarım kadar belirli değildir.³² Hukuki sorulara verilebilecek tek bir doğru yanıt yoktur.³³ Örneğin, sözleşme serbestisi ana kural olmakla birlikte bu kuralı tamamlayan cebir, hile ve hataya ilişkin hükümler bu serbestinin sınırını ya da istisnasını oluşturur.³⁴ Sözleşmenin geçerliliğine ilişkin bir uyuşmazlıkta ana kuralın mı yoksa tamamlayıcı kuralların mı uygulanacağı, uyuşmazlığın taraflarının ileri süreceği argümanlara ve yargıcın somut olay için hangi argümana ağırlık vereceğine bağlıdır.³⁵ Yargıcın ulaşacağı sonuç davanın açıldığı andan itibaren kesin olarak bilinebilir olsa zaten bir yargılamaya ihtiyaç duyulmayacaktır.

“*Belirsizlik tezi*” olarak adlandırılan bu yaklaşım, yargıcın uyuşmazlığın çözümünde kullanmayı seçtiği kuralın hukuki olmakla birlikte, en nihayetinde bir *tercih* olduğunu belirtir.³⁶ Yargıcın başvurduğu hukuki kaynakların hiçbirisi onu tek başına belirli bir sonuca ulaşmaya zorlamaz, önündeki uyuşmazlığı hangi kuralla ve nasıl bir yorumla uygulayacağı yargıcın kendi *tercihidir*.³⁷ Pek çok hukukçunun bunun gerçek anlamda bir belirsizlik olmadığı, yasaların açıklığı ve içtihat birliği ile öngörülebilirliğin sağlandığı savına ise eleştirel hukukçular çarpıcı bir cevap verir: Yargıcın ulaşacağı sonucun öngörülebilirliği, hukukun kesin olmasından değil, hukukun hâkimiyeti elinde bulunduran sınıfın siyasi çıkarlarına bükülmesinden kaynaklanır.³⁸ Bu yüzden, eleştirel hukuk teorisi, bir yargılamanın sonucunda

³¹ Illan rua Wall, “What Passes for Legal Theory” içinde Ed. Illan rua Wall, Freya Middleton, Sahar Shah, CLAW, **The Critical Legal Pocketbook**, Oxford: Counterpress, 2021, s. 29.

³² Mark Tushnet, “Defending the indeterminacy thesis”, **Quinnipiac Law Review**, Vol. 16, 1996, ss. 342.

³³ Ken Kress, “Legal Indeterminacy”, **California Law Review**, Vol. 77(2), 1989, s. 283.

³⁴ Mark Tushnet, “Critical Legal Theory” içinde Ed. Martin P. Golding, William A. Edmundson, **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Malden, MA, Oxford, Victoria: Blackwell, 2006, s. 82.

³⁵ Ibid.

³⁶ Tushnet, “Critical Legal Theory”, s. 82.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid. s. 83, Duncan Kennedy, **A Critique of Adjudication (fin de siecle)**, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998, s. 69-70.

tarafından hangisinin kazandığından ziyade, hükümde dayandırılan kuralın uygulanma biçiminin hangi grupların çıkarlarına etki ettiğini irdeler.³⁹

Feminist hukukçular belirsizlik tezini kabul etmekle birlikte eleştirel hukukçuların bakış açılarını da irdelemeyi ihmal etmemişler ve böylece hukuka yöneltilecek eleştirileri bir adım daha öteye taşımışlardır. Buna göre, eleştirel hukukçuların hukuk için ortaya koyduğu sorun ve öneriler de erkek-egemenin çıkarlarına dayanır ve bu yüzden eril tahakkümle maluldür.⁴⁰ Nitekim eleştirel hukukçular, hukuk ve tahakküm ilişkilerini incelerken her nasılsa eril tahakkümü gözden kaçırmışlardır. İşte feminist hukuk teorisinin eleştirel hukuk teorisinden farklılaştığı nokta, tüm tahakküm ilişkileriyle birlikte eril tahakkümü de eleştirel merceğin merkezine yerleştirmesidir. Feminist hukuk teorisinin hukuka yönelttiği eleştirilerin başlangıç noktası, hukukun *ayrıcalık sahibi erkeklerin, kadınlar başta olmak üzere ayrıcalıktan mahrum bütün ötekilerin* üzerindeki tahakkümünü güvence altına alma *tercihiyle* kendileri yararına koyduğu ve uyguladığı bir normlar bütünü olduğu savıdır.⁴¹

Feminist teorisinin bu temel tezine bakıldığında, onun en baştan hukuk teorisini yaratmak yerine mevcut teorilere meydan okuyan bir düşünce bütünü olduğu anlaşılır.⁴² Tam da bu sebeple feminist teori dendiğinde akla tek, genel bir teori gelmemelidir. Nitekim feminist hukukçuların amacı “*evrensel ya da özcü*” bir teori yaratarak hukukun ayırt edici özelliklerini tespit etmek değil, hukuku geçerli olduğu ve uygulandığı şekliyle *hukuk* yapan karmaşık sosyal yapının özelliklerini farklı yönleriyle incelemektir.⁴³ Dolayısıyla, feminist hukuk teorisinden de beklenmesi gereken, hukukun içine doğduğu ve hukuk tarafından pekiştirilen sosyal yapıyı, diğer bir deyişle tahakkümü, ifşa etmesidir. Bu beklentiden hareketle, çalışmanın bu

³⁹ Kennedy, **A Critique of Adjudication (fin de siecle)**, s. 61.

⁴⁰ Menkel-Meadow, “Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or “The Fem-Crits Go to Law School”, s. 61.

⁴¹ Öteki, *marjinal gruplar, diğerleri, dezavantajlılar* ifadeleri, çalışma boyunca ayrıcalık sahibi erkekler dışında kalan ve dil, din, ırk, cinsiyet, sınıf ve benzeri grup aidiyeti özellikleriyle tahakküm altında olanları ifade eder. Öteki ve marjinal kavramlarının kullanımı için bakınız William Paul Simmons, **Human Rights Law and the Marginalized Other**, New York: Cambridge University Press, 2011, s. 129.

⁴² Hugh Collins, **Marxism and Law**, Oxford, New York: Oxford University Press, 1982, s. 14.

⁴³ Deborah L. Rhode, “Feminist Critical Theories”, **Stanford Law Review**, Vol. 42(3), 1990, s. 626., Çağlar Gürgey, “Feminist Hukuk Kuramı Nedir?”, s. 35.

bölümünde hukuk kuralları, bu kuralların yapımı ve uygulamasıyla birlikte ele alınacak ve feminist teorisinin bunlara yönelik tespit ve eleştirileri açıklanacaktır.

A. Hukukun Üstünlüğü: Üstünlerin Üstünlüğü

Hukukun üstünlüğü, en basit anlatımla, öngörülebilir, belirli ve erişilebilir hukuk kurallarının herhangi bir keyfiliğe yer vermeksizin tüm devlet organlarını, idare makamlarını, her türlü kuruluş ve kişileri eşit bir şekilde bağladığı; bu bağlılığın ise yargı tarafından denetlenebilir olduğu bir düzeni ifade eder.⁴⁴ Bu kısa tanımın da ima ettiği üzere, hukukun üstünlüğü, hukuk kurallarına uyulmasından daha fazlasını gerektirir ve bu yüzden kurallara riayet sorununa indirgenmemelidir.⁴⁵ Bugün bu kavram demokrasiyle neredeyse özdeşleşmiştir, çünkü demokrasi anlayışımız da artık düzenli aralıklarla yapılan, özgür ve adil seçimlerle sınırlı değildir.⁴⁶ Dahl'ın belirlediği ve genel kabul gören asgari kriterlere göre, bir sistemin demokratik kabul edilebilmesi için katılımın ve çok sesliliğin ifade özgürlüğü, oy kullanma ve seçilme hakkı, örgütlenme özgürlüğü ve basın özgürlüğü gibi insan hakları ile sağlanması gerekir.⁴⁷ Demokrasinin kurumsallaşması ise anayasaya ve insan haklarına koşulsuz bağlılığın yargı denetimi ile garanti altına alındığı bir sistem ile mümkündür.⁴⁸ Diğer

⁴⁴ Çalışmada *hukukun üstünlüğü* kavramı, *hukuk devleti* kavramını kapsayacak şekilde kullanılmış; biri diğerine tercih edilmemiştir. Kavramlar her ne kadar birbirinden oldukça farklı hukuk sistemi ve geleneklerinden doğmuşlar ve değişik yaklaşımlar geliştirmişlerse de çalışma ikisinin ortak noktası olan iktidarın keyfiliğinin *hukuk* ile engellenmesi ve bireysel hakların *hukuk* ile korunması fikrini esas almıştır. Zaten hukuk sistemlerinin birbirine yaklaşmasıyla bu iki kavram da birbirini etkilemiş ve birbiri yerine kullanılmaya başlamıştır. Venedik Komisyonu'nun kavramları ele alış biçimi de bu yöndedir. Daha fazla bilgi için bakınız Kaarlo Tupri, "The Common Core of the Rule of Law and the Rechtsstaat", *Law of Ukraine: Legal Journal*, Vol. 4, 2013, ss. 14-17., Dietmar von der Pfordten, "On the Foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat içinde Ed. James R. Silkenat, James E. Hickey Jr., Peter D. Barenboim, **The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)**, Cham, Switzerland: Springer, 2014, ss.15-28, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), **Rule of Law Checklist**, https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf, (Son Erişim Tarihi: 28 Mayıs 2022), s. 17-33., Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin, 2019, s.124.

⁴⁵ Venice Commission, **Rule of Law Checklist**, s. 10.

⁴⁶ Bu tanım Huntington'a aittir. Bakınız Samuel P. Huntington, **The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century**, Norman ve Londra: University of Oklahoma Press, 1991, s. 7. Ancak, demokratik sayılmaması gereken sistemleri de sadece düzenli aralıklarla yapılan, özgür ve adil seçimlerin varlığı sebebiyle demokratik kabul ettiği için eleştirilmiş ve aşırı kapsayıcı bulunmuştur. Guillermo A. O'Donnell, "Democracy, Law and Comparative Politics", **Studies in Comparative International Development**, Vol. 36, 2001, s.11.

⁴⁷ Robert A. Dahl, **On Democracy**, New Haven, Londra: Yale University Press, 1998, s. 85-86.

⁴⁸ Christopher J. Walker, "Toward Democratic Consolidation? The Argentine Supreme Court, Judicial Independence, and the Rule of Law", **High Court Quarterly Review**, Vol. 4, s. 60., Juan J. Linz, Alfred Stepan, **Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe**, Baltimore ve Londra: The Johns Hopkins University Press, 1996, s. 7-15.

bir deyişle, demokrasi ancak hukuka bağlı devlette yerleşebilir. Öyleyse, hukukun üstünlüğü, aynı zamanda demokrasinin önemli bir parçası ve onun kurumsallaşmasının vazgeçilmez bir koşuludur.

Bu denklemden hareketle, hukukun üstünlüğü en çok *ötekilerin* ihtiyaç duyacağı ve talep edeceği bir ilke gibi görünür. Zira hukuk, insan haklarını içerirse ve hukukun herkes tarafından herkes için uygulanması yargısal denetim ile de temin edilirse, *ötekiler* de varlığını özgürce devam ettirebileceği ve yönetime katılabileceği demokrasiye kavuşmuş sayılır. Peki, gerçekten öyle mi sayılmalıdır? Hukukun üstünlüğünün kusursuz bir biçimde gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği sorunu bir yana, gerçekleştirildiği ihtimalde bunun toplumun tümü için olumlu sonuç doğuracağı beklentisi hukukun mükemmel olduğu varsayımına dayanır.⁴⁹ Böylesine bir varsayıma yaslanmak, hukukun meşru sayılması ve ona itaat edilmesi için elverişli olabilir.⁵⁰ Nitekim hukuki fetişizm olarak nitelendirilebilecek bu düşünce, en nihayetinde hukukun herkes için en iyi kurallar bütünü olduğunu, onun yokluğu ya da eksikliği halinde toplumun her türlü kötülüğe açık olduğu fikrini aşlar.⁵¹ Halbuki ne toplumun tüm üyeleri fiilen eşittir, ne de hukuk eşitlik kurgusuna *ötekileri* dahil eder. Hukukun sorgulanmaksızın olduğu haliyle kutsallaştırılması ise *hukuka bağlılığın* esasında hukuka dayanan *üstünlere bağlılık* haline gelmesine hizmet eder.⁵²

Öte yandan, feminist teorinin perspektifinin geniş olduğuna, hukuku hukukun dışındaki her şeyden yalıtılmış bir sistem olarak kabul etmediği için hukuk dışı addedilen pek çok etkeni de hesaba kattığına işaret etmek gerekir. Bu, ilk başta yadırganabilir, ancak hukuka “pozitif hukuk” olarak bakanlar için dahi bu perspektife ihtiyaç vardır. Zira pozitif hukuk da durağan değildir. Değişen koşullar ve ihtiyaçlar ile siyasi iktidarların programları, hukukun sürekli güncellenmesine olanak tanır. Öyleyse pozitif hukukun üretilmesi, değiştirilmesi ve uygulanması açısından da bu

⁴⁹ Isaac D. Balbus, “Commodity Form and Legal Form: An Essay on the “Relative Autonomy” of the Law”, *Law & Society Review*, Vol. 11(3), s. 575-577.

⁵⁰ Umut Koloş, “Hukuka Bakışta Başka Bir Boyut: Hukuk Fetişizmi”, içinde Haz. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi: 24. Kitap**, İstanbul: İstanbul Barosu, 2012, s. 131.

⁵¹ Ibid s. 126-27., Janice Richardson, “Feminist Engagements with Social Contract Theory” içinde Ed. Ann Garry, Serene J. Khader, Alison Stone, **The Routledge Companion to Feminist Philosophy**, New York, Londra: Routledge, 2017, s. 84-85.

⁵² Bu eleştiriyle örtüşecek bir şekilde hukuki bir özne olmak ile tahakküm ilişkisini sorgulayan, ancak konuya meta fetişizmi ile hukuk fetişizmini karşılaştırarak başka yönden bakan bir çalışma için bakınız Evgeny B. Pashukanis, Ed. Chris Arthur, **The General Theory of Law and Marxism**, Pluto Press, 1989, <https://doi.org/10.2307/j.ctt18mvnjd>, (Son Erişim Tarihi: 10 Mart 2024), ss. 109-133.

koşulların ve tercihlerin etkisi tartışılmaya değerdir. Bu yüzden, hukukun mükemmelliğine yönelik feminist şüphe, bir döneme ait pozitif hukuka değil, bir sistem olarak hukuku üreten ve uygulayan değerlere yöneliktir. Bu şüpheyile yola çıkarak hukukun üstünlüğü hedefinin *ötekiler* için ne ifade ettiğini bulmak için hukukun bir bütün olarak eleştirel bir merceğe altına alınması gerekir. Bu kısımda öncelikle hukukun hangi güç ve değerler üzerine kurulu olduğu sorusu ele alınacak, ardından hukuk kurallarının kapsayıcılığı sorunu incelenecektir.

1. Eril Tahakkümün Ürettiği Hukuk

Hukuk, kim tarafından kim için üretilir? Bu soruyu sormak, hukukla ilgili sorunları tespit etmek için önemli ve zorunlu bir başlangıçtır. Anayasa hukukunun bakış açısıyla, soru, *kurucu iktidar* kavramı üzerinden cevaplanabilir. Asli kurucu iktidar, bir ülkede geçerli tüm hukuk kurallarının dayanağı temel belge olan anayasayı hazırlayarak; tali kurucu iktidar ise anayasayı değiştirerek hukuk üreten iktidarlardır.⁵³ Diğer bir deyişle, hukuk, kurucu iktidarlar *tarafından* oluşturulur. Genel kabul görmüş devlet tanımından hareketle, kurucu iktidarların hukuku egemenlik gücünü yönelttikleri *insan topluluğu için* ürettikleri kabul edilir.⁵⁴ Ne var ki, bu cevaplar, hukukun üretimindeki örtük eril tahakkümü göz ardı ettiği ölçüde kusurlu olacaktır.⁵⁵

a) Sosyal Sözleşme Teorileri

Hukukun kim için üretildiği sorusuna verilen *insan* cevabı hem hukukun kaynağı hem de meşruiyetiyle ilgilidir.⁵⁶ Hukukun ona uygulanacak insan topluluğu için, onlar yararına üretildiği fikri liberal teorilerin merkezinde yer alır. Liberal bakış açısı, insan odaklı yaklaşımıyla hukukun hayvan ve doğa için üretilmediğini zaten en başından ikrar eder.⁵⁷ Ancak, insan kavramı bakımından bu fikre içkin dışlayıcılık aynı şekilde

⁵³ Süheyl Batum, Didem Yılmaz, Serkan Köybaşı, **Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Genel Esaslar**, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 273., Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta, 2017, ss. 177-211.

⁵⁴ Osman Korkut Kanadoğlu, Ahmet Mert Duygun, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, İstanbul: On İki Levha, 2020, s. 71., Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, İstanbul: On İki Levha, 2010, s. 217.

⁵⁵ Val Plumwood, **Feminism and the Mastery of Nature**, Londra ve New York: Routledge, 2003, s. 28-30.

⁵⁶ Anne Phillips, **Demokrasinin Cinsiyeti**, Çev. Alev Türker, İstanbul: Metis, 2015, s. 39.

⁵⁷ Bakınız Mark Rowlands, "Contractarianism and Animal Rights", **Journal of Applied Philosophy**, Vol. 14(3), 1997, s. 236. İnsana odaklılığın haricinde insan dışındakilerin sosyal sözleşmeye katılmamasını onların rasyonel olmaması üzerinden tartışan ve sosyal sözleşmenin ancak rasyonel

aşikâr değildir. Zira bağımsız ve özgür insanların bir araya gelerek toplumu ve devleti oluşturduğu ve bu yüzden hukukun insanlar için olduğu düşüncesi, hukuku birlikte yaşamın *herkes* için işleyecek güzel bir formülü addeder.⁵⁸ Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 5. maddesi de devletin “*kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak*” amaç ve görevine sahip olduğunu belirtmekle benzer bir yaklaşımı benimser. Sadece birlikte yaşamın harcı olduğu için değil, aynı zamanda ona uyulmasına insanların onay vermesini sağladığı için de hukukun insanlar için üretildiği fikri kulağa kapsayıcı gelir. Ancak, feminist bakış açısından, bu cevap görüldüğü kadar olumlu bir tablo çizmez.

Hukukun insanlar için neden ve nasıl üretildiği, devlet iktidarının meşruiyetini insanın birlikte yaşamdan elde edeceği çıkarda arayan sosyal sözleşme teorileri ile açıklanmıştır. Locke, Hobbes ve Rousseau'nun çalışmalarıyla bilinen sosyal sözleşme teorisine göre, özgür ve eşit insanlar devlet öncesinde var olan haklarını ve çıkarlarını güvence altına almak için devleti birlikte inşa etmişler ve kendilerini yöneteceklere itaat etmeye de rıza göstermişlerdir.⁵⁹ Teori düşünürlere göre farklılaşsa da ortak olan, insanların böyle bir sözleşme yapmayı kabul ettikleri varsayımıdır.⁶⁰ Bu varsayım, egemen güçle toplum arasındaki hiyerarşiyi reddetmesi yönüyle eşitlikçidir, ancak eşitsiz toplumsal yapıyı doğal kabul ettiği ve görmezden geldiği oranda da tahakkümcüdür.⁶¹

Sosyal sözleşmecî teoriye ilk bakışta, toplumda sömürülen ya da aşağı görülen kişilerin de bu sözleşmenin tarafı olduğu sanılır. Halbuki sözleşmenin kurulmasında bu kişiler göz ardı edilir ve sözleşmede *ayrıcalıklı erkek* insanların kabulleri esas

özneler tarafından rasyonel özneler için kurulacağını belirten görüş için bakınız Peter Carruthers, “Against the Moral Standing of Animals”, University of Maryland, https://umd.instructure.com/courses/1056989/files/31386860?module_item_id=7083907sym, (Son Erişim Tarihi: 3 Mart 2024).

⁵⁸ Zeynep Özlem Üskül, **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, İstanbul: Buke Yayıncılık, 2003, s. 48.

⁵⁹ John Rawls, **A Theory of Justice: Revised Edition**, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, s. 10., Janice Richardson, “Jean Hampton’s Reworking of Rawls: Is “Feminist Contractarianism” Useful for Feminism?” içinde Ed. Ruth Abbey, **Feminist Interpretations of John Rawls**, University Park, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2013, s. 133-134.

⁶⁰ Fred D’Agostino, Gerald Gaus, John Trasher, “Contemporary Approaches to the Social Contract”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Vol. Winter, 2021, <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/contractarianism-contemporary/>, (Son Erişim Tarihi: 10 Haziran 2022).

⁶¹ Richardson, “Feminist Engagements with Social Contract Theory”, s. 82.

alınır.⁶² Örneğin, doğa durumunu eşitlik ve özgürlük safhası olarak açıklayan ve eşitsizliğin insanların bir araya gelmesiyle doğduğunu kabul eden Locke⁶³, doğa durumunda aslında sadece erkekleri eşit olarak anlamış ve eşitlik ile de erkeklerin eşitliğini kastetmiştir. Doğa durumundaki ‘eşitlik’ anlayışına içkin bu eşitsizlik, bu durumdan çıkılmasına ve siyasi toplumun oluşmasına sebep olacak sözleşmenin yarattığı durumun öncülü olması bakımından önemlidir. Nitekim düşünürün teorisinin özünde, toplumun ilk nüvesi olan evlilik birliği de eşler arasında gönüllü bir anlaşmayla kurulur, bu anlaşma anne-baba-çocuklardan oluşan aileyi yaratır ve toplumun başlamasına yol açar.⁶⁴ Ancak aile ilişkileri, eşitler arasında kurulmaz.

Ailedeki ilk iktidar ilişkisi, erkek eşin kadın eş üzerindeki iktidarındır. Locke’a göre, kadın, ailenin reisi olan kocasına tabidir.⁶⁵ Mülk üzerindeki hâkimiyet de erkeğe aittir.⁶⁶ Locke’un evlilik sözleşmesini özgürce yapabilen kadını, aileyi yönetmek ve mülkiyeti kullanmak bakımından yetersiz görmesi ve ardından sosyal sözleşmeden dışlaması ilginç bir çelişkidir. Bu çelişkiyi açıklayabilecek tek yorum, Locke’un toplum sözleşmesini erkekler, evlilik sözleşmesini ise kadınlar için eşitlik ve özgürlük durumundan çıkış olarak anladığıdır. Kadın evlenmekle, eş ve anne olmayı kabul eder ve bu sıfatların gereklerini yerine getirmeyi üstlenir. Diğer bir deyişle kadın, evlilik sözleşmesi ile sosyal sözleşmeye katılma hakkından en başından feragat etmiş olur ve özgür ve eşit insandan ziyade evlilik içerisindeki anne ve eş konumundan ibaret bağımlı bir kişi haline gelir.

Öte yandan, ailedeki ikinci iktidar ilişkisi, babanın çocuk üzerindeki iktidarı da bu döngüyü tamamlayan bir parçadır. Çocuk büyüyene kadar babaya tabidir, ancak yaşının ilerlemesi ve zihinsel gelişimi ile erkek çocuk, babanın iktidarından kurtularak kendini idare edecek duruma gelir.⁶⁷ Esas olan erkek çocuğun büyüüp özgür ve eşit bireye dönüşmesidir, zira büyüdüklerinde kız çocuk evlenerek kocasının hâkimiyetine

⁶² Richardson, **op. cit.**, s. 85., John Locke, Ed. Ian Shapiro, **Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration**, New Haven ve Londra: Yale University Press, 2003, s. 30-33.

⁶³ Filiz Çulha Zabcı, “John Locke: Liberalizmin Düşüncedeki Öncüsü”, içinde Mehmet Ali Ağaoğulları, Filiz Çulha Zabcı, Reyda Ergün, **Kral Devletten Ulus Devlete**, Ankara: İmge, 2005, s. 163.

⁶⁴ Ertuğrul Kaan Yıldırım, “Toplum Sözleşmesi ve Modern Ataerki Anlayışı”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Dolunay Çörek, Göktürk Öcal, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 2**, İstanbul: On İki Levha, 2021, s. 183.

⁶⁵ Richardson, **op. cit.**, s. 85., John Locke, Ed. Ian Shapiro, **op.cit.**, s. 30-33.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ John Locke, Ed. Ian Shapiro, **Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration**, s. 122 vd.

girecektir, erkek çocuk ise sadece kendi hakkında değil ailesi hakkında da karar alabilen bir kişi olacaktır. Dikkat edilirse, Locke'un sosyal sözleşmesi, dayandığı bu geleneksel aile anlayışı ile kadının kamusal alandan dışlanması haklılaştırılması çabası gibidir. Neticede, sosyal sözleşmeye katılarak tarafsız ve orantılı adalet mekanizmaları ile mülkiyet ve diğer haklarını koruma motivasyonu münhasıran erkeklere aittir, zira kadınlar en başından itibaren, doğa durumunda dahi, özgür ve eşit değildir.⁶⁸

Rousseau'nun sosyal sözleşmesinde de durum çok farklı değildir. Şu kadar ki, Rousseau, devlet öncesindeki insanın durumunu aile üzerinden açıklamaz. Zira düşünöre göre, insan doğa halinde hayvana benzer, insanın toplumsallaşması da hayvanların evcilleşmesi gibidir. İnsanın hayvana benzerliği, onun “*gerçek gereksinmelerden başka bir gereksinme*” duymadığını, özgür ve yalnız olduğunu anlatır.⁶⁹ Bu yüzden insanların evlilik sözleşmesiyle bağlanması da düşünülemez. Buna paralel olarak, Rousseau doğa durumunda aşk kavramına da özel bir yer ayırmış, bunun da hayvanların dürtüleri gibi fiziksel arzularla sınırlı olduğunu ileri sürmüştür.⁷⁰ Düşünürün bunu tartışmasının öncelikli amacı, kadın ve erkeğin duygusal bir bağ içerisinde sürekli birlikteliğinin, evliliğin, doğal olmadığını gerekçelendirmektir. Ancak bu yaklaşımın arkasında, erkeğin kadına aşk ile bağlanarak ona üstünlüğünü yitirmemesi gerektiği düşüncesi de vardır.

Nitekim aşkın “*kadınlar tarafından, egemenliklerini kurmak, boyun eğmesi gereken cinsi üstün kılmak için ustalıklı, dikkatle kutsallaştırılmış yapma bir duygu*” olduğunu açıklarken Rousseau, erkeğin üstünlüğünün evlilik sözleşmesi ya da aşk ile zedeleneyeceğini ima etmiştir.⁷¹ Ancak, Rousseau'nun kadına bakış açısı, onu ikincilleştirmenin de ötesine geçer, kadın düşmanlığına varır. Gerçekten de yazarın kadınlığa atfettiği anlam öyle olumsuzdur ki, insanın toplumsallaşmasının onun için yarattığı sorunları anlatırken, toplumsallaşan insanın “*zayıf, korkak, sürünür hale*” gelmesini onun “*yumuşak ve kadınsı yaşama tarzı*”na sahip olması şeklinde ifade etmekten imtina etmemiştir.⁷² Dolayısıyla, Rousseau'nun doğa halinde tasavvur ettiği

⁶⁸ Locke, **Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration**, s. 122 vd.

⁶⁹ Jean-Jacques Rousseau, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı**, Çev. Rasih Nuri İleri, İstanbul: Say, 2010, s. 127.

⁷⁰ Ibid s. 124.

⁷¹ Ibid s. 124-125.

⁷² Rousseau, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı**, s. 100.

eşitliğin merkezinde de erkeğin eşitliği vardır. Bu yüzden Rousseau'ya göre, kadın ve erkeğin bir araya gelmesi ya da çocuk yapması da ilk başta aileyi kurmaz. Kadın ve erkeğin birleşmesi, kişinin isteğine göre, rastgele, hiçbir başka iletişim çabası gerektirmeden gerçekleşir; ayrılmaları da bir o kadar hızlı ve kolay olur. Kadının bebeği olursa, onu bebek için değil, kendi gereksinimleri için emzirir; ona yönelik sevgisi ise en fazla alışkanlığın bir yansımasıdır.⁷³ Nitekim çocuk, kendi yiyeceğini bulmaya gücü yettiği anda annesini terk eder, ardından, tıpkı hayvanlar gibi, anneleri çocuklarına, çocukları annelerine yabancılaşır.⁷⁴

Rousseau'ya göre, bu 'mutlu' dönemden çıkış süreci, insanların alet kullanmaya başlaması, aletler ile imkânlarını arttırırken gereksinimlerini de arttırması ve ardından kulübeler yaparak yaptıkları kulübeler üzerinde mülkiyet kurması ile gerçekleşmiştir.⁷⁵ Bu “*kavga ve çatışma*” doğuran devrim dönemi, aynı zamanda ailenin kurulmasına da sebep olmuştur.⁷⁶ Zira hâkimiyet iddiası, sadece çitlerle çevrili toprak ya da kulübe ile sınırlı kalmamış; onun içine yerleşen insanları da kapsamıştır. Rousseau için aile, politik toplumların ilk örneğidir ve “*karşılıklı bağlılık*” üzerine kurulmuştur.⁷⁷ Aile içerisindeki çocuklar babaya tabidir.⁷⁸ Ne zaman ki çocuklar büyür ve büyümesine rağmen babayla birlikte yaşamaya devam eder, o zaman babayla çocuk arasında bağımsızlar arası bir sözleşme kurulmuş sayılır.⁷⁹

Küçük bir toplum niteliğinde olan aile, aynı zamanda kadın ve erkeğin “*o zamana kadar bir olan hayat tarzı arasındaki ilk ayrım*”ı da oluşturmuştur.⁸⁰ Nitekim, düşünüre göre kadın evde oturup kulübenin ve çocukların bakımıyla ilgilenirken erkek geçim araç ve gereçleri peşinde dışarıda koşturmaya başlamıştır.⁸¹ Dolayısıyla, Rousseau, kadını doğa durumunda önce erkekten aşağı görmüş, ardından sosyal sözleşmenin yapılmasına önayak olan yeni koşullarda da onu eve ve kocasına bağlayarak toplumsal hayattan dışlamıştır. Öyleyse, tüm bu tabloya bakıldığında,

⁷³ Rousseau, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı**, s. 110.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid s. 138.

⁷⁶ Ibid s. 138.

⁷⁷ Ibid s. 138.

⁷⁸ Jean-Jacques Rousseau, **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2011, s. 4.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Rousseau, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı**, s. 139.

⁸¹ Ibid. Ayrıca bakınız Bihterin Dinçkol, “Aristo ve Rousseau’da Kadın-Erkek Eşitsizliği”, içinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **Facultatis Decima Anniversaria: 10. Yıl Armağanı**, İstanbul: Marmara Üniversitesi, 1993, ss.185-190.

sosyal sözleşme bağımsızlar arası kurulan bir sözleşme ise, bunu kuracaklar arasında kadınların olduğunu söylemek zordur. Bu yüzden sosyal sözleşmenin kendisi de en başından beri var olan bağıllık ve tahakküm ilişkilerini ortadan kalkmış varsayan, ancak bu varsayımla birlikte eşitsiz yapıyı sürdüren bir anlaşmadan ibarettir. Zira kadın aile kavramı içerisinde zaten erkeğin hâkimiyetine alınmıştır, bu yüzden sosyal sözleşmeyi aile adına yapacak olan da erkek gözükmemektedir. Keza çocuğun büyüdüğüde babanın tabiiyetinden kurtulduğu varsayımı ise, babanın çocuk kendi çekirdek ailesini kurduktan sonra—çocuk erkekse kendi ailesinin hükmedeni olduğunda dahi—sürdüreceği baskıyı otomatik olarak ortadan kaldırmaz; sadece yok sayar.

Diğer taraftan, doğa halinde kadın ve erkeğin güç ve akıl bakımından eşit olduğunu, ikisinin de birbirini öldürebileceğini, aralarında evlilik sözleşmesi dahil herhangi uzun soluklu bir sözleşmenin söz konusu olamayacağını ileri süren Hobbes ise doğa halinden sosyal sözleşmeye geçildiğinde yapılan evlilik sözleşmesinin erkeğin kadın üzerindeki tahakkümünü sağlayan bir sözleşme olduğunu kabul etmiştir.⁸² Bu kabul Hobbes'un doğa halindeki eşitlik vurgusuyla ilk bakışta çelişse de düşünürün teorisi bakımından tutarsız değildir. Öyle gözükmemektedir ki, sosyal sözleşmeye geçilmeden evvel kadınlar doğa halinde erkeklere yenilmiş ve sözleşme erkekler arasında yapılmıştır.⁸³ Üstelik kadınlarla birlikte mağlup—ayrıcalık sahibi olmayan—erkekler de sözleşmeye katılamamıştır.⁸⁴ Bu yenilgiye paralel olarak, sosyal sözleşmeye geçildikten sonra akdedilebilen evlilik sözleşmesi de kadının, tıpkı sosyal sözleşme ile devletin iktidarına verilen rıza gibi, kocasının iktidarına rıza vermesi anlamına gelmiştir.

Hobbes'a göre aile, “*adam ve çocuklarından*”, “*adam ve uşaklarından*”, “*adam, çocukları ve uşakları*”ndan oluşabilir, ancak her durumda baba ailenin tüm unsurları üzerinde egemenliğe sahiptir ve “*efendi*”dir.⁸⁵ Hobbes, aileyi “*kendi başına küçük bir monarşi*” olarak tanımlamıştır.⁸⁶ Onun gözünde babanın aile üzerindeki

⁸² Thomas Hobbes, **Leviathan**, Çev. Semih Lim, İstanbul: Yapı Kredi, 2001, s. 148. Carole Pateman, **The Sexual Contract**, Stanford, California: Stanford University Press, 1988, s. 48.

⁸³ Pateman, **The Sexual Contract**, s. 48-49.

⁸⁴ Ibid., Charles W. Mills, **The Racial Contract**, Ithaca ve Londra: Cornell University Press, 1997, s. 11-12.

⁸⁵ Hobbes, **Leviathan**, s. 151.

⁸⁶ Ibid.

egemenliği öyle güçlü ve monarkın egemenliğine benzerdir ki düşünür egemenlik hakları bakımından aile ile krallığın arasındaki farkı açıklamak zorunda kalmıştır. Ona göre bu fark, esasında sahip olunan gücün derecesinde yatar. Zira aile sadece “*kalabalık oluşu veya başka olanakları sayesinde, savaş riski göze almaksızın boyun eğdirilemeyecek kadar güçlü olmaması*” sebebiyle devlet değildir.⁸⁷ Neticede Hobbes’un sosyal sözleşmesi de erkeğin kadın ve aile üzerinde mutlak otorite olduğu bir eril tahakküm düzeni üzerine kuruludur. Şu kadar ki, Hobbes erkeğe tahakküm gücünü verirken bu gücü diğer sosyal sözleşmeciler düşünürlerden farklı olarak otomatik olarak cinsiyetine bağlamamış, tahakkümü yenilenin (kadının) rızasına ve sözleşmeye dayandırmıştır.

Sosyal sözleşme teorilerine bakıldığında, kadınların sosyal sözleşmeye ve sözleşmeyle kurulan kamusal alana dahil edilmediği aşikardır. Ancak, sözleşmeye kadınların da taraf olduğu kabul edilse dahi onların kendileri aleyhine olan bu sözleşmeye özgür iradeleri ile katılmayı tercih etmeyeceğini Susan Moller Okin şu soruyla ileri sürmüştür: Özgür ve eşit bir insan, sosyal sözleşmeyle kurulan toplumda kadın olmayı seçer mi?⁸⁸ Pateman bu soruya olumsuz yanıt verirken sosyal sözleşmeyi, evlilik sözleşmesine benzeterek ele almıştır.⁸⁹ Evlilik sözleşmesi de sosyal sözleşmenin iddia ettiği gibi eşitler arasında rızaya dayanan bir sözleşmedir. Ancak, evlilik her iki tarafa eşit hak ve yükümlülükler vermez. Erkeğin evlilikle kazandığı “*tecavüz hakkı*”nın hukuk tarafından çok uzun bir dönem tanınması bir yana, evlilik sözleşmesinin kadına yüklediği bakım yükümlülüğü toplumun tamamı tarafından kabul edilmiş gizli bir sözleşmeye dayanır.⁹⁰ Bu sözleşme, Pateman’ın deyimiyle, “*cinsel sözleşme*”dir.⁹¹ Cinsel sözleşme, sosyal sözleşmenin hem yapılışında hem de uygulanışında geçerli olan ana sözleşmedir.⁹² Bu sözleşme sayesinde erkekler, kadınlar üzerindeki tahakkümlerini *herkes için* ve *tarafsız* gözüken hukukla devam ettirebilirler.

⁸⁷ Hobbes, **Leviathan**, s. 151.

⁸⁸ Susan Moller Okin, **Justice, Gender and the Family**, New York: Basic Books, 1989, s. 91., Richardson, “Feminist Engagements with Social Contract Theory”, s. 83.

⁸⁹ Pateman, **The Sexual Contract**, s. 6-7.

⁹⁰ Ibid. s. 115, Susan Moller Okin, “Feminism, the Individual, and Contract Theory”, **Ethics**, Vol. 100(3), 1990, s. 660.

⁹¹ Pateman, **op. cit.**, s. 6-7.

⁹² Ibid.

Sosyal sözleşme teorilerinde kadının göz ardı edilmesi ya da konumunun erkeğe göre aşağı kabul edilmesi, teorilerin tartışıldığı çağların anlayışına göre *olağan* görülebilir. Aynı bakış açısıyla, örneğin Antik Atina’da yurttaşlığın kadınlar, yabancılar ve köleler dışlanarak ergin ve eğitim almış erkeklere hasredilmesi de çağına göre demokratik kabul edilebilir.⁹³ Ancak, sosyal sözleşme teorilerinin tarihi geçmiş teoriler olmadığını, bugün hala devlet meşruiyetini açıklayan *demokratik* teoriler addedildiğini atlamamak gerekir.⁹⁴ Bu yönden, sosyal sözleşmeye yöneltilen feminist eleştiriler de sözleşmenin kendisinden ziyade bu sözleşmenin meşru kıldığı mevcut hukuksal yapıya ilişkin olarak anlaşılmalıdır.

b) Kurucu İktidarlar

Hukuku oluşturan kurucu iktidarların özellikleri irdelendiğinde, devletin temel yapısını, işleyişini, iktidarın devrini ve temel hak ve özgürlükleri düzenleyen belge olan anayasa için de *cinsel sözleşme* eleştirisi güç kazanır. Anayasa bakımından bu eleştiri, anayasa metninin bizzat *cinsel sözleşme* olduğu anlamına gelmez. Ancak bu metnin eril tahakkümü norm kabul eden bir cinsel sözleşme çerçevesinde oluşturulduğunu ifade eder. Diğer bir deyişle, söz konusu sözleşme, kurucu iktidarların açık beyanlarıyla kurulmaz. Ancak, kurucu iktidarlar, anayasayı güç ilişkilerini belirleyen bu sözleşmeyi uygulayacak ve ona uygun olacak şekilde belirlerler.⁹⁵ Şöyle ki, kurucu iktidarlar zaten eşitsiz toplumsal yapıyı oluşturan bu gizli sözleşmenin şartlarında ortaya çıkarlar ve eşitsizliği sürdürmedeki uyumları ile anayasa yapım sürecini de eşitsiz kılarlar. Böylece anayasa metni, içerik itibarıyla ne kadar eşitlikçi gözükmüşse gözüksün, kendisini saran gizli ve adeta sihirli bir eşitsizlik kalıbında oluşturulur.

Anayasa yapım süreçlerini liberal demokrasi anlayışıyla ele alan görüşten hareketle mevzubahis sihri ortaya çıkarmak kolay değildir. Zira bu görüşe göre, demokratik anayasa yapımı, her şeyden evvel, asli kurucu iktidar için halk tarafından

⁹³ Oktay Uygun, **Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar**, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 17-20.

⁹⁴ Batur, Yılmaz, Köybaşı, **Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Genel Esaslar**, s. 66-67.

⁹⁵ Cinsel sözleşme çerçevesinde olmasa da anayasanın mevcut güç ilişkilerini kendi başına değiştirmeyeceğini ve bunlar çerçevesinde uygulanacak bir sözleşme niteliğinde olduğu değerlendirmesi için bakınız Tolga Şirin, “Yeni Bolivya Anayasası Üzerine Bazı Notlar” içinde Ed. Tolga Şirin, Özkaya Özlüer, Fevzi Özlüer, **Bolivya Anayasası: Hukuk, Demokrasi, Özerklik**, Ankara: Phoenix, 2012, s. 9.

seçilen bir kurucu meclisi; tali kurucu iktidar için ise mümkün olduğunca çok siyasi görüşü içinde barındıran bir yasama organını gerektirir.⁹⁶ Anayasa metninin kabulü ya da yürürlüğe girmesi için halk oylamasına başvurulması ise kurucu iktidarların demokratik sayılması açısından önemlidir.⁹⁷ Bunların yanı sıra, halkın sandığa gidebilmesi ve gittiğinde *seçenekler arasında* tercih yapabilmesi için başta seçme ve seçilme hakkı olmak üzere, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı gibi hak ve özgürlüklerin güvence altında olması aranır.⁹⁸ Nihayet çıkan sonuca farklı tercihlerin dahil edilmiş sayılabilmesi için seçimlerde muhalefetin etkin varlığına imkân tanıyan düşük barajlı, adil bir seçim sisteminin benimsenmesi beklenir.⁹⁹

Aranan asgari özellik ve koşullara bakılarak, demokratik anayasa yapımının öznesi olan kurucu iktidarların zaten toplumun farklı kesimlerinin temsilini üstlendiği, kapsayıcı ve çok sesli olduğu kabul edilir. Halbuki anayasa yapım sürecinde farklı çıkarların temsili, barajsız ya da düşük barajlı seçimlerle seçilmiş meclislere indirgenemez. Keza bu süreçte temel hak ve özgürlüklerin serbestçe kullanılması da tüm kesimlerin anayasa yapım sürecine eşit bir şekilde katıldığını göstermez.

Anayasa yapım sürecine katılım bakımından başlıca-fakat göz ardı edilen-sorun, kadınların kamusal alan ile özel alan ayrımı vasıtasıyla kamusal alandan dışlanması ve ev/aile içine sıkıştırılmasıdır.¹⁰⁰ Bunun yanında, siyasete aktif katılımı sağlayan para,

⁹⁶ Kemal Gözler, **Kurucu İktidar**, Bursa: Ekin, 2016, s. 81-92., İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, İstanbul: Legal, 2017, s.25-28., Aoife O'Donoghue, **Constitutionalism in Global Constitutionalisation**, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2014, s. 38.

⁹⁷ Ibid., Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 183.

⁹⁸ Halk oylamasında oylanan metnin belirli olması, her maddenin ayrı ayrı oylanması ve oylama sonucunda çıkan karar neticesinde herhangi bir siyasi/hukuki belirsizlik doğmaması da halk oylamasına katılanların "tercih" yapabilmesi açısından önemlidir. Ancak bu bölümde demokratik addedilen anayasa yapım genel hatlarıyla ele alındığı için halk oylamasına ilişkin detaylara girilmemiştir. Halk oylamasına ilişkin daha fazla bilgi için bakınız European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) , "Code of Good Practice on Referendums: Guidelines on the Holding of Referendums and Draft Explanatory Memorandum", 21 Aralık 2006, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-EL\(2006\)033rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-EL(2006)033rev-e), (Son Erişim Tarihi: 7 Kasım 2022), Hamide Bağçeci, **Siyasal Katılım Aracı Olarak Referandum: Avrupa Birliği ve Türkiye Uygulamaları**, İstanbul: On İki Levha, 2020, İlker Gökhan Şen, **Doğrudan Demokrasi: Kurumlar, Hukuki ve Siyasi Sorunlar**, İstanbul: On İki Levha, 2013.

⁹⁹ Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 184., Batur, Yılmaz, Köybaşı, **Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Genel Esaslar**, s. 626-631., European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), "Report on Thresholds and Other Features of Electoral Systems Which Bar Parties From Access to Parliament (II)", 15 Mart 2010, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)007-e), (Son Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022).

¹⁰⁰ Phillips, **Demokrasinin Cinsiyeti**, s. 29.

eğitim, vakit ya da sosyal ilişkiler gibi kaynakların ayrıcalıklı kesimler lehine dengesiz dağılımı, anayasa yapım sürecine katılımı etkiler.¹⁰¹ Dolayısıyla, kadınlar ve dezavantajlı grupların siyasete katılımı çoğu zaman *de jure* değil *de facto* sınırlıdır. Öyleyse anayasa yapımı, ne belirli grupların imtiyazı haline gelen temel hak ve özgürlüklerle ne de katılım imkânları sınırlı seçimlerle demokratik kabul edilebilir. Bu açıdan, demokratik addedilen anayasa yapım süreçlerine dahi feminist kuşkuyla yaklaşmak gerekir. Anayasanın oluşturulmasında ve değiştirilmesinde kim *gerçek anlamda* söz sahibidir? Anayasa ile oluşturulan hukuk düzeninde *esas alınan* özne kimdir? Feminist teori açısından iki soruya da verilecek cevap aynıdır: *Ayrıcalıklı erkekler*. Kurucu iktidarlar, ekseriyetle ayrıcalıklı erkeklerden oluşmakta ve/veya onların çıkarlarını gözetmektedir.

Bu cevabın geçmiş yüzyıllar için geçerli olduğu ancak yirmi birinci yüzyıl hukuk ve siyasetinin cevabı geçersiz kıldığı ileri sürülebilir. Zira, bazı olumlu gelişmeler, ilk bakışta, erkek egemen anayasa yapımının zayıfladığı düşüncesine yol açabilir. Gerçekten Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme başta olmak üzere İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde kabul edilen uluslararası sözleşmeler, erkeklere hasredilen siyaset alanını kadınlara açmaya başlamış ve kamu yönetimine eşit katılıma yönelik hakları güvence altına almıştır.¹⁰² Diğer yandan, hukukta ayrımcılık yasağının kabulü, kadınların mobilizasyonuna hukuki zemin sağlamış ve en azından cinsiyet kotaları ile adaylık ve görev alma imkânları arttırılmıştır.¹⁰³ 1980'lere gelindiğinde ise anayasacılık anlayışı katılımcı demokrasi

¹⁰¹ Phillips, **Demokrasinin Cinsiyeti**, s. 29.

¹⁰² Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 25(a) maddesi, her yurttaşın Sözleşme'nin 2. maddesinde belirtilen ayrımlara ve makul olmayan kısıtlamalara bağlı olmaksızın "*doğrudan doğruya ya da özgürce seçilmiş temsilciler aracılığı ile kamu yönetimine katılma*" hakkını güvence altına alır. Sözleşme metni için bakınız Resmî Gazete, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair 2003/5851 sayılı Karar, Sayı: 25175, 21 Temmuz 2003, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2>, (Son Erişim Tarihi: 7 Kasım 2022). Benzer düzenleme, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 13(1). maddesinde, İnsan Hakları Asya Şartı'nın 5(2). maddesinde ve Amerikalılararası Demokrasi Şartı'nın 6. maddesinde de yer almaktadır. Bakınız United Nations, "African Charter on Human and People's Rights", 27 Haziran 1981, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201520/volume-1520-I-26363-English.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 8 Mart 2024)., Asian Human Rights Commission, Asian Legal Resource Centre, "Asian Human Rights Charter: A People's Charter", 17 Mayıs 1998, <https://www.refworld.org/legal/resolution/radr/1998/en/38601>, (Son Erişim Tarihi: 8 Mart 2024)., The Organization of American States, "Inter-American Democratic Charter", 11 Eylül 2001, https://www.oas.org/en/democratic-charter/pdf/demcharter_en.pdf#page=10, (Son Erişim Tarihi: 8 Mart 2024).

¹⁰³ Ruth Rubio-Marin, Helen Irving, "Introduction: Women as Constitution-Makers: The Promises and the Challenges of Participation" içinde Ed. Ruth Rubio-Marin, Helen Irving, **Women as Constitution Makers: Case Studies From the New Democratic Era**, New York: Cambridge University Press,

anlayışı ile yeni bir soluk kazanmış, kurucu iktidarların meşruiyeti için hem anayasanın hazırlanması hem de onaylanması aşamalarında, elbette kadınların da dahil olduğu, geniş halk katılımı aranır olmuştur.¹⁰⁴

Günümüz anayasalarının büyük çoğunluğunun cinsiyet ya da toplumsal cinsiyet temelli ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine yönelik hükümler içermesi, işte bu gelişmelerin anayasa yapımına yansması olarak gözükmektedir. Ne var ki, temsilciler arasında kadın sayısının artması ya da cinsiyete yönelik hükümlerin anayasalara girmesi, erkek hâkimiyetinin son bulduğunu kanıtlamaz. Nitekim veriler, kadınların anayasa yapımına katılımının eşit katılım sayılmaktan çok uzakta olduğunu göstermektedir. Tali kurucu iktidar bakımından, dünya çapında kadın parlamenterlerin tüm parlamenterlere oranı çeyreği ilk defa 2021 yılında aşmış, yüzde 25,5'lik temsil oranı önemli bir gelişme olarak kutlanmıştır.¹⁰⁵ Dünya Bankası'nın en son güncellenmiş 2022 verilerine göre, bu oran Latin Amerika ülkelerinin ortalamasında yüzde 36'ya çıkarken, OECD ülkeleri için yüzde 32'.¹⁰⁶ 2022 yılında kadınların temsili bakımından listelerin en üstünde yer alan Ruanda'nın yüzde 61, Küba'nın yüzde 53 ve Nikaragua'nın yüzde 51'lik kadın temsil oranları oldukça yüksek olmakla birlikte dünya geneline bakıldığında istisnadan ibaret oldukları anlaşılır.¹⁰⁷ Örneğin, yine 2022 yılı itibarıyla Vanuatu ve Yemen'de kadın parlamenter hiç yokken, kadın parlamenter oranı Cezayir'de yüzde 8, Japonya'da yüzde 10, Orta Afrika Cumhuriyeti'nde yüzde 13 oranında kalmaktadır.¹⁰⁸ Kadınların milletvekili seçme ve seçilme hakkına 1934 yılında sahip oldukları Türkiye'de de tablo olumlu değildir. 1934'ten bu yana kadınların TBMM'de ulaşılabilirdikleri oran ilk defa 2015 yılında yüzde 18'i bulmuş, bu oran ise yenilenen seçimlerle birlikte aynı yıl yüzde 15'e düşmüştür.¹⁰⁹ Devamında,

2019, s. 2., Ayrıca bakınız Ebru Karaman, **Eşitlik İlkesi Çerçevesinde Siyasi Partilerde Kadın Kotası**, İstanbul: On İki Levha, 2016.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ UN NEWS, "Proportion of women parliamentarians worldwide reaches 'all-time high'", 5 Mart 2021, <https://news.un.org/en/story/2021/03/1086582>, (Son Erişim Tarihi: 1 Nisan 2024).

¹⁰⁶ The World Bank Data, "Proportion of seats held by women in national parliaments (%)", https://data.worldbank.org/indicator/SG.GEN.PARL.ZS?most_recent_year_desc=true, (Son Erişim Tarihi: 1 Nisan 2024).

¹⁰⁷ Ibid., Inter-Parliamentary Union, "Compare data on Parliaments: Percentage of women", https://data.ipu.org/compare?field=chamber%3A%3Acurrent_women_percent&structure=any__lower_chamber#map, (Son Erişim Tarihi: 7 Kasım 2022).

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ 7 Haziran 2015 tarihinde yapılan 25. Dönem Milletvekili genel seçimlerinde kadın parlamenter oranı yüzde 18'i bulmuş, ancak bu seçimden yaklaşık beş ay sonra, 1 Kasım 2015 tarihinde yapılan 26. Dönem Milletvekili genel seçiminde bu oran yüzde 15'e düşmüştür. Bakınız Türkiye İstatistik Kurumu, Adalet ve Seçim İstatistikleri, Milletvekili Genel Seçimi İstatistik Tabloları, Seçim Yılı ve Cinsiyete Göre Milletvekili Sayısı ve Meclisteki Temsil Oranı,

27. Dönem milletvekili sandalye dağılımında kadın vekil oranı yüzde 17’de kalmıştır.¹¹⁰ Bu çalışmanın yazıldığı dönem olan 28. Dönemde ilk defa kadın vekil oranı yüzde 20’ye yükselerek yeni bir rekor kırılmışsa da çeyreğe bile varmayan bu oranın kadınların yasama organında eşit temsili açısından olumlu bir gelişme olarak okunması mümkün değildir.¹¹¹

Asli kurucu iktidar bakımından da durum benzerdir. Türkiye ele alındığında, kadınların asli kurucu iktidara neredeyse hiç katılmadığını söylemek mümkündür. 1921 Anayasası ve 1924 Anayasası, tamamıyla erkek üyelerden oluşan meclisler tarafından hazırlanmıştır.¹¹² 1961 Anayasası ise bir kanadı 38 erkek üyeden oluşan Milli Birlik Komitesi ile diğer kanadı 281 üyesinden sadece dördü kadın olan Temsilciler Meclisinden müteşekkil bir meclis tarafından kabul edilmiştir.¹¹³ Türkiye Cumhuriyeti’nde ilk kurucu meclisi olma özelliğini taşıyan bu meclis, meslek odaları, işçi sendikaları ve üniversiteler gibi çok farklı grupların temsili barındırsa da demokratik ve temsili olmamakla eleştirilmiştir. Meclisin darbe sonucu ortaya çıkması ve bir kanadının darbeyi gerçekleştiren askerlerden oluşması, genel oya dayalı temsilin kabul edilmemesi, darbenin sona erdirdiği iktidar partisinin ve görüşlerinin dışlanması ve nihayet üyelerin elit oluşu bu eleştirilerin odak noktasında kalmıştır.¹¹⁴ Ne var ki, kurucu meclisin kadın temsiline neredeyse hiç yer vermemesi eleştiri konusu dahi olmamıştır. Yine bir darbe neticesinde hazırlanan 1982 Anayasası için de aynı sorun

<https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=adalet-ve-secim-110&dil=1>, (Son Erişim: 29 Kasım 2022), Yüksek Seçim Kurulu, “25. Dönem Milletvekili Genel Seçimi, Milletvekillerinin Partilere Göre Cinsiyet Dağılımı”, https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/Milletvekili/7Haziran2015/2015-MV_yas_cinsiyet_egitim_dagilimi.pdf, (Son Erişim: 29 Kasım 2022)., Yüksek Seçim Kurulu, “26. Dönem Milletvekili Genel Seçimi, Milletvekillerinin Yaş Gruplarına Göre Cinsiyet Dağılımı”, <https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/Milletvekili/1Kasim2015/2015MVES-MVYasDagilimi-Grafik.pdf>, (Son Erişim: 29 Kasım 2022).

¹¹⁰ Yüksek Seçim Kurulu, “27. Dönem Milletvekili Genel Seçimi, Milletvekillerinin Yaş Gruplarına Göre Cinsiyet Dağılımı”, <https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/24Haziran2018/2018CBMV-MVCinsiyet.pdf>, (Son Erişim: 29 Kasım 2022).

¹¹¹ Yüksek Seçim Kurulu Seçmen Kütüğü Genel Müdürlüğü, “14 Mayıs 2023 Cumhurbaşkanı ve 28. Dönem Milletvekili Genel Seçimleri Seçim İstatistikleri Bülteni”, <https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/14%20Mayıs%202023%20Cumhurbaşkanı%20ve%2025.%20Dönem%20MV%20Genel%20Seçimleri%20İstatistikleri.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 20 Mayıs 2024), s. 38.

¹¹² Zülfiye Yılmaz, Barış Bahçeci, “Gender of the Constituent Power of the Turkish Constitution of 1921”, IACL-AIDC Blog, 23 Mart 2021, <https://blog-iacl-aidc.org/2021-posts/2021/3/23/gender-of-the-constituent-power-of-the-turkish-constitution-of-1921-7gn6r>, (Son Erişim Tarihi: 3 Kasım 2022).

¹¹³ Kadın üyeler, Devlet Başkanı temsilcileri Ayşe Şüfuke Ekitler, Hermine Agavni Kalustyan; Milli Birlik Komitesi temsilcisi Remziye Batırbaygil ve CHP temsilcisi Emine Mebrure Aksoley’dir. Bakınız Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Basın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü, **TBMM Albümü (1920-2010): 4. Cilt (1960-1983)**, Ankara: Gökçe Ofset, 2010, https://www5.tbmm.gov.tr/TBMM_Album/Cilt4/Cilt4.pdf, (Son Erişim Tarihi: 7 Kasım 2022).

¹¹⁴ Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2004, s. 373.

geçerlidir. Anayasa taslağını hazırlamakla görevli Danışma Meclisi'nin 164 üyesinin sadece beş üyesi kadınsa¹¹⁵, tasarımı kesinleştirme yetkisini elinde bulunduran Milli Güvenlik Konseyi (MGK) beş erkek yüksek komutandan ibarettir.¹¹⁶ 1982 Anayasası açısından bu durumun tespiti darbecilerin kadın olmasına yönelik bir tercihi ifade etmediği vurgulanmalıdır. Yine, bu tespit, darbeye kadın katılımı aranarak onun meşrulaştırılması anlamına da gelmez. Bilakis, 1982 Anayasasını doğuran sürece içkin ağır insan hakları ihlalleri ile 1982 Anayasası'nın demokratikliğine yöneltilen eleştiriler bakımından kurucu iktidarın cinsiyetinin de kayda değer olduğunu gösterir.¹¹⁷

Daha yakın zamana ve dünyadan örneklere bakıldığında ise kadın temsili için yukarıda anılan olumlu gelişmeler gereğince önlem alındığında dahi temsil oranının yarıya yaklaşmadığı görülür. Örneğin Uganda'nın 1995 Anayasası, kadın kotası uygulaması ile yapılan seçimle oluşan ve 284 üyeden 52'si (yüzde 18)'i kadın olan kurucu meclis tarafından hazırlanmıştır.¹¹⁸ Irak'ın 2005 Anayasası, sadece dokuz kadın (yüzde 16) üye barındıran bir kurucu meclis tarafından hazırlanmış, sürece katılan kadınlar ise büyük oranda orta sınıf seküler grubu temsil etmiştir.¹¹⁹ Hem hazırlık süreci hem de onaylanan metin açısından katılımcılığı takdir edilen, yerel halkların iştiraki ile hazırlanan Bolivya'nın 2009 Anayasasını hazırlayan kurucu meclisinde ise 255 üyeden sadece 88'i (yüzde 33) kadındır.¹²⁰ Keza kadın hakları ve eşitlik açısından bölgesinde çığır açtığı değerlendirilen Tunus'un 2014 Anayasası, 217 üyesinden 67'si kadın olan (yüzde 31) kurucu meclis tarafından hazırlanmıştır.¹²¹

¹¹⁵ Beş üye, MGK'ca seçilen üyeler Nermin Öztuğ, Tülay Öney, İmren Aykut; Ordu üyesi Cavidan Tercan, İzmir üyesi Türe Tunçbay'dır. Bakınız TBMM Genel Sekreterliği Basın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü, **op. cit.**

¹¹⁶ Bu kişiler, Kenan Evren, Nurettin Ersin, Tahsin Şahinkaya, Nejat Tümer, Sedat Celasun'dur. Bakınız Resmî Gazete, Milli Güvenlik Konseyi Kararı Karar No 1: Türkiye Cumhuriyeti Milli Güvenlik Konseyi Yasama Görevleri İhtüzüğü, Sayı: 17119, 28 Eylül 1980, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17119.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 16 Mayıs 2024), madde 1.

¹¹⁷ 1982 Anayasası'nın yapım sürecine ilişkin detaylı bilgi için bakınız Şule Özsoy, **1982 Anayasası'nın Yapım Süreci**, İstanbul: On İki Levha, 2010.

¹¹⁸ Charles Cullimore, "Uganda: The Making of a Constitution", **The Journal of Modern African Studies**, Vol. 32(4), 1994, ss. 707-711, s. 710., Anne Marie Goetz, "No Shortcuts to Power: Constraints on Women's Political Effectiveness in Uganda", **The Journal of Modern African Studies**, Vol.40(4),2002, ss. 549-575, s.556.

¹¹⁹ Noga Efrati, "Re-Living Yesterday's Battles: Women and Constitution-Making in Post-Saddam Iraq" içinde Ed. Ruth Rubio-Marin, Helen Irving, **Women as Constitution Makers: Case Studies From the New Democratic Era**, New York: Cambridge University Press, 2019, ss. 153-189., s. 154.

¹²⁰ Stéphanie Rousseau, "Indigenous and Feminist Movements at the Constituent Assembly in Bolivia: Locating the Representation of Indigenous Women", **Latin American Research Review**, Vol. 46(2), 2011, s. 12

¹²¹ Seçimlerde kadınlar 59 koltuk kazanmakla birlikte, istifa eden erkek üyelerin yerine gelen kadın üyelerle birlikte süreç 67 kadın üyeye tamamlanmıştır. Nanako Tamaru, Olivia Holt-Ivry, Marie

Bu örnekler kurucu iktidarlarda kadınların sayısının zannedildiği kadar yüksek ya da yeterli olmadığını göstermektedir. Ancak oranların incelenmesi, kadınların temsili sorununun daha fazla sayıda kadının seçilmesine indirgenmesine de sebep olmamalıdır. Zira kadınların temsiline önündeki engel, sandalye oranları değil, eril tahakkümün kendisidir. Eril tahakküm içerisinde kadınlar, politikayı kendileriyle ilgili olmayan bir mesele görecektir. “toplumsallaştırılmışlardır”.¹²² Burada toplumsallaştırılmakla kastedilen, kadınlara dayatılan ahlaki normlar ve sosyo-ekonomik şartlardır. Çocuk bakım yükümlülüğünün sadece kadına ait bir yükümlülük görülmesi buna en temel örnektir. Kadın, istihdama ya da siyasete katılım bakımından kanunlar önünde erkekle eşitse bile özel alandan çıkarken bir erkeğe göre daha fazla külfet altına girmeyi kabul etmelidir. Erkek, her şeyden evvel erkekken; kadın, her şeyden evvel eş ya da anne olmalıdır.¹²³ İstihdama katılacaksa bile örneğin kreşe yarım gün giden çocuğunu zamanında alabilmek ve günün geri kalanında onunla ilgilenmek için yarım günlük işlerde çalışmalıdır.¹²⁴ Bu yük yüzünden kadınlar, çoğu zaman, karar veren pozisyonda olmaya çalışmak yerine karar verenleri etkileyerek çıkarlarını takip etmekte ve siyasi partilerde değil sivil toplum örgütlerinde örgütlenmektedirler.¹²⁵

Diğer yandan, yüksek temsil oranlarının da katılımcı demokrasi makyajı oluşturmaya müsaade etmemek gerekir. Kadın temsilcilerin sayısının artması önemli, fakat tek başına yetersizdir. Tahakkümü sonlandıracak ya da en azından azaltacak önlemler alınmadığı sürece, kadın temsilcilerin varlığı mevcut tahakkümün meşruiyeti için matematiksel gerekçe oluşturmaktadır. Şöyle ki, siyasete aktif katılanlar, çoğunlukla 40 yaş üstü, belirli sınıfa mensup, toplumdaki hâkim dini benimseyen, eğitim ve kariyer bakımından sosyo-ekonomik ayrıcalıkları olan erkeklerdir. Bu yönüyle, siyaset, sadece *erkek* hâkimiyetinde değil, aynı zamanda *elit*

O'Reilly, “Beyond Revolution: How Women Influenced Constitution Making in Tunisia-Case Study”, Center for Inclusive Security, 2018, https://www.inclusivesecurity.org/wp-content/uploads/2018/03/Beyond-Revolution_Constitution-Making-in-Tunisia.pdf, (Son Erişim Tarihi: 6 Kasım 2022), s. 11.

¹²² Phillips, **Demokrasinin Cinsiyeti**, s. 101.

¹²³ Susan B. Boyd, “Motherhood and Law: Constructing and Challenging Normativity” içinde Ed. Margaret Davies, Vanessa E. Munro, **The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory**, Londra, New York: Routledge, 2016, ss. 267- 283. s. 269.

¹²⁴ Kadınların politik temsiline yüksek olduğu İskandinav ülkelerinde bile kadınları “ev dünyası”na hapseden bu bakış açısı geçerliliğini korur. Detaylı bilgi için bkz. Phillips, **Demokrasinin Cinsiyeti**, s. 105-114.

¹²⁵ Ruth Rubio-Marin, Helen Irving, “Introduction: Women as Constitution-Makers: The Promises and the Challenges of Participation”, s. 4.

hâkimiyetindedir. Bunun doğal sonucu ise siyasetin elit erkeklerin gözünden belirlenen ihtiyaç ve tercihler üzerine kurulu olmasıdır. Öyleyse, parlamentoya katılan kadınların hem elit hâkimiyetine hem de erkek hâkimiyetine meydan okuması mümkün müdür? Bu soruya cevap ararken kadın temsilcilerin *kadınları* temsil edip edemeyeceği sorununun düşünülmesi şarttır. Kadınlar, homojen bir grup oluşturmazlar. Örneğin, bir kadın milletvekili kürtağın ücretsiz ve erişilebilir olmasını savunurken diğeri kürtağın tamamen yasaklanmasını talep edebilir. Bir kadın milletvekilinin cinsel suçların soruşturulmasında kadının beyanının esas alınmasını erkekleri haksız yere töhmet altında bırakabileceğini düşünmesi ya da erkeğin soyadının aile soyadı olarak kabul edilmesini normal karşılaması da pekâlâ olasıdır. Bu halde, kadının eşitliği aleyhine olan bu görüşleri kadın perspektifi saymamak kadar bu görüşlerin tüm kadınların çıkarlarını temsil ettiğini kabul etmek de yanlış olacaktır.

Gelgelelim, elitler neredeyse homojen bir grup oluşturlar.¹²⁶ Kadınların da elit gruptan oldukları sürece çıkarlarını kadın kimlikleri üzerinden değil elit kimlikleri üzerinden belirlemeleri olağandır. Dikkat edilmesi gereken, kadın parlamenterlere ilişkin verilen oranların hiçbirinin parlamenterlerin sınıfsal, etnik, dini vb. özelliklerine dair bilgi vermediğidir. Buna ilişkin çalışma bulmak da zordur.¹²⁷ Ancak, örneğin TBMM üyelerine yönelik hızlı bir araştırmayla kadın parlamenterlerin, tıpkı erkek parlamenterler gibi, çoğunlukla üniversite mezunu, yabancı dil bilen ve sosyo-ekonomik durumu görece iyi olan kişiler olduğu anlaşılır.¹²⁸ Üstelik çoğu, bağımsız vekil seçilebilmenin zorluğu karşısında, erkek hâkimiyetindeki parti teşkilatlarında uzun yıllar *pışmekte* ve siyasi partiler aracılığıyla siyasete bir profesyonel olarak katılmaktadır.¹²⁹ Dolayısıyla küçük bir grubun içinde yer alan ve o gruba uyumu

¹²⁶ Homojenliği azaltan unsurlardan biri elit erkeklere artık elit kadınların da katılabilmesidir.

¹²⁷ Burada kastedilen konunun hiç çalışılmadığı değil, akademik ilgiyi özel olarak çekmediğidir. Buna ilişkin bilgi içeren bir çalışma için bakınız Bertil Emrah Oder, “Women and Constitution-Making in Turkey: From Ottoman Modernism to a Constitutionalism of Women’s Platform” içinde Ed. Ruth Rubio-Marin, Helen Irving, **Women as Constitution Makers: Case Studies From the New Democratic Era**, New York: Cambridge University Press, 2019, ss. 270-312.

¹²⁸ Anne Phillips, **Demokrasinin Cinsiyeti**, s. 112-113.

¹²⁹ Üstelik bu pışme, olumlu addedilmektedir. Örneğin Juan Linz, parlamenter sistemle başkanlık sistemini karşılaştırırken parlamenter sistemi daha demokratik kılan özelliklerinden birinin, parlamenter sistemde siyasi aktörlerin parti içerisinde uzun yıllar deneyim kazanması olduğunu ileri sürmüştür. Bu, bir yandan parti içi lider konumuna yükselen bir kişinin partisine karşı sorumlu olmaya devam etmesini ve parti geleneğine bağlılık sebebiyle iktidar tamamen kendisine aitmiş gibi davranmamasını sağlarken diğer yandan seçmen açısından siyasette yükselişine en başından tanıklık ettiği ve tahmin edilebilir/tanımlanabilir kişilerin yönetime geçmesi anlamına gelir. Juan J. Linz, “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?” içinde Ed. Juan J. Linz, Arturo Valenzuela, **The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives**, Baltimore, Londra: The John Hopkins University Press, 1994, s. 11.

sayesinde siyaset basamaklarını tırmanan bu kişilerin tüm kadınlar adına konuştuğu kabul edilemez. Demokratik temsil, toplumdaki herkesin eksiksiz ve mükemmel bir şekilde temsili anlamına gelmese de küçük bir grubun herkes adına konuşması olarak da tanımlanamaz.¹³⁰ O halde seçim yarışına ve temsil görevine katılımda fırsat eşitliği sağlanmadığı sürece birkaç kadının ya da dezavantajlı grup mensubunun kurucu iktidara dahil olmasının yeterli olmadığını teslim etmek gerekir.

Görüldüğü üzere, demokratik addedilen koşullarda dahi, hukukun herkesin katılımıyla herkes için üretildiği savı bir varsayımdan ibarettir. Üstelik, hukukun eril tahakkümün içine/üzerine üretildiği gerçeği göz ardı edildiğinde, bu varsayım demokrasinin kusurlu olmasına da yol açmaktadır. Zira sosyal sözleşme teorilerinde ve kurucu iktidarların demokratik kabul edilen görünümünde kadınların ve diğer dezavantajlı kesimlerin de dahil edilmiş olduğu varsayımı, ulaşılması gereken hedefe çoktan varılmış izlenimi uyandırmaktadır. Halbuki eril tahakkümün yarattığı engeller, özellikle kadınlar için kilitli bir kapı gibidir. Tahakküm tarafından inşa edilen, kadınlara kapatılan, eşiğine giden yol kadınlar için pek çok tuzakla doldurulan kapıdan geçen *herkesin* hukuku üretebileceğini söylemenin bir anlamı yoktur.¹³¹ Kapıdan geçebilenler, *herkes* değil, eril tahakkümün *izin verdikleridir*. Bu yüzden hukukun katılımcı ve eşitlikçi olması için atılması gereken ilk adım, hukukun kim için, kimler tarafından yapıldığının sorgulanmasıdır. İşte cinsel sözleşme eleştirisi, hukukun eril tahakküm tarafından üretildiğini göstermekle eşitlikçi hukuk için kapalı kapının en azından kilidini açmaktadır.

2. Hukuk Kurallarının Tarafgirliği

Hukukun kusurlarını ortaya çıkarabilmek için sorulması gereken bir diğer soru, hukuk kurallarının objektif ve tarafsız olup olmadığıdır. Pek çok hukukçu için bu soruyu sormak hukuku bilmemek anlamına gelebilir. Zira hukuk fakültelerinde ilk günden itibaren hukukun siyasi olmadığı, kişisel görüşlerden ari kural ve yaptırımlar içerdiği anlatılır.¹³² Hukuk rasyonel, nesnel, soyut ve prensiplere dayalıdır.¹³³ Ancak,

¹³⁰ Anne Phillips, **op. cit.**, s.113.

¹³¹ Kapı metaforu, Sara Ahmed'e aittir. Bakınız Sara Ahmed, **Complaint!**, Durham: Duke University Press, 2021.

¹³² Alda Facio, "The Law: An Art or Science", **American University Journal of Gender**, Vol. 7(2), 1999, ss. 355-372, s. 360.

¹³³ Ibid.

feminist teoriye göre bu varsayım da test edilmelidir. Hukuk kuralları *gerçekten* tarafsız ya da objektif midir? Yoksa, *erkeğin* öznesi ve tarafı nirengi noktası alındığından tarafsızlık ya da objektiflik *onun* üzerinden mi tanımlanmaktadır?

Feminist teori, bu soruyu sorarken önemli bir benzeşime de dikkati çeker: Hukuk kurallarına atfedilen rasyonellik, objektiflik gibi özellikler aslında erkeklerin üstlendiği özelliklerdir.¹³⁴ Hukukun yapısıyla uyumsuz kabul edilen irrasyonellik, öznellik ya da duygusallık ise erkeklerin kadınlara yakıştırdığı *kusurlardır*.¹³⁵ Hukuka atfedilen özelliklere bu ikilik üzerinden bakıldığında onlara sıkı sıkıya bağlılığın esasında eril tahakküme bağlılık olduğu anlaşılır. Bu bağlılığın birbirleriyle örtüşen iki görünümü vardır: Birincisi, eril tahakküme yöneldiği *apaçık* olan hukuk kurallarının dahi tarafsız ve objektif olduğunun varsayılmasıdır. İkincisi ise, *görünürde* tarafsız ve objektif hukuk kurallarının eril tahakkümü devam ettiren ya da güçlendiren sonuçlarının *örtülmesidir*. Her iki görünümde de esas olan, erkeğin hukukun merkezine, kadının ise tahakküm altına alınmasıdır.

a) Açık Tarafgirlik

Hukukun tahakküm ilişkisinin taraflarını birbirinden açıkça ayrı tuttuğu kurallara rastlamak, artık o kadar kolay değildir. Zira içinde bulunduğumuz çağda eşitlik, en azından söylemsel düzeyde geniş kabul görmüştür ve bu sebeple eşitsizliğin hukukileştirilmesi de genellikle ayan beyan yapılmaz. Yine de bunların örnekleri hiç yok değildir. Ancak, hukukun tahakkümü sahiplendiğini gösteren örneklerin çoğu, tahakkümün içselleştirilmiş yönlerine ilişkin olduğu için bu kuralların tarafgirliği açık olmasına rağmen anlaşılmaz. Çalışmanın bütünü boyunca hukuk kurallarının açık tarafgirliği eleştirilecektir, ancak burada tüketici olmasa da genel bir bakışla hukukun tarafgirliğini tespit etmek feminist eleştirinin açıklanması bakımından faydalı olacaktır.

Hukuk, en başta, ikili cinsiyet sistemine ilişkin kurallarıyla eril tahakküme yönelir. Çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayan kişiliği, kadın ya da

¹³⁴ Facio, “The Law: An Art or Science”, s. 360.

¹³⁵ Valerie Solanas, **Erkekleri Doğrama Cemiyeti Manifestosu**, Çev. Ayşe Düzkan, İstanbul: Sel Yayınları, 2018, s. 38-40.

erkek cinsiyetten biriyle tanımlanmak zorundadır.¹³⁶ İkili cinsiyet, hukuka öylesine içkindir ki interseks çocukların durumu tasavvur dışıdır.¹³⁷ Hukukun mevcut yapısı, kadın veya erkek cinsiyetsiz bir hukuki kişiliğe tamamen yabancısıdır. Bu yüzden interseks çocuklara dayatılan iki durum vardır: İlk halde, iki cinsiyetten biri nüfus sicil kaydına yazılır ve çocuğa atanan cinsiyet ile çocuğun inşa ettiği cinsiyet kimliği arasında ileride doğabilecek uyumsuzluğun giderilmesi nüfus sicilinin düzeltilmesi işlemine bırakılır.¹³⁸ Diğer halde ise, çocuğun vücut bütünlüğünün ihlali pahasına çocuğa cinsiyet atama operasyonu marifetiyle biyolojik cinsiyet atanır ve böylece nüfus kaydındaki bilginin en azından ameliyatın hedeflediği biyolojik cinsiyet ile tutarlılığı sağlanır.¹³⁹ Ne var ki, cinsiyetsizlik ya da akışkan cinsiyet hiçbir zaman bir seçenek değildir. Uyumsuz cinsiyet kaydı, cinsiyetsizlikten yeğdir.

Hukukun onun uygulanacağı kişileri iki cinsiyetten birine zorlaması, *apaçık* eril tahakkümle ilgilidir. Tahakküm, hükmeden ile hükmedilenin belirlenmesini ve birbirinden ayrılmasını gerektirir. Cinsiyetler arası geçişkenlik, eril tahakkümün işleyişiyle bağdaşmaz.¹⁴⁰ Hükmeden erkek ve hükmedilen kadın en baştan tanımlanmalı, her birinin toplumsal rolleri ayrı ayrı belirlenerek tahakküm ilişkisi sürdürülebilir kılınmalıdır. Örneğin, koruma ve savaşma rolü, erkeğindir. Bu yüzden Anayasa'nın 72. maddesi vatan hizmetini yerine getirecekler bakımından bir cinsiyet

¹³⁶ İkili cinsiyet sistemi, çalışmanın ikinci bölümünde ayrıca değerlendirilecektir. Ngaire Naffine, “Can Women be Legal Persons?”, içinde Ed. Susan James, Stephanie Palmer, **Visible Women: Essays on Feminist Legal Theory and Political Philosophy**, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2022, s. 79.

¹³⁷ İsmail Dede, “İnterseks Çocuklara Yönelik Cinsiyet Atama Operasyonlarında Rızanın Hukuka Uygunluğu Sorunu”, içinde Ed. Emir Göka, Uğur Orhan, Hüseyin Can Aksoy, **Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu “Ceren Damar Şenel’in Anısına” 26-27 Kasım 2021**, İstanbul: On İki Levha, 2022, s. 23.

¹³⁸ Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan kılavuzda açıkça yeni doğan formunda bebeğin cinsiyetinin kız veya erkek olarak seçilmesi gerektiği, “çift cinsiyet” ya da “belirsiz alan” bulunmadığı belirtilmektedir. Cinsiyeti belirsiz olan vakalar için önerilen çözüm, dış muayene yapılarak kız veya erkek cinsiyetin seçilmesi ve aileye cinsiyetin belirsiz olduğu ve ileriki dönemde yapılacak test ve tedaviler ile belirleneceğine dair bir ek belge verilmesidir. Bakınız Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü, “e-RAPOR/DOĞUM BİLEŞENİ KULLANICI KILAVUZU”, https://erapor.saglik.gov.tr/portal/documents/e-dogum_raporu_kullanici_kilavuzu.pdf, (Son Erişim Tarihi: 1 Nisan 2024), s. 56. Cinsiyeti bu şekilde belirlenen çocuğun kayıtlı cinsiyetinin ileride benimsediği cinsiyet kimliği ile uyumsuz olması halinde cinsiyet kimliğini nüfusta değiştirmesine ilişkin sorunlar, çalışmanın ikinci bölümünde Anayasa Mahkemesi kararları üzerinden tartışılacaktır.

¹³⁹ Dede, “İnterseks Çocuklara Yönelik Cinsiyet Atama Operasyonlarında Rızanın Hukuka Uygunluğu Sorunu”, s. 21.

¹⁴⁰ Buradaki geçişkenlik ifadesi, cinsiyet değişikliği ile sınırlı değildir. Elbette cinsiyet değişikliğinin çok zor şartlara bağlı olması, bireyleri atanmış cinsiyetinde kalmaya zorlamaktadır. Çalışmanın ikinci kısmında bu sorun detaylıca incelenecektir. Ancak bunun yanında, biyolojik cinsiyet ve nüfus kaydındaki cinsiyet haricinde toplumsal cinsiyet normları açısından da geçişkenliğe yer yoktur.

ayrımı yapmamakla birlikte, Silahlı Kuvvetlerde askerlik görevi, 7179 sayılı Askeralma Kanunu'nun 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan erkeklerindir. Kadın ise korunması gerektirir. Anayasa'nın 41. maddesi, “*ananın ve çocukların*” korunması ihtiyacını özellikle vurgular. Benzer şekilde, Anayasa'nın 50. maddesi, kadınları çalışma şartları bakımından küçükler ve bedeni ve ruhi yetersizliği olanlarla eş değer korumaya muhtaç sayar. Bununla paralel olan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 72. maddesi ise, yer ve su altında çalıştırma yasağında her yaştan kadını on sekiz yaşından küçük erkeklerle bir tutar.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan kadın ve erkeğin eşitliği ilkesi, bu bağlamda, koşullu bir eşitliktir. Kadın, eril tahakkümün toplumsal cinsiyet normlarına uyduğu sürece eşitlik ilkesinden yararlanabilir. Örneğin, Türk Medeni Kanunu'na göre evlilik, erkek ve kadın arasında olur.¹⁴¹ Anayasa'nın 41. maddesine göre ise aile, anne, baba ve çocuktan oluşur. Diğer bir deyişle, evlenmek ve aile kurmak, heteroseksüel kadın ve heteroseksüel erkek içindir. Kadının kadınlıkla, erkeğin erkeklikle evlenmesi tahakküm ilişkisinden bir sapma anlamına gelir—ki eril tahakküm buna izin vermez.¹⁴² Zira geleneksel evlilik ve aile yapısının devam ettirilmesi, erkeğin kadın üzerinde kontrolünü sağlaması ve kadının ikincil statüsünün korunması bakımından şarttır. Bu yüzden, örneğin, kadının soyadı, babasının ya da kocasının soyadı olmalıdır.¹⁴³ Kadının hangi erkeğin tahakkümü altında olduğu hükmeden erkeğin soyadıyla tespit edilebilmelidir. Öyleyse, eşitlik, toplumsal cinsiyet normlarına dayanan mevzuatın çizdiği sınırlara göre tanımlanan kadın ve erkek içindir.

Yine eril tahakküme göre, kadın—ister evlensin ister evlenmesin—ev içi bakım yükümlülüğünü üstlenmelidir. Bu yüzden kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde “*kendi arzusu ile*” işten ayrılması, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde öngörülen kıdem tazminatı ile özendirilir. Böylece kadının ondan beklenen bakım yükümlülüğünü aksatmayacağı bir iş bulması ya da çalışmaktan vazgeçmesi mümkün kılınır. Aynı biçimde, kadının eş rolünün yanında anne rolünü

¹⁴¹ Türk Medeni Kanunu'nda evlenme ehliyetine ilişkin kurallarda, örneğin 124. madde, evlenebilecek kişiler için “erkek veya kadın” ifadesi kullanılırken, 134. maddede açıkça “Birbirleriyle evlenecek erkek ve kadın” ifadesi kullanılmıştır.

¹⁴² Martha Albertson Fineman, “The Sexual Family” içinde Ed. Martha Albertson Fineman, Jack E. Jackson, Adam P. Romero, **Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations**, Farnham, Surrey, England: Routledge, 2009, ss. 50-54.

¹⁴³ Kadının soyadı konusuna çalışmanın ikinci bölümünün ikinci kısmında detaylıca yer verilmiştir.

yüklenmesi ve ailenin çocuk ile genişletilmesi teşvik edilir. Bundan dolayı gebeliğin sona erdirilmesi oldukça kısıtlıdır. Kürtaj, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesi uyarınca ancak gebeliğin onuncu haftasının dolmasına kadar mümkündür. Üstelik gebelik süresi on haftadan fazla olan kadın, çocuğunun düşürülmesine rıza gösterirse Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesi gereğince cezalandırılır.¹⁴⁴ Tam ve sağ doğmakla hukuki kişilik kazanacak çocuğun yaşam hakkı, söz gelişi fetüs henüz on hafta bir günlükken, yasal süreyi sadece bir gün aştığında, annenin vücut bütünlüğü ve özel yaşamına saygı hakkından otomatik olarak üstün gelir.¹⁴⁵ Diğer bir deyişle, sürenin belirlenmesinde ve süreye riayet edilmediğinde uygulanacak yaptırımda annenin haklarıyla fetüsün hakları yarıştırlmadan, tüm ağırlık fetüsün yaşam hakkına verilir.¹⁴⁶ Zira eril tahakküm için kadın, sonraki nesillerin devamını sağlayan bir araçtır ve bunun için mümkün olduğunca anneliğe zorlanır.¹⁴⁷ En sonunda, kadının hukuki kişiliği, annelik rolü içerisinde eriyerek kaybolur.¹⁴⁸

Tam da bu yüzden, çocuğun bakımı esas olarak anneye aittir; baba bakıma istediği oranda katılacak bir yedek ebeveynidir.¹⁴⁹ İş Kanunu'nun 74. maddesi ile Devlet Memurları Kanunu'nun 104. maddesine göre, doğum sonrası izin "*analık izni*" ismiyle anneye verilir. Baba ise, bu izni ancak annenin doğumda veya doğum sonrasında ölmesi halinde kullanabilir.¹⁵⁰ Çocuğa bakım yükümlülüğü, ancak anne

¹⁴⁴ Bunun tek istisnası, yine Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesinin altıncı fıkrasına göre kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde yirmi haftaya kadar gebeliğin sonlandırılmasına ceza verilmemesidir. Bu istisna on haftalık sürenin, sadece bir tercih olduğunun adeta bir kanıtıdır. Zira bu halde fetüsün ve annenin sağlık durumuna ilişkin ayrı bir rapor alınmasına gerek olmaksızın yirmi haftaya kadar kürtaj yapılabilmesi, esasında on haftalık sürenin de yirmi haftaya kadar çıkarılabileceğini göstermektedir.

¹⁴⁵ Kristin Savell, "The Mother of the Legal Person", içinde Ed. Susan James, Stephanie Palmer, **Visible Women: Essays on Feminist Legal Theory and Political Philosophy**, Oxford, Portland Oregon: Hart, 2002, s. 31.

¹⁴⁶ Burada kürtajın sınırlandırılmaz ve mutlak bir hak olduğu iması yoktur. Ancak bu hakkın, hakkın kullanılmasını zorlaştıracak derecede sınırlı tanınması ve üstelik bu sınırlılığı belirleyen salt fetüsün yaşam hakkı ve kadının doğurması gerekliliği olması, feminist bakış açısıyla başlı başına bir sorundur.

¹⁴⁷ Kadın, üreme aracından ibarettir. Bu yüzden tahakküm onu yok etmez, kontrol altında tutar. Kadınlığı annelikle eşleştirmek ise onu "damızlık" sisteminin alelade bir parçası haline getirme hedefini güder. Mary O'Brien, **Reproducing the World: Essays in Feminist Theory**, Boulder, San Francisco, Londra: Westview Press, 1989, s. 25. Bunu sanatın çarpıcılığıyla anlatan, kadınların damızlık olarak eril tahakküm altında tutulduğu eleştirel distopik romandan uyarlanan bir dizi film ve onun incelemesi için bakınız: Merve Deniz Pak, "Feminist Distopyada İktidar, Baskı ve Direniş: Damızlık Kızın Öyküsü", **IBAD Sosyal Bilimler Dergisi**, Özel Sayı, 2019, s.7.

¹⁴⁸ Kristin Savell, **op. cit.** s. 31.

¹⁴⁹ Allison Weir, "Feminism and Freedom" içinde Ed. Ann Garry, Serene J. Khader, Alison Stone, **The Routledge Companion to Feminist Philosophy**, New York, Londra: Routledge, 2017, s. 669.

¹⁵⁰ Söz konusu kural yine İş Kanunu'nun 74. maddesi, Devlet Memurları Kanunu'nun ise 104. maddesinde düzenlenmektedir.

öldükten sonra babaya geçer.¹⁵¹ Babanın çocuğun doğumundan sonra sahip olduğu izin hakkı ise “*babalık izni*” ya da “*mazeret izni*”nden ibarettir.¹⁵² Bu izin, İş Kanunu’na tabi işçi için beş gün, Devlet Memurları Kanunu’na tabi memur için on gündür. Dolayısıyla, çocuğa *birlikte* bakım genel bir formül değildir. Elbette, anneye verilen izin bir yandan doğum olayı sonrasında annenin gücüne kavuşması, diğer yandan çocuğun ilk başta anneye bağımlılığı için önemli bir ihtiyacı karşılar. Ancak, babanın annenin iyileşmesine ve çocuğun bakımına yönelik katkısı, doğum sonrasında ciddi bir sorumluluk almadan anneye ve bebeğe kısa bir süre eşlik etme imkânı ile sınırlıdır. Diğer bir deyişle, keskin sınırlarla ayrılan babalık ve analık izni sebebiyle, babanın eşe gerçekten destek olmak istediğinde dayanabileceği bir yasal mevzuat yoktur. Halbuki evin ve çocuğun bakım yükümlülüğünün paylaştırılması her zaman mümkün olmalıdır. Bu tür alternatiflerin düşünülmemesi, bebeğin ve evin tüm yükünün anneye yüklenmesinin doğallığından, yani eril tahakkümün normlarından kaynaklanır.

Aynı yaklaşım, hükümlülerin çocuk bakım yükümlülüğünde de geçerlidir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, “*dışarıda korumasına bırakılacak kimsesi bulunmayan sıfır-altı yaş grubundaki çocuklar*”ın hükümlü olan *annelerinin* yanında kalabileceğini düzenler. Kanunda bu gruptaki çocukların babalarının yanında kalabilmesine ilişkin bir düzenleme yoktur. Zira eril tahakkümde çocuk bakım yükümlülüğü babaya yüklenmez. Hükümlü babalar için çocuklarını “*dışarıda korumaya bırakabilecekleri*” bir eşin, annenin, kız kardeşin ya da kız çocuğunun her zaman olduğu varsayılır.

Öte yandan, çocuk bakım yükümlülüğü öncelikle ve ekseriyetle anneye yüklenirken, anne üzerinde çok çeşitli yönlerden kurulan toplumsal baskı hukuk tarafından da benimsenir. Çocukla soy bağının kurulması söz konusu olduğunda, hukukun annenin özel hayatına orantısız müdahale etmek pahasına biyolojik babanın belirlenmesinde gösterdiği hassasiyet buna örnektir. Türk Medeni Kanunu’nun çocuk ile baba arasındaki soy bağının ana ile evlilik ile kurulacağını öngören 282. maddesinin

¹⁵¹ Bunun istisnası, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen babanın izin kullanma hakkıdır. Bu halde kanun koyucu, anne ve babalığı birbirine alternatif olarak düzenlemiştir. Detaylı bilgi için bakınız Ahu Sumbas, “Toplumsal Cinsiyet Eşitlik Politikası Olarak Ebeveyn İzni”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol.8(2), 2018, s. 182 vd.

¹⁵² İş Kanunu’nda “*mazeret izni*”, Devlet Memurları Kanunu’nda ise “*babalık izni*” ifadesi kullanılmaktadır.

ve “evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca” olacağına ilişkin babalık karinesini düzenleyen 285. maddesinin devamı niteliğindeki 132. maddesi, evliliğini sona erdiren kadının “evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe” evlenmesini yasaklar. Bu yasağın bir istisnası kadının tekrar aynı eşle evlenmesi, diğer istisnası ise “kadının önceki evliliğinden gebe olmadığına anlaşılması”, diğer bir deyişle gebe olmadığına ilişkin sağlık raporu almasıdır. Dolayısıyla, boşandıktan sonra evlenmek isteyen kadın, eğer boşandığı eşle tekrar evlenmiyorsa, üç yüz gün beklemek ya da fiziksel muayeneyi kabul ederek sağlık durumuyla ilgili tıbbi bilgiyi açıklamak zorundadır. Her iki halde de kadının özel hayatına yönelik bir müdahale vardır. Bu müdahaleyi gerekli gören kanun koyucunun tasası, kural olarak biyolojik babanın soyuna ve iktidarına bağlanması gereken çocuğun başka bir erkeğe bağlanmamasıdır.¹⁵³ Ancak, dikkat edilirse kadının haklarının bu konu bakımından bir önemi yoktur, o sadece doğum yapan bir araçtan ibarettir.

AİHM’in söz konusu bekleme süresi sebebiyle özel hayata saygı hakkının ihlal iddiasını incelediği *Nurcan Bayraktar/Türkiye* davasına konu Aile Mahkemesi kararında, kadınların sahip oldukları biyolojik özellikleri ve doğum yapma kapasiteleri sebebiyle evlenmeden önce hamileliklerini açıklamak konusunda topluma karşı yükümlü olduğunun belirtilmiş olması, bu yaklaşımın dürüst bir dışavurumdur.¹⁵⁴ Buna göre, kadının çocuk ve babanın menfaatleri için bekleme süresinin yarattığı dezavantaja katlanması olağandır, çünkü “*hukuk gebe bir kadının tercihleriyle yakından ilgilenir*” ve bu tercihlerin hukuk tarafından yönetilmesi beklenir.¹⁵⁵ Ancak, AİHM’in başvurucunun özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaştığı bu kararda belirttiği gibi, “*kadın cinselliğinin esasen kadının üreme işlevine bağlı olduğu şeklindeki geleneksel görüş*”¹⁵⁶, bir yandan hukukun soy bağının kurulması ve reddi için sağladığı diğer imkânları görmezden gelirken diğer yandan bazı gerçeklere de gözünü kapatır.¹⁵⁷ Nitekim evlilik birliğine dayandırılan babalık karinesi, sadece bir

¹⁵³ Kanun maddesinin gerekçesi, kanun maddesinin tekrarı niteliğindedir. Ancak, soy bağına ilişkin hükümlerin tamamı ile AİHM’in *Nurcan Bayraktar/Türkiye* kararında kurala dair sunulan gerekçeler göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucunun bu yönde endişe duyduğunu tespit etmek mümkündür.

¹⁵⁴ AİHM, *Nurcan Bayraktar/Türkiye*, Başvuru No: 27094/20, Karar Tarihi: 27.6.2023, § 57.

¹⁵⁵ Kristin Savell, “The Mother of the Legal Person”, s. 31.

¹⁵⁶ AİHM, *Nurcan Bayraktar/Türkiye*, § 57.

¹⁵⁷ Türk Medeni Kanunu’nun 282. maddesinde, çocuk ile baba arasında soy bağının evlilik haricinde kurulabileceği haller, tanıma, hâkim hükmü ve evlat edinme yolu olarak sıralanmıştır. Kanun’un 286. maddesi ise, soy bağının reddi davası açılabilmesini mümkün kılarak çocuğun biyolojik babası olmayan

karinedir. Ne kadar eril tahakkümün kodladığı makbul kadından beklenen bir davranış olmasa da kadının evlilik birliği içerisinde eşi dışında başka bir erkekle cinsel ilişkisi sonucu gebe kalması da pekâlâ mümkündür. O halde, eğer ağır basan biyolojik babanın belirlenmesi ihtiyacı ise, bu karineye DNA testi gibi bilimsel yöntemlerden biri gibi davranmak, bu amaca değil, kadının “anne” ve “eş” kıskacında olmasına hizmet eder.

Tüm bu kurallar, hak ve yükümlülükler bakımından kadınların durumunu eril tahakkümün gerektirdiği roller üzerinden belirlemesine rağmen nesnel ve tarafsız kabul edilir. Bunun gerekçesi ise hazırdır: Bir kere, bu kuralların lafzında kadınlara ilişkin değer yargısı içeren ya da onları doğrudan ikincilleştiren bir ifade bulmak zordur. Örneğin, evlenen kadının eşinin soyadını almasında, kadını aşağılayan bir sebep aramak niyet okumaktır. Bu, olsa olsa, gelenekler üzerine kurulu kamu düzeninin devam ettirilmesiyle ilgilidir.¹⁵⁸ Kürtajın da kadın bedeniyle ilgisi yoktur; hukukun kürtajda belirlediği sınır çocuğun bedensel bütünlüğü ve yaşam hakkıyla ilgilidir.¹⁵⁹ Üstelik bu gibi kuralların kadınlar için farklı hukuki sonuçlar doğurması ise hukuk sistemi için olağandır. Zira hukuk kurallarının öznesi her zaman *herkes* olamaz. Fiziksel farklılıklar, hukuksal farklılıkları; hukuksal farklılıklar ise farklı hukuk kurallarını getirir.¹⁶⁰ Yukarıda örnek verilen kurallara tekrar dönülecek olursa, doğum halinde doğumdan etkilenen erkek olsaydı elbette bu izin erkeğe tanınırdı. Ancak doğuran kadın olduğu ve sütle bebeğini besleyecek olan anne olduğu için doğum sonrası izinler kadınlara verilir.

kişiyle soy bağı ilişkisinin kaldırılmasının yolunu açar. Şu kadar ki, bu kuralın soy bağının reddi davası açma hakkını sadece “koca”ya tanınması ve anneye tanımaması, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Ancak, Mahkemeye göre Anayasa’ya aykırılık sebebi, kadının hukuki özneliğini anneliğe indirgeyen anlayışa paralel olarak, eşitlik ilkesinin değil, “anne”nin özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı bağlamında etkili başvuru hakkının ihlali olmuştur. Bakınız AYM, E. 2023/37, K. 2023/140, Karar Tarihi: 26.7.2023, § 22-25.

¹⁵⁸ Bakınız AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, Karar Tarihi: 10.3.2011. Anayasa Mahkemesinin kadının soyadına ilişkin verdiği norm denetim kararları, ikinci bölümde detaylıca incelenecektir.

¹⁵⁹ Kürtaj karşıtı hukuki argümanları özetleyen bir çalışma için bakınız Pam Lowe, Sarah-Jane Page, “Rights-Based Claims Made by UK Anti-Abortion Activists”, **Health and Human Rights Journal**, Vol. 21(2), 2019, ss. 133-144.

¹⁶⁰ Söz konusu yaklaşım, Anayasa Mahkemesinin özellikle norm denetimi kararlarında benimsediği “*hukuksal eşitlik*” anlayışını ifade eder. Birkaç karar örneği için bakınız AYM, E. 2013/23, K. 2013/123, Karar Tarihi: 31.10.2013., AYM, E. 2020/95, K. 2022/3, Karar Tarihi: 26.1.2022, § 25., AYM, E. 2022/65, K. 2022/102, Karar Tarihi: 8.9.2022, § 11.

Halbuki bu gerekçelendirme biçiminin kendisi, kuralların dilsel inşasının eril tahakkümden bağımsız olmadığını gösterir.¹⁶¹ Kuralların ifadesi ve onlara verilen anlam, onları yazma ve açıklama gücünü elinde bulunduranların bakış açısıyla farklılaşır. Söz gelişi gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin kuralda, kadının haklarıyla çocuğun hakları arasında çatışmanın ne zaman doğacağı; bu çatışmanın kimin lehine sonuçlanacağı egemen bakış açısıyla belirlenir. Kadının kendi bedeni ve geleceği üzerinde karar verme özgürlüğü, kadın bakış açısında saklı olduğu için dikkate alınmaz. Bu yüzden konu, kadının haklarından koparılarak salt çocuğun yaşam hakkına dönüşür. Ancak, çocuğun yaşam hakkı tartışılırken de istenmeyen çocuğun bakım ve destekten yoksun kalması ihtimali hesaba katılmaz. Dolayısıyla burada başka bir bakış açısının olmadığını, diğer bir deyişle kuralın nesnel ve tarafsız olduğunu söylemek, diğer bakış açılarını yok etmez. Sadece onların reddedildiğini gösterir.

b) Örtülü Tarafgirlik

Hukuk kurallarının örtülü tarafgirliğini tespit etmek daha meşakkatlidir. Zira *görünürde* tarafsız ve objektif hukuk kuralları bakımından bir bakış açısının temel alınarak diğer bakış açılarının reddine bile gerek yoktur. Bu kuralların eril tahakkümü nasıl devam ettirdiği ya da güçlendirdiği ilk bakışta anlaşılmaz. Örneğin Devlet Memurları Kanunu’nun 6. maddesi gereğince devlet memurlarının benimsemeye yemin ettiği “*Türk Milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerleri*”, cinsiyet kimliği ve cinsel yönelimi ne olursa olsun tüm memurlar için geçerli gözükmektedir. Keza Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nun 20. maddesinde, Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren “*Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını sarsacak şekilde yüz kızartıcı, utanç verici veya toplumun genel ahlak yapısına aykırı fiillerde bulunmak*” sebebi, görünüşte bir ayırım gözetmez. Ancak, anılan ahlaki değerlerin ne olduğu belirsizdir, en azından madde metninden çıkarılması mümkün değildir. Türk Silahlı Kuvvetlerinin ya da Türk milletinin değerlerinin eril tahakkümün değerleriyle birebir örtüşüp örtüşmediği incelenmediği sürece memurlara veya Silahlı Kuvvetler mensuplarına ilişkin bu kuralların eril tahakkümle ilgisinin kurulması zordur. Ancak, maddelerin kullandığı kavramlardaki belirsizlik, onların eril tahakkümün bir silahı olarak kullanılmasını bir o kadar da kolaylaştırır. Örneğin,

¹⁶¹ Marco Wan, “Thinking about Descriptions: Law & Literature, Legal Writing” içinde Ed. Ilan rua Wall, Freya Middleton, Sahar Shah, CLAW, **The Critical Legal Pocketbook**, Oxford: Counterpress, 2021, s. 21-22.

homoseksüel bir askerin ya da devlet memurunun homoseksüelliğinin eril tahakkümün ahlaki değerler kıstasıyla sorun haline getirilmesini, bu tür kurallar mümkün kılar.¹⁶²

Benzer şekilde, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 8. maddesi, yayın hizmetlerinin “*toplumun milli ve manevi değerlerine, genel ahlaka ve ailenin korunması ilkelerine*” aykırı olamayacağını düzenlerken oldukça soyuttur. Ancak kural, eril tahakkümün somutlaşması için yararlı bir araçtır. Örneğin evlilik dışı kadın-erkek ilişkileri¹⁶³ ya da iki kadın ebeveynin çocuk sahibi olması¹⁶⁴, eril tahakkümün evlilik ve aile kurumlarıyla bağdaşmadığı gibi yayın hizmetleri ilkeleriyle de bağdaşmaz.

Öte yandan, bu gibi kuralların eril tahakkümü devam ettiren ya da güçlendiren sonuçları, uygulanma biçimlerinden değil bizzat kendilerinden doğar. Görünürde tarafsızlık ve objektiflik, söz konusu kuralların garantörüdür. Bu sayede kurallar eril tahakkümü örtük olarak devam ettirirken eşitsizlik zannı altında kalmazlar. Örneğin, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan işverenin ücretsiz çalışan eşinin sigortalı sayılmayacağı kuralı, sadece eş çalışanın diğer çalışanlardan ayrılmasıyla ilgilidir.¹⁶⁵ Kuralda eşin cinsiyeti yoktur, öyleyse kuralın eşler arası ekonomik dengeyi belirli bir cinsiyet lehine/aleyhine bozduğunu söylemek mümkün değildir. Bu basit ve aldatıcı denklem, ekseriyetle kadın eşin erkek eşin iş yeri için ücretsiz ve sigortasız çalıştığı gerçeğinin üzerini örter. Böylece, kadının ekonomik özgürlüğünden ve sigorta güvencesinden mahrum bırakılarak eşine tabi kılınması konu dışı bırakır.

¹⁶² Cinsel yönelimi sebebiyle Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişkisi kesilen bir başvurucuya dair karar örneği için bakınız AYM, İ.F.A. Başvurusu, Başvuru No: 2013/8564, Karar Tarihi: 17.2.2016, § 22. Bu başvuruda başvurucunun cinsel yönelimi özel hayata saygı hakkının ihlali bakımından açıkça tartışılmamışsa da başvurucu hakkında alınan karara dayanak ifade tutanağında başvurucunun eşcinsel ve biseksüel ilişki yaşayıp yaşamadığına ilişkin soru ve cevaplar yer almıştır. Eşcinsel bir kişinin devlet memurluğundan çıkarılmasına yönelik bir başka karar olan Z.A. ise çalışmanın bu bölümünün ikinci kısmında yer alan “Cinsiyet Normlarından Doğan Eşitsizlik” başlığında ayrıca ele alınacaktır. Bakınız AYM, Z.A. Başvurusu [GK], Başvuru No: 2013/2928, Karar Tarihi: 18.10.2017.

¹⁶³ RTÜK, Toplantı No: 2020/34, Karar No: 10, Karar Tarihi: 19.8.2020, <https://www.rtuk.gov.tr/UstKurulKarar/Detay/14298>, (Son Erişim Tarihi: 6 Kasım 2022).

¹⁶⁴ RTÜK, Toplantı No: 2020/34, Karar No: 11, Karar Tarihi: 19.8.2020, <https://www.rtuk.gov.tr/UstKurulKarar/Detay/14299>, (Son Erişim Tarihi: 6 Kasım 2022).

¹⁶⁵ AYM, E. 2022/15, K. 2022/73, Karar Tarihi: 1.6.2022, § 56-57. Anayasa Mahkemesi, kuralın Anayasa'nın 10., 13. ve 60. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna Zühtü Arslan, Engin Yıldırım, Yusuf Şevki Hakyemez ve Selahaddin Menteş'in karşı oyları ve oy çokluğuyla ulaşılan kuralı cinsiyetsiz ele almış ve Anayasa'ya aykırılık iddiasını “eş” kelimesi üzerinden değerlendirmiştir.

Benzer şekilde, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 28. maddesi, Cumhurbaşkanına vergiye tabi her bir işlem için yüzde 10 olan katma değer vergisi oranının dört katına kadar arttırma veya yüzde 1'e kadar indirilme yetkisi verirken menstrüel ya da doğum kontrol ürünlerinin tüketimine dair özel bir düzenleme getirmez. Ancak, regl yoksulluğuna yol açacak derecede yüksek bir oran olan yüzde 18 katma değer vergi oranına cevaz vererek kadınların hijyenik pet, tampon, menstrüel kap gibi ürünlere ulaşamamakla yaşadığı sorunları görmezden gelir.¹⁶⁶ Bekleneceği üzere, kadınların ihtiyaçları eril tahakkümde öncelikli değildir. Aynı katma değer vergisi oranıyla prezervatif kullanımı zorlaştırılırken de cinsel yolla bulaşan hastalıklar dikkate alınmaz, doğum kontrolün teşvik edilmemesi yeterlidir.¹⁶⁷

Nitekim eril tahakküm için üreme, kadınları tahakküm altında tutmanın bir aracıdır.¹⁶⁸ Her kadının “geç olmadan” çocuk yapması gerektiği fikri ile doğum kontrolün zorlaştırılması, kadınların annelik rolüne sıkıştırılması için işleyen bir formüldür.¹⁶⁹ Bu sebeple, örneğin, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin 20. maddesi, üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması oldukça zor şartlara bağlamıştır.¹⁷⁰ Bu

¹⁶⁶ Regl döneminde ihtiyaç duyulan ürünlere ulaşamaması, regl olanların regl kanı ile utandırılması ve zorbalığa maruz kalması gibi sonuçlar doğurarak sosyal hayata katılmalarını engellemektedir. Bu sonuçlar çocuklar bakımından regl döneminde okula gidememe ya da erkenden cinsellikle ilişkilendirilme gibi sorunlarla birlikte daha da ağırlaşmaktadır. Bunların yanı sıra, hijyen açısından yaşanan sorunlar, regl olanları mendil, tuvalet kâğıdı ya da çocuk bezi kullanma gibi alternatif yöntemlere itmektedir. Bu alternatif yöntemler ise ürünler ve genital sistem enfeksiyonları bakımından risk yaratarak sağlık sorunlarını beraberinde getirmektedir. Bakınız Janet Michel, Annette Mettler, Silvia Schöenberger, Daniela Gunz, “Period poverty: why it should be everyone's business”, **Journal of Global Health Reports**, Vol. 6, 2022, Türkiye’de regl yoksulluğu çalışmaları için bakınız Bahar Aldanmaz Fidan, İlayda Eskitaşçıoğlu, “Türkiye’de Regl Yoksulluğu Araştırması”, Konuşmamız Gerek Derneği, 2022, <https://konusmamizgerek.org/turkiyede-regl-yoksullugu-arastirmasi/>, (Son Erişim Tarihi: 7 Kasım 2022). Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu, “Türkiye’deki Mülteci Kadınlar ve Kız Çocuklarında Menstrüel Hijyen Yönetimi”, 2022, https://turkiye.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/turkiyedeki_multeci_kadınlar_ve_kiz_cocuklarında_menstruel_hijyen_yonetimi_arastirma_raporu.pdf, (Son Erişim Tarihi: 8 Kasım 2022).

¹⁶⁷ İstenmeyen gebeliğin önlenmesi için tercih edilen pek çok hormonal yöntem (Örneğin rahim içi araç, doğum kontrol hapı) cinsel yolla bulaşan hastalıkların önlenmesine yaramaz. Oysa prezervatif, her ikisi için de iyi işleyen bir yöntemdir. Doğum kontrol yöntemlerinin salt gebeliğin önlenmesi üzerinden değerlendirilmesi ve cinsel yolla bulaşan hastalıklar bakımından kadınların durumunun göz ardı edilmesine ilişkin bir değerlendirme için bakınız Erika Laine Austin, “Women’s STD Prevention and Detection Practices: The Specificity of Social Location”, **Race, Gender & Class**, Vol. 12(1), 2005, ss. 59-81.

¹⁶⁸ Catharine A. MacKinnon, “Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory”, **Feminist Theory**, Vol. 7(3), 1982, s. 516.

¹⁶⁹ John Stuart Mill, Ed. Stefan Collini, **On Liberty; with The Subjection of Women and Chapters on Socialism**, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 1995, s. 144.

¹⁷⁰ Kriterler erkekler için, “a) Cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi halinde, b) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde, c) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlara (testislerin alınması ve benzeri) öncesinde, ç) Çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi) durumunda”; kadınlar için “a) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad

maddeye göre, sperm ya da yumurtalık hücreleri, ancak üremenin daha sonra imkânsız ya da aşırı zor hale gelecek olması ihtimalinde dondurulabilir. Bu kuralı okuyan biri, kadın ve erkek için neredeyse aynı belirlenen saklama kriterlerinin eşitsizlik ya da tahakkümle ilgili olmadığını pekâlâ düşünebilir.¹⁷¹ Halbuki biraz irdelendiğinde, kuralın anlamının genç birinin, hücrelerini onların en genç ve verimli döneminde ileri yaşlarda çocuk yapmak için saklayamaması olduğu kolaylıkla tespit edilecektir.¹⁷² Eğer herhangi bir sorun yoksa, üreme keyfi olarak geciktirilmemelidir. Çünkü üremenin geciktirilmesi, sadece kadının *annelik* ile kontrol edilememesini değil, onun istihdama rahatlıkla katılması, belki çocuk yapmaktan vazgeçmesi sonuçlarını doğurabilir—ki eril tahakküm tam olarak bunlara karşıdır. Çocuklu aile bir an evvel kurulmalı ve tahakküm ilişkilerini devam ettirmelidir. Ancak burada özellikli olan, eril tahakkümün kadına ve erkeğe aynı görevi yüklemesidir. Dolayısıyla, bu kuralın tahakküm açısından doğurduğu sonuçları ortaya çıkarmak çaba ister. *Görünürde* objektiflik ve tarafsızlık, eril tahakkümü mükemmel bir şekilde gizlemiştir.

Feminist teori, hukuk kurallarında gizlenen eril tahakkümü ortaya çıkarmak için onlara eleştirel yaklaşır. Hukukun tahakküm üretmemesi ve gerçek anlamda eşitlikçi olması için objektiflik ve tarafsızlık gibi kavramların sorgulanmaya başlaması gerekir. Zira eril tahakkümün belirlediği toplumsal normlar öyle yerleşiktir ki ayrımcılık yasağı gibi düzenlemeler dahi tahakküm taraflı hukuk kurallarının elimine edilmesine yetmez. Nitekim bir kuralın ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini söyleyebilmek için sırasıyla şu kriterlere bakılır: 1) Hukuki durumları benzer ya da aynı olan kişilere karşı farklı muamelede bulunur mu veyahut farklı durumdaki kişilere karşı aynı şekilde mi muamele eder? 2) Eğer farklı muamele ya da gerektiğinde farklı muamelede bulunmama söz konusuysa, böyle bir farklılık ya da farklılığın yokluğu nesnel olarak haklı mıdır? Daha detaylı bakılacak olursa, farklılık ya da farklılığın yokluğu meşru bir amaç taşır mı; amaçla araç arasında orantılilik var mıdır?

hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde, b) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlar (yumurtalıkların alınması gibi operasyonlar) öncesinde, c) Düşük over rezervi olup henüz doğurmamış veya aile öyküsünde erken menopoz hikâyesinin üç uzman tabipten oluşan sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi durumunda” şeklinde belirlenmiştir.

¹⁷¹ Tek fark erkekler için öngörülen “*cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi*” kriteridir.

¹⁷² Hatta dondurmaya izin verilen hallerde dahi, üremenin ertelenmesi zorlaştırılmıştır. Yönetmeliğin 20. maddesinin 6. fıkrası, alınan numunelerin en fazla beş yıl saklanacağını, daha uzun süreli saklama için Bakanlığın izninin aranacağını belirtmiştir. Dolayısıyla, üreme hücrelerini ve gonad dokularını saklayanların da gecikmeksizin çocuk yapması öngörülmüştür.

Ayrımcılık yasağının söz konusu kriterlerine bakıldığında, bunların objektiflik ve tarafsızlık gibi eril tahakküm örtülerini çeşitlendirmekten başka bir şey sunmadıkları görülür. Faklı muamele, haklı neden, meşru amaç, orantılılık gibi kavramlar feminist bakış açısıyla değerlendirilmedikçe eril tahakküm taraflı hukuk kurallarını meşrulaştıran araçlar haline gelir. Söz gelimi, üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması ile ilişkin kuralda, farklı muamelenin olduğu ya da gereken farklı muamelenin yapılmadığı söylenebilir mi? Eril tahakküm bu kuraldan yararlanırken erkek ve kadına farklı muamele edilmemesine ya da birinin diğerine göre dezavantajının giderilmesi için farklı muamele edilmesinin yokluğuna dayanmaz. Hatta nadir olarak, kadın ve erkeği aynı konumda aynı muameleye tabi tutar. Öyleyse, bu kural daha ilk kriterden ayrımcılık yasağı sınavını başarıyla geçecektir.

Ayrımcılık yasağının diğer kriterleri de eril tahakküm taraflı kurallara zorluk çıkarmaz. Örneğin kamu düzeni, bu kuralları haklı çıkaran genel nedendir. Kişileri iki cinsiyetten birine zorlayan ya da kadını babasının/kocasının soyadına mecbur eden hukuk kuralları, kamu düzenini hedefler. Buna göre, cinsiyet kaydının tutulması, kişilerin evlenme, boşanma, doğum ya da ölüm gibi durumlarının kaydının tutulmasından farklı değildir. Bu durumların her birinin bilinmesinde ve kaydının tutulmasında devletin yararı vardır.¹⁷³ Zira bireyin “*cinsi cibilliyeti*”, onun şahsi durumunu belirleyen ve “sosyal çevresinde hemcinslerinden ayırtıran” önemli bir bilgidir, bu bilginin kaydı kişinin hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi ile devletin kamu hizmetini yürütmesi için gereklidir.¹⁷⁴ Kadının soyadında da aynı bakış açısı geçerlidir. Evlilik sözleşmesi ile “*kazanılan*” soyadı, geleneksel olarak nüfus kayıtlarında erkeğin soyadı tutulduğu için kocasının soyadı olarak belirlenir.¹⁷⁵ Burada artık, erkek soyadının kadın soyadına tercihinden öte, nüfus kayıtlarının geçmişten bugüne tutarlı olacak şekilde tutulması amacı esastır.¹⁷⁶ Keza devletlerin kamu düzenlerini eşcinsel evliliğe izin vermeyecek şekilde belirlemelerinde de (eril) takdir hakları vardır.¹⁷⁷ Dolayısıyla, kamu düzeni gibi kavramlarla meşru amaç kriterini

¹⁷³ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, s. 1007.

¹⁷⁴ Rona Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 480.

¹⁷⁵ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s. 425.

¹⁷⁶ Kadının soyadı meselesi, tezin ikinci bölümünde ayrıca incelenecektir.

¹⁷⁷ AİHM, Orlandi ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 26431/12; 26742/12; 44057/12 ve 60088/12, Karar Tarihi: 14.12.2017, § 207.

aşmak mümkündür.¹⁷⁸ Ayrımcılık yasağı, kamu düzeninin ya da diğer meşru amaçların özünde eril düzeni korumaya yönelik olup olmadığını incelemeyi zorunlu kılmaz.

Orantılılık kriterine gelince, o da eril tahakküme yönelik sonuçların engellenmesi için umut vadetmez. Orantılılığın sağlanması, kural olarak toplumun çıkarları ile kişinin hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesi arasında “*adil bir denge*” olmasına bağlıdır.¹⁷⁹ Ancak, sürpriz olmayacaktır ki, bu dengenin belirlenmesinde devletin takdir yetkisi yine esastır. Örneğin kürtaj söz konusu olduğunda, kürtajın yasaklanması ancak gebeliğin ya da doğumun kadının hayatını riske attığı anda orantısız kabul edilir.¹⁸⁰ Gebeliğin kadın için katlanılmaz fiziksel ve ruhsal acılar vermesi, yaşam kalitesini ekonomik ve sosyal açıdan önemli ölçüde düşürmesi ihtimallerinde ise kürtajın engellenmesi orantılıdır.¹⁸¹ Bu örnekte kamu düzeni bakımından adil dengenin kendi lehine bozulması için kadın, ölümcül duruma gelmeyi beklemelidir. Hal böyleyken, ayrımcılık yasağının daha az ciddi görülen ya da dikkate bile alınmayan sonuçları, söz gelişi menstrüel ya da doğum kontrol ürünlerindeki vergi oranının yüzde 18 olmasının kadınlar için yarattığı yükü, engelleyecek bir mekanizma olarak işlemesi zordur. Zira adil denge, eril tahakkümün adaletinin belirlediği dengedir. “*Devletin kullandığı araç ile gerçekleştirmeye teşebbüs ettiği amaç arasında, gerçekten makul bir orantılılık ilişkisi*” kriteri ile ayrımcılığı kaldırmayı

¹⁷⁸ Anayasa Mahkemesinin meşru amaç kriterine ve kamu düzeni kavramına yaklaşımı, çalışmanın ikinci bölümünde ayrıca incelenecektir.

¹⁷⁹ AİHM, Glor/İsviçre, Başvuru No:13444/04, Karar Tarihi: 30.4.2009, § 73. AİHM, Zarb Adami/Malta, Başvuru No:17209/02, Karar Tarihi: 20.6.2006 § 73, AİHM, G.M.B. ve K.M./İsviçre, Başvuru No: 36797/97, Karar Tarihi: 27.9.2001, AİHM, Belgian Linguistic Davası, Başvuru No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Karar Tarihi: 23.7.1968, § 7., AYM, E. 2011/111, K. 2012/56, Karar Tarihi: 11.4.2012, AYM, E. 2014/176, K. 2015/53, Karar Tarihi: 27.5.2015. Anayasa Mahkemesi, “adil bir denge” yerine “makul bir denge” ifadesini de tercih etmektedir. Bakınız AYM, Gazal Kolanç ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2017/37897, Karar Tarihi: 5.7.2022, § 343., AYM, Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2015/6728, Karar Tarihi: 1.2.2018, § 99.

¹⁸⁰ AİHM, A,B,C/İrlanda, Başvuru No: 25579/05, Karar Tarihi:16.12.2010, § 241.

¹⁸¹ A,B,C/İrlanda başvurusunda özellikle başvuru A açısından bu durum çarpıcıdır. Başvurucu, işsiz ve yoksuldur. Dört çocuğunun velayetini alkol bağımlılığı sebebiyle yaşadığı problemler neticesinde kaybetmiştir, çocukların bakımını koruyucu aile sistemi üstlenmiştir. Kürtaj olduğu gebeliği dahil tüm gebeliklerinde depresyon geçirmiştir. Başvurucu, sağlığını korumak ve çocuklarıyla tekrar bir araya gelmek üzere hayatını toparlamak için kürtaj olmuştur. Ancak Mahkeme, A’nın durumu için geçerli olan kürtaj yasağının, İrlanda’da kürtaja dair tıbbi bilgi alınabildiği ve yurt dışında kürtajın mümkün olduğu gerekçeleriyle orantılı olduğuna hükmetmiştir. Mahkemeye göre, başvuru A’nın özel hayata saygı hakkı ile doğmamış bebeğin hakları arasında adil bir denge kurulmuştur. AİHM, A,B,C/İrlanda, § 239-241.

hedefleyen ayrımcılık yasağından, *makul* olanın esasında *erkek aklına uygunluk* anlamına gelebileceğine yönelik şüpheyi tek başına uyandırması beklenemez.¹⁸²

Bunlarla birlikte, feminist teorinin yaklaşımından hukuk kurallarının topyekûn kusurlu olduğu ya da ayrımcılık yasağının tamamıyla elverişsiz olduğu çıkarılmamalıdır. Feminizmin eleştirel bakış açısı, hukuka dair genel geçer kabulleri tartışmaya açmaya yöneliktir. Nitekim feminist teorinin yaratmaya çalıştığı şüphe tetiklenmediği sürece ayrımcılık yasağı kriterleri dahi eril tahakkümün sınırladığı dar çerçevede sıkışıp kalmaktadır. Hukuk kurallarını feminist süzgeçten geçirmek, tahakkümün inşa ettiği *kapının* kadınlar için aralanmasını sağlar. Hukuka atfettiğimiz objektiflik ve tarafsızlık özellikleri başta olmak üzere hukuki her kavramın eril tahakkümün görünümlerinden biri olabileceğini kabul etmek, reddedilen ya da yok sayılan bakış açılarının hukuka dahil olması için önemli bir başlangıçtır.

B. Hukukun Uygulanması: Eril Tahakkümün Uygulanması

*“... bir şeyleri - en somut şeyleri bile - aynı anda farklı anlamak gerçekten mümkün; ve bu 'aynı anda farklı anlama'nın iki kişi tarafından yapılması, bir kişi tarafından yapılmasına göre daha kolay, ancak bir kişi de zaman ve çaba ile bunu başarabilir.”*¹⁸³

(Patricia Williams)

Hukukla ilgili ele alınması gereken son soru, hukuk kurallarının uygulanması ile ilgilidir.¹⁸⁴ Genel ve soyut nitelikteki hukuk kuralları uyumsuzluk çözümünde kullanılırken—*varsayılan*—*objektif* anlamlarıyla sınırlı olarak mı uygulanırlar?¹⁸⁵ Başka bir ifadeyle, hukuk kurallarının uyumsuzluk çözümünde uygulanması, apolitik, tarafsız ve objektif bir düşünme pratiğine mi karşılık gelir?¹⁸⁶ Bu sorulara muhatap olan pek çok hukukçu, hâkimin bir uyumsuzluğu çözerken ona uygulayacağı kuralların objektif anlamına sadık kalması ve hukuksal bir akıl yürütme ile karara ulaşması gerektiğini söyleyecektir. Zira revaçta yaklaşıma göre, hukuksal akıl yürütme,

¹⁸² AYM, Tuğba Arslan Başvurusu [GK], Başvuru No: 2014/256, Karar Tarihi: 25.6.2014, § 123.

¹⁸³ Patricia Williams, *The Alchemy of Race and Rights: Diary of a Law Professor*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992, s. 150.

¹⁸⁴ Hukukla ilgili soruları, bu çalışmadaki başlıklarla sınırlandırmak elbette mümkün değildir. Çalışmanın devamında getirilecek her eleştiri, esasında hukukla ilgili yeni bir soruya cevap olacaktır. Ancak burada kastedilen, bu sorunun çalışmanın bu bölümünde ele alınacak son soru olduğudur.

¹⁸⁵ Facio, “The Law: An Art or Science”, s. 361.

¹⁸⁶ Ibid.

rasyonel düşünme ve denetlenebilir bir gerekçe gerektirir.¹⁸⁷ Bu akıl yürütmeye kişisel değer yargılarına yer yoktur, dolayısıyla uyuşmazlık çözme işi ‘elbette’ objektiflik ve tarafsızlık barındırır.¹⁸⁸

Hâkimin vicdani kanaatine göre karar vermesi de bundan ayırık değildir. Anayasa’nın 138. maddesine göre vicdani kanaat Anayasa’ya, kanuna ve hukuka uygun olarak belirlenir. Vicdani kanaatin kurallara dayanması gerekliliği, onun en başından belirli kriterle sınırlandırıldığı anlamına gelir. Ceza yargılaması ise bu sınırlılığa somut verileri dahil eder. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 217/1. maddesine göre, hâkim kanaatini sadece duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış deliller üzerinden tesis edebilir. Dolayısıyla vicdani kanaat, ilk bakışta kulağa her ne kadar sübjektif gelse de “*soyut ve genel hukuk kuralları*” sayesinde objektivite çerçevesi içinde kalır.¹⁸⁹ Hâkimlerin takdiri, hukuki vasıflandırmada, yaptırımın belirlenmesinde ya da uyuşmazlığın çözümünde farklı çözüm yollarından birini tercih etmekte ortaya çıkar. Ancak ne olursa olsun bu takdir, hukuk kurallarının kişiselleştirilmesi anlamına gelemez.¹⁹⁰

Böyle olmakla birlikte, hâkimlerin kişisel fikirlerine dayanarak karar vermesi hiç rastlanmayan bir şey de değildir. Ancak bu durum, söz konusu yaklaşımı benimseyenlerin cevabını değiştirmez. Zira bu yaklaşıma göre, salt kişisel görüşle verilen karar, hukukun mantığıyla bağdaşmayan ve bu yüzden düzeltilmesi/kaldırılması gereken bir karar olduğu için hukuk kurallarının (doğru) uygulanmasına örnek teşkil edemez. Öyleyse, yukarıdaki sorulara verilen cevap ekseriyetle olumlu ve hatta normatiftir: Hukuku uygulayan hâkim, tarafsız ve objektif bir akıl yürütmeye uyuşmazlık çözmelidir; bunun dışında kalan çözüm yöntemleri hukukun uygulanmasıyla ilgisizdir.

Feminist teori, buna karşılık, bu sorulara olumsuz yanıt verir. Hukukun uygulanmasında benimsenen yöntemler ve bu yöntemlerle ulaşılan hukuki sonuçlar, gözüktüğü gibi objektif değildir. Üstelik feminist hukukçuların kastettiği, hukukun

¹⁸⁷ Rona Serozan, “Hukukta Yöntem”, *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, Vol. 8, Prof.Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayısı, 2013, s. 2425.

¹⁸⁸ Ibid. s. 2430.

¹⁸⁹ Muhammet Özekes, “Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, Vol.6, 2006, s. 2.

¹⁹⁰ Tom Bingham, *The Business of Judging: Selected Essays and Speeches: 1985-1999*, Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 36.

yanlış ya da kişisel uygulandığı hallerin yaygınlığı değil, tam da doğru ve ‘objektif’ uygulandığı genel durumun kusurlarıdır. Feminist teoriye göre, uyuşmazlığa ilişkin bilgilerin derlenmesi, uyuşmazlığın çözümünde başvurulacak kuralların seçimi, bu kuralların yorumu ve nihayetinde hâkimin vicdani kanaatine göre kararını belirlemesi, bir bütün olarak eril tahakkümden etkilenir ve aynı zamanda eril tahakkümü besler.

Feminist teorinin yargılamaya yönelik eleştirileri, yukarıda hukuka yöneltilen eleştirilerle birlikte dikkate alınmalıdır. Bu noktada, Epiküros’un “*Mutlak adalet hiçbir zaman olmamıştır, yalnızca bir insanın bir başkasından zarar görmesini önlemek için toplumsal ilişkilerde ulaşılmış, yerden yere ve zamandan zamana değişen bir anlaşma vardır*” şeklindeki değerlendirmesine başvurmak, feminist teorinin yargılamaya yaklaşımını anlamak için iyi bir başlangıç gözükmektedir.¹⁹¹ Zira Epiküros’un adaleti tarif etmek üzere değindiği “anlaşma”, sosyal sözleşmeden ya da devlet aygıtının kendisinden başkası değildir.¹⁹² Diğer bir deyişle, Epiküros’un tanımıyla adalet, sosyal sözleşmenin hükümleri ve koşullarıyla sınırlıdır. Bu değerlendirme feminist teorinin hukukun üretilmesi ile eril tahakküm arasında kurduğu ilişki bakımından ele alındığında, feminist hukukçuların adaletle yönelik temel eleştirisini de bir çırpıda ortaya çıkarır. Buna göre, sosyal sözleşmenin kurulması ve devlet iktidarının kurucu iktidarlar tarafından kullanılması, cinsel sözleşme çerçevesinde gerçekleştiği için mahkemelerin yöneldiği adalet de eril tahakkümle maluldür. Bu yüzden, feminist hukukçuların gözünde yargılama faaliyetinin merkezinde *eril* adaletin sağlanması yer alır.

Hukuk, adalet ve yargılama arasındaki bu bağda, yargılamanın iktidarın kullanılmasının bir parçası olduğu kadar iktidarın tekrar üretilmesine yaptığı katkı da unutulmamalıdır. Zira yargılama vasıtasıyla hukuk düzeni tasdik edilir ve sağlamlaştırılır. Öyleyse, feminist bakış açısıyla, eril tahakkümün içerisine doğan hukukun uygulamasının eril tahakkümü sağlamlaştırmaya nasıl yöneldiğinin açıklanması gerekir. Çalışmanın bu kısmında, sırasıyla feminist teorinin hukukun “eril adalet”e yönelmesini mümkün kılan ya da en azından zorlaştırmayan yöntemleri ele alınacak ve bu yöntemlere önerdiği alternatifler açıklanacaktır. Ancak, bundan evvel,

¹⁹¹ George Thomson, **Tragedyanın Kökeni: Aiskhylos ve Atina**, Çev. Mehmet H. Doğan, İstanbul: Payel Yayınevi, 2004, s. 304., Oğuz Arıcı, “Oresteia: Bir Modern Devlet ve Adalet Tartışması”, **Tiyatro Eleştirmenliği ve Dramaturji Bölümü Dergisi**, Vol. 17, 2011, s. 13.

¹⁹² Macit Gökberk, **Felsefe Tarihi**, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1990, s. 101., Oğuz Arıcı, **op.cit.**, s. 14.

yine Antik Yunan'dan ilham alarak, Aiskhylos'un Oresteia Tragedyası'ndaki yargılamayla bu bölüme geçiş yapmak ufuk açıcı olacaktır.

Orestes'in, annesi Klytemnestra'yı ve annesinin aşığı Aigisthos'u öldürdüğü için yargılanmasını konu edinen bu tragedyada, kişiler arası öç alma döngüsü, Athena'nın hakemliğindeki bir yargılamayla son bulur.¹⁹³ Böylece kabile düzeninden devlet düzenine geçiş gerçekleşir. Şu kadar ki, Orestes'in yargılaması onun annesini ve annesinin aşığını öldürmesi olayıyla sınırlı değildir. Athena, Orestes'i yargılarken Klytemnestra'nın aşığı Aigisthos'la bir olup Truva Savaş'ından dönen eşi Agamemnon'u öldürmesini ve tiranlık düzenini başlatmasını da göz önünde bulundurur. Bu yüzden çözeceği uyuşmazlıktaki ana sorun, Orestes'in annesini babası Agamemnon'un intikamını almak için öldürmesinin bugün aşına olduğumuz kavramlarla haksız tahrik ya da hukuka uygunluk nedenlerinden biri kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir. Athena, savunma makamından Apollo'ya söz verir:

“İşte size gerçeği söylüyorum – ne kadar haklı olduğumu görün! Çocuğun annesi dediğiniz kadın, onun ebeveyni değildir, sadece tohumun bakıcısıdır; yeni ekilen tohum onun içinde yetişir ve büyür. Erkek, yaşamın kaynağıdır, tohumu yerleştirendir. Anne, bir yabancı için bir yabancı gibi, filizi içinde canlı tutar – Tanrı köklerini incitmedikçe. Söylediğim her şeyin doğru olduğuna dair size kanıt veriyorum. Baba, anne olmadan da baba olabilir. Canlı tanışımız işte burada duruyor, bakın, Athena!”¹⁹⁴

Athena, hüküm kurarken Apollo'nun sözlerine ağırlık verir ve böylece Orestes'i suçsuz bulur. Ne var ki, *“onun suçsuzluğunda bütün kadınlar ve kadınsı olan her şey suçlanmıştır.”*¹⁹⁵ Hukuk düzenine geçişi temsil eden bu yargılamada, kadın karakterin oğlu tarafından öldürülmesi, kadının anneliği üzerinden araçsallaştırılması ile meşrulaştırılır. Diğer yandan, Klytemnestra'nın öldürülmesini haklı kılan bir diğer esaslı unsur, onun *“yaşamın kaynağı”* olan bir erkeği öldürmüş olması ve Orestes tarafından bu sebeple öldürülmesidir. Dolayısıyla bu yargılama, içine doğduğu eril/dişil ikiliği üzerinden çözülür ve eril tahakkümü doğrular. Feminist teorinin

¹⁹³ Bakınız Aeschylus, **The Oresteia**, Çev. Robert Fagles, Londra: Penguin Books, 1977.

¹⁹⁴ Aeschylus, **The Oresteia**, s. 135.

¹⁹⁵ Özlem Duva, “Mitos'tan Logos'a Yargının Cinsiyetlendirilmesi ve Hukukun Eril İnşası: Didem Yaylalı ve Eril Yargının Tüm Mağdurlarına”, **Ankara Barosu Dergisi**, Vol. 4. 2015, s. 35.

eleştirel gözlüğüyle modern hukuk düzenindeki yargılamalara bakıldığında da Oresteia tragedyasının bugünün olağan hukuk düzeninin olağanüstü karakterlerle 26 yüzyıllık bir anlatısı olduğu anlaşılabacaktır.

1. Hukukun Eril Tahakkümle Uzlaşan Yöntemleri

Hukuktan beklenen “toplumda dirlik ve düzenlik, barış ve huzur sağlama işlevi”, salt hukuk kurallarıyla, hukukun kâğıt üzerindeki cümleleriyle gerçekleşmez.¹⁹⁶ Hukuk bu işlevini ve işleve dayanan varlığını, ancak “bir uygulamaya dönüşmekle” gösterebilir.¹⁹⁷ Hukukun uygulamasında ve hukuki uyumsuzlukların çözümünde izlenen yöntem ise hukukun bu işleviyle etkileşim içerisinde. Öyle ki Serozan, hukuk açısından yöntemi “akılcı, sorgulanabilir, denetlenabilir, gerekçeli ve aynı zamanda adaletli çözümler üretmenin mantıksal yolunu çizen, hukuksal akıl yürütmenin teknik enstrümanlarını gösteren bilim” olarak tanımlar.¹⁹⁸ Diğer bir deyişle, hukukun uygulanması, mantıksal izleme dayanan ve buna dayandığını gösteren basit bir problem çözümünden ibaret değildir; adalet kaygısı güden ya da en azından adaletsiz olmamayı hedef alan ve bu sayede toplumsal barışı sağlayan bir süreçtir.

Elbette adaletin gerçekleşmesi, en fazla bir “olması gereken”dir, “olan” değildir. Bu yüzden hukukun uygulanmasına yöneltilecek feminist eleştiriler, hukuk uygulayıcılarına gerçekçi olmayan hedefler dayatmaz. Bununla birlikte, sorun, üzerinde uzlaşılan “olması gereken”in de en başından itibaren eril tahakküm düzeni üzerinden tanımlanmasıdır. Hukukun düzeni sağlama görevi eril tahakkümü sağlamayla eşleşince, adalet de tahakküme uygunluk anlamını kazanır. Dolayısıyla yöntem, hukukun eril tahakküme göre uygulanmasının tek müsebbibi değildir. Ancak, önemli bir parçasıdır. Nitekim hukukun işlevi ve adaletin tanımıyla etkileşim içerisindeki yöntem ile eril tahakküm arasında bir uzlaşma vardır. Eril tahakküm, varlığını dayatmak için yönteme muhtaç değildir. Ancak, yöntemin eril tahakküme de zorluk çıkarmaması gerekir. Bu yüzden, eril tahakkümle uzlaşan yöntem, yargıcın hukuk kurallarını ve somut olayları yorumlarken içinde bulunduğu toplumun eril

¹⁹⁶ Rona Serozan, **Hukukta Yöntem-Mantık**, İstanbul: On İki Levha, 2024, s. 116.

¹⁹⁷ Yasemin Işıktaç, Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023, s. 166.

¹⁹⁸ Serozan, **op.cit.**, s. 12.

tahakküm kodlarını sarsmadan, onlara sadık kalarak karar vermesini sağlar. Başka bir ifadeyle, yöntem, eril adaleti engellemediği oranda uzlaşya uygun davranır; eril tahakkümü ayrıca ve bilfiil beslemesine gerek yoktur.

Hukukta yöntem denildiğinde, akla hemen yorum yöntemleri gelir. Şüphesiz, hukukun yararlandığı tek mantık aracı yorum değildir. Hukukun uygulanması, genel olarak mantıksal düşünme gerektirdiğinden, günlük hayatta çıkarımda bulunmak için başvurduğumuz tümden gelim, tüme varım, analoji, kıyas gibi akıl yürütme araçları uyuşmazlıkların çözümünde de uygulama alanı bulur. Şu kadar ki, ceza hukukunun kıyası yasaklaması gibi hukukun akıl yürütme araçlarına müdahale ettiği hallerde, bu araçların kullanım şartları değişkenlik gösterecektir. Yine de bunların hukukta kullanımının genel akıl yürütmedeki kullanımından ayrılmadığını, aralarında önemli bir farklılık olmadığını söylemek mümkündür. Fakat bu, yorum yöntemleri için geçerli değildir.

Hukukta yorum yöntemleri, hukukun kendine özgü terminolojisi, ilkeleri ve kuralları ile farklılaşır. Yargılama, baştan aşağı bir yorumlama faaliyetidir, ancak burada yapılan yorumlar alelade bir anlam arayışı için değil, uyuşmazlığın çözümü için gerekli *hukuksal* anlamı çıkarmak içindir. Bunun için yargıcın önce önündeki uyuşmazlıktaki soruna hukuki bir anlam atfetmesi, toplumsal sorunu hukuki soruna tercüme etmesi gerekir. Elbette, hukuki sorunun tespitine olaydaki tüm özelliklerin yorumu da eşlik eder. Devamında, bu hukuki sorunun çözümünde başvurulabilecek hukuk kuralı ya da kurallarının anlamı ortaya çıkarılmalıdır. Sorunun, sorunun özelliklerinin ve kuralın anlamı bir bütün olarak analiz edilmeden senteze, hukuki sorunun çözümüne ulaşamaz. İşte tüm bu süreçte, yargıcın akıl yürütmesi, yorum yöntemlerinin sunduğu seçenekler arasında yaptığı tercihe ya da bunları bir arada nasıl kullandığına bağlı olarak şekillenir.

Yorum yöntemleri, kuralın metninin, onu oluşturan sözcüklerin ne söylediğine göre “lafzi yorum”, kuralın mevzuat ve hukuk sistemi içerisinde bulunduğu yere göre “sistematik yorum”, kuralın iktibas edilen hukuk sistemindeki anlamı ve uygulamasına göre “karşılaştırmalı yorum” ya da kuralın “*yapım süreci ve oluşumdaki etkenleri*¹⁹⁹” ve kuralı koyanın amacına ve gerekçelerine göre “tarihsel yorum” veyahut “geçerli

¹⁹⁹ Bertil Emrah Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, İstanbul: Beta, 2010, s. 74.

hukuk düzeni çerçevesinde objektif olarak düzenlenmiş rasyonel amaçlara”²⁰⁰ göre “amaçsal yorum” olarak sınıflandırılır.²⁰¹ Seçilen yöntem, mutlaka diğer yöntemlerden farklı bir sonuç doğurmak zorunda değildir. Bazen bu yöntemlerin tamamı ya da birkaçı aynı hukuki anlama işaret edebilir. Ancak, çoğu zaman seçilen yöntem, varılacak sonuca etki edecektir.²⁰² Bununla birlikte, feminist teori, hukukta yoruma içkin bu değişkende önemli bir sabit olduğunu tartışır: Eril tahakküm. Buna göre, hangi yöntem seçilirse seçilsin, ister lafza ister sistematığa isterse de amaca bakılsın, yargılama temelde eril tahakküme göre anlamlandırılır. Dolayısıyla, feminist teorinin hukukun uygulamasına yönelik temel eleştirisi ve fark ettirmeye çalıştığı sorun, hukukta yorum yöntemleri arasında “tahakkümcü yorum” yönteminin de olduğu ve bu yöntemin diğer tüm yorum yöntemlerini belirlediğidir. Bu anlamda tahakkümcü yorum, hukukun uygulanmasını eril tahakkümün uygulanmasına çeviren bir anahtardır. Yargıcın akıl yürütmesinde kuralın yorumu ile olayın yorumu çoğu zaman iç içe geçse de bu bölümde ayrı bir şekilde ele alınacak ve tahakkümcü yorumun yargılamaya etkisi tartışılacaktır.

a) Kuralın Tahakkümcü Yorumu

Hukuk kurallarının yorumlanması, yargılama bakımından hem uyumsuzlığa uygulanabilir kuralı seçebilmek hem de uyumsuzluğun çözümünde onu kullanabilmek için kaçınılmazdır. Bu kurallar, genel ve soyut nitelikte olduğu için onları oluşturan cümlelerden, kelimelerden ve hatta noktalama işaretlerinden somut bir anlam çıkarmak kolay bir iş değildir. Zira hiçbir kural, en somut ve net olanı bile, kendi başına anlamlı değildir. Örneğin Anayasa’nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz*” cümlesi, mutlak bir yasak ve doğrudan uygulanabilir bir kural getirmesine rağmen yorumdan muaf değildir. Çünkü her halükârda yasak olanın ne olduğunun tanımlanması gerekir. İşkencenin ve eziyetin tanımının yapılmaya başlandığı noktada ise yorum devreye girer. Dolayısıyla, hukuk

²⁰⁰ Işıқтаç, Metin, **Hukuk Metodolojisi**, s. 206. Amaçsal yorumun nesnelliğe vurgu yapan bu tanımının da özneliği dışlamadığını not etmek gerekir. Zira geçerli hukuk düzeninin benimsediği rasyonel amaçlar, “*genel olarak adaletin gereklerine ya da toplumun üzerinde uzlaştığı adalet anlayışına ve toplumsal etiğe uygunluk ve hukuk etiği bağlamında genel hukuk ilkelerine yönelik arayışlar*”ı gerektirir. Bunlar ise, yargıca öznel değerlendirme yapması için geniş bir takdir alanı bırakır. Bakınız Oder, **op.cit.**, s. 105-106.

²⁰¹ Işıқтаç, Metin, **Hukuk Metodolojisi**, s. 206.

²⁰² Ibid s. 193.

kuralları, hukuken belirli, öngörülebilir ve açık olsa da yargıcın yorumuyla anlam kazanırlar.

Hukuk kurallarının yorumunun “*yorumcuya sıkı sıkıya bağlı*”²⁰³ olduğu ve yorumlayıcıdan yorumlayıcıya değişeceği söylenecek olsa da kuralı yorumlayan bir yargıç olduğunda yargı kararlarının bağlayıcılığı bu yoruma bir genellik kazandırır. Bu, hâkimlerin karar verirken diğer yargı kararlarına değil, anayasaya ve yasaya bağlı olduğu kuralını elbette değiştirmez. Ancak, bilhassa kesin kararlar bakımından, bu kararlarda yapılan yorumun artık kararın özelinde kaldığını söylemek mümkün değildir, kuralın uygulanmasına örnek teşkil ettiği ve sırf hukuk sistemi içerisindeki tutarlılık için dahi olsa diğer yargıçlar tarafından dikkate alınacağı ölçüde genelleşir. Diğer yandan, çalışmanın ikinci bölümünün konusunu oluşturan Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa Mahkemesi üyelerinin yorumu bu açıdan daha da belirleyicidir. Zira anayasaya uygunluk denetiminde Anayasa Mahkemesi hem anayasa kurallarının hem de anayasaya uygunluğunu denetlediği hukuk kurallarının anlamını açıklar ve Anayasa Mahkemesi kararlarının Anayasa’nın 153. maddesi uyarınca kesin ve bağlayıcı olması sebebiyle hukuk sistemine bir anlam verir.²⁰⁴

Öyleyse kuralların anlamının onları yorumlayan insan faktöründen bağımsız olmadığını ve yorumun hukuku etkilediğini kabul etmek gerekir. Bu, hukukun kusur addedilecek bir özelliği değil, gerçekliğidir. Ancak, yorumu kusurlu hale getiren, akıl yürütmede bilinçli ya da bilinçsiz olarak başvuru sosyal kabuller ve ön yargılardır. Dolayısıyla, yargılama makamlarının yöneldiği adaletin eril adalet olmasının sebebi de çoğu zaman uygulanan kuralın kendisinden, metninden, kaynaklanmaz. Keza yargıcın mantık hatasına düşmesi ya da örneğin amaçsal yorum yerine lafzi yorum tercih etmesi gibi durumlar da eril adaletin asli sebepleri değildir. Feminist bakış açısıyla sorun, tüm bu yöntemlerin eril tahakküme bağlı olarak uygulanmasıdır. Nitekim çalışmanın ikinci bölümünde Anayasa Mahkemesinin kararlarında görüleceği üzere, eril tahakkümle uzlaşmak için yorum yöntemlerine tahakkümcü yorumu entegre etmek yetmediğinde, yargıcın mantık hatasına düşmesi dahi bir hatadan ziyade

²⁰³ Kemal Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Vol. 61(3), 2015, s. 136., Ferhat Uslu, **Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, s. 150.

²⁰⁴ Anayasa Mahkemesinin kararlarının gerekçeleri ile bağlayıcı olup olmadığına ve yorumlu ret kararına ilişkin konularına çalışmanın ikinci bölümünde değinilecektir.

uzlaşmaya sadakatin gerektirdiği bir tercih olarak ortaya çıkar.²⁰⁵ Bu yüzden, “*yetki dar, hürriyet geniş yorumlanır*”²⁰⁶ gibi yorum ilkeleri de hiçbir zaman bu “tercih edilen” kusuru gidermeye yetmeyecektir.

Feminist teorinin kuralların yorumuna yönelik bu eleştirisine, belirlilik ilkesinin azami önem kazandığı ceza hukukundan bir örnekle bakmak çarpıcı olacaktır. Türk Ceza Kanunu’nun 97. maddesinde düzenlenen terk suçu, “*yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk eden kişi*”nin üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını öngörür. Maddenin ikinci fıkrası ise, mağdurun terk sebebiyle bir hastalığa yakalanması, yaralanması ya da ölmesi halinde “*neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümlerine göre*” cezalandırılacağını belirtir. Bu kuralı bir örnek olarak ilginç kılan, ikinci fıkrasının hem getirilen yükümlülük hem de bu yükümlülüğe aykırı davranıldığında maruz kalınacak yaptırım bakımından yoruma muhtaç olmasıdır.

Yükümlülüğe ilişkin cümle yoruma muhtaçtır çünkü kendini idare edememe halinin ve kimlerin hangi hallerde kendini idare edemeyecek bu kişileri koruma ve gözetimden sorumlu olacağının açıklanması gerekir. Yaptırımın yorumlanması ise terkin hastalanma, yaralanma ya da ölümle sonuçlanması halinde faile ne ceza verileceğinin açıkça belirlenmemesi sebebiyle gereklidir. Maddenin ikinci fıkrasında netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümlerine yapılan gönderme, cezanın belirlenmesine yardımcı olmaz zira netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçu düzenleyen TCK madde 23, yaptırım belirleyen bir madde değil, sadece kişinin kastetmediği neticeden sorumlu tutulabilmesi için ortaya çıkan netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerektiğine ilişkin bir kusur belirleyici kuraldır.²⁰⁷

²⁰⁵ Çalışmanın ikinci bölümünde Anayasa Mahkemesinin kadının soyadına ilişkin norm denetimi kararlarının incelendiği kısımda, “Ayrımcılık Yasağına İlişkin Sorunlar” başlığında Mahkemenin farklı muamelenin tespiti bakımından yaptığı dairesel akıl yürütme eleştirilmiştir.

²⁰⁶ Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, içinde Ed. Ozan Ergül, **Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2013, s. 79.

²⁰⁷ Bakınız Şeyma Cebeci, “Terk Nedeniyle Mağdurun Hastalığa Yakalanması, Yaralanması ya da Ölmesi Suçunu Düzenleyen TCK m. 97/2’nin Kanunilik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi” içinde Ed. Pınar Başak Coşkun, Barkın Özyurt, Yağmur Öykü Yönet, **Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi III. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu 26-27 Kasım 2022**, İstanbul: On İki Levha, 2023, s. 651.

Kuralın yaptırımının belirlenmemiş olması, onun Anayasa'ya aykırılığını doğuracak bir sorundur. Nitekim Anayasa'nın 38. maddesi cezaların kanunla belirlenmesi gerektiğini açıkça düzenlemiştir. Öğretideki bir görüş, terk sebebiyle ölüm halinde taksirle öldürme ve terk sebebiyle yaralama halinde taksirle yaralama hükümlerinin uygulanması gerektiğini tartışırken, yargı kararlarında kabul edilen diğer görüş ise TCK madde 97/2'nin işlenmesi halinde faile neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçunu düzenleyen TCK madde 87'nin öngördüğü cezaların verilmesini benimser.²⁰⁸ Bu sorun ceza hukukçularının alanın bilgisiyle tartışabileceği tekniklikte gözükmeyle birlikte, TCK madde 97/2'nin düzenlenme şekli, uygulaması ve alternatif görüşlerin sunduğu çerçeve, yaptırımın kanunla değil, yorum yoluyla belirlendiğini açıkça ortaya koymaktadır. Üstelik yaptırımın belirlenmemesinden doğan boşluğun benzer düzenlemelere başvurularak doldurulmasına yönelik bu yorum, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olan kıyas yasağına da aykırıdır.²⁰⁹ Dolayısıyla, böyle bir yorum, yargıcın kullanmaması gereken bir akıl yürütmeye de dayanır.

Öyle gözükmektedir ki, TCK madde 97/2'nin yaptırım eksikliğine ve kıyasa yol açmasına rağmen Anayasa Mahkemesine hala taşınmamış olması ve bu madde bakımından cezaların kanuniliğinin görmezden gelinerek alternatif yaptırımların tartışılması, koruma ve gözetim yükümlülüğüne yani suçun tanımına dair yorumun baskın gelmesinden kaynaklanır. Diğer bir deyişle, suçun yaptırımındaki soruna rağmen uygulama alanı bulmaya devam etmesi, suça atfedilen değerle ilgilidir. Nitekim Yargıtay kararlarına bakıldığında, TCK madde 97/2 kapsamında verilen çok az kararın neredeyse tamamının anneleri tarafından terk edildikleri için ölen bebeklerle ilgili olduğu görülür.²¹⁰ Dolayısıyla uygulamanın TCK madde 97 kapsamında kimlerin kimler için koruma ve gözetim yükümlülüğüne sahip olduğu sorusuna verdiği cevap, öncelikle annelerin bebeklerine karşı yükümlülüğüdür.

²⁰⁸ Şeyma Cebeci, "Terk Nedeniyle Mağdurun Hastalığa Yakalanması, Yaralanması ya da Ölmesi Suçunu Düzenleyen TCK m. 97/2'nin Kanunilik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi", ss. 654-656.

²⁰⁹ Ibid s. 664.

²¹⁰ Şeyma Cebeci, **op. cit.**, ss. 657-661., Örneğin bakınız Yargıtay 1. C.D., E. 2010/3334, K. 2012/4002, Karar Tarihi: 16.5.2012, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024)., Erzurum BAM, 1. C.D., E. 2017/521, K. 2017/991, Karar Tarihi: 24.5.2017, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024)., Yargıtay CGK, E. 2014/161, K. 2015/493, Karar Tarihi: 8.12.2015, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024)., Yargıtay CGK, E. 2015/986, K. 2018/102, Karar Tarihi: 20.3.2018, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).

Kanun koyucunun yorumuna amaçsal yorum yöntemiyle bakıldığında, bu özgü suçun failinin yükümlülüğünün kaynağına ilişkin bilgi edinmek mümkün değildir. Kanun koyucu, suçun icrai ya da ihmali hareketle işlenebileceğini açıklarken verdiği örneklerde “*bir bebeğin cami avlusu gibi belli bir mahalle götürülüp bırakılması*” ya da “*ileri yaşta bulunan veya hasta bir kişi ya da bir bebek evde kendi hâline terk edilerek tatile çıkılması*” durumlarına değinmiştir.²¹¹ Buradan kanun koyucunun amacının öncelikle ev içerisinde bakım yükümlülüğüne sahip kişilerin bu yükümlülüğü ihlal etmeleri halinde cezalandırılmaları olduğu söylenebilir. Zira vurgu özellikle ev içerisindeki bakıma yöneliktir. Buna karşılık lafzi yoruma başvuran öğretinin bu yükümlülüğün herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığından hareketle “*kanundan, sözleşmeden, mahkeme kararından veya doğal bağlılık ilişkisinden*” kaynaklanabileceğini kabul ettiği görülür.²¹² Sözleşmeden doğan yükümlülük, çocuğun ya da hastanın korunması ve gözetilmesi için emanet edildiği çocuk bakıcılarını, hasta bakıcıları, huzurevi çalışanlarını ya da kreş çalışanlarını düşündürür. Doğal bağlılık ilişkisi, akla yeni doğan bebeğin anneye bağlılığını anımsatır. Lafzi yoruma sistematik yorum dahil edildiğinde, kanundan doğan yükümlülük ise TMK madde 335 ve devam hükümler gereğince velayet ilişkisi kapsamında anne ve babanın çocuğu üzerindeki yükümlülük olarak açıklanabilir. Yine, TMK madde 396 ve devam hükümleri gereğince vesayeti gerektiren hallerde belirlenen vasi için de böyle bir yükümlülük hem kanundan hem de mahkeme kararından kaynaklanacaktır.

Ancak, tüm bunların yanında, farklı yorum yöntemleri ile belirlenen yükümlülükleri etkileyen tahakkümcü yoruma göre bu yükümlülük, öncelikle eril tahakkümün geleneğine dayanır. Örneğin Yargıtay, 1998 yılında vermiş olduğu bir

²¹¹ Madde gerekçesinde suçun tanımlandığı kısımda şu açıklamalara yer verilmiştir: “*Madde metninde terk suçu tanımlanmıştır. Suçun konusu, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimselerdir. Suçun faili ise, bu kimseler üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi olabilir. Söz konusu suç, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimseyi kendi hâline terk etmekle oluşur. Bu terk olgusu, bir bebeğin cami avlusu gibi belli bir mahalle götürülüp bırakılması gibi icrai davranışla gerçekleştirilebilir. Keza, bu suç, ihmali davranışla da işlenebilir. Örneğin ileri yaşta bulunan veya hasta bir kişi ya da bir bebek evde kendi hâline terk edilerek tatile çıkılması hâlinde, koruma ve gözetimden yoksun bırakılabilirler. Maddenin birinci fıkrasında, başlı başına bu terk olgusu bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.*” Bakınız Türk Ceza Kanunu Madde 97 Gerekçesi, Bakınız Türk Ceza Kanunu-Madde Gerekçeleri, Madde 97, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 7 Nisan 2024), Türkiye Büyük Millet Meclisi, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)”, 12 Mayıs 2003, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 8 Nisan 2024), ss. 505-506.

²¹² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2013, s. 281.

kararda, kızının evlilik dışı ilişkisinden doğan bebeğini kızı yarı baygın haldeyken ondan habersiz olarak cami avlusuna terk eden anneanneninin “*geleneksel anne-kız ilişkilerinde yeni doğan çocuk konumundaki çocuğu korumakla yükümlü olduğu*”na karar vermiştir.²¹³ Dolayısıyla, çocuğu, hastayı ya da yaşlıyı koruma ve gözetim yükümlülüğü çalışmanın devamında üzerinde durulacak olan eril tahakkümün kadına yüklediği ev içi bakım yükümlülüğü ile açıklanmıştır. Anneanneninin koruma ve gözetim yükümlülüğünün dayanağı, eril tahakkümdür.

Suç tanımlamak için başvuru tahakkümcü yorum, tahakkümün ev içi bakım yükümlülüğü bakımından anne ve baba arasında yaptığı ayrımı da dikkate aldığı için yargıcın kurallar arasındaki tercihi de etki eder. Nitekim Yargıtay, daha yakın tarihli bir kararında ilk derece mahkemesinin tahakkümcü yorumla anne, baba ve anneanne için ayrı suç ve cezaya hükmeden kararını yanlış ve eksik ceza tayini nedeniyle bozmuştur.²¹⁴ Karara konu olay yine bir bebeğin terk sonucunda ölmesine ilişkindir. Bebeğin annesi, babasıyla evlenmeden önce girdiği cinsel ilişki neticesinde hamile kalmış ve evlenmelerinden üç ay sonra doğum yapmıştır. Yargıtay’ın esas aldığı olay anlatımına göre, bebeğin annesi, babası ve anneanesi çevrelerinde bunun hoş karşılanmayacağı düşüncesiyle bebeği en başından itibaren benimsememişler ve ondan kurtulmak istemişlerdir. Örneğin, doğum için hastaneye giderken yanlarında hiçbir bebek kıyafeti götürmemişlerdir. Doğumdan sonra ise anne, sağlık görevlilerinin uyarılarına rağmen bebeği beslemekten kaçınmıştır. Hastaneden taburcu olduktan sonra bebeği önce bindikleri taksiye bırakmayı denemişler, ancak taksi şoförünün uyarısı üzerine baba bebeği almak zorunda kalmıştır. Devamında, anne ve anneanne bebekle ilgilenmeden eve çıktıktan sonra baba “*şehir dışında ıssız bir yerdeki kullanılmayan tuğla fabrikasına giderek, bebeği ağzı ve yüzü battaniye ile sarılı bir şekilde bahçe duvarı kenarına bırakıp üzerine tuğla parçaları koyarak*” anne ve anneannenin yanına dönmüştür.²¹⁵ Üçü de doğum olayını çevrelerinden saklamış, bebek ise yaklaşık bir ay sonra oradan geçen biri tarafından ölü bulunmuştur.

Olayın detaylarına bakıldığında, anne, baba ve anneannenin bebeği bir an evvel terk etmek bakımından ortak hareket ettikleri aşıkardır. Yargıtay da suçun

²¹³ Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 281.

²¹⁴ Yargıtay 1. CD., E. 2008/7098, K. 2010/3459, Karar Tarihi: 11.5.2010, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).

²¹⁵ Yargıtay 1. CD., E. 2008/7098.

işlenmesinde hepsinin “*eylem ve irade birliği içinde*” olduğunu kabul etmiştir.²¹⁶ Ancak, ilk derece mahkemesi, babayı TCK madde 83 kapsamında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan, anne ve anneanneyi ise TCK madde 97/2 kapsamında terk suçuna ilişkin hükümlerden mahkûm etmiştir. Her ne kadar Yargıtay sanıkların tamamının farklı bir suçtan, TCK madde 82/1-d gereğince kasten öldürmenin alt soya karşı işlenmesine ilişkin nitelikli halinden, cezalandırılması gerektiğine karar vermişse de çalışmanın konusu bakımından önemli olan, ilk derece mahkemesinin irade birliği içerisinde olan veya en azından birbirine yardım eden konumunda bulunan kişiler arasında “yükümlülük” açısından yaptığı ayırımdır.

İlk olarak, annenin ve babanın bebeğin yanında bulunmalarına ve koruma ve gözetim yükümlülükleri açısından hiçbir engelleri olmamasına rağmen bu yükümlülük ayrıca anneanneye de yüklenmiştir. Aile içerisindeki kadınların tüm alt soyun bakımıyla yükümlü olacağına ilişkin bu genişletici yorum, eril tahakkümün kadını zorladığı aile içi görevden kaynaklanır. İkinci olarak, bebeğin koruma ve gözetim yükümlülüğü, anneye ait olduğu kadar babaya da ait olmalı iken baba bu yükümlülükten ayrı tutulmuştur. Doğum sonrasında bebeğin anneye daha fazla ihtiyaç duyması olağandır, ancak yeni doğan için dahi koruma ve gözetme yükümlülüğü müşterektir ve babanın yükümlülüğü anneninkinin alternatifi değildir. Aksi yorum, babaya ailenin yönetimini, anneye de ailenin bakımını uygun gören eril tahakkümcü bakış açısıdır.

Nitekim tahakkümcü bakış açısı, babanın koruma ve gözetim yükümlülüğünü, annenin bakım yükümlülüğünü yönetme şeklinde anlar. Bu yüzden, ilk derece mahkemesi, babaya bebeğe bakmak gibi bir yükümlülük yüklememiş; onun bebeği fabrikaya terk etmesini kasten öldürme suçu bakımından değerlendirmiştir. Buna karşılık, annenin ve anneannenin babayla birlikte bu kastı paylaştığı ve başından sonuna kadar haberdar olduğu aşikâr olmasına rağmen, anne ve anneannenin kastı terk etmeyle ve dolayısıyla koruma ve gözetim yükümlülüğü ile sınırlı tutulmuştur. Diğer bir deyişle, bebeği öldürebilme kararının ancak ailenin ‘reisi’ baba tarafından alınabileceği, annenin ve anneannenin ise baba dururken bu tür bir karar almaya ehil olmayacağı ve bu yüzden onların sorumluluğuna ancak bakım yükümlülükleri bakımından gidilebileceği düşünülmüştür. Suç tipleri arasındaki tercih sanığın alacağı

²¹⁶ Yargıtay 1. CD., E. 2008/7098.

cezayı da etkilediği için ilk derece mahkemesinin bu tercihinin anne ve anneanneye daha az ceza verme motivasyonundan kaynaklandığı söylenebilir ya da en azından bu sebeple olumlu okunabilir. Ancak, ceza yargılaması verilecek cezaya göre yapılmaz; ceza, yargılamanın sonucuna göre verilir. Bu yüzden mahkemenin, tahakkümcü yoruma dayanarak yaptığı bu ayrımın bununla da meşrulaştırılması mümkün değildir.

Neticede bu örneğin de gösterdiği üzere, tahakkümcü yorumun hukukun uygulamasını etkileme potansiyeli yüksektir. Üstelik bu etki, henüz kuralın açıklanmasında ve uyuşmazlığa uygulanacak kuralın seçilmesinde kendini gösterdiği için oldukça sinsidir. Hukuk kurallarının anlamını çıkarmanın bir yorum süreci gerektirdiği, çoğu zaman göz ardı edilen bir gerçek olduğu için tahakkümcü yorumun etkisini ortaya çıkarmak zordur. Öte yandan, yargıcın başvurduğu tahakkümcü yorum, diğer yorum yöntemlerine eklenilerek gizlenir. Hâliyle, yargıcın akıl yürütmesi ve vardığı sonuç bakımından yöneltilecek eleştiriler de yargıcın mantık kurallarına riayet etmemesini, yorum yöntemleri arasında yaptığı tercihi ya da yorum ilkelerini gereği gibi uygulamamasını hedef alır ve sorunun özüne inemez. Halbuki yorum yöntemlerinin tamamını kuşatan tahakkümcü yorum, hukukun üretilmesinde ve kurallarında hâkim olan eril tahakkümün bu kuralların uygulanmak üzere açıklanmasında da varlığını sürdürmesini sağlar. Bu yüzden, feminist teoriye göre, aşına olunan yorum yöntemleri ve ilkelerinin pek bilinmeyen bu yüzü açığa çıkarılmadığı sürece hukukun uygulanması, eril adaletle yönelmeye devam edecektir.

b) Olayın Tahakkümcü Yorumu

Yargılamanın konusunu oluşturan uyuşmazlığın yargıç tarafından çözümlenmesi de bir yorumlama işlemi gerektirir. Bu daha kompleks bir yorumdur, zira bir yandan uyuşmazlığı yaratan olay ve olguların özelliklerini anlamayı ve bunların hangi yönlerinin uyuşmazlığın çözümünde ön plana çıkarılacağına karar vermeyi içerirken diğer yandan tespit edilen ilgili hukuk kuralının bu olaya nasıl uygulanması gerektiğine dair bir değerlendirme yapmayı gerektirir. Ancak, feminist teori açısından olayın tahakkümcü yorumunu ortaya çıkarmak ve eleştirmek daha kolaydır. Zira hukuk kuralının yorumlanmasından farklı olarak, yargıcın yargılama konusu olay ve olgular bakımından bir yorumlama faaliyeti yaptığına itiraz eden olmayacaktır. Nitekim hukuk kurallarına onu uygulayan insanlardan bağımsız bir

varlık ve objektiflik atfeden anlayışın uyuşmazlığı da genelleştirerek belirli bir kalıp içerisinde ele alması zordur. Her bir uyuşmazlık, kendisine benzeyen uyuşmazlıklar ile tekrarlayan bir örüntünün parçası olsa dahi, özeldir. Bu yüzden, yargıcın her defasında iddia ve savunmayı, olayın özelliklerini, sunulan delilleri hassasiyetle incelemesi ve tüm bunları yorumlayarak bir sonuca ulaşması gerekir.

Hukukun uygulamasına bu yönden yaklaşıncı akla ilk gelen hukuk veya ceza yargılamalarıdır, ancak çalışmanın konusunu oluşturan anayasa yargısı bakımından da durum farklı değildir. Bireysel başvuruda Mahkeme, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50/1. maddesi gereğince derece mahkemelerinin ya da idari makamların yerine karar veremeyecek olsa da başvuru konusu yapılan temel hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmediğini tespit edebilmek için başvurucunun şikâyet ettiği olay ve olguları göz önünde bulundurmak durumundadır. Elbette Mahkemenin dikkate alacağı detaylar, yargılama aşamalarında ileri sürülen ve kanun yolları tüketilenlerle sınırlı olacaktır, ancak bunlarla sınırlı da olsa Mahkeme nihayetinde uyuşmazlığın özelliklerini inceler.²¹⁷ Diğer yandan, norm denetiminde Anayasa Mahkemesinin tek yaptığı kuralın yorumlanması gibi gözükür, ancak somut norm denetiminde Mahkemenin “davaya uygulanacak kural”a yönelik incelemesi, kaçınılmaz olarak olayın nitelmesini gerektirir ve bir nevi olay yorumlamasına denk gelir.

Mahkemenin 1973 yılında verdiği bir ret kararı bu açıdan ilginç ve açıklayıcı bir örnektir.²¹⁸ İtiraz başvurusu yapan mahkemenin önündeki dava, bir kadının bir erkeği kaçırmayla ilgilidir. Sanık, yargılama devam ederken kaçırdığı erkekle evlenmiş ve Mülga Ceza Kanunu'nun 434. maddesine dayanarak davanın tecilini istemiştir. Ancak, Kanun'un 434. maddesi, *“Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur”* şeklindeki düzenleme ile kaçıranı erkek, kaçırılanı kadın olarak ifade etmiştir. İtiraz

²¹⁷ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen *“İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.”* şartı, başvurucuların olağan başvuru yollarını kullanırken ihlal iddialarını dolaylı ya da örtülü olarak dile getirmiş olmasını, bir ihlal iddiasını ilk defa bireysel başvuruda ileri süremeyeceğini ifade eder. Bakınız Ulaş Karan, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2015, s. 63.

²¹⁸ Bakınız AYM, E. 1973/10, K. 1973/12, Karar Tarihi: 22.3.1973.

başvurusunun konusu da bu kuralın kadın ve erkek arasında yaptığı ayrım sebebiyle Anayasa’da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılığıdır. Ancak, Anayasa Mahkemesi davaya konu olayı ve bu olaya ilgili hukuk kuralının nasıl uygulanacağını incelerken çok dar bir yorum yapmış ve itiraz konusu kuralın davaya uygulanacak kural olmadığına karar vererek itiraz başvurusunu reddetmiştir. Zira Mahkemeye göre, dava, genel olarak bir kişinin diğerini kaçırmayla ilgili değil; bir kadının bir erkeği kaçırmayla ilgilidir. Bu yüzden bir erkeğin kadını kaçırdıktan sonra onunla evlenerek hakkındaki davanın tecili imkânından yararlanmasına ilişkin kuralın olaya uygulanması mümkün değildir. Oldukça teknik gözükse, itiraz başvurusunun şartlarına ilişkin bu hususta Mahkemenin yaptığı değerlendirmenin olayın tahakkümcü yorumuna yaslanmadığını söylemek çok zordur.

Kararın karşı oyunda da isabetle belirtildiği üzere, davaya uygulanacak kural şartı, uyuşmazlığın çözümünde ölçüt alınacak ve ona göre karar verilecek kuralı ifade eder. Bu yüzden, ilgili kuralın uyuşmazlığa mutlak surette uygulanacak olması gerekmez, önemli olan uyuşmazlık konusuna uygulanabilir olmasıdır. Nitekim yargılamayı yapan mahkeme, ilgili kuralı ölçüt aldıktan sonra kuralın ve olayın unsurları bakımından yaptığı inceleme neticesinde kuralı sanığa uygulamamaya karar verdiğinde de bu kuralı menfi yönden uygulamış olur. Kaldı ki, haksız farklı muamele yaratan bir kuralın itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine taşınmasının sebebi, diğer yönleriyle davaya uygulanabilir olan kuralın ayrımcı olduğu için davanın taraflarını dışlaması ve bu yüzden davaya uygulanamaması olacaktır. Ancak, Mahkeme, tahakkümcü yorumla, kaçırılan kişinin kendisini kaçıran kişiyle evlenmesi halinde kaçıran hakkındaki davanın ertelenmesi meselesini cinsiyet üzerinden tanımlamış ve bu cinsiyetçi bakış açısıyla cinsiyet ayrımı yapan kuralın denetimini engellemiştir. Cinsiyet üzerinden yapılan bu olay tanımlaması, olayda kimsenin ‘namus’unun evlilikle ‘temizlenmesini’ gerektirecek şekilde ‘kirlenmediğine’ yöneliktir. Kuralın kendisi de kadının namusunu ‘kirleten’ erkeğin kadınla evlenerek ona ‘sahip çıkması’ halinde ‘affedileceği’ düşüncesine dayandığı için Mahkemenin olayda aradığı, evlilikle iffeti kurtarılacak bir mağdur olmuştur. Ancak erkeğe böyle bir iffetsizlik ya da zayıflık yakıştıramayan Mahkeme için kural ile olay arasında bir eşleşme yapılması mümkün olmamıştır. Başka bir ifadeyle, kuralın fail erkek-mağdur kadın şeklinde

yaptığı ayrımı, Mahkeme olay bakımından yapmış ve davadaki uyuşmazlığı bu ayrıma dayanarak açıklamıştır.²¹⁹

Anayasa Mahkemesinin bakış açısı, itiraz başvurularında eşitlik ilkesinin ölçü norm olarak uygulanmasını çok güçleştiren bir karara yol açtığı için yapılan yorumun etkilerini göstermek bakımından kayda değerdir. Ancak, diğer yandan bu karar, davanın özelliklerine dair yorumun oldukça teknik gözükken bir başvuru şartı ya da kural bakımından dahi yargılamanın sonucunu değiştiren bir faktör olduğunu gösterdiği için de önemlidir. Nitekim çoğu kez, yargıcın uyuşmazlığın bağlamını nasıl tanımladığı ve olayın özelliklerini nasıl değerlendirdiği, hukuk kurallarının nasıl uygulanacağı sorunuyla iç içe geçer. Öyle ki, davaya konu olay ve olguların tartışılması, hukuk kuralının tartışılmasına denk görülür. Bu, yargılamaya içkin analiz ve sentez sürecinin; bütünsel düşünce faaliyetinin doğal bir sonucudur. Ancak, hukukla olay arasındaki ayrım silikleştikçe, olayın farklı şekilde yorumlanmasına ilişkin önerilerin dikkate alınması zorlaşır. Zira olayın özellikleri, en başından itibaren ona uygulanacak kuralın şartlarına göre belirlenir ve hukuk kuralının tahakkümcü yorumla belirlenen yorumu olaya sirayet ettirilerek olayın özellikleri de tek ve kesin bir bağlamı varmış gibi ele alınır. Halbuki olayların her zaman bir alternatif anlatımı vardır. Hangi detaya ne anlam yükleneceğinin tek bir cevabı olmadığı için olayın detaylarından bazıları göz ardı edilerek tahakkümcü yorumla seçilen anlatının “hukuk”la özdeşleştirilmesi, eril tahakkümün akıllıca tasarlanmış bir düzeneğidir. Olayın alternatif yorumunun üzerinin hukukla kapatılması, olayın tahakkümcü yorumuna itiraz edenlere “kanun bunu gerektiriyor” karşılığının verilmesini ve onların hukuku bilmemekle suçlanmasını kolaylaştırır.

²¹⁹Anayasa Mahkemesi, Mülga Ceza Kanunu’nun 434. maddesini esastan incelediği 25 Mart 2004 tarihli kararında kuralı, aynı kanunun reşit olmayan kişinin “*cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla*” kaçırılmasını veya alıkonulmasını suç olarak düzenleyen 430. maddesinin ikinci fıkrası yönünden “*aynı suçu işleyen iki ayrı suç faili hakkında sırf cinsiyetlerinden dolayı ayırım yapılarak, maddede yer alan erteleme kurumundan erkek sanıkların yararlandırılmaları*” gerekçesiyle eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Ancak, Mahkemenin aynı kararda kuralı, Mülga Türk Ceza Kanunu’nun reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen 416. maddesi bakımından inceleyip “*bazı suçlar vardır ki, bunları ancak kadın işleyebilir, yine bazı suçlar bulunabilir ki, bunlar ancak bir kadına karşı işlenebilir. Demek ki kadın için fail veya mağdur olma bakımından bazı özelliklere rastlanabilmektedir. Başka bir deyişle, bazı fiillerin yaradılış veya hukuk düzeni icabı kadın tarafından işlenemeyeceği, ancak erkek tarafından işlenmesinin mümkün olduğu görülmektedir. İtiraz konusu kurallardan Türk Ceza Kanunu’nun 416. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen reşit olmayan kimsenin rızası ile cinsi münasebette bulunma suçu da bu niteliktedir. Dolayısıyla buradaki ayırım kadın ve erkek arasındaki biyolojik ve fiziksel farklılıklardan kaynaklanmaktadır*” şeklinde değerlendirme yaparak Anayasa’ya uygun bulması, aynı bakış açısını sürdürdüğünü göstermektedir. Bakınız AYM, E. 2001/478, K. 2004/38, Karar Tarihi: 25.3.2004.

Kadın cinayetlerinde TCK'nin haksız tahrik şartlarını düzenleyen 29. maddesinin ve iyi hal indirimi olarak bilinen takdiri indirim nedenlerini belirleyen 61. maddesinin uygulanış biçimleri, hukuk ve olayın iç içe geçirilerek tahakkümcü yoruma göre açıklanmasının çok tartışılan, bilindik örnekleridir.²²⁰ Kadınların mağdur olduğu hallerde, tahakkümcü yorum hem hukuk kurallarından hem de olaydan erkeğin şiddete hakkı olduğu sonucunu çıkaracak bir anlam yaratır. Ancak bu anlamlandırma faille sınırlı değildir, tahakkümcü yorumun aynı zamanda kadına da şiddeti hak ettiğini hatırlatacak bir yönü bulunur. Dolayısıyla olaydaki denklem, sadece erkeğin şiddet göstermeye ehil olması değil, kadının da şiddet görmesi gerektiği üzerinden kurulur. Erkeği haksız tahrik hükümlerinden yararlandırmanın çoğu zaman şiddet gören kadının davranışları olmasının sebebi de erkek şiddetinin tahakküm ilişki üzerinden yorumlanmasıdır.²²¹ İşte bu yüzden, işler tersine döndüğünde, kadın mağdur olmaktan çıkıp faile dönüştüğünde, hukuk kuralları aynı şekilde işlemez. Zira tahakkümcü yorum, tahakküm altında olanın şiddetini, hukuk ne derse desin mazur görmez.

Türkiye’de geniş yankı uyandıran Çilem Doğan’ın yargılanması, tahakküm denklemine öteki tarafından bakmak ve tahakkümcü yorumun olayın yorumlanmasını nasıl etkilediğini göstermek bakımından dikkate şayan bir örnektir.²²² Çilem Doğan, kendisine şiddet uygulayan eşini öldürdüğü için eşe karşı kasten öldürme suçundan mahkûm edilmiş, mahkumiyeti haksız tahrik hükümlerine ve takdiri indirim nedenlerine dayanılarak 15 yıl hapis cezası olarak belirlenmiştir. İlk bakışta, bu yargılamanın eşini öldüren erkeklerin yargılamasından pek de farklı olmadığı düşünülebilir. Hatta bu yargılamanın erkeklere uygulanan haksız tahrik ve indirim hükümlerinin kadınlara da uygulandığı yanılgısını yaratacak bir şekilde ele alınması ve aldatıcı bir göstergeye dönüştürülmesi de mümkündür. Ancak, olayın detaylarına bakıldığında, Çilem’in eşini öldürmesinin haksız tahrik değil, meşru savunma

²²⁰ Haksız tahrike ilişkin kararlarında eril tahakküm kodlarını inceleyen bir çalışma için bakınız Eylem Ümit Atılğan, **Türkiye'deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukuki Bir Araştırma: Haksız Tahrik Kararlarında Eril Tahakküm Kodları**, Ankara: Turhan, 2015.

²²¹ Özellikle kadının erkeğin “erkeklik onuru”na yönelik ifadelerinin haksız tahrik nedeni sayılabilmesi, tahakküm ilişkisine gösterilen hassasiyetin önemli bir tezahürüdür. Örneğin, sanığın arkadaşı olan maktul kadının sanıkla aralarında anlaştıkları ev kiralama işinin gerçekleşmemesi sebebiyle sanığa “sen ne biçim erkeksin” demesi, hakaret ve haksız tahrik nedeni sayılmıştır. Bakınız Yargıtay 1. C.D., E. 2011/2574 K. 2011/3496, Karar Tarihi: 31.5.2011, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 4 Nisan 2024). Benzer yönde yargı uygulamaları için bakınız Atılğan, **op.cit.** s. 180 vd.

²²² Bakınız Yargıtay 1. CD., E. 2020/4699, K. 2021/13692, Karar Tarihi: 27.10.2021, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).

kapsamında değerlendirilmesi gerektiği anlaşılr. Ne var ki, derece mahkemesi ile Yargıtay, tahakkümcü yorumla, olaydaki meşru savunmanın şartlarına ilişkin detayları olaydan ayıklamış ve hukuku da kendi seçtikleri bu anlatıya uygulamışlardır.

Şöyle ki, Türk Ceza Kanunu’nun 25/1. maddesi, kişinin kendisine veya başkasına ait hakka “*yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile*” işlediği fiili meşru savunma olarak tanımlamış ve bu fiilden dolayı faile ceza verilemeyeceğini düzenlemiştir. Kanun’un 27/2. maddesi ise, “*meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan*” ileri geldiyse yine faile ceza verilmeyeceğini belirlemiştir. Meşru savunmanın sınırlarını belirleyen 25. maddeye göre, öncelikle failin ya da başkasının hakkına yönelik bir saldırının varlığı aranır. Saldırının “*gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak*” olması, bitmemiş olması gerektiğini ifade eder. Diğer bir deyişle, saldırı gerçekleştikten sonra, saldırının tekrarlanacağına ilişkin yüksek bir olasılık da yoksa, verilen cevap bakımından artık savunmadan değil, ancak haksız tahrikten yararlanması tartışılabilir yeni bir saldırıdan bahsedilecektir. Öte yandan, savunmaya ancak defetme zorunluluğu doğduğunda ve saldırıyı uzaklaştırmaya yetecek oranda başvurulmalıdır. Meşru savunmanın diğer şartlarının oluştuğu bir olayda failin araç ve zaman bakımından orantılı hareket etmemesi, TCK madde 27/2’yi gündeme getirecektir. Sınırın aşılması, savunma hareketinin saldırıya göre aşırı kaçması ya da saldırının bitmesine rağmen devam ettirilmesi şeklinde ortaya çıkabilir.²²³ Ancak, önemli olan, bunun failin içinde bulunduğu “*istisnai psikolojik*”²²⁴ durumdan; saldırının onda yarattığı acı, korku, panik gibi mazur görülecek yoğun duygulardan kaynaklanmasıdır.

Şüphesiz, bir olayda meşru savunmanın şartlarının mevcut olup olmadığının tespiti, her bir unsur bakımından olayın yorumuna muhtaçtır. Ancak, sınırın aşılması halinde, yargıcın, olayın nasıl geliştiğinin yanında failin olayı yaşarken ne durumda olduğuna da bakması gerekir. Zira TCK madde 27/2, yargıçtan failin olay sırasında yaşadığı heyecan, korku ve telaşın makul kabul edilip edilmeyeceğini

²²³ Kanun maddesinde sınırın aşılması bakımından lafzi bir sınırlama olmamasına rağmen zamansal sınır aşımı buna dahil edilmez diyen görüş için bakınız Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin, 2011, s. 312.

²²⁴ Ibid s. 313.

değerlendirmesini de talep eder. Öyleyse hem meşru savunmanın hem de meşru savunmada sınırın aşılmasının şartları, olayın özelliklerine göre anlam kazanacaktır. Çilem'in meşru savunma hükümlerinden yararlanmamasının sebebi de olayın bazı özelliklerinin tahakkümcü yorumla dışlanması ve geri kalan özelliklerinin bağlamdan kopuk bir şekilde değerlendirilmesidir.

Sadece olay anında yaşananlara bakılacak olursa, Çilem'in yargılanmasına konu olay özeti şu şekildedir: Çilem, eşi Hasan'ı evde, yatak odasında, Hasan'ın silahı ile öldürmüştür. Olay günü eve gelen Hasan, Çilem'den bebeğini diğer odaya götürmesini istemiştir. Çilem, bebeği bırakıp Hasan'ın bulunduğu yatak odasına gittiğinde Hasan bir valiz çıkarmış, kapıyı kilitlemiş ve belindeki tabancayı çıkararak yastığın altına koyduktan sonra Çilem'den hazırlanmasını istemiştir. Çilem, kendisine *“Diğer 3 kadın ve sen fuhuş yaparak çalışıp bana para getireceksiniz”* demesi üzerine Hasan'a karşı çıkmış, bunun üzerine Hasan ise *“ne diyorsam onu yap, bir daha lafımı ikiletme”* diyerek Çilem'i saçlarından tutarak sürüklemiştir.²²⁵ Aldığı darbelerle yatağa düşen Çilem, eli yastığın altındaki silaha temas edince silahı kavrayarak Hasan'a doğru ateş etmeye başlamış, *“maktulün ölüp ölmediğini bilmediğinden korkudan çıkarken yatak odasının kapısını dahi kilitleyerek çocuğunu da alıp evden kaçmış”*tır.²²⁶

Olaya bu haliyle bakıldığında, Çilem'in vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırının olduğunu, Çilem'in de bu saldırıya cevap verdiğini tespit etmek kolaydır. Ancak, meşru savunmanın şartlarının gerçekleşmiş sayılabilmesi için, Çilem'in savunmasının, Hasan'ı defetmeye yetecek kadar olması gerekir. Bu olayda Hasan silah kullanmamış, Çilem'i darp etmiştir. Bu açıdan, Çilem'in silah kullanması, olayda savunmayı ölçüsüz kılan ilk özelliktir. İkincisi ise, Çilem'in birden fazla kez ateş etmesi, diğer bir deyişle saldırıyı defettikten sonra hareketine devam etmesidir. Bu yüzden, ilk derece mahkemesi, Çilem'in hareketinin artık savunmadan çıktığına ve Hasan'ı öldürmeye yönelik yeni bir saldırı niteliğini kazandığına kanaat getirmiştir. Keza olayın gerçekleşme biçimi bu kadar yalın ele alınınca, Çilem'in sınırı aşmasına sebep olan korkusu ve telaşı da makul görülmemiş ve meşru savunmada sınırın aşılmasına yönelik hükümler uygulanmamıştır.

²²⁵ Yargıtay 1. CD., E. 2020/4699.

²²⁶ Yargıtay 1. CD., E. 2020/4699.

Yargıtay, ilk derece mahkemesinin olay yorumunda bir isabetsizlik görmemiştir. Halbuki bu yorumdaki tek isabet, eril tahakkümle uzlaşmadır. Zira yargıçlar, olayın bütün özelliklerine bakmamış, hikâyenin sadece sonuna odaklanarak olaydan ilgili hukuk kurallarını uygulamak zorunda kalmayacakları yeni bir kısa hikâye yaratmışlardır. Ancak bu türetilmiş kısa hikâye, Çilem'in hikâyesi değildir. Çilem'in olay günü maruz kaldığı saldırının ve bu saldırıdan duyduğu korkunun anlaşılabilmesi, ancak hikâyenin tamamına bakmakla mümkündür. Üstelik bu, meşru savunma hükümlerinin olayın gerçek şartları bakımından tartışılabilmesinin de tek yoludur. Eğer ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ise, Çilem'in o gün Hasan'ı hangi bağlamda öldürdüğüne bakmak zorunludur.

Çilem, birlikte yaşamaya başladıkları günden Hasan'ı öldürdüğü güne kadar, yaklaşık iki yıl boyunca, Hasan'ın psikolojik ve fiziksel şiddetine maruz kalmıştır. Bu iki yıl içerisinde Çilem birçok kez Emniyete, Cumhuriyet Başsavcılığına ve Aile mahkemelerine başvurmuş, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında dokuz defa tedbir ve koruma talebinde bulunmuştur. Çilem'in şikayetleri üzerine Hasan hakkında eşe karşı kasten yaralama ve hakaret suçlarından üç ayrı ceza davası açılmış, ancak Çilem her defasında Hasan'ın zorlamasıyla şikayetlerini geri çekmek zorunda kalmıştır. Hasan'ın hakkında “*çıkarma amaçlı silahlı suç örgütü kurmak, yönetmek, yağma, kişi hürriyetinden yoksun kılma, darp, tehdit, cinsel saldırı, sigara kaçakçılığı, 6136 sayılı Yasa'ya muhalefet ve tefecilik*” gibi çok sayıda suçtan soruşturma ve sabıka kaydı da bulunduğu için Hasan için Çilem'in şikayetleri ya da bu şikayetler üzerine açılan davalar caydırıcı da olmamıştır.²²⁷ Nitekim Yargıtay kararının muhalefet şerhinde belirtildiği üzere Hasan, “*resmi makamların tedbir ve uygulamalardan çekinmeyen ve korkmayan, bu konuda iflah olmayan*” bir kişidir.²²⁸

Hasan'ın farklı tarihlerde Çilem'e yumruk ve tekme ile vurduğu, “*git annenden 5.000 TL para bul, yoksa kendini sat*” dediği, Çilem'i arabayla göl kenarına götürüp burada üzerindeki kolye, küpe, künye ve yüzükleri zorla alarak ona “*‘orospusun’ diyerek hakaret ettiği, tekme tokat vurduğu, yerde iken vurmaya devam ettiği ve ‘sen orospusun, bundan sonra bana çalışacaksın’ diye bağırıldığı*”, ona şiddet uyguladığı

²²⁷ Yargıtay 1. CD., E. 2020/4699.

²²⁸ Ibid.

başka bir gün “‘her gün böyle dayak yiyeceksin, satacağım seni, bana para getireceksin’ diye bağırıp gittiği, aynı gün geç saatlerde bir daha gelip ‘ya gidip orospuluk yapacaksın, para getireceksin, ya da siktirip gideceksin’ diye hakaret ve eziyet ettiği”, Çilem’i hastanede gördüğü bir gün “sen daha ölmedin mi lan, hastaneden çık, ben seni öldüreceğim” diye bağırıldığı, müşterek çocuklarını havaya kaldırıp yere atmakla tehdit ettiği, Çilem’in üzerine oturup boğazını sıktağı, vurduğu darbelerle onu bayılttığı, adli makamların bilgisi dahilindedir.²²⁹ Dolayısıyla, Çilem bunları Hasan’ı öldürdükten sonra savunmasının bir parçası olarak yargılandığı mahkemeye değil; Hasan’ı öldürmeden önce devletten yardım alabilmek için başvurduğu makamlara anlatmıştır.

Hasan’ı öldürdüğü günün hemen öncesinde ise Çilem, Hasan’ı tefecilik faaliyetleri sebebiyle ihbar ederek onun baskı ve tehditlerinden kurtulmaya çalışmıştır. Zira Çilem’in annesinin onlara ev almaları için verdiği paranın verilış amacı dışında kullanılması, Çilem ve Hasan arasında yeni bir tartışma konusu başlatmış ve Hasan hem Çilem’e hem de ailesine zarar vereceğine yönelik tehditlerini arttırmıştır. Çilem’in planı, Hasan’ı ihbar ederek onun kolluk tarafından alınmasını sağlamak olduğu için bilgi ve belge vermek üzere sıklıkla emniyete gitmiştir. Yine bir gün emniyetten çıkarken Hasan’ın kardeşi tarafından görülünce, ihbarda bulunanın kendisi olduğunun anlaşıldığından korkmuş ve endişeye kapılmıştır. Bu yüzden, olay günü, Hasan tarafından tekrar şiddete uğradığında ve şehir dışına “satılmak” üzere götürülmeye zorlandığında, Çilem’in aklında, daha önce tüm yaşadıklarının yanında, Hasan’ın ihbarından haberdar olduğu için onu öldüreceği ya da ona öldüresiye şiddet uygulayacağı düşüncesi vardır.

Öyleyse, Hasan’ın olay günü Çilem’i onu götürüleceğini söyleyerek darp etmesi, o gün ilk defa yaşanan ve o günküyle sınırlı anlaşılabilecek bir saldırı değildir. Çilem, süregelen bir şiddetin mağdurudur ve adli makamlardan defalarca kez çare de aramıştır. Bağlama bakıldığında, Çilem’in o gün maruz kaldığı şiddetin öncekilerin devamı, Hasan ölmeseydi, sonrakilerin öncülü niteliğinde olduğu kolaylıkla tespit edilebilir. Kendisini daha önce bayıltana kadar döven, defalarca kez öldürmekle tehdit eden Hasan’ı silahıyla gören Çilem’in o gün uğradığı saldırıyı, sadece dayak olarak görmesi mümkün değildir. Diğer yanda, Çilem’in silaha başvurduğunda, Hasan’ı

²²⁹ Yargıtay 1. CD., E. 2020/4699.

öldürmek için değil ondan kurtulmak için hareket ettiği, olayın seyrinden de anlaşılmaktadır. Zira Çilem onun ölüp ölmediğinden emin olmadığı ve ondan korkmaya devam ettiği için yatak odasından çıkarken kapıyı kilitleyerek çıkmış, kendince onun arkasından gelmesini önlemeye çalışmıştır. Öyleyse, Çilem'in saldırıda kullandığı araçta ve saldırıyı defetme zorunluluğunda sınırı aşarken, iki yıldır gördüğü şiddetin bir parçası olan saldırıdan duyduğu korku ve telaş içerisinde davrandığı aşıkardır. Üstelik bu korku ve telaşa sebep olan, sadece Hasan'ın şiddeti değildir. Devletin Çilem'in maruz kaldığı şiddetten haberdar olmasına rağmen onu korumaması, Çilem'in bu şiddete karşı tek başına olduğunu ve kendini elinden geldiğince korumazsa kimsenin onu korumayacağını göstermiştir. Dolayısıyla, tüm bağlama bakıldığında, yine Yargıtay'ın muhalefet şerhinde vurgulandığı üzere, Çilem'in gerçekten de hayatına kasteden bir saldırıya maruz kaldığına yönelik inançla kendisini korumak için hareket ettiğinin aksini gösteren bir kanıt yoktur.

Çilem hakkındaki mahkûmiyet kararı, olayın yorumlanma biçiminin hukuk kurallarının uygulanmasını nasıl etkilediğini çarpıcı bir şekilde ortaya koymuştur. Tahakkümcü yorum, Çilem'in uzun süredir mağduru olduğu şiddeti görmezden gelmiş; olay gününe odaklanmış ve böylece Çilem'i herhangi bir kişiyi onu darp ettiği için öldürmüş gibi yargılamıştır. Zira aksi halde, yani Çilem'in ona şiddet uygulayan ve öldürmekle tehdit eden kocasını öldürmesinin meşru savunma olarak kabul edilmesi ihtimalinde, kadınlara tahakküm ilişkisini yıkmalarını sağlayacak istenmeyen bir mesaj vermiş olurdu. Çilem'in olay gününden önce senelerdir gördüğü şiddet, tahakkümcü yoruma göre olayla ilgisizdir ve hatta bir olay değerinde bile değildir. Zira kadının, eşinden şiddet görmesi ve eşinin onun bedeni üzerinde istediği gibi tasarruf etmesi olağandır. Bu yüzden tahakkümcü yoruma göre, erkeğin evli olduğu kadına uyguladığı bu şiddet, meşru savunma için gerekli olan haksız saldırı niteliğini dahi kazanamamış, ancak haksız tahrik hükümleri çerçevesinde tartışılabilmiştir. Neticede, yargılamaya konu olayın nasıl yorumlandığının önemli ve belirleyici olduğunu kabul etmek gerekir. Olayın nasıl açıklandığı, hangi detayların olay dışı bırakıldığı, olayın hangi özelliklerine ağırlık verildiği irdelenmeden hukukun uygulanmasının objektif addedilmesi, tahakkümcü yorumun ölçüt alınmasından ve bu yorumun tek ve genel yorum olarak dayatılmasından başka bir şey değildir.

2. Feminist Hukuk Teorisinin Alternatif Yöntemleri

Feminist hukukçular, sadece hukukta kullanılan yöntemleri ve bunların yarattığı sonuçları eleştirmekle kalmamışlar, aynı zamanda bu yöntemlerin alternatifleri üzerine de çalışmışlardır. Ancak, bu yöntemlerin, hukukçuların kulağına ne kadar “farklı” ya da “yabancı” gelirse gelsin, aslında geleneksel “hukuk yapma” faaliyetinin izlemi çerçevesinde kullanılacağını baştan söylemek gerekir. Nitekim feminist hukukçular, hukuki sorunun çözümünde, tıpkı diğer hukukçular gibi, şu dört aşamayı takip eder: Önce, hukuki mesele ya da uyuşmazlık saptanır. Sonra, bu meseleyle ilişkin olgular ile olguların temel özellikleri belirlenir. Devamında ise uyuşmazlığın çözümünde hangi hukuki kural ya da ilkelerin uygulanacağı belirlenir. Son aşamada ise, belirlenen kural uyuşmazlığa uygulanarak bir karar verilir. Bu yüzden, hukukçuların aşına olduğu tümünden gelim, tüme varım, analiz, sentez, karşılaştırma, analoji gibi akıl yürütmenin mantıksal araçları feminist hukukçular için de geçerlidir. Şu kadar ki, feminist hukukçular bu yöntemlere eşlik edecek bazı özel yöntemlere başvurur. Bunlar, bir yandan tahakkümcü yorumu engellemeyi diğer yandan ise hukuki uyuşmazlığın geleneksel yöntemlerin çoğu zaman bastırdığı ya da görmezden geldiği özelliklerinin de uyuşmazlığın çözümünde hesaba katılmasını sağlar. 1990 yılında yazdığı “*Feminist Legal Methods*” başlıklı makalesiyle Bartlett tarafından önerilen bu yöntemler, sırasıyla kadın sorusu sormak, feminist pratik akıl yürütmeye başvurmak ve bilinç yükseltmektir.²³⁰

a) Kadın Sorusu

Kadın sorusunu sormak (“*asking the woman question*”), en geniş tabirle, hukukun kadınların ve diğer dışlanmış tüm grupların bakış açılarını ve deneyimlerini “*sessizce ve hiçbir gerekçeye dayanmaksızın*” nasıl dışladığını açığa çıkarma faaliyetidir.²³¹ Feminizm, bunu politik ve sosyal alanda zaten yapmakta, tahakküm altındaki tüm grupların deneyimlerine ve taleplerine ses vermektedir. Ancak Bartlett’e göre hukuk bakımından bunun bir yöntem haline gelmesi, hukuki meselelerin çözümünde sıklıkla tekrar edilmesine bağlıdır. Düzenli ve ısrarlı olarak, her defasında bir kuralın, davranışın ya da uygulamanın tahakküme ilişkin yansımalarını sormak, bir

²³⁰ Katharine T. Bartlett, “Feminist Legal Methods”, *Harvard Law Review*, Vol. 103(4), 1990, ss. 829-888.

²³¹ Bartlett, “Feminist Legal Methods”, s. 836.

süre sonra hukukun tahakküm altında olanların çıkarlarının hükmedenlerin çıkarlarında boğulmadan uygulanmasını mümkün kılar.

Kadın sorusunu sormanın tek bir yolu yoktur. Dolayısıyla, kadın sorusu derken her uyuşmazlık için geçerli ortak bir formül kastedilmez. Zira bu yöntemle amaçlanan, hâkimin bir yandan uyuşmazlığa konu olay veya olgunun tüm detaylarını nazara alması, diğer yandan da uyuşmazlığı çözerken başvuracağı hukuki kavramları eril tahakkümün kodlarıyla tanımlamamasıdır. Bu yüzden, hâkimin daha genel olarak şu soruların peşine düşmesi önerilebilir: Uyuşmazlığın tespitinde tüm tarafların anlatısı eşit bir şekilde dikkate alınmış mıdır? Uyuşmazlığın çözümünde kullanılabilecek birden fazla kural varsa bu kurallardan birinin diğerine tercih edilmesinin taraflar açısından hukuki sonuçları nedir? Uyuşmazlıkta kullanılacak hukuki kavram ya da kural hangi varsayımlara dayanır? Bu varsayımlar hangi bakış açısını yansıtır ve benimsediği bakış açısıyla kimlerin hukuki çıkarlarını nasıl görünmez kılar? Dışlanan bakış açıları ve deneyimler, uyuşmazlığın çözümüne nasıl dahil edilebilir? İşte kadın sorusunu sormak, bu bir dizi soruyla eril tahakkümün öğrettiği ön yargıların nasıl kırılabileceğini ve hukukun uygulandığı kişilerin eşitliği bakımından nasıl daha adil olabileceğini soruşturmadır.

Yöntem, *kadın* sorusu sormak olarak adlandırılmışsa da önerilen bu soruların hiçbirinin cinsiyet iması içermediğine dikkat edilmelidir. Her ne kadar, Wishik'in kadın sorusu için önerdiği soruların merkezinde “kadın”, “erkek” ve “toplumsal cinsiyet” kavramları yer alsa da Bartlett, *kadın* sorusunun *hariç tutulmuşların* sorusuna dönüştürülmesini savunmuştur.²³² Zira feminizm için kadınların çıkarlarını ortaklaştırarak onları kategorize etmek, tahakküm biçimlerini korumak anlamına gelir. Yukarıda, “Eril Tahakkümün Ürettiği Hukuk” başlığında işaret edildiği üzere, genel ve soyut anlamda “kadın”dan bahsedildiğinde, aslında ortak ve genel geçer bir kadın tanımı varmış gibi davranılır. Bu tanım ise belirli bir grubun -ki bu grup diğer

²³² Wishik'in önerdiği yedi soru şu şekilde sıralanabilir: “1. Günümüzde ve şimdiye dek kadınların hayata dair deneyimlerine hukuk uygulamasında ve doktrininde ne kadar yer verilmiştir? 2. Hukukta kadınlara, erkeklere ve toplumsal cinsiyete ilişkin görünürdeki tarafsız kabulleri nelerdir? 3. Kadınların hayata dair deneyimleri ile hukukun kadınlara ilişkin kabulleri yahut empoze ettiği yapılar arasındaki çatışma ya da uyumsuzluklar nelerdir? 4. Bu uyumsuzluk hangi ataerkil çıkarlara hizmet etmektedir? 5. Söz konusu uyumsuzluğu gidermek için ne gibi hukuki reform önerilerinde bulunulmuştur? 6. İdeal bir dünyada, kadınların hayatı nasıl olabilir? 7. Bu ideal bir dünyaya nasıl ulaşılabilir?” Fehmiye Ceren Akçabay, “Feminist Hukuk Metodolojisi: Hukuk Uygulaması, Feminizm ve Politika”, s. 25. Heather Ruth Wishik, “To Question Everything: The Inquiries of Feminist Jurisprudence”, *Berkeley Women's Law Journal*, Vol. 1(1), 1985, ss. 64-77.

tahakküm ilişkilerinin hükmeden tarafıdır- özellikleri ve çıkarları üzerinden belirlenir. Diğer bir deyişle, bulunduğu toplumun etnik, siyasi, sosyal ve ekonomik kırılmalarına göre ayrıcalıklı sayılacak grubun kadınları, evrensel kadın modelini oluşturur. Dolayısıyla, kadınları bir kategori olarak ele almak ve kadın sorusunu “kadınlar” üzerinden sormak, bu yöntemin amacıyla tamamen zıt, bizatihi dışlayıcı bir sonuç doğuracaktır. Üstelik bu sonuçtan, kadınları alt kategorilere ayırıp her bir kategoriye daraltıp özelleştirerek kaçmak da mümkün gözükmemektedir, çünkü kadın kategorisi sayısız alt kategoriye içerir. Kadınlar arası ortak özellikler üzerinden belirlenen her bir alt kategori ise, ister istemez diğer kategorilerin özelliklerini dışlar ve alışılmış kodlara göre bir anlam ifade eder.

Biraz açmak gerekirse, örneğin, “kadın” kategorisini “siyah kadın” özelinde daraltmak kapsayıcı gözükse de kategori yine ima ettikleriyle dışlayıcıdır. Siyah kadının diğer özellikleri zihinde eril tahakkümün kodlarıyla tamamlanır ve böylece bu örnekte “siyah kadın”dan “heteroseksüel siyah kadın” anlaşılır.²³³ Ancak, bu kategori ne kadar daraltılırsa daraltsın, bazı kadınları hariç tutmaya devam eder. Nitekim “homoseksüel siyah kadın” denildiğinde, “engeli olmayan homoseksüel siyah kadın” düşünülecek, “engeli olmayan homoseksüel siyah kadın” da muhtemelen “orta sınıf” ve “vatandaş” olarak tahayyül edilerek diğer sınıfları ve göçmenleri dışarıda bırakacaktır.²³⁴ Bu yüzden, hâkimin yapması gereken, soru sorarken kategori üretmemesi ve soruların genişliği vasıtasıyla uyumsuzluğun bağlamını özelleştirmesidir. Aksi halde, kadın sorusu, yeni bir cinsiyet kategorisi üretmenin ya da farklı temellerdeki ayrımcılığı görmezden gelmenin yeni bir aracı haline gelecektir.

Diğer yandan kadın sorusu, göz önünde bulundurmaya çalıştıklarıyla her defasında ve otomatik olarak *ötekilerin* lehine karar verilmesi anlamına gelmez. Bu yüzden, hâkimden kadın sorusunu sormasını istemek, ondan yanlı olmasını beklemek değildir. Kadın sorusu, tam tersine, hâkimin içinde bulunduğu eril tahakkümün ‘doğallığı’nda çoğu zaman farkına bile varmadan taraflı davrandığını açığa çıkarmaya yarar ve böylece onu *gerçek* tarafsızlığa yönlendirir. Buna ek olarak, hâkimin *ötekilerin* çıkarlarını ve deneyimlerini dikkate alması zannedildiği gibi hukuk dışı ya da salt politik bir faaliyet de değildir. Zaten asıl politik ya da hukuk dışı olan, hâkimin

²³³ Bartlett, “Feminist Legal Methods”, s. 848.

²³⁴ Ibid.

uyuşmazlığın taraflarının ya da koşullarının özelliklerini seçerek ve birini diğerine önceleyerek belirlemesi, hükmünü de alışılmış varsayımlar üzerinden eril tahakkümün sağlamasını yapacak şekilde kurmasıdır.

Eril adalete yönelik eleştirilerin yoğunlaştığı kadına yönelik şiddet örneklerine tekrar bakmak, kadın sorusunun etkisini ve işlevini anlamayı kolaylaştıracaktır. Örneğin, cinsel saldırı isnadında hâkimin rızanın varlığını değil yokluğunu araması, diğer bir deyişle rızanın varlığını kural, yokluğunu istisna sayması, eril tahakkümün varsayımlarından kaynaklanır. Özellikle de faille mağdur birbirini tanıyorsa, mağdur en başında isteyerek failin yanında bulunduyorsa, kadının bağırmasının ya da yardım çağırmasının rızasının var olduğu şeklinde yorumlanma ihtimali yüksektir.²³⁵ Kadının eril tahakkümün kodlarına göre ‘ahlaklı’ görülmediği hallerde ise her türlü cinsel ilişkiye rızasının olduğuna yönelik genel kanı, erkek failin “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinden yararlanmasını kolaylaştırır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2014 tarihinde verdiği bir karara konu olayda, tanıklar tarafından seks işçiliği yaptığı söylenen bir kadının bindiği taksinin şoförü tarafından cinsel saldırıya uğradığı iddiası, Ceza Genel Kurulu’nu ikna edememiştir. Yerel mahkemenin mahkûmiyet hükmünü isabetsiz bularak sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşan Yargıtay’a göre, “*mağdurenin evine sığındığı kişilere olayı anlatıp hemen yardım istememesi ve polisi hemen aramaması, önce telefonunu şarj edip şikâyetinde bulunması durumunda yaşanacaklarla ilgili bilgi ve görüş aldıktan sonra polisi araması*” göz önüne alındığında, “*mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini savunan sanığın bu savunmasının aksini gösteren cezalandırılmasına yeterli delil bulunmadığından*” cinsel saldırı suçunun işlendiğine yönelik iddia kanıtlanamamıştır.²³⁶

Yargıtay’ın bu kararı, kadın sorusu bakımından çarpıcı bir örnek niteliğindedir ve bu yüzden incelemeye değerdir.²³⁷ Zira olayın detaylarına bakıldığında, kadın

²³⁵ Faruk Erem, “Ceza Hukukunda ‘Hakkın Kullanılması’”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 41(1-4), 1989-1990, s. 13, Sedat Bakıcı, **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Ankara: Adalet, 2008, s. 581., Ersin Şare, “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 21(2), 2019, s. 995.

²³⁶ Yargıtay CGK, E. 2013/644 K. 2014/125, Karar Tarihi: 11.3.2014, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).

²³⁷ Yargıtayın cinsel saldırı suçuna ilişkin bir başka kararının feminist metodoloji açısından incelendiği bir çalışma için bakınız Fehmiye Ceren Akçabay, “Feminist Hukuk Metodolojisi: Hukuk Uygulaması, Feminizm ve Politika”, s. 46. Bu çalışmada incelenen karar için bakınız Yargıtay CGK, E. 2014/604, K. 2015/37, Karar Tarihi: 10.3.2015, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).

sorusu sorulmadığı için önemli hususların göz ardı edildiği ve varsayımlara bağlı bir değerlendirme yapıldığı ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, sanık ve mağdurun olay örgüsünde ortaklaştıkları nokta, mağdurun Iğdır il merkezindeki otogardan sanığın taksisine gümrük kapısının bulunduğu Aralık ilçesine gitmek üzere binmesi ve taksinin içerisinde mağdurun dışında üç yolcunun daha bulunmasıdır. Araçta bulunan diğer yolcular indikten sonra, mağdura göre, sanık toprak bir yola sapmış ve bunun üzerine sanığın kötü niyetli olduğunu fark eden mağdur onu oyalamak ve yardım alabileceği bir yere gitmeye ikna edebilmek için 200 dolar karşılığında onunla birlikte olabileceğini söylemiş, ancak sanık, yanında o kadar para olmadığı için arkadaşını arayarak ondan yanlarına gelmesini istemiştir. Yine mağdura göre, sanığın arkadaşı gelmiş, fakat parasının olmadığını söyleyerek olay yerinde çok kalmadan gitmiştir.

Mağdur, bunun ardından sanığın aracın arka koltuğunda kendisine cinsel saldırıda bulunduğunu, daha sonra yol üzerinde bir ev görünce hareket halindeki araçtan kendisini attığını, bu evde yaşayanları tanımadığı halde onlardan telefonunu şarj etmek için izin aldığını, telefonu şarj olduktan sonra bir tanıdığını arayarak şikayet etmesi halinde sınır dışı edilip edilmeyeceğini sorduğunu, çünkü sanığın onu Azerbaycan vatandaşı olduğu için “*seni sınır dışı ederler*” diyerek tehdit ettiğini anlatmış ve kendisine bir şey olmayacağı söylenmesi üzerine polise durumu bildirdiğini beyan etmiştir.

Sanık ise, mağdurun anlatımıyla örtüşecek şekilde, mağdurun kendisine para karşılığı ilişki teklif ettiğini, para istemek için arkadaşını çağırdığını beyan etmiştir. Ancak sanık, savcılık savunmasında mağdurla rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini; sulh ceza mahkemesindeki sorguda ise “*müştekinin önce adetli olduğunu söylemediğini, rızasıyla cinsel ilişkiye gireceği sırada adetli olduğunu anladığını, bu nedenle ilişkiyi fazla sürdüremediğini*” söylemiştir. Ancak duruşmada önce mağdurla cinsel ilişkiye de girmediğini çünkü adetli olduğu için vazgeçtiğini söylemiş, başka bir celsede ise en baştaki ifadesine dönerek rızaya dayalı cinsel ilişkiye girdiğini beyan etmiştir.

Sanığa ait ticari takside yapılan incelemede, aracın bagaj bölümünde üzerinde kan lekesi ve kadın saçları bulunan bir örtü bulunmuştur. Olay yerinde bulunan peçetelerde yapılan DNA incelemesine göre, peçetelerin üzerinde bulunan kan ve meni örneklerinin mağdura ve sanığa ait olduğu tespit edilmiştir. Hastane muayenesi

sonrasında düzenlenen raporda ise mağdurun vücudunda bulunan ekimoz ve sıyrıklar kaydedilmiştir. Tanık beyanları yukarıda anlatılan olay örgüsünü genel olarak desteklemekle birlikte, bu beyanlara göre mağdur ile sanığın olay anlatımı arasında, rıza haricinde, ortaya çıkan temel çelişki cinsel birleşmenin ya da saldırının zamanına ilişkindir. Mağdur, sanığın arkadaşının yanlarına gelmesinden sonra kendisine cinsel saldırıda bulunulduğunu söylemiş, sanık ise ilişkiye girdiğini kabul ettiği beyanlarında ilişkinin arkadaşının gelmesinden evvel gerçekleştiğini beyan etmiştir. Sanığın arkadaşı tanık ise çağrıldığı aracın yanına geldiğinde peçeteleri gördüğünü açıklamıştır.

Tüm bu detaylara baktıktan sonra, Yargıtay'ın aynı sonuca ulaşacak olsa bile yukarıda alıntılanan gerekçelerinden fazlasına yer vermesi gerektiği kadın sorusuyla anlaşılacaktır. Öncelikle, tarafların anlatısındaki detaylar eşit bir şekilde dikkate alınmış mıdır? Yargıtay, mağdurun polisi hemen aramamasına rızası olduğuna yönelik hukuki bir anlam yüklerken, mağdurun vatandaş olmaması ve sınır dışı edilmeye yönelik korkularının olmasını hesaba katmış mıdır? Her ne kadar Türkiye'ye gelip gitmeye alışkın ve Türkçe konuşan biri olsa bile mağdurun en nihayetinde yabancı olması, onun ceza adalet sistemine erişmesi açısından tedirgin olmasını makul kılmaz mı? Diğer yandan, mağdurun ulaştığı evdeki insanlardan *hemen* yardım istememesinin onun rızasının olduğu şeklinde yorumlanması, hangi bakış açısını yansıtır? Olayın ardından yardım isteyip istememek, olay *esnasında* rızanın varlığına ilişkin hiçbir şey söylemezken Yargıtay neden cinsel saldırıya uğradığını iddia eden bir kadından tanımadığı insanlara mağduriyetini mutlaka göstermesini beklemiştir?²³⁸

Yargıtay'ın dile getirmediği, ama varsayımlarının merkezine aldığı bir husus var mıdır? Örneğin, tanık beyanlarının mağdurun ara sıra seks işçiliği yaptığını göstermesi ve mağdurun da olay anlatımında sanığı oyalamak için olduğunu söylese dahi tanığa ilişki teklif etmiş olması, Yargıtay için ne ifade etmiştir? İster oyalamak için ister para için olsun, kadının ilişki teklif etmesi, ilişkinin gerçekleşmesi bakımından geri dönülmez ve kesin bir rıza mıdır? Diğer yandan, sanığın ve mağdurun çelişen beyanlarının birlikte değerlendirilmesi mümkün değil midir? Başka bir deyişle, mağdur ile sanık arasında önce gerçekten de rızaya dayalı cinsel ilişkinin gerçekleşmiş olması, ancak sanığın arkadaşının gelmesi ardından sanığın bu sefer mağdurun rızası

²³⁸ Handan Yokuş Sevük, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Adalet, 2018, s. 93.

olmadan ona saldırması ihtimali değerlendirilmiş midir? Mağdurun seks işçiliği yaptığını açıklamaktan çekindiği, ön yargılardan korktuğu ve buna yönelik bir şikâyeti de olmadığı için rızasının olduğu ilişkiye dair detay vermemesi, sonraki bir cinsel ilişki için rızasının olduğuna yönelik şüphe uyandırır mı?

Bu soruları çoğaltmak mümkündür. Ancak önemli olan hem derece mahkemesinin hükmünde hem de Yargıtay’ın incelemesinde, mağdurun yabancı ve ara sıra seks işçiliği yapan biri olmasının kararlara nasıl etki ettiği. Elbette delillerin takdirinde hâkim serbesttir ve kadın soruları sorulduktan, cevaplandıktan sonra şüpheden sanık yararlanır ilkesinin bu olayda ağır bastığına karar verilmesi hala mümkündür. Ancak, bir kadının bağırmadığı için rızasının olduğunu ya da seks işçisi olduğu için cinsel ilişkiye her defasında rıza gösterdiğini varsaymak, tamamen kadınlar için kodlanan ahlaki beklentilerden kaynaklanmaktadır. Olaya bu şekilde yaklaşmak, salt erkek bakış açısına dayanır. Kadınlar, her olayda erkeklerin beklediği ve alıştığı gibi davranmak zorunda değildir. Diğer yandan, erkek bakış açısına bu olay bakımından kadın ve yabancı olmanın bakış açısı da eklenseydi rızanın varlığı bakımından mağdurun hareketlerinin anlamı daha tutarlı bir şekilde değerlendirilebilirdi. Ancak bu olayda erkek bakış açısı öyle ağır gelmiştir ki mağdurun aldığı sağlık raporu bile Yargıtay’ın gözünde kanıt değerini yitirmiş ve *“vücudunda olaydan sonra arabadan atladığında oluşması muhtemel yaralanmalar dışında başkaca bir darp ve cebir izinin bulunmaması, sanığın kendisine karşı ne şekilde cebir ve tehdit kullandığını izah edememesi”* sanığın yararına şüphe yaratmıştır. Oysa maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi açısından mağdurun hayatın olağan akışında kendisini yaralayacak şekilde arabadan neden atladığı ve kaçtığı şeyin ne olduğu da araştırılmaya değerdir.

Bu olay bakımından kadın sorusuna verilecek cevaplar, sonucu değiştirebilecek nitelikte gözükmektedir. Ancak, kadın sorusu yöntemi, belirli bir sonuca odaklı değildir. Hukuki sonuçlar çoğu zaman hayati önemde olsa da sonuçlar kadar yargılamayla verilen mesajlar da önemlidir. Zira bu olay bakımından Yargıtay’ın kararına içkin “bağırmayan kadın”, “yardım almayan kadın” ya da “fuhuş yapan kadın” kodları, hukuka uygunluk nedeni olarak rızanın nasıl tanımlandığı ve değerlendirildiğine ilişkin güçlü sinyaller verir. Mağdurlar açısından bu sinyal, *eril* bakış açısına sahip ceza adalet sisteminin onlardan beklediği gibi davranmazlarsa

beyanlarının ve yaşadıklarının ikna edici olmayacağı iken erkek failer açısından kendi davranışlarını kadınların davranışları üzerinden aklayabilecekleridir.

Kadın sorusu, izlenen yöntemlerin maddi hukuku şekillendirdiğini de gösterir. Hukuk kurallarının genelliği ve soyutluğu, yöntem vasıtasıyla somutlaşır. Örneğin, yukarıdaki olaydan devam edilirse, “mağdurun rızası”, hukuka uygunluk nedeni olarak belirlenmiş bir hukuki kavramdır. Türk Ceza Kanunu da 26. maddesinin ikinci fıkrasında, “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı*” kimseye ceza verilemeyeceğini düzenler. Bu kuralın kadınlara yönelik cinsel saldırı bakımından failer için ‘kurtarıcı’ olduğunu ya da kendi başına sorun teşkil ettiğini söylemek mümkün değildir. Zaten eleştirilerin odağındaki maddi hukuk kurallarının tümü de kötü ya da ayrımcı değildir.²³⁹ Ancak, mağdurun rızası kavramı, kadın sorusunun sorulmamasından dolayı salt erkek bakış açısıyla değerlendirildikçe, belirli bir çerçeveye oturur. Örneğin, mağdurun bağırması ya da polisi hemen aramaması “açıkladığı rıza” haline gelir. Rızanın açıklanabileceği haller, farklı ihtimaller göz önünde bulundurularak çeşitlendirilebilir.²⁴⁰ Ancak, kadınlar açısından susmanın ya da direnmemenin rıza göstergesi olduğuna yönelik genel kanı, yargılamada mağdur kadının davranışlarının onun kimliğinin ve kişiliğinin özelliklerine göre ve olay bağlamında değerlendirilmesinin önüne geçerek adeta yeni bir maddi kural haline gelir. İşte mağdurun rızası için bu çerçeveyi belirleyen, TCK madde 26 değil, bu maddenin uygulanmasında izlenen yöntemdir. Bu yüzden, kadın sorusu yönteminin benimsenmesi, maddi hukukun adil uygulanmasının önemli bir güvencesi olacaktır.

b) Feminist Pratik Akıl Yürütme

Feminist teorinin önerdiği *feminist* pratik akıl yürütmeyi (“*feminist practical reasoning*”) açıklayabilmek için öncelikle “pratik akıl yürütme”nin ne olduğuna, “hukuki akıl yürütme” ile ilişkisine ve yargılamadaki anlamına eğilmek gerekir.²⁴¹

²³⁹ Toni M. Massaro, “Empathy, Legal Storytelling, and The Rule of Law: New Words, Old Wounds?” *Michigan Law Review*, Vol. 87(8), 1989, s. 2120.

²⁴⁰ Rıza açıklaması, açık ya da örtülü olabilir. Hatta bazı hallerde örf ve âdet gereği, örneğin komşunun ağacından iki tane elma almak gibi, rızanın bulunduğu kabul edilmesi dahi mümkündür. Ancak her halükârda, rızanın suçun işlenmesinden önce ve suçun işlendiği anda verilmiş olması gerekir. Bakınız Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.305,306.

²⁴¹ Bartlett, “Feminist Legal Methods”, s. 849.

Hukuki akıl yürütmeden, hâkimin “*verili ilgili hukuk kuralları çerçevesinde ne yapması gerektiği ile ilgili*” akıl yürütmesi anlaşılır.²⁴² Yaygın fakat hatalı ya da en azından gerçekçi olmayan görüş, hâkimlerin yargılamada akıl yürütürken her zaman ve mutlaka hukuka dayandığını kabul eder.²⁴³ Halbuki hukukun kendisi bile bazen hâkimi dayanacağı bir hukuk kuralı bulamaması halinde uyuşmazlığı hukuk dışı kaynaklara başvurarak çözmeye yönlendirir. Örneğin TMK madde 1, “*kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa*” hâkimin “*örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre*” karar verebileceğini söyler. Bu durumda hâkimin, hukuk dışı kaynaklara başvurusunun kaynağının da bir hukuk kuralı olduğu, dolaylı da olsa burada hukuka dayanmanın hâlâ geçerli olduğu elbette söylenebilir. Ancak yine de hâkim, TMK madde 1’in yol göstermesini izlemekle hukuka dayanmış sayılsa bile, en nihayetinde akıl yürütmesini hukuk kurallarıyla sınırlanmadan gerçekleştirir. Öte yandan, hâkimler, hukuk kurallarına göre karar verdikleri durumlarda dahi kaçınılmaz olarak ahlaki ilkelere ve içinde bulundukları sosyal normlara danışırlar. Zira yargılama faaliyeti, yargılamanın öznesi konumundaki kişinin “hukuk kurallarına göre ne yapması gerektiği” kadar hâkimin nasıl karar vermesi gerektiğine ilişkin *genel* bir akıl yürütmeyi de içerir ki bunlardan ilki hukuki akıl yürütme iken ikincisi pratik akıl yürütmedir.²⁴⁴ Dolayısıyla, hukuki akıl yürütmenin pratik akıl yürütmeden ayrılması pek de mümkün değildir.

Bartlett, pratik akıl yürütmeyi açıklarken Aristo modeli pratik akıl yürütme modeline başvurur. Buna göre, akıl yürütme çok yönlü ve fakat bütünsel bir faaliyettir; en karmaşık ve belirsizlik içeren durumlarda dahi en iyi olanı bulabilmek ve uygulayabilmek için “*amaç, araç ve eylem*” birlikte ele alınmalıdır.²⁴⁵ Bununla birlikte, “*neyin, neden ve nasıl yapılması gerektiği*”, her bir özel olgusal bağlamın incelikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilecek olan açık uçlu sorulardır.²⁴⁶ Yalnızca uyuşmazlığın çözümü değil, en başından neyin uyuşmazlık olarak tanımlanacağı dahi durumun özelliklerine göre belirlenir. Bu yüzden, pratik akıl yürütme uyuşmazlıklara, haklı/haksız, kazanan/kaybeden şeklinde iki kutuplu çatışma

²⁴² Richard Warner, “Yargılama ve Hukuki Akıl Yürütme”, Çev. Ertuğrul Uzun içinde Ed. Martin P. Golding, William A. Edmundson, Türkçe Ed. Ertuğrul Uzun, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi**, İzmir: İslık Yayınları, 2021, s. 457.

²⁴³ Ibid s. 460.

²⁴⁴ Warner, “Yargılama ve Hukuki Akıl Yürütme”, s. 457.

²⁴⁵ Bartlett, “Feminist Legal Methods”, s. 850.

²⁴⁶ Ibid s. 851.

olarak yaklaşmaz.²⁴⁷ Esasında hâkim için her bir uyuşmazlık, “*çeşitli perspektifler, çelişkiler ve tutarsızlıklar içeren bir dilemma*”dır.²⁴⁸ Hâkimin bu dilemmadan çıkması da bir hukuk kuralını diğerine tercih etmesiyle değil, uyuşmazlığın bağlamına dikkat ederek eylem, araç ve amacı yaratıcı bir şekilde bütünleştirmesi ve uzlaştırmasıyla mümkün olur. Pratik akıl yürütmede bağlam, ayıklanması gereken detaylar silsilesi değil uyuşmazlığın çözülmesinde esas alınacak bir çerçevedir. Dolayısıyla, bu tür akıl yürütmede somut olgular geri plana atılmaz ya da hukuk kuralının bağlamdan kopuk yorumlanmasına ‘malzeme’ edilmez. Her bir uyuşmazlık kendi içerisinde özel ve benzersiz olduğu için uyuşmazlıkların hukuk kuralları gibi genelleştirilmesinden kaçınılır.

Bartlett, pratik akıl yürütmede bağlamın ve uyuşmazlığa dair spesifik gerçeklerin önemini ortaya koymak için reşit olmayanların kürtaja erişim hakkını örnek vermiştir.²⁴⁹ Küçüklerin kürtaj yaptırmasında velinin izninin aranması, çocukların bu türde bir karar alırken yaşları itibariyle zorlanacak olmaları, kararlarının sonuçlarını öngöremeyebilecekleri ve neticede tıbbi müdahale niteliğinde olan bu işlem için tek başına hareket etmeleri halinde daha çok zarar görebilecekleri düşünüldüğünde, soyut olarak gerekli ya da haklı görülebilir.²⁵⁰ Ancak, bu soyut gerekçeler, ailesi tarafından her koşulda desteklenen bir çocuk için geçerlidir. Gerçeklere bakıldığında, ebeveynlerin her zaman çocuklarının üstün yararını düşünmeyebileceğini, onlar için ailenin üstün yararının ve toplumdaki konumunun çocuğun üstün yararına ağır basabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.²⁵¹ Bu yüzden bazı ebeveynlerin dini, ahlaki ve benzeri sebeplerle izin vermeyerek çocuklarını istemedikleri halde doğurmaya zorlamaları da mümkündür. Yine de kürtaj olmak isteyen, ancak ailesinin rızasını alamayan bir çocuk hâkimin önüne geldiğinde hâkimin bağlama bakmaması, velinin iznini arayan kuralın soyut olarak çocuğun üstün yararını koruduğu kabulüyle çocuğun kürtaj istemini reddetmesiyle sonuçlanacaktır.

²⁴⁷ Bartlett, “Feminist Legal Methods”, s. 851.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Ibid s. 852.

²⁵⁰ Bartlett, “Feminist Legal Methods”, s. 852. Türkiye’de de küçüklerin kürtajı için benzer durum söz konusudur. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24. maddesi, “*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır.*” kuralını benimsemiştir. Bu kuralla uyumlu olarak, reşit olmayanların kürtaj hakkı ebeveyn izni ile sınırlandırılmıştır. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 6. maddesinin birinci fıkrasına göre gebeliğin sona erdirilmesi müdahalesi “*müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır.*”

²⁵¹ Bartlett, “Feminist Legal Methods”, s. 852.

Halbuki çocuk, ailesine böyle bir durumu bildirdiğinde ölüm riskine varacak fiziksel şiddete maruz kalma ihtimali yüksek olduğu için velisine hiç haber vermeden hâkime başvurmuş olabilir. Benzer şekilde, çocuğun ailesine durumu bildirdikten sonra onların iznini alamaması bir yana, evlenmesi ve okul hayatına devam etmesi yönünde tehdit ve baskı altına alınmış olması da yadsınamayacak bir ihtimaldir. İşte Bartlett'in verdiği bu örneği Türkiye bağlamında düşündüğümüzde, hâkimin burada çocuğun Çocuk Koruma Kanunu hükümleri çerçevesinde koruma altına alınmasına²⁵² veya TMK madde 348 gereğince anne-babanın velayetinin kötüye kullanılması sebebiyle kaldırılmasına²⁵³ karar verebilmesi, diğer bir deyişle çocuğun üstün yararı için anne-babanın izni yerine hâkimin ya da vesayet makamının izin vermesini tartışmaya açması, ancak çocuğun içinde bulunduğu bu koşullara dikkat etmesiyle olanaklıdır.

Bununla birlikte, pratik akıl yürütmenin bağlama odaklanması hukuk kurallarının reddi anlamına gelmez.²⁵⁴ Bu yöntem sadece kuralların yorumlanması ve uygulanmasında bağlamın dikkate alınmasını sağlar. Bartlett, hukuk kurallarının önemini ve işlevini anlatmak için onları işaret levhalarına benzetmiştir. Kurallar, *“hukuk yoluyla ulaşılabacak uygun amaç ve hedefler için işaret levhaları”*dır.²⁵⁵ Bu işaretler, yargıçların keyfi olma eğilimini kontrol altında tutar ve belirli bir sabitlik ve istikrar sağlayarak salt kişisel kanaatle karar verilmesinin önüne geçer. Ancak, yargılamada hukuk kurallarına duyduğumuz ihtiyaç, kuralların bağlama göre anlam kazandığı ve soyutluğunun da ancak bu şekilde somut bir karşılık bulduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Pratik akıl yürütme, olasılıkların tüm anlaşmazlıkların önceden

²⁵² 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, korunma ihtiyacı olan, *“bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuk”* hakkında alınacak koruyucu ve destekleyici tedbirlere ilişkin düzenlemeler içerir. Kanun’un 7. Maddesinin 7. fıkrasına göre, koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verecek olan *“Mahkeme, korunma ihtiyacı olan çocuk hakkında, koruyucu ve destekleyici tedbir kararının yanında 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre velayet, vesayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında da karar vermeye yetkilidir.”*

²⁵³ Türk Medeni Kanunu’nun velayetin kaldırılmasını düzenleyen 348. maddesi şu düzenlemeleri içerir: *“Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hâllerde velâyetin kaldırılmasına karar verir: 1. (Değişik: 1/7/2005-5378/38 md.) Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi. 2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması. Velâyet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır. Kararda aksi belirtilmedikçe, velâyetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar.”*

²⁵⁴ Bartlett, “Feminist Legal Methods”, s. 852.

²⁵⁵ Ibid.

karara bağlanabileceği kurallara indirgenmesini, diğer bir deyişle kişilerin gerçekte yaşadıklarının hukuk kuralının metniyle *a priori* sınırlanmasını hem istenmeyen hem de pratik olmayan bir durum olarak görür.²⁵⁶

Feminist pratik akıl yürütmenin geleneksel pratik akıl yürütmeden farkı ise bağlama yönelik eleştirel perspektifidir. Bağlamın ele alınması, hâkimin uyuşmazlığın farklı yönlerini görmesi, hukuki sorunu çok yönlü tanımlaması ve uyuşmazlığı taraflardan birinin çıkarlarını öncelemeden çözmesi için otomatik bir sonuç vermez. Zira hâkim, pratik akıl yürütmeyi içinde bulunduğu toplumsal kodlar çerçevesinde yapar ve bu kodların meşruiyetini sorgulamadığı durumda ele aldığı bağlam da eril tahakkümün belirlediği bağlamın dışına çıkamaz. Yukarıdaki örnek bu bakımdan düşünülecek olursa, hâkimin reşit olmayanın kürtaj istemini velisinin izni olmaması sebebiyle reddetmesi, çocuğun ailesi tarafından fiziksel şiddete uğradığı, evlendirilmeye zorlandığı bağlamı bildiği halde de pekâlâ mümkündür. Diğer bir deyişle, hâkim böyle bir bağlamı normalleştirdiğinde ve ailenin çocuğu üzerinde bu türden hâkimiyet kurmasını doğal karşılayarak çocuğun üstün yararını ailenin kararıyla özdeşleştirdiğinde bağlamı dikkate almasının da bir değeri yoktur. Tam da bu yüzden Bartlett, geleneksel pratik akıl yürütmeyi muhafazakâr bir faaliyet olarak tanımlar ve bunun yerine feminist pratik akıl yürütmeyi önerir.²⁵⁷ Feminist bakış açısına göre hiçbir hukuki akıl yürütme toplumsal normlardan bağımsız olmadığı için feminist pratik akıl yürütme ile yapılması gereken, bağlamı belirleyen bu normlara meydan okumaktır. Bunu yapabilmenin tek yolu ise ilk yöntem olan kadın sorusunu sorabilmektedir.

Feminist pratik akıl yürütme, kadın sorusunun yardımıyla, feminist olmayan pratik akıl yürütmeye kıyasla daha fazla olguyu hukuki uyuşmazlığın çözümüne dahil eder. Ancak, bu, feminist akıl yürütmede hiçbir genelleme ve soyutlama yapılmadığı anlamına gelmez.²⁵⁸ Zira feminist muhakemede de uyuşmazlığın çözümünde ilgisiz ve gereksiz olan detaylar ayıklanır, somut olgular ancak davanın diğer davalarla ve hukuk kurallarıyla bağlantısı kurularak genelleştirilebilir bir yönünü temsil ettikleri takdirde dikkate alınır.²⁵⁹ Diğer bir deyişle, bağlamın zenginleştirilip daha fazla olgunun hesaba

²⁵⁶ Bartlett, "Feminist Legal Methods", s. 857.

²⁵⁷ Ibid s. 855.

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ Ibid.

katılması, uyuşmazlığın çözümüyle ilgili olan, olmayan tüm olguların incelenmesini ifade etmez. Feminist pratik akıl yürütmeyi farklı ve etkili kılan, geleneksel ve kategorik olarak önemsiz görülen detayların da önemli görülebileceğine ilişkin tartışmayı başlatabilmesidir. Böylece, hâkim, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin rasyonel süreçte insan deneyimlerindeki çeşitliliği kabul edebilir ve karşılaştığı çelişki ve tutarsızlıkları bütüncül bir şekilde değerlendirebilir.

Öyleyse, kadın sorusu ile feminist pratik akıl yürütmenin birbirine alternatif metotlar olmadığı, bunların bir arada kullanılması gerektiği anlaşılmalıdır. Kadın sorusu olmadan pratik akıl yürütmeye feminist perspektifi eklemek mümkün değildir. Buna karşılık, kadın sorusuna verilen cevapların bir etki doğurabilmesi de bir bağlama oturtulmasına ve akıl yürütmeye dikkate alınmasına bağlıdır. Yukarıda verilen örneklerle de bağlantılı olan Anayasa Mahkemesinin 23 Temmuz 2020 tarihinde karara bağladığı R.G. başvurusuna²⁶⁰ konu olaylar, açıklayıcı bir başka örnek olarak ele alınabilir. R.G., henüz on sekiz yaşını doldurmadan gebe kalmıştır. R.G. ve ailesi, bunu R.G. on hafta üç günlük gebeyken yapılan tıbbi muayene sırasında öğrenmiştir. R.G.’nin yaşının küçük olması ve farklı kişiler tarafından cinsel istismara uğradığını, ancak bunlar haricinde rızaya dayalı cinsel ilişkiye de girdiğini beyan etmesi sebebiyle durum Başsavcılığa bildirilmiş ve R.G.’nin ismini verdiği kişiler hakkında soruşturma başlatılmıştır. R.G.’nin annesi ve babası, çocuklarını istismar eden kişilerden şikayetçi olmuşlar ve yukarıda verilen örneğin aksine, gebeliğin sonlandırılmasını istemişlerdir. Meselenin Anayasa Mahkemesine taşınmasına sebep olan da R.G.’nin ve ailenin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin talebinin hiçbir şekilde işleme konulmaması ve R.G.’nin en sonunda istemediği bir çocuğu doğurmak zorunda bırakılmasıdır.

R.G.’nin gebeliğinin sonlandırılmasına dair kararın bir türlü verilememesi ve talebinin sürüncemede bırakılması, hukukun eril kodlarla bükülmesinden kaynaklanmıştır. Şöyle ki, R.G.’nin durumuyla ilgili birkaç farklı kural bulunmaktadır. Kürtaja ilişkin genel kuralı belirleyen 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında

²⁶⁰ AYM, R.G. Başvurusu [GK], Başvuru No: 2017/31619, Karar Tarihi: 23.7.2020. Anayasa Mahkemesinin 2 Kasım 2023 tarihinde karara bağladığı C.Ö. Başvurusu’nda da R.G. başvurusuna benzer bir şekilde mağdur olunan bir suç sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılması talebinin sürüncemede bırakılması söz konusudur. Ancak, C.Ö. kararında Mahkeme R.G. kararına atıf yaparak ihlal sonucuna varmış, kararında olayın detaylarına yer vermemiştir. Bakınız, AYM, C.Ö. Başvurusu, Başvuru No: 2020/26150, Karar Tarihi: 2.11.2023. Bu yüzden R.G. kararı tek örnek olarak ele alınmıştır.

Kanun'un 5. maddesine göre, kürtaj “*gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar, annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine*” yapılır. Gebeliğin süresi on haftadan fazlaysa, kürtajın yapılması ancak “*annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak ocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları*” ile mümkündür. Aynı Kanun'un yukarıda da işaret edilen 6. maddesine göre, küçüklerin gebeliğinin sona erdirilmesinde küçüğün rızasının yanında velisinin de izni aranır. Dolayısıyla, R.G.'nin durumu bakımından sorun yaratan, kendisinin rızası ve ailesinin izninin olmasına rağmen, yasal kürtaj süresinin geçmesi ve alınan raporlara göre gebeliğinin kendisi ve doğacak ocuk için hayatı bir tehlike yaratmaması sebebiyle on hafta kuralını açmaya yarayacak istisnaya başvurulamamasıdır.

Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesinin altıncı fıkrası, tam da R.G.'nin durumuna uyan bir başka istisna öngörmektedir. Buna göre, “*kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.*” Fakat, görüldüğü üzere, bu istisnanın uygulanabilmesi için de bir süre şartı vardır ve on hafta  günlük gebe R.G. için bu süre fiilen dokuz hafta dört günden başlamıştır.

R.G.'nin krtajının sürüncemede kalmasında, adli makamların verdikleri kararların içeriği kadar R.G.'nin anne ve babasının nereye başvuracaklarını bilememeleri, yanlış yerlere başvurmaları ya da taleplerini farklı tarihlerde ayrı dilekçelerle iletmelerinin “birlikte” izin sayılmaması gibi usuli aksaklıklar ve hatalar da etkili olmuştur. Ancak feminist metodolojiyi uygulamak için verilen kararların içeriğine odaklanıldığında, R.G.'nin anne ve babasının taleplerinin esastan reddedilmesinde iki temel gerekçe göze çarpar. İlki, R.G.'nin Nüfus Planlama Kanunu'na göre kürtaj için öngörülen şartları sağlamamasıdır. Zira incelemeyi yapan Sulh Ceza Hâkimliğine (Hâkimlik) göre, on haftayı geçen gebeliğin sonlandırılmasının tek istisnası annenin hayatını tehlikeye atan ya doğacak çocuğın sağlığını riske sokan bir zorunluluğun olmasıdır. Başta R.G.'nin durumunda böyle bir zorunluluğu ortaya koyan bir sağlık raporunun olmaması, daha sonraki bir incelemede

ise Adli Tıp Kurulu tarafından hazırlanan raporda “*annenin ruhsal açıdan travmatik süreç yaşamamasından dolayı gebeliğin sonlandırılmasının hem anne hem de ceninin (bebek) tıbbî yararına olacağı*” kanaatinin yeterince ayrıntılı bulunmaması sebebiyle, Hâkimlik gebeliğin sonlandırılmasının yaşam hakkı ihlali olacağına karar vermiştir.²⁶¹

İkinci gerekçe ise, TCK madde 99/6’daki istisnanın olaya uygulanabilir olmamasıdır. Hâkimliğe göre, “*soruşturma dosyası kapsamında, suça sürüklenen çocuk ve şüpheli beyanlarından ceninin biyolojik babası henüz tespit edilemediği gibi suçun reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında kalması hâlinde ceninin yaşam hakkının ihlal edileceğinden ve henüz başvurusunun hangi suçun mağduru olduğu belirlenemediğinden*” R.G.’nin gebeliğinin sona erdirilmesi mümkün değildir.²⁶² Diğer bir deyişle Hâkimlik, R.G.’nin gebeliğinin cinsel istismar sonucu değil de rızasının olduğu cinsel ilişki sonucu olması halinde mağdur sıfatının bulunmayacağını kabul etmiştir.

Hâkimliğin R.G.’nin durumuna uygulayabileceği bir hukuk kuralı ‘bulamaması’ ya da mevcut kuralların R.G.’nin durumunu kapsamadığına karar vermesi, mevzuat çerçevesinde açıklanamaz. Şöyle ki, R.G.’nin durumunda uygulanması gereken kural TCK madde 99/6’dır. R.G.’nin gebeliğinin onun hayatını tehdit edecek bir risk yarattığına veya yaşadığı travmanın ağırlığının intihar riski oluşturduğuna yönelik bir tıbbi tespitte bulunulmadığı için, Nüfus Planlama Kanunu’un 5. maddesinde yer alan “*annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği hal*” istisnasının uygulanmaması, anlaşılırdır. Ancak, ikinci istisnanın uygulanmaması bakımından Hâkimliğin gerekçesinin hukuki dayanağını bulmak zordur. Nitekim TCK madde 99/6, “kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması” halini herhangi bir suçla sınırlamamıştır. Her halde, kişinin gebe kalmasına sebep olacak suç, mantıken cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan biri olacaktır. Ancak, madde lafzında cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ya da reşit olmayanla cinsel ilişki arasında bir tercih yapılmamış; bunların herhangi birinin sonucunda meydana gelen gebeliğin sonlandırılabilmesi imkânı düzenlenmiştir. Buna rağmen Hâkimlik, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu cinsel dokunulmazlığa karşı diğer suçlardan ayırmış ve Kanun’un 99. maddesinin 6. fıkrasının “*açık ve belirli*” olmadığından bahisle reşit

²⁶¹ AYM, R.G. Başvurusu [GK], § 25.

²⁶² Ibid § 21.

olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından uygulanamayacağı sonucuna ulaşmıştır.²⁶³ En başından bu ayrımın *neden ve neye dayanarak* yapıldığı Anayasa Mahkemesi kararından anlaşılmamaktadır. Ancak, hukuki akıl yürütme, pratik akıl yürütme ve feminist pratik akıl yürütme arasındaki ilişki, Hâkimliğin bu kararına ilişkin pek çok şey söylemektedir.

R.G.’nin anlatımı, verdiği tarihler ve gebelik süresine bakıldığında, gerçekten de gebeliğinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun sonucu gerçekleşmiş olması yüksek bir ihtimaldir. Ancak, bu ihtimal R.G.’nin kürtaj talebinin reddedilmesi için geçerli bir hukuki dayanak mıdır? Hukuki akıl yürütmenin pratik akıl yürütmeden tamamen bağımsız bir süreç olduğu kabul edilse ve hâkim sadece ve sadece kendisine verilen hukuk kuralları üzerinden analiz yapabilen bir yapay zekâ gibi hareket etse, bu sonuca ulaşması mümkün değildir. TCK madde 99/2’nin lafzı hiç de kapalı ve belirsiz değildir. Madde, suçlar arasında hiçbir ayrım yapmadan gebeliğin suç sonucu meydana gelmesini yeterli görmektedir. Öyleyse hâkimin “hırsızlık suçu sonucu gebelik gerçekleşebilir mi?” sorusuna vereceği hayır cevabı gibi, “reşit olmayanla cinsel ilişki suçu sonucu gebelik gerçekleşebilir mi?” sorusuna da hızlıca evet cevabını vermesi gerekir. Diğer yandan, gebeliğe sebep olan suçun işlendiğine ilişkin şüphenin derecesi ya da suçun sübuta erip ermediği de ilgisizdir. Nitekim bu istisnanın suçun işlendiği tarihten gebeliğin yirminci haftasına kadar uygulanabileceği göz önünde bulundurulduğunda, bu kadar kısa sürede soruşturma işlemlerinin dahi tamamlanması çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, hukuki akıl yürütme, tek başına ve bağımsız bir akıl yürütme olabilseydi, R.G.’nin talebinin kabulü sonucunu doğururdu.

Hâkimliğin aksi sonuca ulaşmasına, R.G.’nin talebini reddetmesi gerektiğine yönelik *genel* bir akıl yürütme neden olmuştur. Ancak, buradaki akıl yürütme, tam da feminist olmayan pratik akıl yürütmenin bünyesinde taşıdığı tehlikeye örnek teşkil eder. Şöyle ki, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun diğerlerinden belirleyici farkı, cebir, tehdit, hile olmaksızın işlenmesi; mağdurun rızasıyla gerçekleşmesidir.²⁶⁴ Bu yüzden kanun koyucu, bu suçun kovuşturulmasını şikâyet şartına bağlamıştır.²⁶⁵ Ancak, suçun kovuşturulmaması, suç mağdurunun mağdur sıfatını ortadan

²⁶³ AYM, R.G. Başvurusu [GK], § 21.

²⁶⁴ Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 374.

²⁶⁵ Ibid. s. 376.

kaldırmaz.²⁶⁶ Diğer bir deyişle, kovuşturma şartı, suçun unsurundan farklıdır. Bu yüzden, örneğin R.G.’nin başta şikâyetinde bulunması ancak sonradan şikâyetini çekmesi de sadece suçun kovuşturulmasını etkileyecektir. Dolayısıyla, bu suçun TCK madde 99/6 kapsamının dışında tutulmasının hiçbir makul açıklaması yoktur.

Bu halde Hâkimlik ret kararına nasıl varmıştır? Öyle gözükmektedir ki Hâkim, Bartlett’in uyarılarının haklılığını ortaya çıkaracak şekilde uyuşmazlığı genelleştirmiş ve bağlamından koparmak için hukuk kuralını araçsallaştırmıştır. Başka bir ifadeyle, pratik akıl yürütme ile R.G.’nin talebinin bağlamına bakılmış, ancak eril tahakkümün kodlarına göre bu bağlam R.G.’nin istemediği bir çocuğu doğurmasını gerektirdiği için R.G.’nin uyuşmazlığından benzer durumlara uygulanabilecek genel bir uyuşmazlık çıkarılmıştır. Bu yüzden, hem R.G.’nin özelinde hem 18 yaşından küçüklerin genelinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun TCK madde 99’un kapsamında olmadığı tartışması başlatılmıştır. Zira hâkimin cinsel dokunulmazlığa karşı diğer suçlarla bu suç arasında yaptığı ayırım, R.G.’nin öyküsünde mağduru olduğu suçlar arasındaki ayırımı takip etmiştir. R.G. önce cinsel istismara uğradığını, ancak sonra rızasıyla ilişkiye girdiğini beyan etmiştir. Bu beyan, Hâkimlik için her nedense özellikle dikkate alınacak bir detay olmuştur.

Hâkimliğe göre, bir çocuk cinsel istismara uğradıktan sonra kendi rızasıyla cinsel ilişkiye giriyorsa orada artık gerçek anlamda bir mağduriyet yoktur, mağdur sıfatı cinsel istismar suçuyla sınırlıdır. Kadın sorusu sorulduğunda bu bakış açısının hangi varsayımlara dayandığını tespit etmek çok zor değildir. R.G.’nin “*ideal mağdur*” olmamasının sebebi, muhtemelen, eril tahakkümün kodlarına göre inşa edilmiş toplumda evlenmeden önce ilişkiye girmiş olmasıdır.²⁶⁷ Ancak, Hâkimliğin suçlar arasında yaptığı ayırım, daha ağır bir varsayımı da barındırır: Cinsel istismar ardından rızasıyla ilişkiye giren çocuğun ahlaken kötü olduğu ve cinsel dokunulmazlığının değersizleştiği varsayımdır. Bu varsayımdaki bakış açısına göre R.G. davranışının sonuçlarını, bu sonuçlar ne kadar ağır olursa olsun, ‘hak etmiş’ tir ve R.G.’nin çocuk statüsü de artık dikkate almaya layık değildir.

²⁶⁶ Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 373.

²⁶⁷ Nils Christie, “The Ideal Victim”, içinde Ed. Ezzat A. Fattah, **From Crime Policy to Victim Policy: Reorienting the Justice System**, Londra: Palgrave Macmillan, 1986, ss. 17-30.

Elbette TCK madde 99/6'nın ya da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenleniş şekli, Hâkimliğe bu varsayımlar üzerinden karar verme yetkisini vermemiştir. Tam da bu yüzden, Hâkimlik, R.G.'nin uyuşmazlığını genelleştirerek bu uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralını, uyuşmazlığı kendi belirlediği bağlam üzerinden çözmeye 'malzeme' etmiştir. Diğer bir deyişle, TCK madde 99/6'ya yönelik reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu dışlayıcı soyut değerlendirme, bu kuralın önce R.G.'ye sonra rızasıyla ilişkiye giren reşit olmayan diğer kız çocuklarına uygulanmasını ve onların kürtaj hakkından yararlanmasını engellemek için bir araç haline getirilmiştir.

Hâkimliğin yaklaşımı, pratik akıl yürütmenin bağlamsal değerlendirmesinin neden eril tahakkümle malul olacağına çarpıcı bir örnektir. Feminist pratik akıl yürütme yapılmadığında, diğer bir deyişle uyuşmazlığa uygulanacak kurala ve uyuşmazlığın bağlamına kadın sorusu sorulmadığında hukuk kuralları ve bağlam bir bütün olarak eril tahakkümün kodlarını koruma misyonunu üstlenmektedir. Üstelik R.G. kararından görüleceği üzere, feminist teorinin alternatif yöntemleri benimsenmedikçe, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesi de konunun temel hak ve özgürlükler ve eşitlik ekseninde ele alınmasını sağlamayacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Hâkimliğin kürtaj hakkını kategorik olarak sınırlayan yorumunun hukuki belirliliği ve öngörülebilirliği etkilemediği için derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanında kaldığını belirtmiştir. Böylece temel sorunu görmezden gelen Mahkeme, R.G.'nin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine yönelik kararını “-*nihai kararın sonucundan bağımsız olarak- mümkün olan en kısa sürede verilmesi gereken karar, zaman faktörünün kritik öneme sahip olduğu yaklaşık iki aylık sürede bir türlü verilemediği*” sebebine dayandırmıştır.²⁶⁸ Elbette, mevzuat tarafından belirlenen sürelerin kısalığı karşısında yargısal sürecin hızı, bu hakka erişimin önemli bir parçasıdır. Ancak burada Anayasa Mahkemesinin “-verilme hızından bağımsız olarak- nihai kararın sonucu”na bakmaması, Hâkimliğin (eril) pratik akıl yürütmesinin gelecekte benzer taleplerin “hızlıca” reddedilmesine önayak olmasının sessiz bir kabulü olmuştur. Neticede bu örneğin de gösterdiği üzere, feminist pratik akıl yürütme, basit bir alternatif olmanın ötesinde, hukukun eril tahakkümün değil, temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak uygulanmasının olmazsa olmazı olarak kavranmalıdır.

²⁶⁸ AYM, R.G. Başvurusu [GK], § 103.

c) Bilinç Yükseltme

Bartlett'in bir “*meta-yöntem*” olarak nitelediği bilinç yükseltme (“*consciousness-raising*”), feministlerin kendi deneyimlerine yönelik içgörüyle birlikte diğer kadınların ve tahakküm altındakilerin deneyimlerini algılamalarını ve içgörülerini sosyal gerçekliğin baskın versiyonlarına meydan okumak için kullanmalarını sağlamayı ifade eder.²⁶⁹ Daha basit bir anlatımla, feminist bilinç yükseltme, kişinin kendi deneyimlerini ve duygularını ayımsama, bunları başkalarıyla paylaşma ve başkalarının deneyimlerine kulak vererek farklı deneyimlerin nasıl ortaklaştığını algılama sürecidir. Bu bir meta-yöntemdir, çünkü kadın sorusu ve feminist pratik akıl yürütme başta olmak üzere benimsenebilecek diğer feminist yöntemler için bir alt yapı sağlar. Diğer bir deyişle, feminist bilinç yükseltme olmadan, feminizmin gelişmesi ve uygulanması mümkün olmaz.

Feminist bilinç yükseltmenin birkaç fonksiyonu vardır. Birincisi, kadınların evde, iş yerinde, sokakta; günlük hayatta maruz kaldığı olumsuz deneyimlerdeki sorunları fark etmelerine yardımcı olur. Eril tahakküm, erkek olarak kodladıklarına hükmetmeyi, kadın olarak kodladıklarına da hükmedilmeyi öğretir. Doğumdan itibaren bu cinsiyet normlarına göre sosyalleştirilen kız çocukları ve kadınlar için çoğu zaman şiddete uğradığını anlamak bile güçtür. Halbuki eril tahakkümün normalleştirdiği şiddetin sosyal, ekonomik, psikolojik ve fiziksel olmak üzere çok çeşitli görünüşleri vardır ve bunlara maruz kalmamak imkânsızdır.²⁷⁰ Ancak, tüm toplumsal yaşamı kuşatan ikincilleştirme kadınlar tarafından içselleştirildiği için bunu sorgulamaya başlamak da kolay değildir. Bunun için kadının öncelikle kendi deneyimlerini gözden geçirmesi ve bunlara dair hissettiği adaletsizlik, mutsuzluk ve öfke duygularıyla barışması gerekir. İçinde yaşadığı topluma göre olumsuz deneyimleri ne kadar ‘normal’ ya da ‘haklı’ görülürse görülsün; deneyimlerine dair his ve düşünceleri ne kadar ‘irrasyonel’ ya da ‘kuruntu’ bulunursa bulunsun, deneyimlerini, düşüncelerini ve duygularını kendi penceresinden tanımlamak başlı başına bir feminist faaliyettir. Zira kişisel ve ortak deneyimlerin paylaşılmasıyla eril

²⁶⁹ Bartlett, “Feminist Legal Methods”, s. 866.

²⁷⁰ Eril tahakkümün şiddetinin fiziksel şiddete indirgenmemesini öneren ve bunun yapısal bir şiddet olduğunu açıklayan bir çalışma için bakınız Nuray Karaca, “Yeniden ve Yeniden Üretilen Eril Tahakküm”, *Atatürk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, Vol. 65, 2020, ss. 405-416.

tahakkümün bilgi iktidarı zayıflatılır ve tahakküm altındakilerin gerçeği, alternatif bilgi olarak üretilir.

Feminist bilinç yükseltmenin ikinci fonksiyonu, çalışmanın bu bölümünün ikinci kısmında ayrıca ele alınacak olan özel alan/kamusal alan ayrımını ortadan kaldırmaya yaramasıdır. Deneyimleri anlatmaya ve dinlemeye başlamak, “kol kırılır yen içinde kalır” düsturunun bozulmasına yol açar. Böylece, aile ve ilişki içerisinde yaşanan şiddetin gizli kalması gerektiği, bunun sadece ilişki ya da aileyle ilgili olduğu anlayışı terk edilir. Bu anlayışın kırılması önemlidir, çünkü bu şekilde hem aileye ve partnere karşı bir özne olarak hakkını savunmak mümkün olur hem de aileden ve ilişkiden çıkmak meşrulaşır. Zira Sara Ahmed’in deyiimiyle, konuşmak tek başına bir “*feminist oyunbozanlık*”tır.²⁷¹ Yakınılmadığında ve üzerine konuşulmadığında hak görülen, rahatsızlık dile getirildikçe haksızlığa döner. Diğer bir deyişle, eşitsizlikle ve şiddetle mücadele etmenin ön şartı onu anlatarak var etmektir.

Bu yöntemin son katkısı ise değişimi başlatması ve bunu yaparken feminizmi küçük bir grubun çıkarlarının savunucusu olmaktan kurtarmasıdır. Kadın deneyiminin yarattığı ortaklığın fark edilmesi, sorunlara birlikte çare aranmasına olanak sağlar. Başvurulan çareler de elbette çok çeşitli olabilir. Örneğin bir kadının başka bir kadından destek alması da örgütlü mücadeleye katılarak başkalarının sesi olmaya çalışması da eşitsizliğe karşı mücadeleye, farklı düzeylerde ama ortak, bir çaredir. Bu çareler çeşitlendikçe ve yoğunlaştıkça sosyal değişimi tetikler ve daha önemlisi ise eşitsizliğin giderilmesine yönelik çabayı siyasi bir talebe dönüştürür. İşte bilinç yükseltmenin yarattığı bu dinamiklik, hukukun değişmesi için kurucu iktidarlara önemli bir baskı oluşturur. Öte yandan, bilinç yükseltme, kadınlar arası dayanışmayı gitgide siyasi ve hukuki taleplere dönüştürürken bunun dışlayıcı olmamasını da sağlar. Zira bilinç yükseltme, deneyimlerdeki benzerliklerin aynı zamanda çeşitlilik barındırdığını, kadın kimliğinin yanına eklenen diğer kimliklerle şiddet ve ayrımcılık deneyimlerinin arttığını ve farklılaştığını da gösterir. Bu, feminizmin başka tahakküm biçimlerini beslememesi için önemli bir katkıdır çünkü kişinin kendi başına gelmeyenin, kendisiyle doğrudan ilgili olmayanın ya da kendisi için doğru olmayanın da feminist bir mesele olabileceğini gösterir. Böylece eşitlik talepleri belirli bir ideolojiye ve kimliğe sıkışmaz, feminizm feministlerin yeri geldiğinde birbiriyle

²⁷¹ Sara Ahmed, **Feminist Bir Yaşam Sürmek**, Çev. Beyza Sumer Aydaş, İstanbul: Sel, 2017, s. 118.

çatışan fikirleri ve çıkarlarıyla gelişir. Bu, örneğin LGBTİ+'ların özgürlüğünün Müslüman kadınların derdi; göçmen kadınların özgürlüğünün vatandaş kadınların derdi haline gelmesinin önemli bir koşuludur. Dolayısıyla, demokratik toplumun olmazsa olmaz unsurları olan açık görüşlülük ve çok seslilik, feminizmle inşa edilir.

İşlevine ve katkılarına bir bütün olarak bakıldığında, feminist bilinç yükseltme, deneyimden teoriye, teoriden deneyime dönen bir yolculuk olarak tanımlanabilir.²⁷² Gerçekten de kişisel ve somut deneyimden başlayan bilgi üretimi, bir teoriye dönüşür; bu teori deneyimleri şekillendirmeye başlar ve böylece deneyime dayanan teori, teoriye dayanan deneyimi oluşturur. Diğer bir deyişle, teori deneyimden doğar ama aynı zamanda daha fazla kanıtlama ve değişiklik için bu deneyime geri döner.²⁷³ Schneider'e göre, deneyim ve teori arasındaki bu etkileşim "*bireysel deneyimin toplumsal boyutunu ve toplumsal deneyimin bireysel boyutunu*" gösterir.²⁷⁴ Dolayısıyla feminist bilinç yükseltme, sadece diğer feminist yöntemlerin alt yapısı değil, "*kişisel deneyimin politik doğasını*" ortaya çıkartmanın da yapı taşıdır.²⁷⁵

Ancak, bunların yanında, bilinç yükseltmenin bu çalışmanın konusunu oluşturan hukukun uygulaması ve yargı kararları bakımından önemine de dikkat çekmek gerekir. Zira yargıçlara yöneltilen eril adalet eleştirisini çoğu zaman yargıçların ekseriyetle erkek olduğu eleştirisi takip eder. Özellikle kadın ve erkeklerin bakış açılarının ve zihinsel süreçlerinin farklı olduğunu tartışan bazı feministlere göre, feminist pratik akıl yürütmeyi yapabilmesi ve kadın sorusu sorabilmesi için kadın yargıçlara evleviyetle ihtiyaç vardır.²⁷⁶ Ancak bu anlamda dile getirilen ihtiyaç, yargı teşkilatına girmek bakımından cinsiyet ayrımcılığını giderme ihtiyacından başka bir şeyi ifade eder. Nitekim burada kastedilen, istihdama ve devlet erklerine katılımda eşitlik sorunu değildir. Bu yaklaşıma göre, hukukun uygulanmasında eril bakış açısının kırılabilmesi ve feminist bakış açısının yargıya dahil edilebilmesi için yargılama faaliyetinin kadınlar tarafından yapılması zorunlu ve çoğu zaman yeterlidir.

²⁷² Bartlett, "Feminist Legal Methods", s. 864.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ Elizabeth M. Schneider, "The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement", **New York University Law Review**, Vol. 61, 1986, s. 603.

²⁷⁵ Bartlett, **op.cit.**, s. 864.

²⁷⁶ Bu görüş, kültürel feministler için geçerlidir. Bakınız Robin West, **Caring for Justice**, New York: New York University Press, 1999. Ayrıca bakınız Carol Gilligan, **In A Different Voice: Psychological Theory and Women's Development**, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

Yargı teşkilatında kadınların eksikliğinin belirleyici olmadığını söylemek, en azından Türkiye için zordur.²⁷⁷ Adalet Bakanlığına bağlı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün yayımladığı son istatistiklere göre, 2021 yılı itibariyle Türkiye’de kadın hâkim sayısının toplam hâkim sayısına oranı yüzde 46’dır; adli yargıda bu oran yüzde 51’e çıkarken idari yargıda yüzde 30’da kalmaktadır.²⁷⁸ Kadın savcı sayısının toplam savcı sayısına oranı ise sadece yüzde 16’dır.²⁷⁹ Bu çalışmanın konusunu oluşturan anayasa yargısı bakımından da durum pek parlak değildir. Nitekim aynı istatistiklere göre, Anayasa Mahkemesinde çalışan hâkimler arasında kadın oranı yüzde 21’dir.²⁸⁰ Bunun yanında, 2014 yılından beri Anayasa Mahkemesinin üyeleri arasında bir kadın üye dahi yoktur. Mahkemenin emekli ve görev süresi dolan tüm üyelerine bakıldığında ise kuruluşundan itibaren sadece beş üyesinin kadın olduğu görülür.²⁸¹ Dolayısıyla, anayasa yargısı başta olmak üzere yargıda kadın temsili, devam eden bir sorundur. Yine de tek sorunun bu olup olmadığı ya da kadın hâkim oranının yüksek olması halinde sorunların azalıp azalmayacağı üzerine de düşünülmesi gerekir.²⁸²

Anayasa Mahkemesi üyesi Engin Yıldırım ve Serdar Gülener’in yakın zamanda yaptığı bir çalışma, Anayasa Mahkemesinin kadın üyeleri arasında ortak bir yargısal tutumun bulunmadığını; bazı kadın üyelerin diğer kadın üyelere göre daha muhafazakâr tutum içerisinde olduğunu, kadın üyelerin de cinsiyetçi kararlara imza atabildiğini göstermiştir.²⁸³ Elbette temsil oranının aşırı düşük kalması ve kadın üyelerin bugüne kıyasen kadınların eşitliğinin iyice yadırgandığı dönemlerde görev

²⁷⁷ Hukuk mesleği içerisinde kadınların durumunu araştıran bir çalışma için bakınız Seda Kalem Berk, “Toplumsal Cinsiyet ve Profesyonelleşme: Hukuk Mesleğinde Kadın Örneği”, **Sosyoloji Araştırmaları Dergisi**, Vol. 16(1), 2013, ss. 74-103.

²⁷⁸ Bakınız Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, “Adli İstatistikler 2021”, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/310520221416422021HİZMETEÖZELKİTAP.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 14 Nisan 2024), s. 2.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Ibid. Bu oranı Mahkeme üyeleri değil, Mahkemede çalışan raportörler oluşturmaktadır.

²⁸¹ Bu üyeler, görev tarihlerine göre sırasıyla Samia Akbulut, Aysel Pekiner, Tülay Tuğcu, Fulya Kantarcıoğlu ve Zehra Ayla Perktas’tır. Samia Akbulut ve Aysel Pekiner’in üyeliği, yedek üyeliktir.

²⁸² Rosalind Dixon, “Female Justices, Feminism and the Politics of Judicial Appointment: A Re-Examination”, **Yale Journal of Law and Feminism**, Vol. 21(2), 2010, ss. 334.

²⁸³ Bakınız Engin Yıldırım, Serdar Gülener, “Anayasa Mahkemesi Kadın Üyelerinin Yargısal Tutumları: Ampirik Bir Araştırma”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Vol. 6(11), 2017, ss. 51-84. Örneğin Samia Akbulut, iki farklı kararda, “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır*” kuralının ve erkek eş için benzer bir şart öngörmezken kadının eşi yararına üçüncü kişilere borçlanmasını hâkim onayına bağlayan kuralın anayasaya uygun olduğuna karar veren çoğunluğa katılmıştır. Bu kararlar için bakınız AYM, E.1997/61, K. 1998/59, Karar Tarihi: 29.9.1998, AYM, E. 1997/27, K. 1998/43, Karar Tarihi: 30.6.1998. Ancak, bu iki kararda Fulya Kantarcıoğlu ise karşı oy sunmuştur.

yapmış olması, yapılan karşılaştırmanın güçlü bir sonuç vermesine engeldir.²⁸⁴ Öte yandan, kadınları doğrudan ilgilendiren konularda verilecek kararlara kadın yargıçların olumlu etkisi görülse de bu etkinin kesin olduğu, kadın temsiline otomatik olarak feminist yargılamayı garanti edeceği söylenemez.²⁸⁵ Zaten kadın ve erkek yargıçlar arasında bu denli keskin bir ayrım beklemek, birçok açıdan sorunludur.

Birincisi, her ne kadar bazı feministler bunu kadınların daha bağlamsal düşünce tarzına sahip olmalarına ya da ahlaki bakış açılarının farklı olmasına bağlamışlarsa da²⁸⁶ kadın ve erkek arasında kategorik bir ayrım yaratmak sosyal olarak inşa edilen cinsiyet normlarının tekrar üretimidir. Diğer bir deyişle kadın hâkimden kadın, erkek hâkimden erkek olarak davranmasını beklemek ya da verdikleri kararlara böyle bir anlam yüklemek, erkeklerin katı ve rasyonel, kadınların esnek ve empati içerisinde hareket ettikleri algısını beslemekten başka bir şey değildir. İkincisi, hâkimlerin kararlarını cinsiyet temelinde analiz etmek, karar verme sürecini etkileyen diğer etmenleri göz ardı ettiği ölçüde indirgemecidir.²⁸⁷ Bir hâkim kadın ve erkek olduğu kadar, liberal ya da muhafazakâr olabilir. Hâkimin kadın ve erkek kimliği, onun örneğin etnik kimliğinden ya da dini inancından da etkilenir. Benzer şekilde, hâkimin kişiliği ve düşünce biçimi memleketinin gelenekleri, sosyal çevresi ve kişisel deneyimleriyle de şekillenir. Bu yüzden, diğer her şeyi ayıklayarak hâkimlerin cinsiyetleriyle karar verdiğini tartışmak gerçekçi olmadığı kadar cinsiyetçidir. Bir hâkim hiçbir zaman cinsiyetinden ibaret değildir. Son olarak, kadın ve erkek hâkimleri karşılaştıran tüm bu çalışmalar, hâkimlerin cinsiyet kimliklerinin ve cinsel yönelimlerinin de çeşitli olabileceğini yadsımaktadır. Yaygın ayrımcılık pratikleri sebebiyle, hâkimler arasında transları görmek ya da hâkimlerin cinsel yönelimlerini bilmek neredeyse imkânsız olsa da “natrans heteroseksüel kadın” ve “natrans heteroseksüel erkek” hâkim karşılaştırması, trans ve homoseksüel dışlayıcılığı da normalleştirmektedir.

²⁸⁴ Yıldırım, Güleler, **op.cit.**, s. 77.

²⁸⁵ Yargıda kadınların sayısının artmasının olumlu bir etki doğurabilmesi için kadın temsiline belirli bir orana ulaşması gerektiğini tartışan bir çalışma için bakınız Paul M. Collins, Kenneth L. Manning, Robert A. Carp, “Gender, Critical Mass, and Judicial Decision Making”, **Law and Policy**, Vol. 32(2), 2010, s. 264.,

²⁸⁶ Bakınız Altan Heper, “Feminizm ve Hukuk”, **Hukuk Kuramı**, Vol. 1(5), 2014, s. 20.

²⁸⁷ Yargıçların çeşitliliklerinin ve farklı özelliklerinin etkilerini kesişimsel perspektifle değerlendiren bir çalışma için bakınız Todd Collins, Laura Moyer, “Gender, Race, and Intersectionality on the Federal Appellate Bench”, **Political Research Quarterly**, Vol. 61(2), ss. 219-227.

Öyleyse, feminist hukuk teorisinin yöntemlerinin uygulanabilirliğinin kadın hâkimlere bağlı olmadığı gibi kadın hâkimlerle de sınırlı olmadığını kabul etmek gerekir. Feminist pratik akıl yürütmeyi tüm hâkimler için mümkün kılacak olan, bilinç yükseltmedir. Nitekim feminist bilince sahip olmayan bir kadın hâkim de uyuşmazlığın çözümünde kadın sorusunu sormayacak ve bağlamı dikkate almayacaktır. Bunun karşılığında, bir hâkimin ‘erkekliği’, onun bilinç yükseltme ile farkındalığını arttırmasına, ön yargılarını kırmasına ve kadın sorusunu sormasına engel değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi açısından Engin Yıldırım erkek hâkimlerin de bilinç yükseltme ile eril tahakkümün kodlarını sorgulayan ve temel hak ve özgürlüklere kapsayıcı bir şekilde yaklaşan kararlar verebileceğini göstermiştir.²⁸⁸ Bu yüzden, yargı teşkilatında cinsiyet kimliği çeşitliliğinin arttırılmasının gerekliliği bir yana, feminist metodoloji açısından ihtiyaç duyulan şey belirli bir cinsiyetten olmak değildir. Bilinç yükseltme, tüm hâkimler için, onları eril tahakkümün kodlarından bağımsızlaştıracak önemli bir yoldur. Patricia Williams’ın yukarıda alıntılanan ifadesinde belirttiği gibi, yargılama sürecinin eril tahakküm yanlılığını sona erdirmek, bilinç yükseltmenin bir arada dayanışma içerisinde yapılmasıyla daha kolay olacaktır, ancak hâkimlerin “*zaman ve çaba ile*” bunu tek başlarına dahi başarmaları mümkündür.²⁸⁹

²⁸⁸ Engin Yıldırım’ın kadınları ya da genel olarak dezavantajlı durumda olanları ilgilendiren her kararda feminist bakış açısına sahip olduğunu ya da gerekçe ve karşı oylarında eşitsizlik vurgusunu istikrarlı olarak dile getirdiğini söylemek mümkün değildir. Yine de çok önemli karşı oylara imza atmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde incelenecek kararlarda Engin Yıldırım açısından her iki yönde örneğe de rastlamak mümkündür. Diğer bir deyişle, Engin Yıldırım’ın eşitlikçi karşı oylarıyla birlikte katıldığı kararlarda eşitsizlik sorunu olmasına rağmen karşı oy/ek görüş bildirmediği haller ikinci bölümde görülecektir.

²⁸⁹ Williams, **The Alchemy of Race and Rights: Diary of a Law Professor**, s. 150.

II. HAKLARIN ELEŞTİRİSİ OLARAK FEMİNİST HUKUK TEORİSİ

“Altıncı İlke: Dahil Olmak; Adil Olmayan, Şiddet İçeren ve Eşitsiz Bir Sisteme Dahil Edilmek Anlamına Geliyorsa Dahil Edilmeye İstekli Değilim.”²⁹⁰

(Sara Ahmed)

Feminist teorinin hukuka yönelttiği eleştirilerin en can alıcı kısmı, insan hakları kuramına ve eşitlik ilkesine ilişkindir. Feminist taleplerin dayanağı gözükken hak ve eşitlik kavramlarının feminist eleştiriye maruz kalması, ilk bakışta yadırganabilir. Gerçekten de insan haklarının ve eşitliğin eril tahakküme karşıt olması, karşıt olduğu oranda da feminist teoriyi desteklemesi beklenir. Zira bunlar, insanların eşit olduğu ya da en azından eşit muamele görmesi gerektiği fikrinin hukuktaki yansımasıdır ve eşitlik fikri, doğası gereği, tahakkümün ürettiği hiyerarşik ilişkilerle bir arada var olmamalıdır. Tam da bu yüzden, eğer hukuk eril tahakkümle mücadele edecekse, insan hakları ve eşitlik bu mücadelenin en önemli ve vazgeçilmez araçları olarak ele alınır. Ne var ki, bilinç yükseltme faaliyeti içerisinde kadın sorusu hak ve eşitlik kavramlarına yöneltildiğinde, bunların da eril tahakküm içerisine doğduğu ve onu beslediği anlaşılacaktır.

Feminist teorinin insan hakları ve eşitlik ilkesinin tahakkümcü yüzünü ifşa etmesi, belki de hukuka yaptığı en önemli katkıdır. Şöyle ki, insan haklarının ya da eşitliğin hukukun onu eril tahakkümden kurtarabilecek ve yüzünü eşitliğe çevirebilecek öğeleri olarak sorgusuz sualsiz kabul edilmesi, eşitlik altına saklanan eşitsizliklerin ortaya çıkarılmasını neredeyse imkânsız hale getirir. Diğer bir deyişle, insan haklarının ve eşitlik ilkesinin dışlayıcılığı fark edilmediği sürece, bu kavramların getirdiği asgari standartlara uyum, herkesin yeterince eşit olduğu yanılgısını yaratır. Bunun sonucu ise, kendilerinden önce var olan eşitsiz yapının hak ve eşitlik vasıtasıyla tekrar meşrulaştırılmasıdır.

Feminist bakış açısıyla, yapısal sorunların üzerine eğilmedikçe, ne kadar fazla insan bunlara dahil edilirse edilsin, insan hakları ve eşitlik ilkesi de tıpkı hukuk

²⁹⁰ Ahmed, **Feminist Bir Yaşam Sürmek**, s. 355.

sisteminin bütünü gibi tahakkümü korumaya devam edecektir. Sara Ahmed'in yukarıda alıntılanan ilkesinden esinlenerek, dahil olunacak hak ve eşitlik teorisinin kendisi tahakkümcüyse, bunlara dahil olmanın tahakkümden kurtulmak açısından hiçbir anlamı yoktur. Bu perspektiften hareketle, çalışmanın bu kısmında, feminist teorisinin eleştirilerinden yararlanılarak insan haklarının ve eşitlik ilkesinin kusurları ortaya çıkarılacak ve bunların eril tahakkümün gizli araçları olarak nasıl kullanıldığı açıklanacaktır.

A. Liberal İnsan Hakları Teorisinin Eleştirisi

Liberal insan hakları teorisinin merkezinde, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin ifadesiyle *“insanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve onların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması”* yatar.²⁹¹ Bu anlayışa göre, insan, sadece insan olmakla onurludur ve onurda ortaklık, insanların ilkesel düzeyde birbirine eşit olmasının temelidir. İnsan onurunun *“her koşulda korunması”*, “insan hakları” olarak nitelenen bazı hakların aracılığı ile garanti altına alınmıştır.²⁹² Buna göre, insanın onuru ona doğumdan itibaren öznesi olacağı, vazgeçilmezlik ve devredilmezlik kalkaniyla korunan, devlet öncesinden beri var olduğu kabul edilen bazı haklar sağlar.²⁹³ Bu haklar, kişileri hem devlete hem de diğer bireylere karşı korur. Bu yüzden insan hakları, öznesine bir hak tanırken onun ileri sürüleceği bireyler ve devletler açısından da bir yükümlülük getirir.

İnsan hakları, en başta yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, ifade özgürlüğü, inanç ve ibadet özgürlüğü, mülkiyet hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı gibi birinci kuşak haklarla çerçevelense de bu çerçeve giderek

²⁹¹ Resmî Gazete, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin Resmî Gazete ile Yayınlanması ve Yayımdan Sonra Okullarda ve Diğer Eğitim Müesseselerinde Okutulması ve Yorumlanması ve Bu Beyanname Hakkında Radyo ve Gazetelerde Münasip Neşriyatta Bulunulmasına Dair 9119 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Sayı: 7217, 27 Mayıs 1949, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 12 Şubat 2024).

²⁹² Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 479.

²⁹³ Fransız İnsan Hakları Bildirgesi'nin başlangıcında da aynı kabuller söz konusudur. *“Fransız halkının temsilcileri, (...) insanın doğal, devredilemez ve kutsal haklarını ciddi bir bildirgeyle ortaya koymaya karar vermişlerdir; öyle ki bu bildirge, Toplumsal birliğin tüm üyelerinin önünde sürekli olarak bulunsun ve onlara haklarını ve görevlerini sürekli olarak hatırlatsın”* Bakınız Yale Law School Lillian Goldman Law Library, “Declaration of the Rights of Man 1799”, The Avalon Project: Documents in Law, History and Diplomacy, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp, (Son Erişim Tarihi: 13 Nisan 2024).

genişlemektedir.²⁹⁴ Artık çalışma hakkı, sendika kurma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, beslenme hakkı, konut hakkı gibi ikinci kuşak olarak adlandırılan sosyal, ekonomik hakların yanında kendi kaderini tayin hakkı, kültürel kimlik hakları, çevre hakkı, barış hakkı, insanlığın ortak mal varlığına saygı hakkı gibi üçüncü kuşak haklar da insan haklarına dahil olmuştur.²⁹⁵ Öte yandan, bu haklara yenileri eklenirken bunlardan bazılarının koruma alanında gözüken konular, teknolojinin yarattığı yeni tehlikeler karşısında kişisel verilerin korunması hakkı gibi dördüncü kuşak olarak adlandırılan yeni haklarla güvence altına alınmakta ve insan hakları çalışmalarının odağına oturmaktadır.²⁹⁶

Bununla birlikte, insan hakları tüm bu gelişim ve değişim seyrine rağmen eleştirilerin hedefinden kurtulamamaktadır. Zira insan haklarının masalsı anlatısı, bazıları için onur, vazgeçilmezlik, devredilmezlik, eşitlik gibi sihirli kelimelerle ve bir dizi hakla büyük bir ‘ütopya’ vadederken diğerlerinin ‘distopya’sının şaşılaştıran bir belgesi haline gelmiştir. Bugün dünyadaki canlıların içinde yaşadığı sistemi ‘distopya’ yapan, çok çeşitli ve yönlü olarak süregelen tahakküm biçimleridir. Dolayısıyla, hukuk sistemlerini baskıcı yapan elbette insan hakları değildir. Buna karşılık, insan hakları, eril tahakküm başta olmak üzere pek çok tahakküm türünün bir kılıfı ve birçok grup için onlara tanınmayan ve tanınmaması ‘doğal’ karşılanan hakların bir listesi olmuştur.

Feminist teorinin insan haklarına eleştirisi, insan haklarının kapsamına alınacak hakların sayısının ve türünün yetersizliği ya da insan haklarının iyi bir şekilde uygulanıp garanti altına alınmaması gibi sorunlarından ziyade tahakküm ilişkilerine etkisini konu edinir. Diğer bir deyişle, feminist teori bakımından insan hakları sorunu, kadınların haklarının insan haklarına dahil edilmesinden fazlasıdır; tıpkı hukukun üretilmesinde, kurallarının belirlenmesinde ve uygulanmasında olduğu gibi insan haklarının konsept olarak eril tahakkümü nasıl ve neden beslediği meselesiyle ilgilidir. Bu yüzden çalışmanın devamında liberal insan hakları teorisinin sırasıyla özne ve mekân açısından dışladıklarına bakılacak ve insan haklarının üzerine oturduğu ve tek başına sarsamadığı tahakküm düzeni, insan hakları aracılığıyla tekrar sorgulamaya açılacaktır.

²⁹⁴ Uygun, **op.cit.**, s. 502.

²⁹⁵ Ibid s. 503-506.

²⁹⁶ Uygun, **op.cit.**, s. 506. Örneğin bakınız Oya Boyar, Sezen Kama Işık, “Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir Bakış”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Vol. 25(2), 2019, ss. 602-623.

1. İnsan Haklarının Öznesi: Erkeğe ve Ayrıcalığa Dayanan Anlayış

İnsan hakları teorisinin öznesi olan “insan”a yönelik feminist eleştirinin iki yönü vardır. Birincisi, evrensel bir birliktelik ve paylaşım iddiasıyla kullanılan “insan” kavramının tarihsel olarak “erkek insan”a tekabül etmesi ve bugün de insan haklarının bu haklara en çok ihtiyaç duyan dezavantajlı grupların değil ayrıcalıklı grupların yararlanmasına açık olmasıdır. İkincisi ise, bugünkü demokrasi anlayışımızın temelinde yer alan ve yüceltilen insan hakları kavramının, insanın insan dışındakiler üzerindeki tahakkümünü meşrulaştıracak şekilde insan-merkezciliği pekiştirmesidir. Bu bölümde insan haklarına yönelik feminist eleştirinin bu iki yönü, önce insan hakları kavramının ortaya çıkışı ve şekillenışı bakımından teorik düzeyde kısaca ele alınacak, ardından teorik tartışmaların pratikteki karşılığı insan haklarının klasik kuşak sınıflandırması üzerinden örneklerle ortaya konacaktır.

a) Kavramsal Olarak İnsan Haklarının Öznesi

İnsan haklarının “insan”ının kim olduğu ya da kimleri kapsayıp kapsamadığı sorununa eğilenler, sadece feminist düşünürler değildir. Bu kavramı çok soyut ve genel bulan kimi yazarlar, hakkın öznesi için kullanılan evrensel bir “insan” kavramının fiktif olduğunu, bu haklardan ancak belirli bir devletin vatandaşı olanların yararlanabileceğini tartışmışlardır.²⁹⁷ Arendt’in eleştirisi bu yöndeki en güçlü eleştiri olarak ele alınabilir.²⁹⁸ Yazara göre, insan haklarına ilişkin uluslararası belgeler esasında kaçınılmaz bir çelişki yaratır: İnsan hakları ile devletlere tüm insanların “evrensel” ve “devredilemez” haklarını koruması yükümlülüğü yüklenirken modern devletin ulusal egemenlik ilkesine dayandığı ve yetkisinin kural olarak üzerinde hâkimiyeti olduğu topraklarla sınırlı olduğu unutulmaktadır.²⁹⁹ Bu yüzden, insan

²⁹⁷ Edmund Burke, Ed. Conor Cruise O’Brien, **Reflections on the Revolution in France**, Londra: Penguin Books, 2004, ss. 63-82.

²⁹⁸ Bakınız Hannah Arendt, **The Origins of Totalitarianism**, Orlando, Florida: Harcourt, Brace & Company, 1973.

²⁹⁹ Bunun istisnası olarak evrensel yargı yetkisi tartışılabilir. Evrensel yargı yetkisi, devletlerin suçun işlendiği yer ve failin ya da mağdurun tabiiyetine bağlı olmaksızın belirli suçları yargılama yetkisini ifade eder. Türk Ceza Kanunu da 13. maddesinde saydığı suçların “*vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk kanunları*”nın uygulanacağını düzenlemiştir. Daha fazla bilgi için bakınız Dikran M. Zenginkuzucu, “International Criminal Law and National Legal System in Türkiye: International Criminal Court and Türkiye”, **Legal Hukuk Dergisi**, Vol. 21(248), 2023, ss. 2857-2888.

hakları, ancak bir devletin yasası olarak tanımlandığında ona karşı ileri sürülebilecek haklar silsilesi haline gelmektedir. Madalyonun diğer yüzü ise, bir devletle ilişkisi olmayanların bu hakları ileri sürebilecekleri bir bağlamdan yoksun olmalarıdır. Arendt'e göre, devlet, insan haklarını etkili bir şekilde tanıyıp güvence altına alabilecek tek hukuki otorite olduğundan, herhangi bir devlete bağlı olmaktan çıkan kişiler için tüm insan hakları söylemi anlamını yitirmektedir.³⁰⁰ Birinci dünya savaşından sonra vatandaşlık bağını kaybetmiş milyonlarca mültecinin durumu, Arendt için, insan haklarının vatandaşlara özgülendiğinin en büyük kanıtıdır.³⁰¹ Bu eleştiriden hareketle Arendt, insan haklarının korunabilmesi ve ileri sürülebilmesinin ön koşulunun aslında bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlanarak belirli bir siyasi topluluğa ait olma talebini içeren "*haklara sahip olma hakkı*" olduğunu tartışmıştır.³⁰² Bu çalışmanın yazıldığı dönemde, devlet olarak kabul edilmeyen Filistin topraklarındaki insanların maruz kaldığı ağır insan hakları ihlalleri ya da savaş sebebiyle dünyanın farklı yerlerine dağılmış Ortadoğulu göçmenlerin durumu, Arendt'in insan haklarına dair eleştirisini hala güncel kılmaktadır.

Bununla birlikte, Arendt'in insan haklarının devletin sağladığı politik alanda bir anlam ifade edebileceğine yönelik eleştirisine kültürel görecelilik perspektifi eklendiğinde, bu eleştirinin hedefi insan haklarına sahiplikten onun meşruiyetine kayarak yeni bir risk doğurmaktadır. Nitekim insan haklarının evrensel değil ulusal olduğu düşüncesi, sadece insan haklarının fiilen ve hukuken kullanılabilmesi önündeki engelleri açıklamak için ortaya atılmamış, aynı zamanda en başından itibaren bu hakların bütün devletlere yönelik bir yükümlülük olarak tanımlanmaması gerektiği tartışmasına da önayak olmuştur. İnsan haklarının politik ve söylemsel düzlemde benimsediği eşitlik, bu ikinci yaklaşımda, dünyadaki dinsel, dilsel, kültürel farklılıkları silerek tüm insanları Batı merkezli bir insana dönüştürmesi sebebiyle kültürel ve ahlaki bir emperyalizm girişimi olmakla suçlanmıştır.³⁰³

³⁰⁰ Altan Heper, "Hannah Arendt'te Haklara Sahip Olma Hakkı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Vol. 28(2), 2022, ss. 650-661.

³⁰¹ Irmak Kepenek, "İnsan Hakları Kimin Hakları?" içinde Ed. Zülfiye Yılmaz, **Cumhuriyet'in Yüzüncü Yılına Kadın Hukukçuların Armağanı: Kamu Hukukunun Temel Sorunları ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarına Bir Katkı**, İstanbul: On İki Levha, 2023, s. 213.

³⁰² Arendt, **The Origins of Totalitarianism**, s. 296.

³⁰³ Kepenek, **op.cit.**, s. 212. Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 509. Ayrıca bakınız Jack Donnelly, "Cultural Relativism and Human Rights", **Human Rights Quarterly**, Vol. 6(4), 1984, s. 401 vd.

Kültürel göreceliliğin insan haklarına yönelik tereddüdü, feminist bakış açısıyla üzerinde özellikle durulması gereken bir meseledir zira bu tereddüt, teoride basit bir endişe iken uygulamada insan haklarının gelişmesine ve yerleşmesine yönelik bir tepkiye dönüşmektedir. Nitekim kültürel görecelik tartışmaları, insan hakları rejiminin gelişmesine paralel olarak yoğunlaşmakta ve devletlerin giderek artan bir şekilde uluslararası sözleşmelere katılmamalarına ya da katıldıkları sözleşmelerine çok sayıda çekince koymalarına sebep olmaktadır.³⁰⁴ Bunun yanında, bir uyuşmazlık halinde iç hukukun uygulanacağına yönelik çekinceler ile insan haklarına ilişkin zorunlu yargılamanın reddedilmesi de insan haklarının evrenselliğini zedelemekte ve kültürel gelenekler ile insan hakları arasında bir gerilim yaratmaktadır.³⁰⁵ Üstelik kültürel görecelik sadece Batıya karşı bir tepki olarak kalmamış, Batı içerisinde de “devletin takdir yetkisi” doktrini çerçevesinde kendine özgü bir görünüm kazanmıştır.³⁰⁶ AİHM’in içtihadıyla yerleşen bu doktrin sayesinde Batıdaki devletler, ulusal hukuklarını belirlerken insan haklarını sınırlandırmaları gerektiğinde zorlayıcı toplumsal ihtiyaca yönelik koşulların en iyi ulusal makamlar tarafından bilinebileceğini ileri sürebilmektedir.³⁰⁷ Böylece sosyal ve ahlaki koşullar, uluslararası yargıçların insan hakları hukukuna uygunluk değerlendirmesi yapmasına set çekmektedir. Her ne kadar AİHM, bir kişinin kimliği ya da varoluşuyla ilgili bir mesele söz konusu olduğunda devletlerin takdir yetkisinin daralacağını belirterek³⁰⁸ insan hakları güvencesini devam ettirmek istese de takdir marjının ahlaki konularda belirleyici olmadığını söylemek zordur.³⁰⁹

Feminist teori, hukukun oluşturulmasında ve uygulanmasında kadınlar başta olmak üzere dışlanan kesimlerin farklılaşan deneyimlerinin dikkate alınmasını talep ettiğinden kültürel görecelilikle olan ilişkisinin açıkça ortaya konması gerekir. Eğer feminizm kadınların özelliklerini bir potada eritmeden onların kültürel farklılıklarına göre çeşitlenen kimliklerinin özgülleşmesini savunuyorsa, feminizm de kültürel

³⁰⁴ Hilary Charlesworth, Christine Chinkin, **The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis**, Manchester: Juris Publishing, 2000, s. 222.

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ Ibid., Cees Flinterman, “The Universality of Human Rights and Cultural Diversity” içinde Ed. Wybo P. Heere, **Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence: Proceedings of the Third Joint Conference Held in The Hague, The Netherlands, July 13-15, 1995**, The Hague: T.M.C. Asser Instituut, 1996, s. 330.

³⁰⁷ Charlesworth, Chinkin, **The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis**, s. 222.

³⁰⁸ Örneğin bakınız AİHM, Evans/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6339/05, Karar Tarihi: 10.4.2007, § 77.

³⁰⁹ Örneğin bakınız AİHM, Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 7.12.1976, § 57.

göreceliliğin bir başka görünümü müdür? İlk bakışta, her ikisi de insan haklarını başkalarının bakış açılarını dışlamaya hizmet etmekle eleştirmekte ortaklaşıyor gözükse de bu sorunun cevabı olumsuzdur. Zira kültürel görecelik Batı kültürünün hâkim kültür haline gelip diğer kültürler üzerinde baskı kurmasına karşı çıkarken birbirinden farklılaşan bu kültürlerle içkin tahakküm ilişkileriyle ilgilenmez. Kültürel göreceliliğin odağı, Batı kültürüne karşı diğer kültürlerin korunmasıdır. Oysa feminizm, eleştirisini böyle bir karşıtlık üzerinden kurmaz. Feministler, kültürel farklılaşmanın feminist taleplere yönelik çeşitlilik yaratacağını kabul ederken, kültürel göreceliliğin öne çıkarmaya çalıştığı farklı kültürlerin “*genellikle erkeklerin tarihlerinden, geleneklerinden ve deneyimlerinden yola çıkılarak inşa edildiği*”nin de farkındadır.³¹⁰ Bu yüzden feministlere göre, kültürel görecelik savunucuları, çeşitliliği koruma maskesi altında seçici ve çarpıtılmış bir şekilde davranarak kültürlerindeki hâkim güç ilişkilerini koruma amacını gütmektedirler.³¹¹ Diğer bir deyişle, feminizm için kültürel görecelik, eril tahakküm tarafgirliğinin uluslararası hukuka yansımalarından başka bir şey değildir.

Gerçekten de feminizm insan haklarına bir bütün olarak eleştirel bakış açısı geliştirirken, kültürel göreceliliğin hedefinin tipik olarak kadının insan hakları olduğu görülür. Türkiye’nin yakın zamanda İstanbul Sözleşmesi olarak bilinen Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nden³¹² çekilmesinin nedeni olarak bu sözleşmenin “*Türkiye’nin toplumsal ve ailevi değerleriyle bağdaşmayan eşcinselliği normalleştirdiği*”nin ileri sürülmesi bunun bir örneğidir.³¹³ Türkiye’nin kadınlara yönelik şiddeti engellemeyi hedefleyen bir sözleşmeden çekilerek buna yönelik uluslararası yükümlülüklerinden sıyrılması kendi başına sorunluyken bir de bunun Türkiye kültürünün homofobikliğine dayandırılması, ayrımcılığın kültürel görecelilikle perçinlenmesi olmuştur.³¹⁴ Bu

³¹⁰ Charlesworth, Chinkin, **The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis**, s. 225.

³¹¹ Arati Rao, “The Politics of gender and culture in international human rights discourse” içinde Ed. Julie Peters and Andrea Wolper, **Women’s Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives**, New York: Routledge, 1995, s. 174.

³¹² Avrupa Konseyi, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 2011, <https://rm.coe.int/1680462545>, (Son Erişim Tarihi: 10 Nisan 2024).

³¹³ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı, “Türkiye’nin İstanbul Sözleşmesi’nden Çekilmesine İlişkin Açıklama”, 21 Mart 2021, <https://www.iletisim.gov.tr/turkce/haberler/detay/turkiyenin-istanbul-sozlesmesinden-cekilmesine-iliskin-aciklama>, (Son Erişim Tarihi: 13 Nisan 2024).

³¹⁴ İstanbul Sözleşmesi’nden çekilmenin hukuka aykırılığı için bakınız Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği, “Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneğinin Cumhurbaşkanının İstanbul Sözleşmesi’ne İlişkin Kararı Hakkındaki Açıklaması”, 23 Mart 2021, <https://anayasader.org/anayasa-hukuku-arastirmalari->

yüzden feminizmin insan haklarına dışladığı özne bakımından eleştirisinin kültürel görecelilikle karıştırılmaması gerekir. Feminizmin amacı, insan haklarını ortadan kaldırmak değil, daha kapsayıcı ve eşitlikçi bir alana dönüştürmeye çabalamaktır. Bunu yaparken çoğu zaman kültürel görecelilikle de mücadele etmekte, ancak yine de farklı kültürlerle saygı göstermenin gereklerine sadık kalmaktadır.

Örneğin kız çocuklarının genital sakatlanması³¹⁵ 1950’lerde kültürel ve dini bir ritüel olarak ele alınırken artık birçok uluslararası insan hakları hukuku kaynağında bir şiddet biçimi olarak kabul edilmektedir.³¹⁶ Bu örnekten yola çıkarak Gunning, dünyanın farklı yerlerindeki kadınların birbirine bağlılığı ile kadınların belirli yerdeki koşullarının bağımsızlığının uyumlaştırılabileceğini tartışmış ve bunun için “*dünyayı gezme*” tekniğini önermiştir.³¹⁷ Bu teknik, tıpkı Bartlett’in kadın sorusu gibi, geleneklerin eril tahakkümü üreten zararlı yanları açığa çıkarılırken kadınlar ve kadınların ait olduğu topluluklar arasındaki farklılıkların nazara alınmasını ve bu farklılıklar bağlamında çözüm üretilmesini ifade eder.³¹⁸ Kadınların genital sakatlanması örneğinde bu teknik uygulandığında Gunning için çözüm, cezalandırma ve zorlama yerine eğitim ve diyalogun tercih edilmesidir.³¹⁹ Böylece uygulamanın yaygın olduğu kültüre doğrudan saldırmadan ve o kültüre tepeden bakmadan kadınlara verilen zararın önlenmesi mümkün olur. Elbette Gunning’in ulaştığı sonuç en ve tek doğru çözüm olmak zorunda değildir, aynı teknikle başka çözümler de üretilebilir. Ancak önemli olan, feminizmin kadınlara yönelik tahakkümün sonlanması için insan haklarına başvururken insan haklarının kadınların taşıdığı farklılıkları ve benimsediği değerleri yok etmenin aracına dönüşmemesine de azami özen göstermesidir.

derneğinin-cumhurbaşkanının-istanbul-sozlesmesine-iliskin-karari-hakkindaki-aciklamasi/, (Son Erişim Tarihi: 15 Nisan 2024). Sözleşme’den çekilmeye ilişkin süreci değerlendiren farklı görüşleri açıklayan bir çalışma için bakınız Tolga Şirin, Needet Umut Ocan, “Uluslararası Sözleşmelerden Çekilmenin Anayasal Esasları ve Başlıca Tartışmalar” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Vol. 13(50), 2022, ss. 259-264.

³¹⁵ Burada “genital sakatlama”, “kadın sünneti” ifadesi yerine kullanılmaktadır. Sünnet kelimesi, kültürel olarak geniş kabul gören uygulamaları anıttığı için çalışmada bu terim tercih edilmemiştir. Genital sakatlama uygulamasına ilişkin bilgi için bakınız Zeynep Özlem Üskül Engin, “Hukuk Sosyolojisi Açısından Kadın Sünneti”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Hazal Tolu Yılmaz, Doğan Kara, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 5**, İstanbul: On İki Levha, 2024, ss. 437-463.

³¹⁶ Örneğin bakınız Avrupa Konseyi, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, madde 38.

³¹⁷ Isabella Gunning, “Arrogant Perception, World-Travelling and Multicultural Feminism: The Case of Female Genital Surgeries”, **Columbia Human Rights Law Review**, Vol. 23(2), 1992, s. 189.

³¹⁸ Martha Minow, “Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover”, **Yale Law Journal**, Vol. 96(8), 1987, s. 1860.

³¹⁹ Gunning, “Arrogant Perception, World-Travelling and Multicultural Feminism: The Case of Female Genital Surgeries”, s. 193.

Öyleyse, feminizm için insan haklarının öznesi sorunu, kültürel göreceliğin önerdiğinin aksine, insan haklarının öznesine herhangi bir istisna getirilmeden *herkese* ait olması ile ilgilidir. Burada Arendt'in eleştirisinden ilham alarak, insan haklarına sahip olmanın ön koşulu olarak kavramsallaştırılan haklara sahip olma hakkının; yani bir siyasi topluluğa ait olmanın ya da vatandaş olmanın eril tahakküm tarafından nasıl sınırlandırıldığını sorgulamak iyi bir başlangıç olacaktır: İnsan haklarının “insan”ına kimler dahildir, kimler değildir? Evrenselleştirilen insan mefhumu, tahakküm altındakiler için de geçerli midir?

Erkekler hiç şüphesiz “insan”a dahildir. Dünya tarihinde yeni bir dönemi başlatarak hak ve yurttaşlık kavramlarıyla özgürlük bilincini aşıl原因an Amerikan Devrimi ve Fransız İhtilali, bu kavramları adeta erkeklere hasretmiş ve kadınları, Arendt'i haklı çıkaracak şekilde, vatandaşlıktan ya da hak sahipliğinden dışlamıştır. Öyle ki, 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi, bütün “*erkek*”lerin eşit yaratıldığını ve yaratılıştan gelen yaşam, özgürlük ve mutluluk arayışı gibi devredilmez hakları güvence altına almak için “*erkekler*”in aralarında hükümet kurduğunu açıklamıştır.³²⁰ 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ndeki “insan” ise, metnin Fransızca orijinalinde hem “insan” hem de “erkek” anlamını karşılayan “*l'homme*” sözcüğü ile ifade edilmiştir.³²¹ İnsan ve erkeğin eş anlamlı kullanımı, 18. yüzyıl için şaşırtıcı olmayabilir. Bu dönemde kadınların dışlanmışlığından bahsetmek bile mümkün değildir, zira dışlanmak dahil olunabilecek bir alanın varlığını ima eder. Oysa dönemin kadınları ile siyaset arasında hiçbir bağıntıya imkân tanınmamıştır. Diğer bir deyişle, siyasal varlık niteliğindeki insan, erkek olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte, kadınlara yönelik yaklaşım tarihsel bağlamda bu şekilde açıklanabilse de bu yaklaşımın tarihe karıştığını söylemek ne yazık ki mümkün değildir. Nitekim Fransa'da Olympe de Gouges'in ve İngiltere'de Mary Wollstonecraft'ın Amerikan Devrimi ile Fransız İhtilalinin hak ve vatandaşlık anlayışını eleştirdikleri sırasıyla “*Kadının ve Kadın Yurttaşın Hakları Bildirgesi*”³²²

³²⁰ The U.S. National Archives and Records Administration, “Declaration of Independence: A Transcription”, <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>, (Son Erişim Tarihi: 10 Nisan 2024).

³²¹ Kepenek, “İnsan Hakları Kimin Hakları?”, s. 218.

³²² Olympe de Gouges, “Kadının ve Kadın Yurttaşın Hakları Bildirgesi”, Çev. Ece Göztepe, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 45(1), 1996, ss. 185-193.

ve “*Kadın Haklarının Gerekçelendirilmesi*”³²³ eserlerinin bugün hala önemli birer referans belgesi olması, insan haklarının öznesine dair sorunun devam ettiğinin göstergesidir.

De Gouges, yeni gelişen yurttaş konseptine ve insan haklarının öznesine kadınların dahil edilmemesini eleştirmekle kalmamış, kadınların da insan hakları anlayışının temelinde yatan doğal hukuktan kaynaklanan haklarının olduğunu savunmuştur. Dolayısıyla yazar, doğuştan sahip oldukları bu haklar için bu haklarını ellerinden zorla alan erkeklerin iznine ya da dayanışmasına başvurmamıştır. De Gouges, 1791 yılında kaleme aldığı bildirgenin başlangıcında erkeklere “*Söyle bana, benim cinsimi baskı altına alan, kendinden menkul iktidarı kim verdi sana? Gücün mü? Yeteneklerin mi?*” sorularıyla seslenmiş ve doğa düzeninde cinslerin “*herhangi bir ayırım olmadan birlikte*” ve “*her yerde uyumlu bir topluluk*” olarak var olduğunu açıklamıştır.³²⁴ De Gouges’nin bildirgesi, anneleri, kız çocuklarını ve kız kardeşleri ulusun temsilcileri olarak tanımlamış ve onlara 1789 tarihli Bildirge ile erkeklere tanınan yurttaşlık haklarını vermiştir. Ancak kadınların erkeklerle aynı haklara sahip olacağını ve aralarındaki eşitliğin her alanda korunacağını düzenlerken, kadınları ‘korunması gereken cins’ten çıkaracak düzenlemeleri de ihmal etmemiştir. Nitekim, Bildirge’nin 7. ve 9. maddelerinde kadınların da bir suç isnadıyla gözüaltına alınabileceği, tutuklanabileceği ve cezalandırılabilmesi öngörülmüş, 10. maddesinde ise kadınların “*konuşma kürsüsüne çıkma hakkı*” kadar “*idam sehpasına çıkma hakkına*” da sahip olduğu düzenlenmiştir.³²⁵ De Gouges, “*kadın cinsine yakışmayacak biçimde politika yapmaya kalkıştığı için*” devrim mahkemeleri tarafından giyotine gönderilmiş ve bu suçlama ile ‘kadın cinsi’ne atfedilen rollere sıkıştırılmaya çalışılmışsa da ölümüyle dahi Bildirge’sini hayata geçirmeyi başarmıştır.³²⁶ Nitekim erkek devrimciler de Gouges’i bu şekilde suçlamak ve öldürmekle esasında Kadın ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 10. maddesini uygulamış ve onu, tıpkı erkekler gibi, idam edilmeye ‘değer’ bir siyasi aktör olarak tanımıştır.

³²³ Marry Wollstonecraft, **Kadın Haklarının Gerekçelendirilmesi**, Çev. Deniz Hakyemez, İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2023.

³²⁴ Olympe de Gouges, “Kadının ve Kadın Yurttaşın Hakları Bildirgesi”, s. 185.

³²⁵ Ibid s. 187.

³²⁶ Fatmagül Berktaş, **Tarihin Cinsiyeti**, İstanbul: Metis, 2018, s. 41.

Wollstonecraft'ın yaklaşımı da, kadın ve erkeğin eşitliğini bu denli açık ve güçlü şekilde savunmamasına rağmen, benzerdir.³²⁷ De Gouges'in Bildirgesi'nden bir yıl sonra kaleme aldığı "*Kadın Haklarının Gerekçelendirilmesi*" yazısında Wollstonecraft, kadınları doğal haklardan dışlayan ve erkeklere göre ikincilleştiren ön yargıları ele almış ve kadınların doğumlarından itibaren yumuşak mizaçlı ve itaatkâr olmak ve 'edepli' kalmak konusunda eğitildiklerini söylemiştir.³²⁸ Tüm bunlar, Wollstonecraft'a göre, kadını erkek tarafından korunması gereken bir varlığa indirgemıştır. Bu yüzden, yazar, karma eğitime çalışmasında özel bir yer ayırmış ve kız ve erkek çocuklarının bir arada ve aynı hedefler doğrultusunda yetiştirilmesini ve sosyalleştirilmesini savunmuştur. Zira ona göre, kadınlar erkekler gibi bilgiye erişebilir ve farkındalık kazanabilirse, kralların ilahi haklarının vatandaşlık ve eşitlik söylemiyle yıkılması gibi kocaların ilahi hakları da tartışmaya açılabilir. ³²⁹ Neticede, Wollstonecraft da doğuştan sahip olunan hak ve özellikleri erkeğe özgüleyerek "insan ve yurttaş" haklarını doğal hukuka dayandıran anlayışa meydan okumuş ve kadınların insan ve yurttaş olarak tanınmasını sağlayacak özelliklere "doğal olarak" sahip olabileceğini, ancak bu özellikleri kaybetmeye sosyal olarak zorlandıklarını ileri sürmüştür.

De Gouges ve Wollstonecraft, liberalizme ve burjuvazinin çıkarlarına sıkı sıkıya bağlı kalarak erkeklere tanınan seçme ve seçilme hakkı, mülkiyet hakkı ya da özgürlük hakkı gibi birinci kuşak hakları burjuva sınıfından kadınlara tanınması talepleriyle sınırlı kalmakla eleştirilmişlerdir. Gerçekten de insan haklarının salt cinsiyet üzerinden eleştirisi, bu haklardan insan haklarının 'makbul' öznesi olan her erkeğin ya da "insan"a dahil edildiği kadarıyla her kadının yararlanabileceği yanılmasını yaratmaktadır. Oysa eril tahakkümün yanında sınıfsal tahakküm gibi diğer tahakküm biçimleri de nazara alındığında, insan haklarından dışlanan marjinal grupların çok çeşitli olduğu görülecektir.³³⁰ Yine de, ayrıcalıklı kadınlar üzerinden ve onlar için bir argüman öne sürmelerine rağmen, De Gouges ve Wollstonecraft'ın

³²⁷ Wollstonecraft, erkeğin fiziksel gücünün ona doğal bir üstünlük sağladığını şu ifadelerle kabul etmiştir: "*Bu savın beni gitmek istediğime inanılan noktanın ötesine taşıyacağını farkındayım; ama yaptığım, hakikati izlemektir ve daha önce de söylediğim gibi, bedensel gücün kadınlarla karşılaştırıldığında, erkeklere doğal bir üstünlük sağladığını kabul ediyorum; bu da zaten herhangi bir cinsin üstünlüğünden söz edilebilecek tek zemindir.*" Wollstonecraft, **Kadın Haklarının Gerekçelendirilmesi**, s. 60.

³²⁸ Ibid s. 30.

³²⁹ Ibid s. 64.

³³⁰ Kepenek, "İnsan Hakları Kimin Hakları?", s. 226.

önemli bir bakış açısı geliştirdiklerini de kabul etmek gerekir.³³¹ Bu bakış açısı, kadınların insan haklarından mahrum bırakılmasının ardında yatan nitelik farklarının ve rol ayrımlarının sosyal olarak inşa edilmiş olmasına ilişkindir. Zira her iki devrim de kadınlara “yurttaşın eşi” ve “yurttaşın annesi” rolünü vermiş, onlardan “*ulusun anneleri*” olarak evin ve ailenin bakım görevini üstlenmelerini beklemiştir.³³² Öte yandan, bu devrimlerin üzerinde insan hakları kavramının doğuşu ve yayılması açısından sembolik önemleri sebebiyle özellikle durulsa da kadınlara yönelik söz konusu yaklaşımın bu devrimlerle sınırlı olmadığına da altı çizilmelidir. Daha önemlisi ise, “eşit yurttaşlık” kavramı geliştirilirken kadınlara atfedilen bu rollerin Türkiye Cumhuriyeti tarihi ile de ilişkilendirilebilir olmasıdır.

Nitekim Osmanlı İmparatorluğu’nun son dönemlerinden itibaren “*eğitilmiş kadınların ailenin ve ulusun daha iyi ve erdemli anneleri olacakları tezi*”, Cumhuriyet’in kurucu ideolojisinde de kendisine önemli bir yer bulmuştur.³³³ İnsan hakları, 1924 Anayasası ile ulus-devletin inşa ettiği “vatandaş” a özgülenen haklar olarak anayasal güvence altına alınırken “Türk” ve “Türk olmayan” ayrımıyla ‘yetinilmiş’, hakların öznesinde kadın ve erkek arasında bir ayrım yapılmamıştır. Hatta bu Anayasa döneminde kadına seçme ve seçilme hakkı 1934 yılında, pek çok Batı ülkesine göre bir hayli erken, tanınmıştır.³³⁴ Ne var ki, Anayasa, “Türkleri” kanun önünde eşitleyen bu eşitliğin görünmez hudutlarını yukarıda sosyal sözleşme ve kurucu iktidarlar bakımından yapılan değerlendirmede açıklandığı üzere en baştan çizmiştir. Zira 1924 Anayasası’nın yapım sürecine bakıldığında, seçme ve seçilme hakkının öznesi için “*her Türk*” şeklinde teklif edilen 10. ve 11. maddelerin, kadınların erkekler gibi seçme ve seçilme hakkına sahip olmasına sebebiyet vereceği endişesiyle “*her erkek Türk*” olarak değiştirilerek kabul edildiği görülür.³³⁵ Tam da

³³¹ Kepenek, **op.cit.**, s. 219. August Bebel, **Kadın ve Sosyalizm**, Çev. Sabiha Sertel, Sevinç Altınçekiç, İstanbul: Yordam, 2019, s. 197., Rochefort, **Feminizmler Tarihi**, s. 19.

³³² Rochefort, **op.cit.**, s. 3, 6.

³³³ Berktaş, **Tarihin Cinsiyeti**, ss. 92-93. On dokuzuncu yüzyılda, II. Meşrutiyet’in de etkisiyle kadınların bu tür tezlerin onları sıkıştırdığı annelik gibi rollerden sıyrılmanın yollarını aradığını not düşmek gerekir. Osmanlı’da kadın hareketini kadın dergileri ve kadın dernekleri boyutlarıyla anlatan bir çalışma için bakınız Serpil Çakır, **Osmanlı Kadın Hareketi**, İstanbul: Metis, 2011.

³³⁴ Resmî Gazete, Teşkilatı Esasiye Kanununun 10 ve 11’inci Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 2599 sayılı Kanun, Sayı: 2877, 11 Aralık 1934, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/2877.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 17 Mayıs 2024). Cumhuriyetin kadının hukuki statüsüne etkisini değerlendiren bir çalışma için bakınız Seda Örsten Esirgen, Nevin Ünal Özkorkut, “Türk Hukuk Tarihinde Kadın”, içinde Ed. Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, Ankara: Seçkin, 2019, s. 107 vd.

³³⁵ Maddenin “*Kadın, erkek her Türk*” şeklinde değiştirilmesi tekliflerinin alkışlarla reddedildiğini de gösteren konuya dair Meclis görüşmeleri için bakınız Türkiye Büyük Millet Meclisi, “TBMM Zabıt

bu bakış açısıyla, kadının daha sonra seçme ve seçilme gibi haklara sahip olması da rejime mal edilerek “*demokrasinin sembolik göstergesi*” olarak kullanılmış, ancak bunların kadınların kendi adlarına konuşmaları anlamına gelmemesine özen gösterilmiştir.³³⁶

Neticede Cumhuriyet’in kadınlar için eril tahakküm açısından köklü bir değişiklik yarattığını söylemek zordur. “*İslami ataerkilliğin*” yerini “*Batılı ulus-devlet ataerkilliği*”ne bırakması, sadece kadınların “*efendi*”lerini değiştirmiş ve yeni “*efendi*”yi laik ulus-devlet yapmıştır.³³⁷ Kadının geleneksel rollerinden ve onu aile içerisine sıkıştıran yükümlülüklerinden kurtulması, Türk Ceza Kanunu ile Medeni Kanun’un kadını eşine ya da babasına bağlayan, ona yönelik fiziksel ve cinsel şiddeti normalleştiren pek çok hükmünün de yardımıyla yasalar eliyle engellenmiştir.³³⁸ Dolayısıyla, Türkiye’deki kadınların da hakların özerk bir öznesi olarak kabul edilmek için uzun yıllar mücadele etmesi gerekmiştir.³³⁹ Bu mücadele bugün de devam etmektedir.³⁴⁰ Bu yüzden de Gouges ve Wollstonecraft’ın insan ve yurttaş kavramlarına dahil olmanın yolunu kadına dayatılan rollerden sıyrılmakta araması ve kadınların

Ceridesi Cilt 7, 13. Birleşim”, 16 Mart 1924, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c007/tbmm02007013.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 2 Temmuz 2024).

³³⁶ Yaprak Zihnioğlu, **Kadınsız İnkılap: Nezihe Muhiddin, Kadınlar Halk Fırkası, Kadın Birliği**, İstanbul: Metis, 2022, s. 262.

³³⁷ Berktaş, **Tarihin Cinsiyeti**, ss. 98-100.

³³⁸ Geçmişten bugüne ceza hukukuna bakıldığında, evlilik içi tecavüz, zina, tecavüzcüyle evlenme gibi kadının cinsel özgürlüğünü açıkça yok sayan ve kadını erkeğe göre ikincilleyen birçok konuda düzenlemenin yerini cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda rıza ve ispat sorunu, kürtaj yasağı ve kız çocuklarının evlendirilmesi gibi meselelerin aldığı görülmektedir. Bakınız Türkan Yalçın, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, Ankara: Savaş, 2019. Medeni hukuk açısından da durum farklı değildir. Çalışmanın ikinci bölümünde Türk Medeni Kanunu’nun kadına ve kadının özellikle evlilik birliği içerisindeki konumuna bakış açısına ayrıca yer verilecektir, ancak ailenin reisinin “koca” olduğu sistemin görünürde terk edilmesine rağmen eril tahakkümün bakış açısını sürdürdüğünü burada not etmek gerekir. Çalışmadaki ilgili kısım için bakınız İsim-Soyadı-Norm Denetimi başlığı, s. 285.

³³⁹ Bakınız Deniz Kandiyoti, **Cariyeler, Bacılar, Yurttaşlar: Kimlikler ve Toplumsal Dönüşümler**, İstanbul: Metis, 2022, ss. 189-197., Birsen Talay Keşoğlu, “Yalnızlıktan Meşruiyete...1980 Sonrası Kadın Hareketi ve Kurumsallaşma”, içinde Ed. Feryal Saygılıgil, Nacide Berber, **Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce Onuncu Cilt: Feminizm**, İstanbul: İletişim, 2020, ss. 148-157., Narin Bağdatlı, “Feminizm ve Sol: Türkiye’de 1970’lerde ‘Kadın Sorunu’”, içinde Ed. Feryal Saygılıgil, Nacide Berber, **Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce Onuncu Cilt: Feminizm**, İstanbul: İletişim, 2020, ss. 362-371.

³⁴⁰ Üç yüzü aşkın örgüt ve platformdan oluşan Eşitlik İçin Kadın Platformu’nun, kendi deyimiyle “*son yıllarda giderek artan bir şekilde, kadınların kazanılmış haklarını geri götürmeye yönelik çok ciddi tehlike ve tehditler*” karşısında yürüttüğü kampanyalar ve sürdürdüğü bilinç yükseltme, bugünün mücadelesine örnek olarak gösterilebilir. Bakınız EŞİK: Eşitlik İçin Kadın Platformu, <https://esikplatform.net/hikayemiz/#>, (Son Erişim Tarihi: 17 Mayıs 2024). Geçmişten günümüze kadınların siyasete katılımını ve bu mücadelenin sürmesine sebep olan siyaset yapısını açıklayan bir çalışma için ayrıca bakınız Serpil Sancar, **Siyasetin Cinsiyeti: Cinsiyetçiliğe Karşı Kadın Hakları Siyaseti**, İstanbul: Metis, 2024.

doğuştan sahip oldukları ama tahakküm altında ezilen özelliklerine güç kazandırmaya çalışmaları, Fransız ve Amerikan devrimlerini aşan bir yaklaşımdır.

Öyle gözükmektedir ki yazarların bakış açısı, aynı zamanda, zamansal sınırları da aşarak insan haklarının öznesine dair güncel sorunlara ışık tutmayı başarmıştır. Özellikle de Gouges ile Wollstonecraft'ın hedefe aldığı dilde de uzun bir süre büyük bir değişiklik olmadığını, bu anlamda kadınlara yönelik ön yargısal yaklaşımların haricinde kullanılan dilin de devam ettiğini not etmek gerekir. Nitekim uluslararası insan haklarının temel metinleri, yüzyıllar sonra yazılmış olmalarına rağmen, insanı eril zamirlerle tanımlamaya devam etmiş ve evrensel insan normunu erkek üzerinden tahayyül etmiştir. Örneğin, İngilizce metinlerinden hareketle, 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesi'nde "*mankind*" (insanoğlu) ve "*man*" (adam) kelimeleri tercih edilmiş, 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde bu kelimelere yer verilmemişse de kişi zamiri olarak erkek cinsiyetini belirten "*his/him*" kullanılmıştır.³⁴¹ Bu kelimelerin ya da zamirlerin kadınları dışlamadığı, anılan metinlerde tanınan hakların kadınlar için de geçerli olduğu ileri sürülmektedir³⁴², ancak her halükarda erkek cinsiyetinin merkeze alınması, kadının görünmez kılınmasının ve insan kategorisinin erkek üzerinden tanımlanmasının önemli bir yolu olmuştur.³⁴³

Öte yandan, "insan" haklarının "insanı"yla ilgili tek sorun, "insan"ın vatandaş, cinsiyet, sınıf gibi bazı özellikleri üzerinden sınırlı bir şekilde belirlenmesi değildir. Günümüzde insan haklarının öznesine dahil etmediği ya da teorik düzeyde dahil etmekle birlikte bu haklardan yararlanmalarına yönelik yeterli bir düzenleme ya da koruma sağlamadığı marjinal gruplardan bahsederken hep insan gruplarını kastederiz. Daha fazla insanın insan haklarından yararlanmasıyla insan haklarının daha kapsayıcı

³⁴¹ The United Nations General Assembly, "The Universal Declaration of Human Rights", 1948, <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/043/88/pdf/nr004388.pdf?token=SJDoOZpEat7uw9KJR2&fe=true>, (Son Erişim Tarihi: 17 Mayıs 2024)., The United Nations General Assembly, "International Covenant on Civil and Political Rights", 1967, https://treaties.un.org/doc/treaties/1976/03/19760323%2006-17%20am/ch_iv_04.pdf, (Son Erişim Tarihi: 17 Mayıs 2024).

³⁴² İnsan Hakları Bildirgesi'ni hazırlamakla görevli BM organı olan İnsan Hakları Komisyonunun başkanı Eleanor Roosevelt, "insan" kelimesinin bütün insanları kapsadığını savunmuştur. Andrew M. Deutz, "Gender and International Human Rights", **The Fletcher Forum of World Affairs**, Vol. 17(2), 1993, s. 45, Johannes Morsink, "Women's Rights in the Universal Declaration", **Human Rights Quarterly**, Vol. 13(2), 1991, ss. 232-234.

³⁴³ Dale Spender, **Man Made Language**, Londra, Boston: Routledge & Kegan Paul, 1980, s. 147.

ve böylece insan onurunun korunması için daha etkili olacağı düşüncesi, ilk bakışta oldukça eşitlikçi gözükse de başka bir tahakküm ilişkisine yaslandığı için sorgulanmaya açıktır. Yukarıda “insan” kelimesine kimlerin dahil edildiğine dair yapılan tartışmanın bir benzerine girişmeden, sadece insan kelimesine bakarak ulaşılabilecek kesin bir yargı vardır ki o da insan haklarının insan dışındakilerle ilgilenmemesidir. Hayvan ve doğanın hak özneliği ile insanın hayvan ve doğa üzerindeki tahakkümü, bu çalışmanın kapsamını aşacak bir konudur. Ancak, feminizmin başka tahakküm biçimlerini meşrulaştıracak bir teori olmadığının altı çizilmelidir.

İnsanın diğer canlılardan ya da doğadan daha üstün olduğu fikri, insanın onurlu ve değerli olması üzerinden açıklanır. Kant’a göre, “*kişinin ahlaki seçimler yapabilme kapasitesi*”, onu akıl ve vicdan sahibi yapar.³⁴⁴ İnsanı onurlu ve değerli kılan da akıl ve vicdandır. Ancak, bunlar, tıpkı erkek dışındakilerin erkek bakış açısıyla tanımlanması gibi insan olmayanların da insan bakış açısıyla tanımlanmasından kaynaklanan varsayımlardır.³⁴⁵ Bugün hayvanların ahlaki seçimlerde bulunamayacağını ya da akıllı olmadığını savunan görüş, kadınların ya da kölelerin akıl ve vicdan sahibi olmadığı görüşünün modern versiyonudur.³⁴⁶ İnsan-hayvan, insan-doğa arasında kurulan dikotomi ise erkek-kadın dikotomisine benzerdir.³⁴⁷ Nasıl erkeğe ve kadına ayrı özellikler ve roller yükleniyor ve bunlar vasıtasıyla ikisi arasındaki ‘fark’lar keskinleştirilmeye çalışılıyorsa, insanın doğa ve hayvanla ilişkisinde de bir benzeri yapılmaktadır. Oysa, insanın hayvan ve doğa üzerindeki hâkimiyeti çok yoğun ve ağır olmasına rağmen, görece yenidir. İnsan, doğuştan ve varoluştan itibaren doğaya ve hayvana üstün değildir; bu üstünlüğünü sonradan baskı ve sömürü ile elde etmiştir. İnsan hakları temelli eşitlik ve adalet anlayışının, kadının erkeğin haklarına araçsallaştırılması gibi doğa ve hayvanın insanın haklarına araçsallaştırmasına yol açmaması için insan kavramı üzerindeki bu varsayımların da eleştirilmesi şarttır. İnsan haklarının bu yönüyle de eleştirilmesi, doğaya ve hayvana verilen zararların ekseriyetle kadınlar ve diğer dezavantajlı gruplar üzerinde olumsuz

³⁴⁴ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, s. 481., Immanuel Kant, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çev. İoanna Kuçuradi, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2002, ss. 70-74.

³⁴⁵ Plumwood, **Feminism and the Mastery of Nature**, s. 3.

³⁴⁶ Ibid s. 46-47.

³⁴⁷ Evrim Durmaz Aksu, “Kadın ve Doğa: Tarihsel Bağlardan Güncel İttifaklara”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 1**, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 211.

sonuçlar doğurması gibi sebeplerden değil³⁴⁸, özellikle başka bir tahakküm biçiminin daha açığa çıkarılması ve normalleştirilmemesi için gereklidir.³⁴⁹ Zira kısaca vurgulanmaya çalışıldığı üzere, tüm tahakküm ilişkilerinin gerekçelendirilmesi tarafların birbirinden farklı özelliklerle keskin ve zıt bir şekilde ayrılması ile başladığından, bu düşünce sistemi ile bir tahakküm biçiminin meşrulaştırılması diğerlerinin de meşruiyet kazanmasını kolaylaştırmaktadır.

b) Kuşaktan Kuşağa İnsan Haklarının Öznesi

Yakın tarihe kadar öznenin erkekliğine yaptığı vurguya rağmen, uluslararası insan hakları hukukunun erkek cinsiyetine atıfta bulunmayı ya da eril zamirler kullanmayı giderek terk ettiği bir gerçektir. Bu eğilim, bilinç yükseltmenin hem bir sonucu hem de bilinç yükseltmeye katkı olması ve ulusal hukukları daha kapsayıcı olmaya yönlendirmesi sebepleriyle önemlidir. Ancak bunun kadınları insan haklarının öznesi haline getirmek için tek başına yeterli olmadığı da aşıkardır. Gerçekten de insan hakları bir bütün olarak incelendiğinde, tüm hak kuşaklarının cinsiyetçi perspektifi sürdürmekte birleştiği görülecektir. Diğer bir deyişle, yıllar içerisinde kadının erkeklerle birlikte “insan”a -en azından sözel düzeyde- dahil edilmesi, kadınlara dayatılan anne ve eş rollerini tek başına yıkmaya yetmemiş ya da onları ikincilleştiren anlayışı ortadan kaldırmadığı gibi bu anlayışı üstü kapalı bir şekilde beslemeye devam etmiştir.

Birinci kuşak haklarda kadının ikincil konumu haklara içkindir, çünkü bu kuşaktaki haklar kamusal alan/özel alan ayrımı yaparak devlete kamusal alanla sınırlı yükümlülük getirmektedir. Bir sonraki başlıkta detaylıca ele alınacağı için burada kısaca değinmek gerekirse, yaşam hakkı ya da işkence yasağı gibi haklar devletin kamusal alanda keyfi ya da hukuka aykırı müdahalelerini önlemek için tasarlanmıştır. Ancak, devletin şiddetinden ya da -birinci kuşak hakların da devlete pozitif yükümlülük yüklediği kabul edilmeye başladığından itibaren- devletin şiddeti önleme yükümlülüğünden, kadına yönelik şiddete ilişkin bir yükümlülük anlaşılmamıştır. Bu

³⁴⁸ Birleşmiş Milletler’in iklim değişikliğinin dezavantajlı gruplar üzerindeki şiddetli olumsuz sonuçlarına karşı feminist iklim adaleti çalışmaları ve hedeflerine ilişkin bakınız Laura Turquet, Constanza Tabbush, Silke Staab, Loui Williamsi Brianna Howell, **Feminist Climate Justice: A Framework for Action**, New York: UN-Women, 2023, <https://www.unwomen.org/sites/default/files/2023-12/Feminist-climate-justice-A-framework-for-action-en.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 15 Mayıs 2024).

³⁴⁹ Plumwood, **Feminism and the Mastery of Nature**, ss. 1-2., Ayrıca bakınız Zeynep Özlem Üskül Engin, **Ekolojik Kriz, Etik ve Hukuk**, İstanbul: Filiz, 2017, ss. 121-126.

yüzden, örneğin bazı kültürlerde erkek çocuğu doğurma baskısı yüzünden kız çocuklarının öldürülmesi, kadınların erkekler tarafından şiddete maruz kalması ya da intihara zorlanması bir sorun kabul edilecekse bile “insan hakları” anlamında ilgisiz görülmüştür.³⁵⁰

Üstelik kadın haklarının “uluslararası anayasası”³⁵¹ görülen 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) dahi, bu bakış açısından tamamen kopmuş değildir.³⁵² Sözleşme, başlangıç kısmında kadın ve erkeğin eşitlenebilmesi için cinsiyete bağlı geleneksel rollerde değişiklik ihtiyacı olduğunu belirtmiş, ancak bununla çelişecek şekilde kadınlara yüklenen bakım rolünden de “*analığın sosyal ehemmiyeti*” ya da “*ailenin refahına ve toplumun kalkınmasına yaptıkları büyük katkı*” gibi ifadelerle korunacak bir değer olarak övgüyle bahsetmiştir.³⁵³ Öyle ki, kadınların “*üreme*” rolü de sayılan önemli değerler arasında atlanmamıştır.³⁵⁴ Ancak, Sözleşme, bunlar haricinde, giriş bölümünde insan haklarına yapılan atıf dışında kadına yönelik şiddeti genel bir insan hakları meselesi olarak ele almamakla da eleştirilmiştir.³⁵⁵ Nitekim Sözleşme ayrımcılığı önlemeye yönelik alınacak tedbirleri sıralarken kadına yönelik şiddet ile yaşam hakkı, eşitlik hakkı gibi hakların ihlali arasında bir bağ kurmamıştır. Sözleşme’de ele alınan şiddet ve ayrımcılık biçimlerinin geleneksel insan haklarından hangilerini ne yönüyle ihlal edebileceğinin açıkça belirtilmemesi, “insan hakları” ile “kadın hakları”nı ayırmaya yönelik apaçık bir tercih olarak okunmaktadır.³⁵⁶

³⁵⁰ Charlesworth, Chinkin, **The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis**, s. 234, Yakın Ertürk, **Sınır Tanımayan Şiddet**, İstanbul: Metis, 2015, s. 301.

³⁵¹ Ertürk, **op.cit.**, s. 65.

³⁵² Resmî Gazete, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne Katılmamızın Onaylanması Hakkında 85/9722 sayılı Karar, Sayı: 18898, 14 Ekim 1985, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18898.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 7 Kasım 2022).

³⁵³ Ibid. Sözleşmenin Başlangıç kısmında kadınlara yönelik toplumsal cinsiyet rolleri şu şekilde açıklanmıştır: “*Bu Sözleşmeye taraf olan Devletler (...) Kadınların ailenin refahına ve toplumun kalkınmasına yaptıkları büyük katkının henüz tam olarak idrak edilmediğini, analığın sosyal ehemmiyeti ve ana ve babanın aile içinde ve çocukların büyütilmesindeki rollerini gözönünde bulundurarak ve kadınların gelecek nesillerin üremesindeki önemli rolünün aile içinde ayırma neden olmaması gerektiğini, nitekim çocukların yetiştirilmelerinin kadın ve erkek ile toplumun tamamının sorumluluk paylaşımlarını gerektirdiğini vakıf olarak (...) anlaştıklarıdır*”. Kalınlaştırma vurguları yazara aittir.

³⁵⁴ Ibid.

³⁵⁵ Charlesworth, Chinkin, **op.cit.**, s. 236.

³⁵⁶ Hilary Charlesworth, Christine Chinkin, “Violence against women: a global issue” içinde Ed. Julie Stubbs, **Women, Male Violence and the Law**, Sydney: Institute of Criminology Series no.6, 1994, s. 25.

İkinci kuşak hakların kadınları insan haklarından dışlama ya da onları aile içi rollere itme eğilimi ise daha belirgindir. Ekonomik, sosyal ve kültürel nitelikteki haklar bakımından devletin yükümlülüğü, her şeyden evvel bu alandaki ihtiyaçların ve eşitsizliklerin tespit edilmesini gerektirir. Zira bu hakların kullanılması çoğu zaman ancak devlet tarafından alınacak tedbirlerin yeterli bütçenin ayrıldığı belirli bir program dahilinde uygulanması halinde mümkün olabilmektedir. Bu kuşak haklar bakımından başlangıç noktası ihtiyaçların tespiti olunca, erkek merkezli bakış açısı kadınların konu dışı bırakılmasını kolaylaştırmıştır. Halbuki gıda hakkı, sağlık hakkı gibi haklardan yoksunluk, kadınları ve diğer dezavantajlı grupları, erkeklere nazaran daha ağır sonuçlarla etkilemektedir.

1995 yılında Beijing’te düzenlenen Dördüncü Dünya Kadın Konferansı’nda gündeme getirilen sorunlar, bunun çarpıcı bir örneği olarak ele alınabilir. Afrika’da devreye sokulan yapısal uyum programları, kadınların sosyal ve ekonomik koşullarını ciddi anlamda kötüleştirmiş ve ekonomik, sosyal ve kültürel haklara erişimini neredeyse imkânsız hale getirmiştir.³⁵⁷ Üretimle birlikte yurt içi tasarruf ve yatırımları arttırmayı ve ekonomik büyümeyi hedefleyen programlar, gıdaların maliyetini arttırmış, istihdam seviyelerini düşürmüştür.³⁵⁸ Ancak, özellikle tarımsal ürünlerin ihracatına ağırlık verilmesi, kadınların geçimleri için kullandıkları tarım arazilerini giderek kaybetmesine ve *“üreten faaliyetlerini tamamen marjinalleştiren bir uyum süreci tarafından giderek daha düşmanca hale getirilen bir iklimde gelir elde etmek için ekonomik girişimlerde bulunmak”* zorunda kalmalarına sebep olmuştur.³⁵⁹ Yine de, aile içerisinde onlara yüklenen çocuk, yaşlı ve hasta bakım yükümlülüklerinin yanında kadınların aşına oldukları geçim imkânlarının ellerinden alınarak daha büyük bir iş yükünün altına sokulmaları, yapısal uyum programının öncelikli bir meselesi olamamıştır.³⁶⁰

³⁵⁷ Charlesworth, Chinkin, **op.cit.**, s. 240. Bakınız United Nations, “Report of the Fourth World Conference on Women: Beijing, 4-15 September 1995”, <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20E.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2024). §§. 150-164.

³⁵⁸ Ibid.

³⁵⁹ Akua Kuenyehia, “The Impact of Structural Adjustment Programs on Women’s International Human Rights: The Example of Ghana”, içinde Rebecca J. Cook, **Human Rights of Women: National and International Perspectives**, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, s. 422.

³⁶⁰ Ibid s. 431.

Öte yandan, bazı hallerde kadınların ihtiyaçlarına göz kapamak da eril tahakküme yetmemiş, kadınlar ikinci kuşak haklardan açıkça dışlanarak tahakküm altında kalmaları garanti altına alınmıştır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 1935 tarihli Kadınların Yeraltında Çalışması Hakkında Sözleşme'de³⁶¹ ve 1948 tarihli Kadınların Gece Çalıştırılması Hakkında Sözleşme'de³⁶² kadınların sırasıyla yeraltında ve gece vakti çalıştırılmalarının yasaklanması, kadınları sosyal ve ekonomik hayattan dışlamanın bir görünümüdür.³⁶³ Bu 'koruyucu' hükümlerle uluslararası insan hakları hukuku, bir yandan kadınların istihdama katılmak bakımından daha zayıf ve yetersiz olduğu düşüncesini kabul etmiş diğer yandan da kadınların toplumsal olarak onlara biçilen rolleri olumsuz etkileyecek koşullardan uzak tutulmasını amaçlamıştır. Zira kadınların gece çalışmaları, onlardan beklenen ev içi yükümlülükleri 'savsaklamalarına' ve daha önemlisi ahlaken evlerinde olmaları gereken zaman diliminde dışarıda olmalarına; yer altında çalışmaları ise üreme sağlığı başta olmak üzere annelik rollerini sekteye uğratacak sağlık sorunlarına ve sosyal koşullara yer açmaktadır.³⁶⁴

Bunların yanında, toplulukların kolektif haklarını düzenleyen üçüncü kuşak haklarda da durum pek parlak değildir. Hakların öznesini bireyden topluluğa dönüştürdüğü için en başından itibaren yadırganan bu hak grubu için hakkın öznesini belirlemek iyice problematik bir hal almıştır. Zira bu sefer "herkes" ya da "insan" gibi genel geçer ama erkek merkezli kavramlar yetersiz kalmış, özneyi belirlemek için bir dizi soruya cevap aramak gerekmiştir: *"Topluluk nasıl ve kim tarafından tanımlanacaktır? Belirlenen topluluğa üyelik nasıl korunacaktır? Topluluğun hakları ile topluluk içindeki bireylerin hakları arasındaki ilişki nedir ve bunlar arasındaki"*

³⁶¹ International Labour Organization, "C045-Underground Work (Women) Convention, 1935 (No. 45)", https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C045, (Son Erişim Tarihi: 3 Nisan 2024).

³⁶² International Labour Organization, "C089- Night Work (Women) Convention (Revised), 1948 (No. 89)", https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C089, (Son Erişim Tarihi: 3 Nisan 2024).

³⁶³ Benzer fakat daha genel nitelikte bir sınırlama öngören ve 788 sayılı Memurin Kanunu'nu değiştiren 16.2.1929 tarih ve 1393 sayılı Kanun'la kabul edilen *"Kadınların memur ve müstahdem olmaları caizdir. Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tesbit olunur."* şeklindeki kural, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bulunmamıştır. Bakınız AYM, E. 1963/148, K. 1963/256, Karar Tarihi: 25.10.1963.

³⁶⁴ Deutz, "Gender and International Human Rights", s. 35. Kadınların onlara dayatılan toplumsal roller ve kamusal alan/özel alan ayrımı sebebiyle çalışma hayatından dışlanmasını ikinci kuşak hakların feminist eleştirisiyle açıklayan bir çalışma için bakınız Fatma İrem Çağlar, "Feminist Perspektiften İnsan Hakları", içinde Haz. Hayrettin Ökçesiz, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi: 7. Kitap**, İstanbul: İstanbul Barosu, 2003, ss. 89-91.

olası çatışmalar nasıl çözülecektir?”³⁶⁵ Ancak, bu sorulara kadın soruları eklenmediğinde, kolektif haklar, kadınların ait oldukları gruba tanınan haklardan mahrum kalmasına ve daha da vahimi topluluklara tanınan kolektif haklar vasıtasıyla kadınların dezavantajının sürdürülmesine sebep olmaktadır.

Kendi kaderini tayin hakkı, örneğin, kadınların kolektif hakların öznesi olmaları bakımından sorunun ne kadar girift ve ağır olduğunu çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu hak, diğer üçüncü kuşak haklar gibi, topluluklara tanınan bir haktır, şu kadar ki kendi kaderini tayin hakkı bakımından topluluk, “*tarihleri, etnik kökenleri, kültürleri veya dilleri ile tanımlanan halklar*”ı ifade eder.³⁶⁶ Bu yüzden, kendi kaderini tayin hakkı burada ele alınırken bir grup olarak “kadınların” kendi kaderini tayin hakkı kastedilmemektedir. Bununla birlikte, Andrea Dworkin’e göre kadınlar da “*işgal ve istila edilmiş*” bir grup olarak tanınabilir.³⁶⁷ Dworkin, kolonyal işgal altındaki halkların kendi kaderlerini tayin ettiklerinde meşru görüldüklerini, ancak konu erkek işgalini reddetmek olduğunda kadınların “sapkın” addedildiğini tartışmıştır.³⁶⁸ Kadınların eril tahakküm altında olduğunun kabulü, Dworkin’in erkek işgali eleştirisine katılmamayı imkânsız kılar. Ancak, eleştiriye bununla sınırlamak kadınların sahip oldukları kültür, dil, din, etnik köken gibi özelliklerin cinsiyet potasında eritilmesi tehlikesini de barındırdığı için bu eleştiri, kendi kaderini tayin hakkı örneğinin değerlendirmesine esas alınmayacaktır. Kaldı ki bu hak bakımından öncelikli sorun zaten kendi kaderini tayin edecek “özne”den homojen bir topluluk anlaşılmasıdır.

Halbuki kendi kaderini tayin hakkını ileri sürenler, özgürlük hareketlerinin temsilciliğini üstlenebilmiş topluluk içerisindeki en güçlü aktörlerdir. Bu yüzden uluslararası hukukta ekonomik, sosyal ve kültürel gelişim hakkı bakımından muhatap alınanlar da genellikle topluluğun içerisindeki bu küçük topluluklardır ve şaşırtıcı olmayacaktır ki bunlar hep erkeklerdir. Filistin örneğine bakıldığında, bugün Filistin halkının Hamas’a indirgenmesi, Hamas’ın bölgede en güçlü grup olmasından ve uluslararası arenada kendi kaderi tayin hakkının öznesinin de halkı gerçekten temsil edip etmediğine bakılmaksızın en güçlü grup üzerinden belirlenmesinden

³⁶⁵ Charlesworth, Chinkin, **The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis**, s. 240-241. Will Kymlicka, **Multicultural Citizenship**, Oxford: Clarendon Press, 1995, ss. 34-48.

³⁶⁶ Charlesworth, Chinkin, **op.cit.**, s. 162.

³⁶⁷ Andrea Dworkin, **Intercourse**, Londra, Secker, Warburg: Arrow, 1988, s. 146.

³⁶⁸ Ibid.

kaynaklanmaktadır. Oysa İntifada'da kadın katılımı ve görünümü yabana atılamayacak derecede etkiliyken İsrail'in işgalinden sonra Hamas'ın güçlenmesi, kadınları kendi kaderini tayin hakkının öznesinin tamamen dışına atmıştır.³⁶⁹ Zira kökten dinci yeni özne için, kadınlar, dini kurtuluş açısından dışlanması ve baskı altına alınması zorunlu olan ve en az Batılılar kadar yabancı görülen bir kesimdir.³⁷⁰

Hal böyle iken, kendi kaderini tayin hakkına kadın sorusu sorulmaması ve en güçlü erkek grubun tek özne olarak görülmesi, bir insan hakkının kadınların ezilmesine araçsallaştırılmasına sebep olmaktadır. Uluslararası hukuk kendi kaderini tayin edecek öznede kadınların sesini aramadıkça ve gücü elinde bulunduran grubu da buna fiilen mecbur bırakmadıkça, bu topluluk içerisindeki kadınların yönetime katılma ve muhalefet etme hakkı, çalışma hakkı, mülkiyet hakkı, eğitim hakkı, sağlık hakkı gibi hakları başta olmak üzere maddi ve manevi varlığını koruma haklarının tanınması ve kullanılması gündem dışı kalmaya devam edecektir.³⁷¹ Diğer bir deyişle, uluslararası insan hakları hukukuna hâkim olan anlayış, kolektif insan haklarının da kadınlar üzerindeki tahakkümü sürdürmeyi hedefleyen erkek ortaklaşmasının yararına kullanılmasını kolaylaştırmaktadır.

Dördüncü kuşak haklara gelince, bu hakların ortaya çıkışı toplumsal cinsiyet eşitliğinin bir kavram ve hukuki ilke olarak yaygınlaştığı bir döneme tekabül etmesine rağmen erkek bakış açısını geride bırakmamıştır. Örneğin, kişisel verilerin korunması hakkı bağlamında, “veri” kavramına ‘bilimsel’ yaklaşım, “*ham bir veri*” varmış gibi davranır.³⁷² Ancak kişilere ilişkin bilgilerin toplanmasında ve kullanılmasında, hangi verilerin güvenilir olduğuna nasıl karar verileceği ve kimin deneyimlerinin ‘gerçek’ olarak kabul edilmesi gerektiği, başlı başına bir sorundur.³⁷³ Kişisel veriler toplanırken ister insan zekası ister insanın belirlediği algoritmaya göre çalışan yapay zeka kullanılsın, verilerin tasnifi kaçınılmaz olarak tasnifin nasıl yapıldığına bağlı kalır. Diğer bir deyişle, tasnifin kendisi, en başından itibaren verinin anlamlandırılmasını etkiler. Bunun doğal sonucu, elde edilen verilerin bir istatistik neticesinde kişiler için

³⁶⁹ Charlesworth, Chinkin, **The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis**, s. 155 vd.

³⁷⁰ Nahla Abdo, “Middle East Politics through Feminist Lenses: Negotiating the Terms of Solidarity”, **Alternatives**, Vol. 18(1), 1993, ss. 36-37.

³⁷¹ Charlesworth, Chinkin, **op.cit.**, s.163-164.

³⁷² Jens T. Theilen, Andreas Baur, Felix Bieker, Regina Ammicht Quinn, Marit Hansen, Gloria Gonzalez Fuster, “Feminist data protection: an introduction”, **Internet Policy Review**, Vol. 10(4), 2021, <https://doi.org/10.14763/2021.4.1609>, (Son Erişim Tarihi: 12 Nisan 2024), s. 14.

³⁷³ Ibid.

kullanılmak istendiğinde bu tasnifle sınırlı etki doğuracak olmasıdır. Eğer tasniflendirmenin kişilerin dil, din, cinsiyet, etnik köken gibi “*özel nitelikli veri*”leriyle³⁷⁴ çeşitleneceği göz önünde bulundurulmazsa, farklılıklara sahip her insanın verisi yine görünürde evrensel ancak esasında erkek ve ayrıcalıklı “insan” mefhumunda eritilecektir. Dolayısıyla, konuya cinsiyet açısından yaklaşıldığında, devlet bu hakka kişileri kendi belirlediği cinsiyet sistemine göre kategorize etmek üzere müdahale edecek, hakkın müdahalesi meşru ve orantılı olsa dahi elde edilen veriler kişiler için kullanılmak istendiğinde bu verilerden yararlanma en baştaki cinsiyet kategorileriyle sınırlanmış olacaktır.

Diğer yandan, kadınların ve dezavantajlı konumda olan kişilerin ihtiyaçlarına göz kapatılmaya devam edildikçe, bu kişilerin verileri korunmaya değer de görülmeyecektir. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin yargılamanın üçüncü kişilere kapalı yapılması talebinin reddi nedeniyle kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiğine karar verdiği T.A.A. başvurusuna³⁷⁵ konu olayda, İş Mahkemesinin HIV pozitif olan davacının yargılamanın kapalı yapılmasını reddetmesi, sağlık verilerine HIV negatif kişilerin bakış açısıyla yaklaşılmasından kaynaklanmıştır. Diğer bir deyişle, T.A.A.’nın sağlık durumuna ilişkin bilgisinin korunmaya değer bulunmaması, HIV pozitif insanlara karşı ön yargı ve ayrımcılığın normalleştirilmesi, engellenmesine gerek görülmeyerek önemsizleştirilmesiyle ilgilidir. Dolayısıyla, bu hakkın korunması, hakkın konusu edilen bilginin ne olduğuna ve öznesinin kim olduğuna göre değişebilmektedir ve bu değişkeni belirleyen, tahakkümle şekillenen bakış açısıdır.

Tüm bunların yanında, insan haklarının bir bütün olarak hayvan ve doğayı dışlama konusunda bir örnek olduğu, insan haklarının adeta nesnesi konumundaki hayvan ve doğanın çıkarları için hiçbir kuşağın eleştirmeyi mümkün kılacak bir hak alanı yaratmadığı belirtilmelidir. Uluslararası hukukun güncel yaklaşımı, doğanın ve hayvanın kendi başına değerini ve haklarını tanımaktan ziyade onların insan yararı için kullanılma şartlarının düzeltilmesidir. Nitekim doğanın hakları yerine “çevre” hakkından bahsedilmekte ve böylece doğa, insanı çevreleyen ve insanın yararlanacağı

³⁷⁴ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 6. maddesinin birinci fıkrası, “kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri”ni “özel nitelikli veri” olarak tanımlamıştır.

³⁷⁵ AYM, T.A.A. Başvurusu, Başvuru No: 2014/19081, Karar Tarihi: 1.2.2017.

bir mekâna indirgenmektedir. Bu yüzden, örneğin, çevre hakkı bağlamında ele alınan su, toprak ve hava kirliliği de doğaya zarar verdiği için değil, bugünün ve gelecek neslin insanının koşullarında kötüleşme yarattığı için gündeme gelmektedir.³⁷⁶ Diğer yandan, hayvanlara bakış açısı da benzerdir. 1977 yılında hazırlanan ancak resmen onaylanmayan Evrensel Hayvan Hakları Bildirgesi'nden³⁷⁷ uzun yıllar sonra, 2000 yılında kaleme alınan ve yine resmiyete kavuşamayan Birleşmiş Milletler Evrensel Hayvan Refahı Bildirgesi'nin “hak” yerine “refah” ifadesini tercih etmesi ve insan yararına kullanılan çiftlik ve laboratuvar hayvanlarının ‘refah’ına ilişkin önerilerde bulunması, yine insan-merkezci yaklaşımın bir tezahürüdür.³⁷⁸ Buna göre, hayvanların insan yararı için endüstriyel kullanımı tek başına bir zulüm olarak kabul edilmemekte, hayvanlara yönelik zulüm onlara daha az acı çektirilebilecekken daha fazla acı çekmelerine yol açmak çerçevesine sıkıştırılmaktadır.³⁷⁹ Bu perspektif, Birleşmiş Milletlerin konu üzerindeki güncel çalışmalarına da hâkimdir.³⁸⁰

Çok yakın bir zamanda AİHM tarafından verilen *Executief van de Moslims van België ve Diğerleri/Belçika* kararı, hayvan refahı anlayışının ve insan haklarının mevcut enstrümanlarının hayvanlar için ortaya koyabileceği maksimum güvencenin insan haklarının hayvan lehine yorumu olduğunu tekrar ortaya koymuştur.³⁸¹ Nitekim

³⁷⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bu konularda yapılan başvurular, Sözleşmenin sunduğu çerçeve karşısında kaçınılmaz olarak çevrenin insan yaşamı üzerindeki etkileriyle sınırlı, diğer bir deyişle insan-merkezli olarak ele alınmaktadır. Bakınız AİHM, Solyanik/Rusya, Başvuru No: 47987/15, Karar Tarihi: 10.5.2022. AİHM, Öneriyıldız/Türkiye, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30.11.2004. AİHM, Budayeva ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02, 15343/02, Karar Tarihi: 20.3.2008. Mahkemenin yakın zamanda verdiği ve devletlerin iklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarını engellemeye yönelik pozitif yükümlülüğünün olduğunu kabul ettiği dönüm noktası niteliğindeki *Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri/İsviçre* kararı dahi insan-merkezli bakış açısına yönelik eleştirilerden muaf değildir. Zira insan haklarının öznesi insan olunca, iklim değişikliğinin doğa ve hayvan üzerindeki olumsuz etkileri, ancak insana dokunduğu ölçüde ve dolaylı olarak ele alınabilmektedir. Bakınız AİHM, Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri/İsviçre, Başvuru No: 53600/20, Karar Tarihi: 9.4.2024.

³⁷⁷ Bakınız International League of Animal Rights, “Universal Declaration on Animal Rights”, 1977, http://jose.kersten.free.fr/aap/pages/uk/UDAR_uk.html, (Son Erişim Tarihi: 15 Nisan 2024).

³⁷⁸ The World Society for the Protection of Animals, “The Universal Declaration on Animal Welfare”, https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/media/ca_-_en_files/case_for_a_udaw_tcm22-8305.pdf, (Son Erişim Tarihi: 15 Nisan 2024).

³⁷⁹ Refah ve hak arasındaki farkları açıklayan bir çalışma için bakınız Buse Duru, Selma Özdan, “Uluslararası Bildiriler Çerçevesinde Hayvan Hukuku İncelemesi”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 18(1), 2023, ss. 169-198.

³⁸⁰ Hayvan haklarına ilişkin en güncel çalışma olan BM Hayvan Sağlığı ve Korunması Sözleşmesi taslağının etik temellerini inceleyen bir çalışma için bakınız Hilâl Nur Şarbak, “Reflections on the Ethical Premises Underlying the Proposed UN Convention on Animal Health and Protection”, **Global Journal of Animal Law**, Vol. 10(2), 2022, <https://ojs.abo.fi/ojs/index.php/gjal/article/view/1753>, (Son Erişim Tarihi: 15 Nisan 2024).

³⁸¹ AİHM, *Executief van de Moslims van België ve Diğerleri/Belçika*, Başvuru No: 16760/22, 16849/22, 16850/22, 16857/22, 16860/22, 16864/22, 16869/22, 16877/22, 16881/22, Karar Tarihi: 13.2.2024.

işkence ve kötü muamele yasağı ya da hayvanların yaşama hakkı kapsamında tartışılabilir hayvanların öldürülmesi ve öldürülürken takip edilen uyuşturma ve sersemletme gibi prosedürler, bu kararda hayvanları dini talimatları gereği uyuşturmadan kesmek isteyen insanların din ve vicdan özgürlüğü kapsamında tartışılmıştır.³⁸² AİHM'in hayvan refahına ağırlık vererek hayvanları onlara daha az acı çektirerek öldürmeyi düzenleyen kuralların insanların din ve vicdan özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermesi insan bakış açısıyla olumlu okunabilir. Ancak hayvan refahı hayvanları insan haklarının nesnesi olarak tutmaya devam ettiği sürece, hayvanlar için konu onların uyuşturulmadan ya da sersemletilmeden öldürülmesinden öteye gidemeyecektir.

Neticede, insan haklarının, olduğu ve anlamlandırıldığı haliyle, eril tahakkümü sarsmaya çok uzak olduğunu kabul etmek gerekir. Bunda insan haklarının tanımlarının yer yer sınırlı ve dışlayıcı olması kadar uygulamasının tahakküm edenlerin bakış açısıyla şekillenmesi de etkilidir. Bu eleştiriden çıkarılacak sonuç, insan haklarının bir bütün olarak işlevsiz ya da sorunlu olduğu değildir. Ancak, insan haklarının herkes için olduğu ve herkese eşit şekilde koruma sağladığı varsayımı terk edilmedikçe tahakkümü sonlandırmak ya da azaltmak bir yana, besleyecek bir hukuki destek olarak kalacağının da farkına varılmalıdır.

2. İnsan Haklarının Mekânı: Kamusal Alan/Özel Alan Ayrımı

Feminist teorinin insan haklarının mekânına yönelik eleştirisi, ilk defa 1960 yılında Carol Hanisch tarafından kullanılan, meşhur "*kişisel olan politiktir*" sloganı sebebiyle muhtemelen en bilindik olanıdır.³⁸³ Hanisch bu sloganla, özel yaşamla kamusal alanın alışlagelmiş ayrımın ima ettiği gibi birbirinden keskin bir şekilde ayrılmadığını; özel yaşamın da siyasi boyutları olduğunu ileri sürmüştür.³⁸⁴ Sadece feminist teori için değil, genel olarak demokrasi teorisi açısından da çığır açan bu yaklaşım, iktidar ilişkisinin sadece siyasal alanla ilgili olmadığını, evlilikte ya da işte; yatak odasında ya da çocuk odasında; yaşamın her alanında iktidarın sürdüğünü ortaya

³⁸² AİHM, Executief van de Moslims van België ve Diğerleri/Belçika, § 63-66.

³⁸³ Carol Hanisch, "The Personal is Political" içinde Ed. Barbara A. Crow, **Radical Feminism: A Documentary Reader**, New York: New York University Press, 2000, ss. 113-121.

³⁸⁴ Theresa Man Ling Lee, "Rethinking the Personal and the Political: Feminist Activism and Civic Engagement", **Hypatia**, Vol. 22(4), 2007, s. 163.

koymuştur.³⁸⁵ İnsan haklarının bunun üzerinden eleştirisi de iki yönlü olarak ele alınabilir. İlki, kadının ve diğer dezavantajlı grupların özel alana sıkıştırılarak kamusal alana dahil edilmemesinin sorunsallaştırılmasına dairdir. İkincisi ise özel alanın kamusal olarak siyasi taleplerin özel alanı kapsayacak şekilde genişletilmesine yöneliktir. Bu eleştiriler, kamusal alanla özel alan arasında geçişkenliği mümkün kılmış ve insan hakları teorisini şekillendirmişse de bu klasik ayrımın ve etkisinin tamamen kalktığını söylemek mümkün değildir.

a) Kamusal Alanın Özel Alana Açılması

Kamusal alan ve özel alan arasındaki ayrımın tarihi, antik Yunan’a kadar uzanır. Antik Yunan’da kamusal alan olarak *polis*, vatandaşlara özgülenmiş bir “yönetim alanı”nı ifade ederken³⁸⁶, *okios* ya da *oika* ise polisin en küçük sosyal birimi olan aileyi, ailenin mülkiyetini ve evi anlatmaktadır.³⁸⁷ Kamusal alana kadınlar kesinlikle dahil değildir zira, daha önce de değinildiği üzere, Antik Yunan’da “yurttaşlık” ayrıcalıklı bir statüdür ve kadınlar, köleler ve yerleşik yabancılar bu statünün dışındadır.³⁸⁸ Dolayısıyla, kadınların varlığının tanındığı tek alan, özel alan olan *oika*’dır. Şu kadar ki, *polis*’teki hiyerarşik ilişkiler *oika*’da da devam eder ve Aristotle’nin açıkladığı üzere ev içi ilişkiler efendi-köle, karı-koca ve baba-çocuk dikotomileriyle belirir.³⁸⁹ Böylece erkek, kamusal etkinliklere katılarak kendi kaderiyle birlikte polisin kaderini belirleyebilen özgür bir özne iken kadın, ev içersine sıkıştırılarak üretim ve bakım işleriyle yükümlü tutulan, köle olarak adlandırılmayan, ancak özgür de olmayan kişidir. Kadınların kamusal alanla mesafesi sadece kavramsal değil, aynı zamanda fizikseldir. Öyle ki, kadınların tragedya oyunlarında rol almaları bile mümkün olmamış, kadın rollerini erkekler canlandırmıştır.³⁹⁰

³⁸⁵ Ruth Rosen, *The World Split Open: How the Modern Women’s Movement Changed America*, New York: Viking Books, 2000, s. 196.

³⁸⁶ Berktaş, *Tarihin Cinsiyeti*, s. 38.

³⁸⁷ J Roy, “‘Polis’ and ‘Oikos’ in Classical Athens”, *Greece & Rome*, Vol. 46(1), 1999, s.1.

³⁸⁸ Uygun, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, ss. 18-19.

³⁸⁹ J Roy, *op.cit.*, s. 1.

³⁹⁰ Fulya Karabacak, “Antik Yunan’da Kadın”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/89670/818453.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Son Erişim Tarihi: 10 Nisan 2024), s. 20., Thomas R. Martin, *Tarih Öncesinden Helenistik Çağa Eski Yunan*, Çev. Ümit Hüsrev Yosul, İstanbul: Say, 2012, s. 227.

Antik Yunan’da kamusal alanla özel alan arasındaki bu ayrımı hem üreten hem de garantileyen ise, erkek ve kadının en baştan belirlenen rollere göre sosyalleştirilmesi ve yetiştirilmesidir. Nitekim, kız çocukları ve erkek çocuklarının gördüğü eğitim yedi yaşına kadar ortaklaşa da bu yaştan itibaren erkek çocuklar vatandaş olmak üzere eğitime başlarken kız çocukları ev içerisinde kalarak “anne” ve “eş” olmayı öğrenmişlerdir.³⁹¹ On beş yaşından itibaren evlendirilen kız çocukları, ev içi ekonomik üretime katkı sağlamışlar ve evlendikten sonra bu üretime “çocuk üretimi”ni de katmaları beklenmiştir.³⁹² *Oikos* mirası tüm bunlarla örtüşecek şekilde erkek çocuklarının olmuştur, kız çocuklarının *oikos* üzerinde bir hakkı yoktur.³⁹³ Dolayısıyla, erkeğin kadın üzerindeki iktidarı ev içerisinde ve çok yönlü olarak inşa edilmiştir. Bu iktidar öyle belirgindir ki Antik Yunan’daki tek eşlilik geleneği, iktidar ilişkisinin taraflarını arttırarak iktidarın dağılmasını önleme amacı üzerinden açıklanmıştır.³⁹⁴

Antik Yunan’da “*yurttaşlık haklarını kullanma*” ile “*yaşama*”nın aynı anlama gelmesi; özgür ve eşit öznenin siyasal varlık olarak tanınması, ilk bakışta büyüleyici gelebilir.³⁹⁵ Ne var ki, bu anlamdaşlık, siyasetten dışlanan ve eve hapsedilen kadınlar için hiçbir dönemde cezbedici olmamış, üstelik yaşamının onlar için değersizleştirilmesinin bir göstergesi haline gelmiştir. Örneğin, Orta Çağ’a geldiğinde de kadının dışlanmışlığında bir fark yoktur. Bu dönem, “*hem yatay hem de dikey olarak bölünmüş çok sayıda iktidar*”ın³⁹⁶ varlığı ve merkezi, tek ve güçlü bir iktidarın olmaması sebebiyle bazı yazarlar tarafından ne kamusal ne de özel alanın olduğu bir zaman dilimi olarak tasvir edilmiştir.³⁹⁷ Ancak, modern devletin yarattığı kamusal alanla karşılaştırılamayacak kadar dağınık da olsa bu dönemde dinin etkisini ve kilisenin yarattığı kamusal alanı göz ardı etmemek gerekir. Nitekim Orta Çağ’ın kadınların cadıculuğuyla anıldığı bir dönem olması tesadüf değildir. Kilisenin kadınların dini hizmetlere katılımını kısıtlaması ve onları eve çekilmeye teşvik etmesi, kadınların

³⁹¹ Karabacak, “Antik Yunan’da Kadın”, s. 19.

³⁹² Ibid s. 5.

³⁹³ Ibid s. 6. Umberto Eco, *Antik Yunan*, Çev. Leyla Tonguç Basmacı, İstanbul. Alfa, 2017, s. 285.

³⁹⁴ Michael Foucault, *Cinselliğin Tarihi*, Çev. Hülya Uğur Tanrıöver, İstanbul: Ayrıntı, 2007, s. 230.

³⁹⁵ Uygun, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, s. 77.

³⁹⁶ Uygun, *Devlet Teorisi*, s. 152.

³⁹⁷ Dena Goodman, “Public Sphere and Private Life: Toward a Synthesis of Current Historiographical Approaches to the Old Regime”, *History and Theory*, Vo. 31(1), 1992, s. 4., Jürgen Habermas, *Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, Çev. Thomas Burger, Cambridge, Mass: Polity Press, 1989, s. 7.

kilisede bulamadıkları temsili evde üretmelerine yol açmıştır.³⁹⁸ Böylece, sihir, kilisenin dinine alternatif olarak kadınlara bir eylem alanı yaratmıştır.³⁹⁹ Bu çağda sosyal olarak etki doğuran, güçlü tüm kadınların, sihirle uğraşsın ya da uğraşmasın, cadıcılıkla suçlanıp yakılarak öldürülmesi de kadının kendi kamusal alanını yaratmasını engellemeye yöneliktir.⁴⁰⁰ Dolayısıyla, devlet öncesi bu dönemde dahi kadını özel alana sıkıştırıp onun üzerinde iktidar kuran bir kamusal alan-özel alan ayırımından bahsetmek mümkündür.

Bununla birlikte, bu ayırımın modern devletin doğuşuyla bambaşka bir hal aldığı da teslim edilmelidir. Devletin ortaya çıkışı ile özel alan, daha geniş bir anlamla “devlete ait olmayan” alanı ifade etmeye başlamıştır.⁴⁰¹ Bununla kastedilen, devletin düzenlediği alanın, yani hukukun kamusal alanı yarattığı, devletin yetki ve görev alanı dışında kalan, hukukun düzenlemediği alanın ise özel alan olarak kaldığıdır.⁴⁰² Diğer bir deyişle, kamusal alan devletle birey arasındaki ilişkiyi, özel alan ise bireyle birey arasındaki ilişkiyi konu edinir. Yukarıda değinildiği üzere, vatandaşlık kavramının yerleşmesi ve vatandaşların devlete karşı ileri sürebileceği birinci kuşak hakların kabulü ile, temel hak ve özgürlükler, vatandaşın kamusal alanda devletin gereksiz ve orantısız müdahalesinden korunmasını sağlayacak haklar olarak kendini göstermiştir. Dolayısıyla başlangıçta, temel hak ve özgürlükler, kamusal alanla sınırlı bir özgürlük teminatı getirmiştir, çünkü özel alan devletin zaten karışmadığı ve neredeyse var olmadığı bir özgürlükler alanı olarak tanımlanmıştır.

Bu ayırımın kadınlar için yansıması açıktır. Bir kere, kamusal alan, kadınlar için tasarlanmamıştır. Yönetime katılacak, mülkiyet edinebilecek, bir konuta sahip olabilecek, düşüncesini açıklayacak olan kadınlar değil, erkeklerdir. Ancak daha çarpıcı olan, devletin serbest bıraktığı özel alan ‘özgürlüğü’nün aslında erkeklerin aile üzerindeki iktidarını dilediği gibi kullanma özgürlüğü olmasıdır. Özel alandaki bu erkek özgürlüğünün kadınlar için karşılığı ise ev içi tahakkümdür. Kadın evde

³⁹⁸ Anna Nelson Bennett, “‘Because She Would Not Be Governed’: Medieval Women, Power, and the Politicization of Witchcraft”, **Open Access Master’s Theses**, 2015, <https://digitalcommons.uri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1529&context=theses>, (Son Erişim Tarihi: 15 Nisan 2024), s. 8-9.

³⁹⁹ Ibid.

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ Giorgio Chittolini, “The ‘Private,’ the ‘Public,’ the State”, **The Journal of Modern History**, Vol. 67, 1995, s. 34.

⁴⁰² Berktaş, **Tarihin Cinsiyeti**, s. 39.

kocasının ya da babasının adeta ‘malı’ gibidir. Kendi hayatı ve bedeni üzerinde söz hakkına sahip değildir. Bu yüzden devlete ait olan alan da devlete ait olmayan alan da erkekler içindir, ama devlete ait alanda erkekler bazı hukuki kurallara tabi iken devlete ait olmayan alanda tamamen serbesttir.

Elbette bugünden baktığımızda, temel hak ve özgürlüklerin hangi kuşak olursa olsun devlete hem pozitif hem negatif yükümlülük yüklediği ve devlet-birey ilişkisine yönelik dikey etkisinin yanında birey-birey ilişkisine yönelik yatay etkisinin tanındığı bir dönemde⁴⁰³, kamusal alanla özel alana yönelik bu tür bir ayrımın miadını doldurmuş olduğu söylenecektir. Ancak, devlete ait olan alanın ekseriyetle erkeğe ait olması, kadınların ise özel alana kapatılmasının ardında yatan eril tahakküm geçerliliğini hala sürdürmektedir. Bu anlamda devletin, MacKinnon’ın işaret ettiği gibi, “*toplumsal statükoya dokunmadığı sürece*” özgürlüğü kabul ve teşvik ettiğine dikkat etmek gerekir.⁴⁰⁴ Nitekim eril iktidarla devlet iktidarının özdeşliği, kadınlar için kamusal alanı daraltmakta ve özel alanın yarattığı baskıları sürdürmektedir. Zira eril tahakküme dayalı hukuk, devlet iktidarının “*toplumun her alanında eril iktidar olarak varlığını sürdürmesini*” sağlarken, eril tahakküm ise “*toplumun her katında devlet iktidarı olarak örgütlenmiştir*”.⁴⁰⁵

Öte yandan, feministlerin özel alan/kamusal alan ayrımına yönelik eleştirisi, bu ayrımın korunarak kadınların özel alanda iktidarın ortağı, kamusal alanda ise etkin bir katılımcısı kılmak üzerine değildir.⁴⁰⁶ Hoş, liberal feministlerin ilk talepleri, kadınların da “insan” olduğu argümanı ile erkeklerle aynı haklara sahip olması istemiyle sınırlı kalmıştır.⁴⁰⁷ Ancak Haraway’in dikkat çektiği üzere, bugün bu

⁴⁰³ Alman hukukunda kabul edilen ve kişilerin insan haklarına ilişkin yasal düzenlemelere dayanarak bu haklarından birini ihlal eden kişiye karşı doğrudan dava açabilmesini ifade eden *drittwirkung* kavramı, doğrudan yatay etkinin de artık tanınabildiğinin göstergesidir. Bununla birlikte, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında tanınan yatay etki, devletin insan haklarını üçüncü kişinin eylemlerine karşı koruma yükümlülüğü kapsamında dolaylı olarak ortaya çıkmaktadır. Bakınız Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, içinde Ed. Sibel İnceoğlu, Ed. Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, İstanbul: Beta, 2013, ss. 53-80. Ayrıca bakınız David John Harris, Michael O’Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2021, ss. 24-27.

⁴⁰⁴ Catharine A. MacKinnon, **Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru**, Çev. Türkan Yöney, Sabir Yücesoy, İstanbul: Metis, 2015, s.191.

⁴⁰⁵ Ibid. s. 197.

⁴⁰⁶ Ulla Wischermann, Ilze Klavina Mueller, “Feminist Theories on the Separation of the Private and the Public: Looking Back, Looking Forward”, **Women in German Yearbook**, Vol. 20, 2004, s. 186.

⁴⁰⁷ Josephine Donovan, **Feminist Teori**, Çev. Aksu Bora, Meltem Ağduk Gevrek, Fevziye Sayılan, İstanbul: İletişim, 2021, s. 29.

ayrımın “zihin-beden”, “hayvan-insan”, “organizma-makine”, “kadın-erkek” ayrımları gibi diğer geleneksel dikotomilerle birlikte çözüldüğü aşıkardır.⁴⁰⁸ Bununla birlikte bu çözülmeyi yaratan, hukuk değil, gen, üreme, bilgi ve iletişim teknolojileriyle gelişen ve değişen sosyal algılardır.⁴⁰⁹ Hukuk ya da devlet iktidarındaki sorun, eril tahakkümü koruyacak bu dikotomiye ısrarla sahip çıkmasıdır.

Meseleye bugünün koşullarından yaklaşırsak, kadınların kamusal alanın önemli yönlerini oluşturan eğitim, istihdam ve siyaset gibi alanlardan kategorik olarak dışlanmadığını, ancak onlara açılan alanın da hala sınırlı ve kontrollü olduğunu söylemek mümkündür. Kamusal alanın fiili sınırları, kadınlara ev içinde yüklenen rollerle başlar. Kadının evini temiz tutması, yemek yapması, çamaşır yıkaması ve ütü yapması; evin bakımının yanında çocuk, hasta ve yaşlı bakımını üstlenmesi beklenir. Kız çocuğu, annesinin bu görevlerinin aile içerisindeki ‘normal’liğini görerek içselleştirir ve yaşı ilerledikçe ona yardım ederek kendi toplumsal cinsiyetinden beklenen rolleri kanıksar. Ayrıca, ev içi emek hem görünmez hem de ücretsizdir.⁴¹⁰ Kadının tüm zamanını alan bu işlerle meşgul olması, onun yoksul ve güvencesiz kalarak ailenin erkeğine mecbur bırakılmasını da garanti altına alır. Böylece özel alan, kadın için içerisinden çıkılamayacak bir kafese dönüşür.

Öte yandan, kadın kamusal alana katıldığında kamusal alan kadınlar için farklı bir görünüm kazanır, özel alanın uzantısı haline gelir. Örneğin, kadına atfedilen bakım ve özen yükümlülüğü, çalışan kadın için de geçerlidir. İş yerinin düzeni, işlerin tasnifi, arka plandaki görünmez emeğe dair pek çok iş öncelikle kadın çalışana verilir. Buna, kadının ne kadar başarılı olurlarsa olsun yönetim pozisyonuna getirilmemesi ya da yükseltilmemesi eşlik eder. Cam tavan sendromu olarak adlandırılan ve kadınların iş yerinde üst düzey pozisyonlara gelmelerini engelleyen, ön yargılardan kaynaklanan görünmez engeller, esasında eril tahakkümün iş yerinde de hiyerarşileri korumasından kaynaklanır.⁴¹¹ Zira kadınların karşılaştığı tüm engellerin arkasında, iş yerindeki

⁴⁰⁸ Donna J. Haraway, **Simians, Cyborgs, and Women: The Reinvention of Nature**, New York: Routledge, 1991, s. 163.

⁴⁰⁹ Ulla Wischermann, Ilze Klavina Mueller, **op.cit.**, s. 186.

⁴¹⁰ Ev ve ev işinin kadının toplumsal rollerini nasıl belirlediğini feminist teori üzerinden açıklayan bir çalışma için bakınız Aksu Bora, **Kadınların Sınıfı: Ücretli Ev Emeği ve Kadın Öznelliğinin İnşası**, İstanbul: İletişim, 2018, ss. 59-82.

⁴¹¹ Bakınız Ann M. Morrison, Randall P. White, Ellen Van Velsor, **Breaking The Glass Ceiling: Can Women Reach The Top Of America's Largest Corporations?**, New York: Basic Books, 1994., İrem Özel Bilim, Aysel Bülez, “Cam Tavandan Yansımalar”, **İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi**, Vol. 7(1), 2018, ss. 48-58. Hukukun cam tavanının engellenmesindeki fonksiyonu üzerine bir

iktidarın da erkeğe ait olması gerektiği ve yönetim işinin kadına ait olmadığı düşüncesi yatar. Kişinin kendi başarılarını tesadüfi görmesi, zekasından ve yeteneklerinden şüphe etmesini anlatan *imposter* sendromunun yaygın olarak kadınlar arasında görülmesinin bir sebebi de buna bağlanabilir.⁴¹² İş hayatındaki bütün başarıların erkeklere hasredilmesi ve kadınların yaygın olarak başarısızlığa maruz bırakılması, kadınların kendi başarılarını dahi içselleştirememesiyle sonuçlanır.

Her şeye rağmen iş yerinde özneliğini direten ve yükselme kapasitesini tüm gücüyle gösteren kadınlar için iş yerindeki eril tahakkümün metodu, mobbingtir. Kadınların iş yerlerinde baskı ve kontrol altında tutularak, şiddete maruz bırakılarak hiyerarşinin aşağısında konumlandırılması çok yaygındır.⁴¹³ Üstelik, eril tahakkümün kadın ve erkek cinsiyetlerine atfettiği roller ‘sayesinde’ iş yerinde kadınların aşağılanması çoğu zaman fark bile edilmez. Örneğin bir kadının görüşlerinin bir erkek tarafından kendi fikriymiş gibi tekrar ele alınması ve bunun görüşün sahibi kadına ‘basit bir dille’ ya da ‘düzeltilmiş versiyonuyla’ açıklanarak kadının görüşünün değersiz kılınması, normalleştirilmiş bir üstünlük kurma biçimidir.⁴¹⁴ Bu örneklerle kadın çalışana öfkeyle bağırarak, onun kılık kıyafeti hakkında yorum yapmak, ondan makyajı ve topuklusuyla kadın cinsiyetine atfedilen çekiciliği beklemek, bir şeyler ters gittiğinde çocuk sahibi olmasına ya da evli olmasına yormak gibi çok çeşitli söz ve davranışlar eklenebilir. Tüm bunlarla kadın, iş yerinde de özel alandaki gibi sindirilir ve güçsüzleştirilir.

çalışma için bakınız Oya Aytemiz Seymen, Hazal Tolu Yılmaz, Özlem Aydın, “Hukuki Düzenlemelerin Cinsiyete Dayalı Cam Tavan Algısını Önlemedeki İşlerliği Üzerine Bir Değerlendirme”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Hazal Tolu Yılmaz, Doğan Kara, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 5**, İstanbul: On İki Levha, 2024, ss. 345- 396.

⁴¹² Toplumsal cinsiyet normları ve imposter sendromu arasındaki ilişkiyi araştıran ve literatürü özetleyen bir çalışma için bakınız Kadie Rackley, Taylor Payne, Ashley Bennett, Germine Awad, “Gender and the Impostor Phenomenon”, içinde Ed. Kevin Cokley, **The Imposter Phenomenon: Psychological Research, Theory, and Interventions**, Washington, DC: American Psychological Association, 2024, ss. 161-180., Mehmet Fatih Işık, “Örtbas Edilmiş Mizojini: Imposter Fenomeni, Korumacı Cinsiyetçilik ve Cam Tavan Sendromu”, **İstanbul Üniversitesi Kadın Araştırmaları Dergisi**, Vol. 25, 2022, ss. 99-110.

⁴¹³ Kadınların iş gücüne katılımda maruz kaldığı ayrımcılığa ilişkin Avrupa Parlamenterler Meclisinin Tavsiye Raporu için bakınız Council of Europe Parliamentary Assembly, “Recommendation 1700 (2005): Discrimination Against Women In the Workforce and the Workplace”, 27 Nisan 2005, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17323&lang=en>, (Son Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2024).

⁴¹⁴ Türkçe’ye erbilmişlik olarak çevrilen ve kadınlara zaten bildikleri şeyi bilmiyorlarmış gibi açıklamak anlamına gelen *mansplaining* pratiğinin epistemik adaletsizliğin bir parçası olduğunu ileri süren bir çalışma için bakınız Nicole Dular, “Mansplaining as Epistemic Injustice”, **Feminist Philosophy Quarterly**, Vol. 7(1), 2021, Article 1.

Madalyonun diğer yüzü ise erkeklerin ya da erkek çocukların kadınlara atfedilen görevleri asla üstlenmemesi ve bunların hayatlarındaki kadınlar tarafından yapılmasını istemeyi kendilerine hak görmesi; en başından itibaren iktidarın sahibi olarak sosyalleştirilmesidir. Bu yüzden, tüm yük kadına bırakılır. Kadın üniversiteye gittiğinde, işe girdiğinde veya siyasete katıldığında ya aile içerisindeki rollerini ‘layıkıyla’ yerine getiremeyeceği için ailesini kurmaktan vazgeçmeye yönlendirilir ya da öğrenci, çalışan ya da vekil/bakan olduğunda bu sıfatlarının yanında anne, eş ve abla gibi sıfatlarını da koruyarak fiziksel ve ruhsal olarak altından kalkması çok zor bir yükün altına girer. Çalışan kadınlara yönelik, evlenmeleri ya da çocuk doğurmaları halinde işi bırakacakları düşüncesinin ayrımcı bir dayatmaya dönmesinin ardında da kadınların kamusal rolleri ile aile içi rollerinin bağdaşmaz görülmesi ve her ikisinde birden iyi olamayacakları düşüncesidir.⁴¹⁵ Bu sarmalın ilginç bir yönü, istihdama giren kadınların yükünü, çocuğu varsa özellikle de çocuk bakımını, aile içerisindeki diğer kadınlara, genellikle annelere, yüklemek zorunda kalmasıdır. Böylece kadının istihdamda kalabilmesi kadınlar arası dayanışmaya terk edilmekte, ama bu şekilde büyükanneye kendi çekirdek ailesinin yanında çocuklarının çekirdek ailesinin bakımı da yıkılmaktadır.

Bu bakımdan, bunca çağ ve değişiklik sonrasında, Antik Yunan’daki sosyal hayata içkin iktidar ilişkilerinin çok uzağında olduğumuzu söylemek zordur. Kamusal alan-özel alan ayrımı açısından aradaki tek fark, devletin eşitlik ilkesini de kapsayan anayasası ve yasalarıyla kamusal alana herkesin dahil edilebileceği illüzyonunu yaratmasıdır.⁴¹⁶ Anayasal ve yasal söylemde artık herkesin kamusal alana katılabileceği görülür. Ancak bunun koşulu, eril iktidarı sarsmamaktır. Bu iktidarı sarsacak düzeyde bir katılım, hukukun soyutluğunun elverişliliğiyle ve statükoyu koruyan yorumuyla hukuken engellenir. Diğer bir deyişle, kamusal alanın özel alana açılımı, sadece fiilen değil hukuken de sınırlı ve kontrollüdür.

Eril tahakküm, kendisine yönelen tehlikeleri güncel durumun koşullarına göre yorumlar ve kamusal alana kimin ne kadar katılabileceğine yönelik engelleri de buna

⁴¹⁵ Bakınız Meryem Tekin Epik, Selin Umutlu, “Çalışma Yaşamında Ayrımcılığa Maruz Kalan Anneler: Isparta Banka Çalışanları Üzerine Bir Uygulama”, **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, Vol. 11(1), 2019, ss. 36-37. Ayrıca bakınız Markus Gangl, Andrea Ziefle, “Motherhood, Labor Force Behavior, and Women’s Careers: An Empirical Assessment of the Wage Penalty for Motherhood in Britain, Germany, and the United States”, **Demography**, Vol.46(2), ss. 341-342.

⁴¹⁶ MacKinnon, **Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru**, s. 190.

göre şekillendirir.⁴¹⁷ Bu anlamda hukuk, istediği kadar eşitliğe ilişkin düzenlemeler içersin, cinsiyet politikasının meşrulaştırılması için gerektiğinde kamusal alana yol açan gerektiğinde ise ket vuran fonksiyon üstlenecektir. Bu açıdan, kamusal alan, eril tahakkümün devamı için hukuk tarafından kullanılan bir araçtan ibarettir. Hukukun özel alandan çıkıp kamusal alana katılmak isteyen kadınlar için eril tahakküm tarafından nasıl kullanıldığı ve yorumlandığı, Türkiye'nin siyasi tarihinde önemli bir yer kaplamış ve etkilerinin hala unutulmadığı başörtüsü sorunu üzerinden örneklenebilir.

Kadınların kamu kurumlarında çalışmasının, üniversitelerde lisans öğretimi görmelerinin ya da milletvekili olmalarının yasak olmadığı bir dönemde, başörtüsü Türkiye'de bazı kadınların bu kamusal alanlardan dışlanmasına sebep olmuştur. 1980'lerden itibaren başörtülü kadınlar, üniversitelere⁴¹⁸, kamu kurumlarına⁴¹⁹, yasama organına⁴²⁰ ya da mahkeme salonlarına⁴²¹ alınmamış, onlara buralara girebilmeleri için başörtülerini çıkartmaları dayatılmıştır. 1980 darbesi sonrası Refah Partisi, Fazilet Partisi gibi siyasi partilerin yükselişi ve bu siyasi partilerin şeriat yanlısı propaganda yapmaları ya da parti programlarının ağırlıklı olarak dini öğretim ve dini

⁴¹⁷ Heidi Wedel, **Siyaset ve Cinsiyet: İstanbul Gecekondularında Kadınların Siyasal Katılımı**, Çev. Can Kurultay, İstanbul: Metis, 2019, s. 22.

⁴¹⁸ Yükseköğretim kurumlarında başörtüsü yasağının tarihsel süreci için bakınız AYM, E. 1990/36, K. 1991/8, Karar Tarihi: 9.4.1991, AYM, Sara Akgül Başvurusu, Başvuru No: 2015/269, Karar Tarihi: 22.11.2018, § 27-56.

⁴¹⁹ Devlet memurlarına yönelik başörtüsü yasağının tarihsel süreci için bakınız AYM, B.S. Başvurusu, Başvuru No: 2015/8491, Karar Tarihi: 18.7.2018, § 24-34.

⁴²⁰ Türkiye siyasi tarihinde başörtülü kadınların yasama organından dışlanmasının en bilindik örneği, 2 Mayıs 1999 tarihinde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin 21. Yasama Döneminin Birinci Yasama Yılı'nın ilk birleşiminde gerçekleştirilen and içme töreninde Fazilet Partisi'nden milletvekili seçilen Merve Kavakçı'nın diğer vekillerin protestosuyla Genel Kurul'dan ayrılmak zorunda bırakılmasıdır. Bu oturumda söz alan dönemin başbakanı Bülent Ecevit'in *"Türkiye'de hanımların giyim kuşamına, başörtüsüne, özel yaşamlarında hiç kimse karışmıyor; ancak, burası, hiç kimsenin özel yaşam mekânı değildir; burası, devletin en yüce kurumudur"* şeklindeki beyanları, konunun başörtüsü aracılığıyla kadınların kamusal alandan dışlanması yönünü açıkça ortaya koymaktadır. Bakınız Türkiye Büyük Millet Meclisi, "TBMM Meclis Genel Kurul Tutanağı 21. Dönem 1. Yasama Yılı 1. Birleşim", 2 Mayıs 1999, <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak/787>, (Son Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2024). Bu oturumda yaşananlar daha sonra Fazilet Partisi'nin kapatma davasında da laikliğe aykırı eylemlere yönelik delil olarak nitelendirilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı iddianamesinde diğer birçok olayın yanında *"Merve Kavakçı adlı hanım, Fazilet Partisi yöneticileri tarafından seçilebilecek bir yerden önce milletvekili adayı gösterilmiş; başta Recai Kutan olmak üzere Fazilet Partisinin tüm yöneticileri Merve Kavakçı'nın, hem Mecliste türbanlı olarak yemin edebileceğinin, hem de Meclis çalışmalarına türbanlı olarak katılabileceğinin propagandasını yapmaya başlamışlardır."* açıklamasıyla ve *"başörtüsü kavgasının T.B.M.M.ne taşınmasının sağlanması için Merve Kavakçı'nın özel olarak seçildiği ve Mecliste yapacağı eylemi tüm Fazilet Partisi Milletvekilleri ve parti yöneticilerinin önceden bildiği anlaşılmaktadır"* iddiasıyla, Merve Kavakçı'nın Meclis Genel Kuruluna başörtülü girmesini siyasi parti kapatma davasının başlıca konularından biri yapmıştır. Bakınız AYM, E. 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2001/2, Karar Tarihi: 22.6.2001.

⁴²¹ AYM, Tuğba Arslan Başvurusu [GK], § 7-13.

motifli kılık, kıyafet özgürlüğünü konu edinmeleri, başörtüsü sorununun salt laiklik ekseninde ele alınmasına yol açmış, laik-muhafazakâr kutuplaşmasının derinleşmesiyle de bu konunun din ve vicdan özgürlüğü kapsamında görülmesi uzun bir süre mümkün olmamıştır.

Öte yandan siyasete hâkim erkek söylem sebebiyle başörtüsü sorunu, bir kadın sorunu olarak değil adeta bir erkek sorunu olarak lanse edilmiştir. Başörtüsü kullanımı ve buna ilişkin yasaklar, doğrudan ve yalnızca kadınları ilgilendiren ve başörtüsü kullanan kadınların din ve vicdan özgürlüğü kapsamında kalan bir mesele olmakla birlikte başörtüsü, öznesinden kopartılarak tartışılmıştır. Örneğin sıkça kullanılan “başörtülü kadınlarımız” ifadesi, kadınların bu konu bakımından da erkek ‘koruması’na alındığının ve muhafazakâr ekseninde “dindar erkeğin kadını”na ya da laik ekseninde “ulusun kadını”na indirgendiğinin bir göstergesidir. Böylece başörtüsü, kadınların dini inançlarını bedenlerine, kılık kıyafetlerine ve yaşam tarzlarına nasıl yansıtacağına ilişkin bir konu olmaktan çıkıp, laik ve muhafazakâr kutuplardaki erkeklerin kadınların kamusal alana girmesinin şartlarını kendi aralarında tartıştığı bir meseleye dönmüştür. Bu açıdan, başörtüsü sorununun devlet iktidarında eril iktidarın nasıl belirleneceğine ilişkin bir kriz olarak okunması mümkündür. Bu krizin altında ezilenler ise kadınlar olmuştur.

Nitekim kadınların başörtüsü bir siyasi araca dönüşürken kadınlar, kamusal alanla özel alanın sınırlarında sıkıştırılarak tüm hayatlarını etkileyecek kararlar vermeye zorlanmışlardır. Bu kararlar, örneğin üniversitelere giriş bakımından, saçını açıp üniversiteye girmeyi tercih ettiğinde ailesinde ve çevresinde kınanarak dışlanmak, direnerek üniversiteye başörtülü girmeyi istediğinde siyasi tartışmanın öznesi olarak sonuçlarına katlanmak ya da üniversiteyi bırakarak hedeflediği kariyerden mahrum kalmak şeklinde belirmiştir. Ancak bu durumdaki kadınların tek başlarına, kendileri için ve kendileri hakkında karar vermeleri de çoğu zaman mümkün olmamıştır, zira dini geleneklerle kuvvetlenen eril iktidar karar verme süreci üzerinde büyük bir hâkimiyet kurmuştur. En nihayetinde, özel alanda ailedeki, kamusal alanda devletteki erkeklerin baskısı birleştiğinde pek çok kadın kamusal alana girmekten alıkonulmuştur. Bugün bu sorun çözülmüş addedilmekteyse de kamusal alana giriş yasağının yaklaşık yirmi yıl sürmesi, birden fazla nesil kadını özel alana kapamıştır.

Başörtüsü meselesi elbette çok yönlüdür. Nitekim konunun laiklik, siyasi parti özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü şeklindeki farklı yönleri çok tartışılmış ve mesele pek çok kez yargıya taşınmıştır.⁴²² Ancak, konunun kadının kamusal alana eşit katılımı yönü, diğer yönlerine göre çok az tartışılmış ve hukuken hiçbir zaman ciddiye alınmamıştır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, *Esra Nur Özbey*⁴²³ başvurusunda adliyeye pardösüsü girmesi engellenen başvurunun ve *B.S.*⁴²⁴ başvurusunda başörtüsü kullandığı için devlet memurluğundan çıkarılan başvurunun din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Keza *Sara Akgül*⁴²⁵ başvurusunda da başörtüsü yasağı yüzünden üniversiteden ilişkisi kesilen başvurunun aldığı bursları iadeye zorlanmasının din ve vicdan özgürlüğü ile eğitim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Ancak bu başvuruların hiçbirinde başvuru kadınların kamusal alana eşit katılımı bakımından inceleme yapılmamıştır. Bunların yanında, Mahkeme, din ve vicdan özgürlüğü bakımından ayrımcılık yasağını incelediği konuya ilişkin tek başvuru olan *Tuğba Arslan*⁴²⁶ başvurusunda, başörtülü avukatın duruşmaya katılmasının vekillik yaptığı dosyaya bakan hâkim tarafından engellenmesi olayına da “başörtülü avukat” ve “başörtülü olmayan avukat” ayrımı üzerinden yaklaşmıştır. Halbuki bu tür yasaklar ve engeller, aynı dine mensup ve dinin gereklerini takip eden erkekler ile kadınlar arasında ayırım yapmakta ve erkekleri dinleri ve gelenekleri ne olursa olsun kamusal alana kabul ederken kadınları dini gelenekleri üzerinden şartlamaktadır. Bu farklılaşmayı başlatan, takip edilen dinin geleneklerinin cinsiyete göre yaptığı ayırım olabilir, ancak laik olduğu iddiasında olan hukuk için bu, esas alınacak bir gerekçe değildir. Bununla birlikte, kadının kamusal alana erkeklerle eşit katılımı söz konusu olduğunda, kadınları kadınlarla kıyaslamak bir konfor alanı

⁴²² 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda yapılan değişikliklerle yükseköğretim kurumlarına başörtülü girilmesini düzenleyen/mümkün kılan kuralların Anayasa’ya aykırılığını değerlendiren Anayasa Mahkemesi bir kararında iptal, diğer kararında ise yorumlu ret olarak nitelendirilen ret kararı vermiştir. Bakınız AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, Karar Tarihi: 7.3.1989, AYM, E. 1990/36. Konu, AİHM’e de taşınmış, Mahkeme *Leyla Şahin* kararında başörtülü olarak üniversiteye devam edemeyen başvurunun din ve vicdan özgürlüğü ile eğitim hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bakınız AİHM, *Leyla Şahin/Türkiye* [BD], Başvuru No: 44774/98, Karar Tarihi: 10.11.2005. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi de *Şeyma Türkan/Türkiye* kararında başörtüsü yasağı nedeniyle peruk kullanarak üniversite kaydını yaptırmak isteyen başvurunun peruğu çıkarmayı reddetmesi sebebiyle kaydının yapılmamasını, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin hukuk önünde eşitlik ve din özgürlüğü ile bağlantılı olarak cinsiyet eşitliğiyle ilgili hükümlerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Bakınız BM İnsan Hakları Komitesi, *Şeyma Türkan/Türkiye*, Başvuru No: 2274/2013, Karar Tarihi: 17.7.2018. Konuya ilişkin diğer kararlar ve yasal süreç için bakınız AYM, *Sara Akgül* Başvurusu, § 27-56.

⁴²³ AYM, *Esra Nur Özbey* Başvurusu, Başvuru No: 2013/7443, Karar Tarihi: 20.5.2015.

⁴²⁴ AYM, *B.S.* Başvurusu.

⁴²⁵ AYM, *Sara Akgül* Başvurusu.

⁴²⁶ AYM, *Tuğba Arslan* Başvurusu [GK].

yaratmaktadır. Nitekim kadınların kamusal alana girişte eril tahakkümün kontrolü altında tutulması ve kamusal alanda erkeklerle karşılaştırılmaması, iki zıt kutuptaki laik ve muhafazakâr erkeklerin buluşabildiği ‘sihirli’ bir ortak noktadır.

Feminist teorinin özel alan ve kamusal alan ayrımına yönelik eleştirisi, öncelikle bu ayrımın hala devam ettiğine, ancak çoğu zaman, başörtüsü örneğinde olduğu gibi, üstü başka konularla kapatılarak kadının kamusal alana katılımı çerçevesinden koparılarak tartışıldığına ilişkindir. Kadınlar için ev, özel alan, hala esas alandır. Kamusal alan ise erkek iktidarının güncel yorumlarına göre tekrar tekrar şekillenerek tahakküm altındakiler için ne zaman ve nasıl özel alana açılacağı değişkenlik gösteren bir erkek alanıdır. Dolayısıyla, kadınlar ve kadınlarla birlikte tahakküm altındaki diğer kişiler, kamusal alana ancak eril tahakküme dokunmadığı sürece “kabul ve teşvik edilir”. Bu yüzden, feminist hukuk teorisi açısından, kamusal alana dahil olmanın fiili sınırlarını yaratan toplumsal yapıyı ve böylelikle kamusal alan-özel alan dikotomisini koruyan hukuk, devamlı olarak sorgulanmalıdır.

b) Özel Alanın Kamusallaşması

Kadınların evlerden çıkıp kamusal alana girebilmeleri; istihdama ve yönetime katılmaları, eşitlik için önemlidir. Ancak eril iktidar kamusal alanda da sürdüğü ve kadınların kamusal alana katılmalarını ve burada kalmalarını baskı altında tuttuğu için, kamusal alanın kapılarının açılması tahakkümü sarsmaya yetmez. Zira yukarıda da işaret edildiği üzere, özel alan bizatihi kamusal alana girmenin fiili sınırlarını oluşturur. Bu yüzden, kadınların özgürleşmesinin ön koşulu, özel alanın kamusallaşmasıdır. Bununla kastedilen elbette devletteki eril iktidarın ailedeki eril iktidarla ortaklaşması ya da devletteki eril iktidarın aile içerisinde de uygulanması değildir. Ancak, devletin devlete ait kabul edilen kamusal alanı düzenleyip özel alanı düzenlemediğinde zımnen kabul ettiği bir şey vardır ki o da aile içerisindeki erkek iktidarının serbest, mutlak ve sınırsız olduğudur. Diğer bir deyişle, devletin “*neyi düzenlemediği*” ve “*neye müdahale etmediği*”, neyi koruduğuyla ilgilidir.⁴²⁷ Bu yüzden, feminist teoriye göre, öncelikle bunun açığa çıkarılması gerekir.

⁴²⁷ Berktaş, **Tarihin Cinsiyeti**, s. 39.

Devletin özel alana müdahale etmemesi ya da özel alanı erkek lehine ‘özgür’ bırakması sorunu, insan haklarının kuşaklarına göre devlete farklı yükümlülükler yüklemesinden başka bir sorunu ifade eder. Zira devletin özel alanı deyim yerindeyse kendi haline bırakması, insan haklarının gelişip çeşitlenmesinden ve insan hakları bağlamında devlete yüklenen yükümlülüklerin de çok yönlü olarak kabul edilmesinden etkilenmemiştir. Örneğin, devletin yaşama hakkı bakımından buna müdahale etmeme yükümlülüğünün yanında hâkimiyeti altındaki insanların yaşama haklarını korumaya yönelik her türlü tedbiri alma ve bu hakka yönelik bir saldırı olduğunda bunu etkin bir şekilde soruşturup gerekli yaptırımları uygulama yükümlülüğünün olduğu genel olarak tanınmıştır.⁴²⁸ Ancak eril tahakkümün kabulleri, bir erkeğin kadını öldürmesi ya da öldürmekle tehdit etmesi söz konusu olduğunda, devletin bu yükümlülüklerle kendini bağlı görmemesine ya da ceza adalet sisteminin devreye girdiği halde bu yükümlülükleri asgari düzeyde ve ihmalkar bir şekilde yerine getirmesine sebep olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kadına yönelik şiddeti ilk defa eşitsizlik kapsamında ele aldığı ve İstanbul Sözleşmesi’nin hazırlanmasına ilham olan *Opuz/Türkiye* davasındaki olaylar, devletin özel alana müdahale etmeme konusundaki azami özeninin ağır bir örneğidir.⁴²⁹ Başvurucu Nahide, annesinin evlendiği kişinin oğlu ile evlenmiştir. Nahide ve annesi, eşleri olan baba-oğuldan şiddet gördüklerini ve ölüm tehdidine maruz kaldıklarını Savcılığa ilk defa 1995 yılının Nisan ayında bildirmişlerdir. Daha sonra Nisan 1996, Şubat 1998, Mart 1998, Ekim 2001’de olmak üzere dört kez daha şiddet gördüklerine ilişkin şikâyetle bulunmuşlardır. Nahide ve annesinin şikâyetlerine konu olan şiddet olayları, dövme, bıçakla yaralama ve üzerine araba sürerek ezme şeklinde meydana gelmiştir ve bunların yarattığı zararlar ile hayati risklerin hepsi, sağlık raporları ile kayıt altına alınmıştır. Devletin adli makamlarına intikal eden bu saldırılar sonrasında, Kasım 2001’de farklı tarihlerde olmak üzere iki kez ve Şubat 2002’de son kez ölümle tehdit edildiklerini bildirmişler, maruz kaldıkları söz ve davranışları Savcılığa sundukları dilekçelerde ayrıntılarıyla açıklamışlardır. 11 Mart 2002’de, Nahide’nin boşanma davası açtığı Hüseyin Opuz, Nahide’nin annesini

⁴²⁸ Devletin öldürmeme, yaşamı koruma ve soruşturma yükümlülüğünü AİHM ve AYM içtihatlarıyla açıklayan bir çalışma için bakınız Osman Doğru, **Yaşama Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5**, Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3555/yasama-hakki.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2024), ss. 39-339.

⁴²⁹ AİHM, *Opuz/Türkiye*, Başvuru No: 33401/02, Karar Tarihi: 9.6.2009.

maruz kaldıkları şiddet ve tehditten kurtulmak amacıyla başka bir ile taşınmak üzere bindiği nakliye kamyonunun ön koltuğunda vurarak öldürmüştür.

Adli makamların durumdan haberdar olduğu 1995 yılından Nahide'nin annesinin öldürüldüğü 2002 yılına kadar geçen yedi yıllık sürede, şikayetlerin bazıları geri çekilmiş, bazıları kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar bazıları ise iddianamenin kabul edilmesi ardından mahkûmiyet hükmüyle sonuçlanmıştır. Ancak, mahkûmiyete ilişkin kararlar da gerçek anlamda bir yaptırım niteliğinde olmadığı için Nahide ve annesinin tüm başvurularının hukuken sonuçsuz kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim Nahide'nin annesinin üzerine araba sürdüğü ve onu hayati tehlike yaratacak boyutta yaraladığı olayda Hüseyin üç ay hapis ve para cezası ile cezalandırıldığında hapis cezası paraya çevrilmiş, Nahide'yi bıçaklayarak yaraladığı olayda ise Hüseyin sadece para cezasına çarptırılmış ve bu ceza sekiz taksite bölünerek fail açısından mümkün olduğunca kolaylaştırılmıştır. Hüseyin Opuz'un Nahide'nin annesini öldürmesi de yargısal makamlar tarafından benzer şekilde ele alınmış, Hüseyin'in cezası haksız tahrik ve yargılama boyunca gösterdiği iyi hal sebebiyle indirilmiş, Yargıtay aşamasında ise Hüseyin tahliye edilmiştir. AİHM'e başvuru yaptıktan sonra Nahide, tahliye edilen Hüseyin'den tehditler almaya devam etmiştir. Nahide'nin bütün bu şiddet sarmalından korunması, ancak AİHM'in devletten durumla ilgili bilgi istemesiyle mümkün olabilmiştir.⁴³⁰

Opuz davasını önemli kılan, AİHM'in sadece Nahide ve annesinin başına gelenlerin devlet tarafından önlenmemesi ve etkin bir şekilde soruşturulmaması sebebiyle yaşama hakkı ve kötü muamele yasağının ayrımcılık yasağıyla birlikte ihlal edildiğine karar vermesi değildir. Bu kararda Nahide ve annesine yönelen şiddetin erkek şiddeti olduğu tespitinin yanında bu şiddetin adli makamlar tarafından ele alınış biçiminin ayrımcı olduğu da açıkça ortaya konmuştur. Mahkeme kararında Türkiye'deki ceza adalet sisteminin bakış açısına özel bir yer ayırmış ve evlilik birliği içerisinde gerçekleşen şiddet olaylarının alelade bir geçimsizlik ya da boşanmaya ilişkin tartışma olarak algılandığını tespit etmiştir.⁴³¹ Elbette bu kararda AİHM'in özel alan/kamusal alan ayrımına dair bir göndermesi yoktur, ancak aile içerisinde yaşanan şiddetin devlete ait bir sorun olduğunun, devletin bunu kendi sorunu kabul etmemesi

⁴³⁰ AİHM, Opuz/Türkiye, §§ 59-69.

⁴³¹ Ibid §§ 192-202.

ya da ciddiye almaması halinde ayrımcı davranmış sayılacağına kabul edilmesi, bu ayrım bakımından güçlü bir mesaj verir: Özel alanın kamusallaşması, kadınlar açısından bir hak, devlet açısından ise bir yükümlülüktür.

Öte yandan özel alanın kamusallaşması, ölümle sonuçlanan ya da ölüm riskini doğuran şiddet vakaları açısından biraz daha mümkün olmakla birlikte daha az şiddet içeren olaylarda ya da ceza hukuku alanının dışında kalan sorunlarda hala önemli bir dirençle karşılaşmaktadır. Bununla birlikte, henüz olabildiği kadarıyla, “mümkün olan”ın da kadına yönelik şiddetle mücadele değil, özel alana sıkıştırılan konuların devletin yükümlülüğü bakımından tartışılabilmesi olduğunun altı çizilmelidir. Yoksa, Türkiye’de Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu’nun takip ettiği davalar ve bu davaların seyri, kadın cinayetlerinin kovuşturulmasında hukukun uygulanmasına ilişkin yukarıda işaret edilen eril tahakküm yanlılığının devam ettiğini göstermektedir.⁴³² Kadınların maruz kaldıkları şiddeti örgütlü bir şekilde kamusalştırmaları ve yargıya taşınan olayları takip ederek duyurmaları, kadınların öldürülmesinin eril tahakküm üzerinden meşrulaştırılmasını engellemede etkili olmuştur.⁴³³ Ancak, eril tahakkümün özel alanda kadın üzerindeki şiddeti, farklı derecelerde, çok yönlü ve kompleks bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden, kamusal alana taşınması gereken özel alan sorunlarının kadınların yaşam hakkına indirgenmemesi gerekir. Kadınların talebi sadece hayatta kalmak değil, özgür ve eşit bir şekilde yaşamaktır.

Eril tahakkümün özel alanda yarattığı şiddet, kadına tahakküm altında olduğunu öğretme amacını güder ve onu tahakküm ilişkisinden kaçamayarak özel alana mecbur kalacağı bir duruma getirir. İktidarı elinde bulunduran erkek, çoğu zaman sırf şiddet uygulayabildiği için şiddet uygular. Bununla kadına her şeyden evvel bir erkeğe bağlı olarak var olacağı, bağlı olduğu erkeğin isteklerine göre yaşaması gerektiği, değerli olmadığı ve bir özne olarak kendi hakkında karar alamayacağı

⁴³² Bakınız Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu, “Davalarımız”, <https://kadincinayetleriniurduracagiz.net/kategori/davalarimiz>, (Son Erişim Tarihi: 12 Nisan 2024).

⁴³³ Kadın hareketinin 1980 darbesi sonrasında ilk kitlesel kadın yürüyüşü olan “Kadınlar Dayağa Karşı Dayanışmaya” yürüyüşünden beri örgütlü bir kamuoyu baskısı oluşturduğunu söylemek mümkündür. Bu yürüyüşe yol açan, bir hâkimin dayak gördüğü için boşanmak isteyen bir kadının davasını “*Kadının sırtından sopayı, karnından sopayı eksik etmemeli*” gerekçesiyle reddetmesi olmuştur. Bakınız Eşitlik, Adalet, Kadın Platformu, “Dayağa Karşı Dayanışma’nın 35. Yılı”, 18 Mayıs 2022, <https://esitlikadaletkadin.org/dayaga-karsi-dayanismanin-35-yili/#:~:text=Aile%20içi%20şiddete%2C%20dayağın%20meşrulaştırılmasına,Karşı%20Dayanışmaya%20yürüyüşü%2035%20yaşında>, (Son Erişim Tarihi: 1 Nisan 2024).

gösterilir. Bu şiddet hiçbir zaman fiziksel şiddetle de sınırlı değildir. Psikolojik şiddet, cinsel şiddet ve ekonomik şiddet, kadını özel alanda tahakküm altında tutmanın yaygın dayanaklarıdır.

Cinsel şiddet, kamusallaştırılması belki de en zor olanıdır. Zira aile kavramı içerisinde cinselliğe ilişkin algı, mağdurun maruz kaldığı şiddeti bildirdiğinde bunun şiddet olarak değerlendirilmemesine, mağdurun şiddete uğradığına inanılmamasına ya da olay şiddet olarak görüldüğü ve mağdura inanıldığı halde üstünün kapatılmasına yol açar. Aile içerisinde bu türde şiddet, eşin eşe karşı cinsel saldırısı ya da çocukların aile büyüğü erkekler tarafından cinsel istismarı şeklinde ortaya çıkabilir. Eşe karşı cinsel saldırı, şiddet olarak kabul edilmesi bir yana çoğu zaman “olmaması gereken” bir davranış olarak dahi anlaşılmaz. Çocuğun cinsel istismarı ise tabudur, bu yüzden buna yönelik tepkiler şiddetin normalleştirilmesinden biraz daha farklıdır. Bunda ailenin dışarıya karşı ahlaki görünümünün korunması amacı ile utanç duygusu birleşir; aileler çocuğun başına gelenlere inanmamayı diler, içten içte inandıklarında ise istismarın üstünü kapamayı tercih ederler.

Evlilik birliği içerisinde cinsel saldırının şiddet olarak görülmemesinin ardında kadının evlenmekle her türlü cinsel davranışa genel bir rıza verdiği ve üstelik kadının erkeği tatmin etmekle yükümlü olduğu düşüncesi yatar. Ancak, bu düşünce salt sosyal kodlara dayanmaz, buna hukuk da destek vermektedir. Şöyle ki, Türk Ceza Kanunu’nun 102. maddesinin ilk fıkrası, “*cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi*”nin, diğer bir deyişle basit cinsel saldırı suçunu işleyen kişinin “*mağdurun şikâyeti üzerine*” cezalandırılacağını belirtir. Maddenin ikinci fıkrası ise, nitelikli cinsel saldırı suçunun, vücut dokunulmazlığını ihlâl eden cinsel davranışın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin, cezalandırılmasını düzenler. Ancak nitelikli cinsel saldırı suçu kural olarak şikâyetle bağlı değilken, bu fıkra suçun “*eşe karşı işlenmesi hâlinde*” soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyetle bağlı olduğunu açıkça belirtir. Bu durumda ortaya çıkan tablo, cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenmesi durumunda, suçun hem basit hem de nitelikli hali için mağdur eşin şikâyetinin aranacağına işaret eder.

Bununla birlikte, 102. maddenin gerekçesi, “*cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan fiillerin eşe karşı da*”⁴³⁴ işlenebileceğini açıklarken, suçun basit halini oluşturan fiillerin eşe karşı işlenemeyeceği görüşüne zemin hazırlamıştır. Aynı gerekçede, evlilik birliğinin “*eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü*” yüklediği, ancak “*evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların olduğu*” açıklamalarına yer verilmiştir.⁴³⁵ Bu gerekçelerle ima edilen, evlilik birliği içerisinde kadının cinsel özgürlüğünden kısmen feragat ettiği, ancak bunun sınırının cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olduğudur. Burada suçun nitelikli halinde cebir ve şiddete başvurulmasının bir unsur olarak düzenlenmiş olduğuna da dikkat etmek gerekir.⁴³⁶ Diğer bir deyişle, nitelikli hal için kişinin vücuduna organ veya sair bir cisim sokulmasına rıza göstermemesi yeterli değildir; ona karşı cebir ve şiddet uygulanması da gerekir. Bu yüzden maddenin gerekçesinde değinilen evlilik birliğinde erkeğin “cinsel arzularının tatminine yönelik talepler”inin “tıbbi ve hukuki sınır”ı, işte nitelikli haldeki bu cebir ve şiddettir. Buradan hareketle, Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2010 yılında verdiği bir kararda, “*cinsel saldırı suçunun basit halinin eşe karşı işlenmesinin ise suç olarak düzenlenmemesi*” sebebiyle “*olay tarihinde mağdure ile resmi evli olan sanığın eşinin rızası hilafına onu kendisine doğru çekerek sarılıp öpmesi şeklindeki eyleminin*” bir suç oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁴³⁷ Böylece, evlilik birliği içerisinde kadının bedeni, erkeğin cinsel arzularına yönelik cebir ve şiddete ulaşmayan her türlü cinsel davranış için bir araç olarak tanımlanmıştır.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinde de bakış açısı çok farklı değildir. Nitekim bu suçun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyetle bağlanması, fail erkeğe cezasızlık güvencesi verir. Zira bu tür bir şiddete uğramış kadının maruz kaldığı şiddetin bununla sınırlı olması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu yüzden, şiddet görmeye devam ederken şikâyet edebilmek ve eğer bu mümkün olduysa tüm baskı ve tehditlere rağmen şikâyetinden vazgeçmemek, çoğu zaman mümkün olmaz. *Opuz/Türkiye* davasına dönülürse, örneğin, Nahide’nin bazı şikâyetlerini geri çekmesi,

⁴³⁴ Bakınız Türk Ceza Kanunu-Madde Gerekçeleri, Madde 102. Kalınlaştırma vurgusu yazara aittir.

⁴³⁵ Ibid.

⁴³⁶ Bu suçun işlenmesinde cebir ve tehdide araç olarak başvurulduğu için failin cebir veya tehdit suçundan ayrıca cezalandırılmayacağını, failin ayrıca kasten yaralama suçundan da cezalandırılabilmesi için “*mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanması*” gerektiği açıklamaları için bakınız Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 341.

⁴³⁷ Yargıtay 14. C.D., E. 2012/4276, K. 2014/1689, Karar Tarihi: 16.09.2010., kararama.yargitay.gov.tr., (Son Erişim Tarihi: 10 Mart 2024).

bir tercih değil zorunluluktan kaynaklanmıştır. Ayrı bir tedbir alınmadıkça, failin şikâyet edilmesi, mağdurun maruz kaldığı şiddetin tırmanmasına sebep olur. Bu halde devlet tarafından savunulmayan kadınlar kendi savunma mekanizmalarını devreye sokarak şikâyetlerini geri çekerler ve böylece suların durulmasını sağlamaya çalışırlar.

Yargıtay Ceza Genel Kuruluna taşınan bir davaya konu olay, suçun şikâyetle bağlanmasının erkek failin kovuşturulmasını nasıl etkin bir şekilde engellediğini açıklar.⁴³⁸ Bu olayda kadının şikâyeti, resmi nikahlı olduğu eşinin kendisini anal ilişkiye zorladığına ilişkindir. Kadının rızasının olmadığına ve olayın seyrine ilişkin anlatısını destekleyen Adli Tıp raporu, mağdurun yüzünün farklı yerlerinde morluklar ve boynunda sıyrıklar bulunduğunu ve anüsündeki erozyonun ise “*vücudunda direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde darp ve cebir izine neden olduğu*”nu bildirmiştir.⁴³⁹ Ancak, mağdur eş şikâyetinden vazgeçince ilk derece mahkemesi sanık hakkında nitelikli cinsel saldırı suçundan açılan kamu davasının düşmesine, sanığın kasten yaralama suçundan mahkumiyetine karar vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise en nihayetinde, cebir ve şiddetin şikâyetle bağlı nitelikli cinsel saldırı suçunun unsuru olduğundan sanığa kasten yaralama suçundan ayrıca ceza verilemeyeceğine karar vermiştir. Diğer bir deyişle, suçun şikâyetle bağlı olması ve mağdurun şikâyetini çekmesi sayesinde, evlilik birliği içerisindeki bir şiddet olayı daha meşru kılınmıştır.

Öte yandan, çocuğun cinsel istismarı bakımından mevzuatın bu tür bir kolaylaştırıcılığı olmamasına rağmen hukukun uygulanma biçimi yine aile içerisindeki eril iktidarı korumaya yönelmektedir. Şöyle ki, Türk Ceza Kanunu’nun çocukların cinsel istismarını düzenleyen 103. maddesi, suçun “*üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından*” işlenmesi halinde cezanın arttırılacağını

⁴³⁸ Yargıtay CGK, E. 2019/16, K. 2021/281, Karar Tarihi: 15.6.2021, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).

⁴³⁹ Ibid. Kararda Adli Tıp raporundaki tespit, “*anal muayenede, anüsün normal anatomik yapıda olduğu, saat kadranına göre 12 rakamı hizasında anüsün 1,5 cm dış üst kısmında aşağı yukarı seyirli yüzeysel erozyon bulunduğu, anüste kanama, yırtık, ekimoz bulunmadığı; erişkin şahıslarda sürtme sürtünme veya uygun pozisyon verilerek ilaveten kayganlaştırıcı madde kullanımı durumlarında, fiili livata ile ilgili uyumlu maddi bulguların saptanamayacağına tıbben bilindiği, sonuç olarak mağdurenin vücudunda saptanan ekimoz, sıyrık ve anüsün 1,5 cm üzerinde yüzeysel erozyon arızalarının, vücudunda direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde darp ve cebir izine neden olduğu, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olmadığı, basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte olmadığı, ayrıca mağdurenin vücudunda akut fiili livata ile uyumlu maddi bulguların bulunmadığı*” şeklinde açıklanmıştır.

düzenlemiştir. Dolayısıyla, aile içerisinde çocukların cinsel istismarı, tabu olduğu kadar cezası ağır bir suçtur. Ancak, aile içerisinde gerçekleşen bazı eylemlerin suç olarak düzenlenmesi, eril iktidarı kınamak için yeterli değildir. Zira bu halde, yukarıda değinildiği üzere mağdurun inandırıcılığı, eril iktidardan daha fazla sorgulanır.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu yaklaşımla 2023 yılında verdiği bir kararda, mağdurun beyanına değer atfetmeyip sanık başta olmak üzere ailedeki diğer bireylerin beyanına ağırlık vererek yeğenini istismar eden dayının eylemlerinin sabit olmadığına karar vermiştir.⁴⁴⁰ Mağdur kız çocuğunun okulda öğretmenine anlatmasıyla ortaya çıkan olayda çocuk, dayısı tarafından farklı tarihlerde ve evde yalnızken istismara uğradığını anlatmış, mağdurun beyanları Adli Görüşme Değerlendirme raporunda ve duruşmada hazır bulunan sosyal hizmet uzmanının görüşünde tutarlı ve itibar edilebilir bulunmuştur. Uzman görüşleri, aile içi cinsel istismar vakalarında mağdurların sıcağı sıcağına olayı anlatamadığını ve anlatmak isteseler dahi ailelerinden çekindiklerini, *“istismarcıların aile üzerinde sahip oldukları otoritenin istismar olgusunun uzun zaman ortaya çıkmamasının önemli nedenleri arasında olduğu”*, bu yüzden bu tür istismar vakalarının *“mağdurların genellikle ilerleyen yaşlarda kendilerine olan güvenlerini kazandıktan sonra okuldaki öğretmenlerine anlatmaları”* ile açığa çıktığını da belirtmiştir.⁴⁴¹ Buna rağmen, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, *“4 yıl önce gerçekleştiği iddia edilen olayın üzerinden uzun bir süre geçtikten sonra adli mercilere intikal ettirilmesi, sanığın aşamalarda istikrarlı olarak suçu işlemediğini savunması”*nı dikkate almış ve tanık olarak dinlenen dede ve annenin böyle bir olayın yaşanmadığına ilişkin beyanlarına dayanarak sanığın üzerine atılı eylemleri işlediğinin kanıtlanamadığı sonucuna ulaşmıştır.⁴⁴²

Yargıtay’ın “şüpheden sanık yararlanır” ilkesine dahi başvurmadan uzman görüşlerini açıkça reddeden değerlendirmesi, özel alanın kamusallaştırılması çabasına yönelik bir tepki gibidir. Çoğu cinsel istismar vakasında olayın tek tanığı mağdurdur, aile içi cinsel istismar vakalarında da durum farklı değildir. Fail, çocuğun üzerinde hâkimiyet kurabileceği ortamı sağlayarak istismar eylemlerini gerçekleştirir, bunun

⁴⁴⁰ Yargıtay CGK, E. 2021/276, K. 2023/79, Karar Tarihi: 8.2.2.2023, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).

⁴⁴¹ Yargıtay CGK, E. 2021/276.

⁴⁴² Ibid.

ailenin duyup görebileceği şekilde ve rahatlıkta yapılması zaten hayatın olağan akışına aykırıdır. Diğer yandan, cinsel istismara uğrayan çocuk, kendini ne kadar kötü hissederse etsin ya da yapılanın yanlış olduğundan ne kadar emin olursa olsun, kendisini istismar eden kişi bir aile bireyi olduğunda başına gelenleri anlamlandırmakta ve sorunsallaştırmakta zorlanır. Ancak bunu başardığında da genellikle karşısında ailesini bulur ya da ailenin kadınları tarafından durumu idare etmeye teşvik edilir. Zira söz konusu ceza kanunu tarafından suç olarak düzenlenen bir davranış olsa dahi ailedeki erkek otoriteyi ahlaksızlıkla suçlamak ve ona meydan okumak, aileyi yıkmakla eş değerdir ve daha fazla şiddet riskini doğurur. Bu yüzden mağdurun şikayetinin üstü önce aile içerisinde sonra da aile dışarısında kapatılır. Böylece aile içerisinde tahakküm, cinsel şiddetle perçinlenerek mağdurun tüm hayatını olumsuz etkileyecek ve onun kamusal alana güçlü bir özne olarak katılmasını zora sokarak aile içi şiddet sarmalına mecbur bırakacak bir dereceye ulaşır. İşte Yargıtay'ın tutumu da bir yandan aile içi cinsel istismar vakalarının kamusal alana taşınmasındaki yargısal çekinceyi gösterirken bir yandan da aile içerisindeki eril tahakkümün şiddetlenerek varlığını korumasında devletin rolünü ortaya koymaktadır.

Özel alandaki tahakküm şiddetinin kamusal alana taşınmasındaki sorunlar, psikolojik şiddet ve ekonomik şiddette de kendini gösterir. Esasında bunlar da tıpkı fiziksel ve cinsel şiddet gibi, hukuken tanınmış şiddet biçimleridir. Türkiye'nin yakın zamanda çekildiği İstanbul Sözleşmesi'ndeki ilkeleri uygulama amacıyla hazırlanan 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, şiddeti oldukça kapsayıcı bir şekilde tanımlar. Buna göre şiddet, *“kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıya ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış”*ı ifade eder.⁴⁴³ Görüldüğü üzere, bu tanımda “özel alan”a özellikle yer verilmiş ve hangi bağlamda gerçekleşirse gerçekleşsin psikolojik ve ekonomik şiddetin kamusal bir sorun olarak ele alınacağı belirlenmiştir. Ancak, fiziksel ve cinsel şiddette dahi kendini gösteren aileyi ve ailedeki erkek iktidarını koruma motivasyonu, bu şiddet türleri için de geçerlidir. Üstelik psikolojik ve ekonomik şiddetle kamusal

⁴⁴³ 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, madde 3/1(m)

alandanda mücadele etmenin zorluğuna, mağdurların çoğu zaman şiddete uğradıklarını anlamamaları sorunu da eklenir.

Psikolojik ve ekonomik şiddet, sinsidir. Eril tahakkümün cinsiyete yüklediği roller, partnerler arası ilişkileri şiddeti meşrulaştıracak bir şekilde biçimlendirirken, bu rollerin baba-kız, karı-koca, abi-kız kardeş gibi ilişkiler üzerinden yoğunlaşması sayesinde aile içerisinde ekonomik ve psikolojik şiddet niteliğindeki davranışlar iyice normal karşılanır. Böylece kadınlar, cinsiyetlerine yüklenen rollere içkin şiddeti içselleştirerek sevgili, eş, anne, çocuk, kız kardeş olarak deneyimlediklerinin psikolojik ya da ekonomik şiddete tekabül ettiğini kavrayamaz. Şöyle ki, ekonomik şiddet, kadının çalışmasını engelleyerek onu ekonomik olarak ailedeki erkek otoriteye bağımlı kılmak, çalışan kadının maaşına el koyarak parasını dilediği gibi harcamasını engellemek, kadını devletten ya da ailesinden alabileceği gelir kalemlerinden alıkoymak, kadını istemediği işte ve şartlarda zorla çalıştırmak, kadının bütün malvarlığını sömürmek ya da harcamalarını en küçük birimine kadar kontrol ederek bütün mali hareketlerini kendi iznine bağlamak şeklinde kendini gösterebilir.⁴⁴⁴ Ayrıca, kadının ücretsiz ev içi emeğinin görmezden gelinmesi, ona hiçbir ekonomik değer atfedilmemesi ve kadınların sosyal güvenceden mahrum bırakılması da kadının özel alanda sömürülmesinin bir görünümüdür.

İster sabotaj ister sömürü isterse de kontrol şeklinde olsun, fail ekonomik şiddetle kadını baskı altında tutarak kendine tabi kılar. Bununla birlikte, cinsiyete atfedilen normlar, kadının erkek tarafından geçindirilmesi düşüncesini yerleştirdiği ve kadına çalışıyorsa da mümkünse ‘bağlı olduğu’ erkekten daha az maaş alarak erkeğin ekonomik otoritesini sarsmamasını dayattığı için çoğu kadın ekonomik olarak erkeğe bağlanmasının bir sorun olduğunu anlamaz. Zaten ekonomik şiddet genellikle kategorik olarak artar ve kadını günbegün ekonomik bağımsızlığından kopartırken onu ekonomik şiddete alıştıırır.

Ekonomik şiddetin doğal sonucu, kadının para kazanamadığı ya da dilediği gibi harcama yapamadığı için sosyal olarak izole edilmesi, psikolojik olarak içe kapanması ve sürekli kontrol altında olduğu için ekonomik her faaliyetinden huzursuzluk ve

⁴⁴⁴ Laura Johnson, Yafan Chen, Amanda Stylianou, Alexandra Arnold, “Examining the Impact Economic Abuse on Survivors of Intimate Partner Violence: A Scoping Review”, **BMC Public Health**, Vol. 22, 2022, <https://doi.org/10.1186/s12889-022-13297-4>, (Son Erişim Tarihi: 12 Nisan 2024), s. 2.

suçluluk duymasıdır. Diğer bir deyişle, ekonomik şiddet, sadece kadının ekonomik özgürlüğünü elinden almaz aynı zamanda onu sosyal ve psikolojik olarak da güçsüzleştirir. Bu yönüyle, psikolojik şiddetle de el ele yürür. Ancak psikolojik şiddet, aşağılama, korkutma, tehdit etme, suçlama, kontrol etme ve değersizleştirme gibi çok yönlü gerçekleşir. Genellikle psikolojik şiddet uygulayan fail, ekonomik, fiziksel ya da cinsel şiddete de başvurur ve bu şiddet türlerini mağduru psikolojik olarak yıpratmak için de kullanır.⁴⁴⁵ Ancak, psikolojik şiddet bunun dışında, yaygın olarak karşısındakini sürekli aptal ve beceriksiz hissettirme, ona yönelik çok büyük sevgi besleme gerekçesiyle kıskançlık krizleri geçirerek başkalarıyla sosyalleşmesini engellemek, ne yiyeceğine içeceğine kadar onun yerine karar vermek, karşısındakinin duygularını manipüle etmek ve kendi şiddetini onun davranışlarıyla meşrulaştırmak, kendine zarar vermekle korkutmak şeklinde kendini gösterir.⁴⁴⁶ Psikolojik şiddete maruz kaldığını fark etmenin diğer şiddet türlerine göre daha güç olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira bu şiddet türü, kadının benlik algısını bozar, kendisinden daimî olarak şüphe ettirir ve onu fikirlerini ileri sürmesini engelleyecek derecede güçsüzleştirir.

Diğer yandan, ekonomik ya da psikolojik şiddetin düzenli olarak tekrar eden ya da birbirini besleyen küçük davranışların birikiminden oluşması, bunların ev ya da ilişki içerisinde gerçekleşmesi sebebiyle tanığının da olmaması, ispat edilmesini zorlaştırır. Örselenmiş kadın sendromu gibi travma sonrası stres bozukluğu tanısı almadıkça bu şiddetin, bıraktığı izler ya da zararlar üzerinden ispatı da mümkün olmaz.⁴⁴⁷ Bu yüzden hukuk uygulamasının eğilimi, bu tür şiddeti tali olarak ele almak ve hukuki sorunun dayanağı ya da ana delili yapmamak yönündedir.⁴⁴⁸ Özellikle

⁴⁴⁵ Bakınız Manuel Martín-Fernández, Enrique Gracia, Marisol Lila, “Psychological Intimate Partner Violence Against Women in the European Union: A Cross-national Invariance Study”, **BMC Public Health**, Vol. 19, 2019, <https://doi.org/10.1186/s12889-019-7998-0>, (Son Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2024), ss. 8-11.

⁴⁴⁶ Ibid.

⁴⁴⁷ Türkçe’ye örselenmiş kadın sendromu olarak çevrilen “battered woman syndrome”, sürekli olarak şiddete maruz kalan kadınların bu deneyimlerini içselleştirmeleri sebebiyle yaşadıkları psikolojik problemlerin bütünü için kullanılır. Bu problemler, travma sonrası stres bozukluğu başta olmak üzere çok çeşitli olabilir. Bu kavramın ortaya çıkışını anlatan bir çalışma için bakınız Bess Rothenberg, “We Don’t Have Time for Social Change’: Cultural Compromise and the Battered Woman Syndrome”, **Gender and Society**, Vol. 17(5), ss. 771-787.

⁴⁴⁸ Örselenmiş kadın sendromunun özellikle ceza hukuku kapsamında hukuka uygunluk sebepleri bakımından göz önünde bulundurulması gerekliliğini ortaya koyan bir çalışma için bakınız Aileen McColgan, “In Defence of Battered Women Who Kill”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 13(4), 1993, ss. 508-529., Buket Öz Tüydüş, “Örselenmiş Kadın Sendromunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Hazal Tolu Yılmaz, Doğan Kara, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 5**, İstanbul: On İki Levha, 2024, ss. 117-166.

boşanma davalarında erkeğe atfedilen kusurlar arasında psikolojik ve ekonomik şiddet sayıldığında bunların başka bazı davranışlarla desteklendiği, tek başına belirleyici bir kusur olarak ileri sürülmediği görülür.⁴⁴⁹

Neticede kadınların kamusal alana katılımı ne kadar ‘serbest’ bırakılırsa bırakılsın, özel alanda eril tahakkümün şiddeti önlenmedikçe kadınların önce özel alanda sonra da kamusal alanda özne olarak var olması mümkün olmayacaktır. Özel alandaki fiziksel, cinsel, psikolojik ya da ekonomik; her türlü şiddet, devletin önleme ve yaptırım uygulama yükümlülüğü kapsamında bir sorun olarak ele alınmalıdır. Ancak, hukukun her alanında olduğu gibi, bu şiddet türlerinin kâğıt üzerinde tanınmasının yeterli olmadığına anlaşılmaması gerekir. Feminist teori, özel alanın kamusallaştırılması meselesine bu açıdan yaklaşarak özel alandaki tahakküm biçimlerinin fark edilebilmesi ve hukuk uygulayıcıları tarafından bir hukuki sorun olarak ele alınabilmesi için bilinç yükseltmeye katkı sağlar.

B. Eşitlik Eleştirisi

Feminist hukuk teorisi, toplumdaki yapısal eşitsizliklerin devlet ve hukuk eliyle meşrulaştırılmasını eleştirirken eşitlik kavramına sorgusuz sualsiz yaslanmaz. Feminist teorinin eşitliği de eleştirmesi, ilk bakışta anlaşılabilir gelebilir. Teorinin hareket noktası eşitsizlik ise eşitlik neden ve nasıl bir sorun olabilir? Gerçekten de kavram olarak eşitlik, hukuki terim olarak da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, feminist teorinin tespit ettiği sorunların giderilmesi için önemli ve işlevsel araçlar gibi gözüktür. Bu yüzden diğer her şeyin yanında bunlara da savaş açılması, feminist teorinin kendi amaçlarını baltalaması izlenimini verebilir. Ancak, Sara Ahmed’in benzetmelerinden ilhamla, eşitliğe ilişkin hukuk kuralları bir “*alet çantası*” olarak kullanılacaksa, çantadaki aletlerin “*feminist aletler*” olduğundan da emin olunmalıdır.⁴⁵⁰ Başka bir ifadeyle, başvuru araçları, amaçların gerçekleşmesi için elverişli değilse bu araçların da dönüşüme ve geliştirilmeye ihtiyaç olduğunun en

⁴⁴⁹ Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından yapılan bir araştırma, 2013 yılı içinde görülen boşanma davalarının sadece yüzde 3’ünün terk, zina, fiili ayrılık, hayata kast, kötü ve onur kırıcı davranış gibi özel sebeplere dayandığını göstermektedir. Bu araştırmaya katılan avukatlar, özel sebepleri delillendirmenin zorluğu karşısında genel sebeplerden dava açtıklarını belirtmişlerdir. Bakınız Türkiye Cumhuriyeti Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, “Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması”, 2014, <https://www.aile.gov.tr/uploads/athgm/uploads/pages/arastirmalar/tbna2014-kitap.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2024), s. 178.

⁴⁵⁰ Ahmed, **Feminist Bir Yaşam Sürmek**, s. 326.

baştan tespit edilmesi gerekir. İşte feminist teorisinin eşitliğe eleştirisi, buna ilişkin kabulleri ve tanımları da gözden geçirerek eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağını etkin birer feminist alet haline getirmek içindir.

Diğer yandan, çalışmanın bu kısmında açıklanacak eşitlik eleştirisinin bir anlamda feminizmin feminizme yönelttiği bir eleştiri olduğu da belirtilmelidir. Nitekim, çalışmanın henüz başlangıcında işaret edildiği üzere, feminizmlerin hepsi bir yönüyle eril tahakkümü mesele edinse de tahakkümü doğuran koşullar tamamında aynı şekilde tanımlanmaz ya da en azından her biri meselenin çözümüne farklı perspektiflerden yaklaşır. Nitekim bazıları için, çalışmanın devamında eleştirilecek olan “kadın-erkek eşitliği” ya da “haklarda eşitlik” bir sorun olmayabilir. Ancak, çalışmada bunlar başlı başına bir sorun olarak ele alınacak ve kesişimsel feminizmin eleştirilerinden de yararlanılarak geleneksel eşitlik anlayışının daha kapsayıcı bir bakış açısıyla dönüştürülmesi önerilecektir. Zira hukuku daha demokratik ve eşitlikçi kılmayı hedefleyen bir teori için eşitlik ilkesinin dışlayıcılığını ortaya çıkarmak ve eleştirmek, bir zorunluluktur.

Çalışmanın bu kısmında sırasıyla cinsiyet bakımından eşitsizlik sorununun kadın ve erkek ikiliği üzerinden belirlenmesi eleştirilecek ve ardından hukukun bir çare olarak sunduğu “haklarda eşitlik” anlayışının sınırlılığı açıklanacaktır. Kadın-erkek eşitliğinin eleştirisi, kadın ve erkek ikiliğine indirgenmiş eşitlik taleplerinin tahakküm ilişkisini gizliden gizliye korumaya devam ettiğine yöneliktir. Haklarda eşitliğin eleştirisi ise eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının dar yorumunun hukukun eşitsizliğe müdahale etmesini engellediğine dairdir. Feminist hukuk teorisi için bu iki yönüyle gözden geçirilmeyen ve değiştirilmeyen eşitlik kavramı, eşitsizliği ortadan kaldırmaya elverişli değildir. Bununla birlikte, feminist teorinin açığa çıkarmaya çalıştığı daha vahim durum, eşitliğin mevcut haliyle eşitsizliğin devamı için bir haklı gerekçe olarak kullanılmasıdır.

1. Kadın-Erkek Eşitliğinin Eleştirisi

Cinsiyetçilik, çoğunlukla erkeklerin kadınları maruz bıraktığı bir sorun olarak ortaya çıktığı için hukukun cinsiyetçiliği önlemek için aldığı genel tedbir, kadın ve erkeğin eşitliğini tanıdığını bildirmek ve hatırlatmak şeklinde olmuştur. Anayasa’nın

10. maddesinin ikinci fıkrasının bu anlamda, bir kuraldan ziyade mesaj içerdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Zira maddenin ikinci fıkrasına 2004 yılında Anayasa değişikliği ile eklenen “*kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir*” cümlesi, birinci fıkrasındaki “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*” kuralına içkindir ve esasında yeni bir şey söylemez. Nitekim “herkes”, diğer tüm sebeplerin yanında, cinsiyet sebebiyle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşitse, “kadın” ve “erkek” de hâliyle eşittir. Ancak, yukarıda insan hakları teorisine yöneltlen eleştirilerde işaret edildiği üzere, “herkes”ten erkekler anlaşıldığında eşitliğe ilişkin bu cümlenin kadınların eşitliği için bir dayanak olması mümkün olmamış ve yükselen eşitlik talepleri doğrultusunda Anayasa’ya kadın ve erkeğin eşitliği bakımından kimsenin yorum yoluyla kaçamayacağı bir eşitlik kuralı eklenmiştir. Uluslararası hukukun da benzer bir yaklaşım benimsediği görülür. Örneğin, kadınların eşitliği için temel belgeler olan CEDAW ve İstanbul Sözleşmesi, kadın ile erkeğin eşitliğini hedef almış ve kadına yönelik ayrımcılık ve şiddeti bu ekseninde sorunsallaştırmıştır.

Eril tahakkümün kadınlar üzerinde erkek iktidarı kurduğu açıktır, bu yüzden ulusal hukuktan uluslararası hukuka bir bütün olarak hukukun önerdiği çözümün kadın-erkek eşitliği olması, ilk bakışta anlamlıdır. Ancak, eril tahakkümün tahakkümü sürdürmek için kadın ve erkek kategorilerini kullandığı ve bu kategorilerin korunmasının eril tahakküme yaradığı da aynı derecede açıktır. “Kadın-erkek eşitliği”nin tahakküme nasıl yaradığını tespit etmek için kadın sorusuna dönmek gerekir. Eşitliğin bu dikotomiyle belirlenmesi, hangi varsayımlara dayanır ve kimleri dışlar? Kadın ve erkeğin eşitliği denildiğinde zihinlerde beliren kadının ve erkeğin özellikleri nelerdir? Örneğin bu kadın ve erkek, heteroseksüel midir, homoseksüel midir? Translar bu kategorilere dahil midir? Translar ve homoseksüeller bu kategorilerin dışındaysa, onların maruz kaldığı ayrımcılık ve şiddet cinsiyetçilik sorunu değil midir? Eğer eşitliğin bu formülü, natrans, heteroseksüel bir kadının yine natrans, heteroseksüel bir erkek tarafından uğradığı ayrımcılık ve şiddeti konu ediniyorsa konu bakımından bu sınırlama ve karşılıklılık neyi ima eder? Kadının eşitsizliği sorunu, mevzuata göre aile kurması meşru olan kadın ve erkeğin karşılaşmasından doğan şiddet ve ayrımcılık çerçevesinde mi ele alınır?

Bu soruları çoğaltmak mümkündür. Ancak, soruların bizatihi işaret ettiği sorun, kadın-erkek eşitliğinin bir kadın ve bir erkek tanımından hareket ettiği ve cinsiyetçilik sorununun bu kategorilerle sınırlı ele alındığıdır. Elbette, cinsiyetçiliği belirli kategorilerle sınırlamasına rağmen, kadın-erkek eşitliğine ilişkin kurallar cinsiyetçiliğin önlenmesi bakımından önemlidir. Özellikle evlilik bağlamında ortaya çıkan özel alan şiddeti, (heteroseksüel) kadınların (heteroseksüel) erkeklerle eşit olmamasından kaynaklandığı için kadın-erkek eşitliğine dair tedbirler, yaygın görülen bu şiddetin ve ayrımcılığın azaltılmasına yarayacaktır. Bununla birlikte, bu yaklaşım, eril tahakküme dokunmadığı gibi tahakkümü meşrulaştıran bir ‘çözüm’ üretir ve bununla yapabileceği, en fazla, kendi seçtiği ve tanımladığı cinsiyetleri birbirine yaklaştırmak olur. Ne var ki, bu yaklaştırma, kendi sınırladığı cinsiyet kategorileri için dahi eşitliğe varamaz. İşte bu yüzden feminist hukuk teorisi açısından, kadın-erkek eşitliği kendi başına bir eşitsizlik problemi olarak ortaya çıkar.

a) Cinsiyet Kategorilerinden Doğan Eşitsizlik

Kadın-erkek eşitliğinin temel sorunu, eşitsizliğin kaynağının eril tahakküm olduğunu görmemesi ya da eril tahakkümün nasıl işlediğini anlamamasıdır. Eril tahakküm, sadece natrans heteroseksüel kadın üzerinde hâkimiyet kurmaz ya da erkek iktidarını sadece natrans heteroseksüel erkeğe vermez. Tahakküm, şiddetini cinsiyet kategorileri oluşturmakla başlatır, bu kategorilere belirli roller yükleyerek devam ettirir ve kategoriler arası farklılığı cinsiyet normlarıyla sürdürerek şiddetini güçlendirir. Bu yüzden, kadın ve erkek kategorilerinin kendileri birer şiddet aracıdır. Toplumsal normlar yaygın olarak, henüz anne karnında bebeğin vajina ya da penise sahip olacağı bilgisi üzerinden bir cinsiyet belirler. Doğumla bu cinsiyet bir kesinlik, hukukilik kazanır. Ancak, çocuk aslında cinsiyetini organlarından değil, organları üzerinden belirlenmiş tanımlardan alır. Diğer bir deyişle, yapısal farklılıklara rağmen, cinsiyet kendiliğinden var olmaz, onu insanlar üretir. Yoksa, vajinaya ve penise sahip olan insanların cinsiyete göre ayrılımsızın, tıpkı sarı saçlı ve kahverengi saçlı ayrımı gibi, sadece vajinalı ya da penisli olarak ayrılması da mümkün olabilirdi. Ancak tarihsel olarak bu bedensel farklılığa bir anlam yüklenmiş ve bu farklılığa bağlı oluşturulan cinsiyetler belirli normlarla şekillendirilmiştir.

De Beauvoir'ın meşhur “*kişi kadın doğmaz, kadın olur*”⁴⁵¹ sözü ile Butler'ın performatif cinsiyet kuramı⁴⁵², tam da bunu ifade eder. Buna göre, toplumsal hayatta gördüğümüz kadın ve erkek farklılıkları, öğrenilmiş farklılıklardır. Bedensel özelliklere göre belirlenen cinsiyetler, atandığı kişilere birer rol verir. Bu rolü ilk andan itibaren, hatta belki de doğumdan önce öğrenmeye başlarız. Örneğin, henüz anne karnındayken kız çocuğun anneyi çirkinleştireceği, ancak oğlan çocuğunun anneyi güzelleştireceği söylenir. Çünkü kadın cinsiyetinin anne rahminden başlayarak güzellik yarışına girmesi beklenir, erkek cinsiyetinin ise bir üstünlük sembolü olarak kendiliğinden güzellik getireceği ve kadının da güzelliğini erkeğin güzelliğine borçlu olacağı kabul edilir. Doğumdan sonra bebeğin her davranışına bu şekilde bir anlam yüklenir ve hız kesmeden bebeğe rolleri öğretilir. Örneğin bir kız çocuğu ile erkek çocuğunun mimikleri seçilerek değerlendirilir; kız çocuğu gülümsedikçe ‘civeli’ görülür, erkek çocuğunun gülümsemesi, sadece gülümseme kalır. Erkek çocuğun siniri, ‘erkek’ siniri görülür, ancak ağladığında ona erkek olduğu ve erkeklerin ağlamadığı hatırlatılır. Kız çocuğu sinirlendiğinde ona “sakin” olması söylenir ve onun ağlaması nispeten doğal karşılanır. Bunlara çocuklarla oynanan oyunlar, onlara verilen oyuncaklar ve giydirilen kıyafetler eklenir ve böylece gitgide çocuklara bir cinsiyetin rolleri öğretilir. Bu, çocuk için dil öğrenme gibidir. Nasıl çocuk ilk başta konuştuğu dilin hangi dil olduğunu fark etmeksizin kendini o dille ifade etmeye ve sosyalleşmeye başlıyorsa, ona öğretilen cinsiyet rolünün de hangi cinsiyete ait olduğunu çok da bilmeden kendi seyrinde bu rolü oynamaya ve bunun üzerinden sosyalleşmeye başlar. Bu yüzden, Butler, cinsiyeti bir performans olarak görür. Sürekli tekrarlanan davranışlar ve sözler ile öğrenilen ve içselleştirilen cinsiyet rolleri, bir yandan davranış ve düşünme biçimlerimizi şekillendirirken diğer yandan da kişilerden onlara atfedilen cinsiyetlerine nasıl davranacağına ilişkin beklentilerimizi belirler.⁴⁵³ Yaygın olarak, “toplumsal cinsiyet” olarak adlandırılan bu cinsiyet inşa süreci, bedensel özelliklerimizden bağımsız olarak gelişir. Diğer bir deyişle, toplumsal cinsiyet, kendiliğinden var olan, değişmez ya da kesin değildir.

İlk bakışta, açıklayıcı olan bu yaklaşımın biyolojik cinsiyete dair belirlemeleri etkilemediği sanılabilir. Toplumsal cinsiyet, sosyal; cinsiyet ise biyolojik olarak

⁴⁵¹ Simone de Beauvoir, **İkinci Cinsiyet: Yaşanmış Deneyim**, Çev. Gülnur Acar Savran, İstanbul: Koç Üniversitesi, 2023, s. 13.

⁴⁵² Butler, **Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi**, ss. 222-231.

⁴⁵³ Ibid s. 230.

görülebilmek ve bu ikisinin aynı anda var olabileceği zira kişiyi farklı yönlerden tanımladığı düşünülebilir. Böyle yaklaşıldığında, kişilerin biyolojik cinsiyete göre sınıflandırılması bir sorun olarak görülmeyecek ve eşitsizliğin giderilmesi için toplumsal cinsiyetin üzerinde çalışılması yeterli görülecektir. Ancak, bu ikisini birbirinden kesin bir şekilde ayırmak mümkün değildir. Zira Wittig'in işaret ettiği üzere, biyolojik özellikler üzerinden belirlenen cinsiyet kategorisi de sosyal ve siyasidir.⁴⁵⁴ Hangi biyolojik özelliklerin bir cinsiyet kategorisi yaratacağını tahakküm belirlemiştir. Tahakküm ilişkisi ile biyolojik cinsiyet arasındaki ilişkiyi Wittig çok çarpıcı bir şekilde ortaya koyar: Cinsiyeti yaratan tahakkümdür, tahakkümün sebebi cinsiyet değildir.⁴⁵⁵ Diğer bir deyişle, kadın ve erkek cinsiyetleri toplumdan önce, tahakkümden ayrı bir gerçek değildir. Bu anlamda cinsiyet, biyolojik özelliklere göre belirlenen bir aksiyomdur.

Cinsiyetin aksiyom olduğuna yönelik değerlendirme, cinsiyet, yüzyıllardır kabul edilen, içine doğduğumuz ve hukuk sisteminin bütününün dayandığı bir kavram olduğu için yadırganabilir. Üstelik bu önermede eleştiriden fazlası vardır. Gerçekten de cinsiyet, kendisinden sonraki tüm önermelerin dayanağı olan bir kabulden ibaretse, bu kabulün yanlışlanması cinsiyete bağlı diğer önermelerin tamamını dayanaksız bırakacaktır. Başka bir ifadeyle, toplumsal kuralları ve hukuku şekillendiren cinsiyet sisteminin çökmesi, cinsiyet ile gerekçelendirilen kuralların tamamının geçerliliğini yitirmesi demektir. Bu, evlilik, askerlik gibi yukarıda örneklenen pek çok konudaki kuralın meşruiyetini kaybetmesi anlamına gelir. Ancak, cinsiyet bir tahakküm üretme aracı ve kendi başına bir şiddetse, tüm bunların gözden geçirilmesi ve yeniden düzenlenmesi, bütün yapıyı en baştan düzenlemenin zorluğu ve korkutuculuğu pahasına, gereklidir.

Çalışmanın ikinci kısmında cinsiyet kimliği kavramı ile Anayasa Mahkemesi kararları üzerinden biyolojik cinsiyet sistemine dair detaylı bir açıklama ve değerlendirme yapılacağı için burada biyolojik cinsiyet sisteminin detayına daha fazla girilmeyecektir. Ancak, AİHM tarafından 2023 yılında karara bağlanan *Semenya/İsviçre* kararı, cinsiyetin şimdiden sarsılmaya başlayan bir aksiyom olduğunu gösteren iyi bir örnek olarak ele alınabilir.⁴⁵⁶ Güney Afrikalı bir atlet olan Semanya,

⁴⁵⁴ Monique Wittig, "The Category of Sex", *Feminist Issues*, Vol. 2., 1982, s. 64.

⁴⁵⁵ Ibid.

⁴⁵⁶ AİHM, *Semenya/İsviçre*, Başvuru No: 10934/21, Karar Tarihi: 11.7.2023.

2009 yılında gerçekleştirilen Dünya Atletizm Şampiyonasını altın madalya ile tamamladıktan sonra Dünya Atletizm Birliği (IAAF) tarafından "biyolojik olarak erkek" olup olmadığının belirlenmesi için cinsiyet testine tabi tutulmuştur. Bu teste göre testosteron seviyesi yüksek çıkan Semenya, IAAF tarafından gelecekteki uluslararası atletizm yarışmalarında kadın dalında yarışabilmesi için testosteron seviyesini belirli bir eşiğin altına düşürmesi gerektiği konusunda uyarılmış ve bu sebeple hormon tedavisine başlamıştır. 2015 yılında Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi (CAS), başka bir hukuki uyuşmazlık kapsamında IAAF'nin Semenya gibi hiperandrojenik, yani erkeklik hormonlarının fazla ve artışta olduğu atletlerin, diğer kadın atletlere kıyasla önemli bir performans avantajına sahip olduğunu gösteremediği gerekçesiyle o dönemde yürürlükte olan ilgili IAAF düzenlemelerini geçici olarak askıya alınca Semenya hormon tedavisine ara vermiştir. Zira hem testosteron baskılayıcı hormon tedavisi sırasında hem de sonrasında, tedavi öncesi başarılarını aynı şekilde devam ettirebilmesine rağmen, hormon kullanımının olumsuz yan etkilerine yoğun bir şekilde maruz kalmıştır.

2018 yılında IAAF'nin "*cinsiyet gelişim farklılığı olan sporcular*" için kabul ettiği yeni yönetmelik, Semenya'nın tekrar hormon kullanmasını gerektirmişse de Semenya bu zorunluluğa uymayı tedavinin olumsuz sonuçları sebebiyle reddetmiştir. Konu, CAS'a taşındığı sırada IAAF ilgili düzenlemelerde tekrar bir değişikliğe giderek cinsiyet gelişim farklılığı olan sporculara yönelik kuralların sadece 46 XY kromozomlu sporculara uygulanacağını belirlemiştir. Böylece, XX kromozomlu olup testosteron seviyesi yüksek olan sporcular hormon tedavisi gibi zorunlulukları içeren yönetmeliğin kapsamından çıkarılmıştır. Ancak, Semenya XY kromozomuna ve yönetmeliğin öngördüğü testosteron sınırının 5 nmol/L üstünde testosteron seviyesine sahip olduğu için yönetmelik kapsamında kalmıştır. Semenya'nın bu kuralların ayrımcılık içerdiğine yönelik iddiaları CAS ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından haklı bulunmamış, AİHM tarafından ise ciddiye alınmakla birlikte esastan değerlendirilmemiştir. Nitekim bu kararda AİHM, Semenya'nın Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı ile 13. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının, 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağıyla birlikte ihlal edildiğine karar verirken, başvurucunun ayrımcılığa ilişkin iddialarının derinlemesine incelenmemesine ve bu iddialara yeterli yanıt verilmemesine dayanmıştır. Diğer bir deyişle, IAAF düzenlemeleri ile CAS ve Federal Mahkeme

kararlarının Semenya'nın özel hayata saygı hakkını ihlal edilip edilmediği sorununa ayrıca bakılmamıştır.

Davanın konusu, Semenya'nın ayrımcılık iddialarının ırk ve cinsiyet temelinde olmak üzere çok yönlü olması, kesin olarak kanıtlanmamış çok fazla tıbbi bilgi ve iddiayı içermesi sebebiyle karmaşıktır.⁴⁵⁷ Öte yandan, AİHM'in verdiği karar da usuli güvencelerle sınırlı ihlal tespiti yaptığı için eleştiriye açıktır. Bununla birlikte, diğer her şey bir yana, karara konu olay, kadın ve erkek kategorileri bakımından çok çarpıcı bir gerçeği ortaya çıkarmıştır: Kadın kategorisi, kategorinin nasıl tanımlandığına ve erkek kategorisinden nasıl dışlandığına bağlı olarak değişir ve biyolojik olarak bir gerçekliğe dayanmaz. Her ne kadar spor müsabakalarıyla sınırlı olsa da IAAF'nin yapmaya çalıştığı, bir kadın kategorisi belirlemek olmuştur. IAFF'ye göre buradaki amaç, haksız rekabeti önlemektir çünkü kadınların arasında erkeklik özellikleri ağır basan bir kadının yarışması, bu erkeklik özellikleri ona avantaj sağlayacağı için yarışı adil olmaktan çıkaracaktır. Ancak, ilginç olan şudur ki, erkek kategorisi için benzer bir çaba yoktur. Bunun arkasındaki düşünce, kadınlık özelliği taşıdığı halde erkekler kategorisinde yarışmak isteyen kişinin rekabet dengesizliği yaratmayacak olmasıdır. Zira güç erkekliğe, zayıflık kadınlığa tanımlanmıştır. Bu halde kategorideki diğer erkeklerden daha zayıf olan kişinin bir adaletsizlik yaratması mümkün değildir. Ancak, kadın kategorisi için erkeklik özellikleri bir tehlikedir. Dikkat edilirse, kategoriler kişilerin boy, kilo, yaş, genel hormon ve benzeri özellikleri üzerinden fiziki güç dengeliği üzerinden de belirlenmemektedir. Diğer bir deyişle, avantaj açısından ciddi biyolojik farklılıklara sahip olan iki kadının ya da iki erkeğin birbiriyle yarışması, bu biyolojik farklılıklar cinsiyete atfedilmediği sürece bir sorun olarak görülmemektedir.

Bununla birlikte, bu ön yargılar ve kategoriler de IAFF için bir çözüm yaratamamış, belli ki bu kategorilerin nasıl belirlenmesi gerektiği üzerinde çalışılması gereken bir konu olarak kalmıştır. Bir kere, vajina ya da penisin kadın-erkek kategorileri için yeterli görülmediği anlaşılmaktadır. Bunun üstüne bazı biyolojik özellikler eklenerek kadın ve erkek kategorilerinin keskin bir şekilde ayrılması öngörülmüştür. Başta, bu ayrımı belirleyen hormon farklılığı olmuş, daha sonra

⁴⁵⁷ Serhat Özkan, "Haksız Rekabet Mi, İnterfobi mi? Spor Tahkim Mahkemesi'nin Caster Semenya Kararına İlişkin Bir İnceleme", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 2, 2021, s. 250.

hormon farklılığına kromozom farklılığı da eklenmiştir. Ancak, absürt olan, bu farklılıkların tekrar tekrar belirlenmesi ve her yeni düzenleme ile kadın kategorisinden dışlananların güncellenmesidir. Semenya, kendini kadın olarak tanımlamaktadır, hukuk da onu kadın olarak kaydetmiştir; ancak interseks özelliklere sahip olduğu için *“hukuken kadın, biyolojik olarak erkek”* olduğuna yönelik tartışmalar bitmemiştir.⁴⁵⁸ Öyleyse, bir kadın ne zaman biyolojik olarak kadın sayılacaktır? Kromozomu, vajinası, rahmi, östrojen hormonunun seviyesi haricinde neler gerekir? Örneğin memesinin büyüklüğü bir ölçüt olabilir mi? Vücut kıllarına da bakılacak mıdır?

Semenya’nın maruz bırakıldığı katı cinsiyetçilik, ironik bir şekilde cinsiyetin ne kadar belirsiz bir şey olduğunu göstermiştir. Kadını kadın, erkeği erkek yaptığı varsayılan biyolojik özellikler, cinsiyet rollerinden ayrık ve kendiliğinden var olan doğal ayrımlar olarak düşünülse de insanın taşıdığı çok çeşitli özelliklerden *seçilmiş* olanlarıdır. Eril tahakküm bir yandan bazı biyolojik özelliklere zayıflık, güçlülük gibi anlamlar yüklerken diğer yandan bu anlamlara bağlı olarak biyolojik özellikleri cinsiyetlendirmektedir. Halbuki bunların gerçek bir karşılığı yoktur. Örneğin, Semenya bakımından, testosteron oranının yüksekliğinin otomatik olarak bir avantaj sağlayacağına ilişkin kesin bir bilgi yoktur. Bu bir varsayımdır. Güçlü bir varsayımdır çünkü testosteron bir kere erkeklikle bağdaştırılınca onun çok da etkili olmadığını kabul etmek, erkeğin kadından kategorik olarak güçlü olduğu söyleminden vazgeçmek anlamına gelir. Dolayısıyla, testosteronla bağlanan sonuç, ondan değil ona yüklenen anlamdan doğar. Ancak, daha önemlisi, bugün cinsiyet tayini için testosteronla yüklenen bu anlamın, yarın testise, bir başka zaman bıyığa, bıyığın rengine yüklenebilecek olmasıdır. Diğer bir deyişle, biyolojik cinsiyet de tanımıyla birlikte değişkendir.

İşte sabitlik kisvesi altına saklanan bu değişkenle eril tahakküm, şiddetini uygular. Kişinin kendi var oluşunu, bedenini, kişiliğini nasıl anlamlandırdığı ya da toplum içerisinde nasıl sosyalleştiğinin bir değeri yoktur. Yukarıda verilen örnekte Semenya’nın maruz kaldığı şiddet, sadece testosteron hormon kullanımı yüzünden çektiği karın ağrıları, genital organ sancıları, aşırı terlemesi, kilo alması, psikolojisinin hem hormonlar hem de maruz kaldığı süreç sebebiyle bozulması ya da profesyonel

⁴⁵⁸ Serhat Özkan, “Haksız Rekabet Mi, İnterfobi mi? Spor Tahkim Mahkemesi’nin Caster Semenya Kararına İlişkin Bir İnceleme, s. 239.

sporculuğunun tehlikeye düşürülmesi değildir.⁴⁵⁹ Bunlardan daha ağır olarak uğradığı şiddet, benliğine yöneliktir. Tüm bu süreçle Semenya'ya yeterince kadın olmadığı söylenmiş, bir yandan erkeklerle, diğer yandan kadınlarla karşılaştırılarak cinsiyeti bir problem haline getirilmiştir. Bu halde, Semenya'nın deneyimi, kadın-erkek eşitliği üzerinden anlamlandırılabilir mi? Keza, Semenya'nın yaşadıklarının bir cinsiyetçilik sorunu olmadığı, kadınlıkla ve erkeklikle ilgisi olmadığı söylenebilir mi? Semenya'nın ve genel olarak intersekslerin belirli bir kategoriye dahil sayılabilmek için kategorinin şartlarını taşımaya zorlanarak çeşitliliklerinin ortadan kaldırılması tek başına cinsiyetçi bir şiddettir.

Biyolojik cinsiyete göre belirlenen bu kategorilerin şiddetine, en çok transların maruz kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Trans kelimesi, çalışma boyunca çok fazla adlandırmayla karmaşa yaratmamak için bir şemsiye terim olarak kullanılmaktadır.⁴⁶⁰ Ancak, bu tercih, şemsiye terimle tanımlanmak istemeyen kişilerin trans olarak anılmasının da bir ayrımcılık biçimi olabileceği için, bir dayatma olarak anlaşılmamalıdır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komiserinin de benimsediği şemsiye terim kullanımına göre trans ifadesi, transseksüelleri⁴⁶¹, travestileri⁴⁶², kendisini üçüncü bir cinsiyet olarak ya da kadın/erkek ikili dışında tanımlayanları, görünüşleri ve özellikleri ile atipik cinsiyet olarak algılanan, cinsiyet çeşitliliği gösteren, doğumda kendisine atanan cinsiyetten farklı bir cinsiyet kimliği olan herkesi kapsar.⁴⁶³ Transların tercihleri ve ihtiyaçları değişiklik gösterebilir; bazıları cinsiyet kimlikleriyle uyumlu kategoride görünmek için hormon kullanabilir,

⁴⁵⁹ Serhat Özkan, “Haksız Rekabet Mi, İnterfobi mi? Spor Tahkim Mahkemesi’nin Caster Semenya Kararına İlişkin Bir İnceleme”, s. 239.

⁴⁶⁰ United Nations High Commissioner for Human Rights, “Born Free and Equal: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law”, 2012, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2024), s. 5.

⁴⁶¹ Ibid. Transseksüel, “*hormon terapisi, beden uyum operasyonu, mastektomi gibi tıbbi müdahalelere başvuran ya da buna niyetli kişileri*” ifade eder. Kaos GL Derneği, Haz. Deniz Gedizlioğlu, **LGBTİ+ Hakları Alanında Çeviri Sözlüğü**, Ankara: Kaos GL Derneği, 2020, <https://kaosglidernegi.org/images/library/cevirisozlugu2020.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 12 Nisan 2024), s. 54.

⁴⁶² Travesti, “*doğumda kendisine atanmış cinsiyeti reddetmeden, daha çok dış görünüş ve davranışlar yoluyla, ikili cinsiyet rejimi içinde karşıt konuma işaret eden göstergelerle kendisini ifade eden kişi*” olarak tanımlanmaktadır. Kaos GL Derneği, Haz. Deniz Gedizlioğlu, **LGBTİ+ Hakları Alanında Çeviri Sözlüğü**, s. 55.

⁴⁶³ United Nations High Commissioner for Human Rights, “Born Free and Equal: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law”, s. 5. Ayrıca bakınız İ. Tuana Öztunçel, “İkili Cinsiyet Sistemi, Transların ve/veya Nonbinary’lerin Tanınması ve Cinsiyetlendirilmiş Hukuki Özneliğin Sınırlılığı Karşısında Cinsiyetsiz Bir Hukukun Olasılığı”, **Hukuk Kuramı**, Vol. 9(1), 2024, s. 3-4.

ameliyat olmak isteyebilir veyahut vücudunda hiçbir değişiklik aramayabilir. Benzer şekilde, transların cinsel yönelimleri ve biyolojik cinsiyete göre belirlenen özellikleri de çeşitlidir. Tüm bu farklılık ve çeşitlilikleri bir şemsiye terimde ortaklaştıran, eril tahakkümün belirlediği kadın ve erkek kategorileriyle ya biyolojik cinsiyet ya da o biyolojik cinsiyete atfedilen cinsiyet normları bakımından uyumsuz olmalarıdır.

Hukukun bu tür bir uyumsuzluğa pek tahammülü yoktur. Çalışmanın ikinci bölümünde detaylıca tartışılacağı üzere hukuk, sadece Türkiye’de değil dünyada da yaygın olarak, tanınan iki cinsiyetin harici bir cinsiyeti tanımak istemez, çünkü tüm sistem bunun üzerine kurgulanmıştır. Cinsiyet kategorilerinin çeşitlendirilmesine ilişkin direnç, cinsiyetler arası geçişte de kendini gösterir ve hukuken zor şartlara bağlanır. Belirli bir kategoriye dahil edilmemek ya da kategori değiştirmenin zorluklarına katlanmak, transların hem günlük hayatta toplum içerisinde hem de hukukun önünde yaşadığı ayrımcılığın başlangıç noktasıdır. Transların hukuken tanınmaması ya da cinsiyet kimliklerinin tanınabilmesi için kendi bedenleri üzerindeki isteklerinden bağımsız olarak fiziksel değişime zorlanmaları, cinsiyetçiliğin en ağır görünümüdür. Transların neredeyse her gün, her saat maruz kaldıkları fiziksel, cinsel ya da psikolojik şiddet; dışlanma, aşağılanma ve farklı muamele, sadece ve sadece kadın veya erkek kategorilerinden birisine uymadıkları içindir. Öyleyse, transların maruz kaldığı ayrımcılığı cinsiyet eşitsizliği meselesinden ayrı tutmak mümkün değildir.

Cinsiyetçilikle mücadele edilebilmesi için cinsiyetçiliğin sadece bir cinsiyetin diğerine üstünlüğü şeklinde kendini göstermediği, bunun özünde biyolojik özellikleriyle, rolleriyle ve normlarıyla cinsiyet dayatmanın yattığı anlaşılmalıdır. Sorun böylesine karmaşık ve çok yönlüken, eşitsizlik meselesi cinsiyetçiliğin dayandığı temele yaslanarak ve kadın ve erkek kategorileri korunarak ele alınamaz. Natrans bir kadının natrans bir erkeğe eşitsizliği, trans bir kadının natrans bir kadına eşitsizliğini meşru kılmaz. İki tür cinsiyetçilik de aynı mantıktadır, cinsiyet kategorileri üzerinden hiyerarşi yaratır ve bu hiyerarşinin alt basamağında kalana ayrımcılık uygular. Bu yüzden, feminist teorinin gözünden, eşitsizliği kadın ve erkek kategorilerine sıkı sıkıya bağlı kalarak tartışmak bir tuzaktır. Kadının en başından itibaren zaten kadın kategorisi ‘sayesinde’ ezildiğini anlayarak, kategoriden sapınca da şiddete maruz kaldığını kabul ederek kategorileri sorgulamak, eşitsizliğin ortadan

kaldırılması için olmazsa olmaz bir koşuldur. Yeni bir hiyerarşi üretmeden ya da mevcut hiyerarşilerden bazılarına göz yummadan sorunun çözümüne katkı sağlamak, ancak bu şekilde mümkün olacaktır.

b) Cinsiyet Normlarından Doğan Eşitsizlik

Cinsiyet aksiyomuyla bir cinsiyet kategorisinin yaratılmasının o kategoriye atfedilen rol ve normlardan bağımsız olmadığına yukarıda işaret edilmişti. Biyolojik cinsiyet ile toplumsal cinsiyet normları bir arada işlemektedir. Ancak, bizzat kategorilerin şiddet ürettiği söylendiğinde bunun üstünlüğe sahip gözüken erkek kategorisi için de geçerli olup olmadığı sorusu zihinlerde uyanabilir. Bu soruya bir çırpıda olumlu ya da olumsuz cevap vermek mümkün değildir. Biyolojik cinsiyetle birlikte bu cinsiyetten beklenen rolleri üstlenen, cinsiyet normlarına sadık kalan bir erkek, şüphesiz, tahakküm sisteminin bütün avantajlarından yararlanacaktır. Ancak, tıpkı bu cinsiyet normlarına uymayan kadınların, transların tahakküm tarafından daha fazla şiddete maruz bırakılması gibi, erkekler de cinsiyet normlarından saptıkları oranda tahakkümün onlara verdiği gücü yitirmekte ve hatta tahakküm altına girmeye başlamaktadır. Dolayısıyla, eşitsizliğe ikili cinsiyet kategorisiyle yaklaşmak ve cinsiyetleri kutuplaştırmak bu açıdan da sorunlu gözükmektedir.

Cinsiyet normları, cinsiyetlerden nasıl olmaları ve davranmaları gerektiğine ilişkin kabul ve beklentileri kastettiği için bu kavramı geniş bir şekilde ele almak gerekir. Her ne kadar cinsel yönelim, cinsiyetten ayrı bir kavram olarak kişinin süreklilik gösteren romantik ve/veya cinsel çekim deneyimlerini anlatsa da eril tahakkümün kurduğu cinsiyetçi sistemde bunun dayatılan cinsiyet normlarından biri olduğunu kabul etmek mümkündür.⁴⁶⁴ Başka bir ifadeyle, nasıl kız çocuklardan bebekle, erkek çocuklardan traktörle oynaması bekleniyorsa ve onlara bu öğretiliyorsa, kadınlardan erkeklere, erkeklerden de kadınlara yönelik arzu beslemeleri beklenir ve onlara bu dayatılır. Bu tahakküm için önemlidir zira aksi halde, yani tahakküm ilişkisinin tarafları karşı karşıya gelmedikçe, tahakküm ilişkisinin kurulması mümkün olmaz. Bu yüzden, homoseksüel ve biseksüel kadınlar ile erkekler, mevcut biyolojik cinsiyet tanımlarına göre kadın ve erkek kategorilerine kusursuz bir şekilde uyuyor

⁴⁶⁴ Kaos GL Derneği, Haz. Umut Güven, **LGBTİ+ Temel Kavramlar: Atölye Kolaylaştırıcı Kılavuzu**, Ankara: Kaos GL Derneği, 2021, <https://kaosglternegi.org/images/library/kolaylas-tirici-kilavuz.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 12 Nisan 2024), s. 8.

gözükseler dahi cinsiyet normlarından ciddi bir sapma yarattıkları için cinsiyetçiliğin hedefi haline gelirler. Zira eril tahakkümün istediği, kadının erkeğe arzu duyarak onun tahakkümü altına girmesidir. Özel alanda ve kamusal alanda erkek iktidarının kurulması da buna bağlıdır.

Eril tahakküme bu açıdan yaklaşıldığında, cinsiyetçilikle mücadelenin yeni bir boyutu ortaya çıkacak ve kadın-erkek eşitliğiyle sınırlı bakış açısının yetersizliği bir kez daha kanıtlanmış olacaktır. Şöyle ki, eril tahakkümün yarattığı avantaj ve dezavantajlar, koşulsuz ve kesin değildir. Natrans erkek kategorisi üzerinden gidilirse, örneğin, bu kategoriye ait olmak eril tahakkümde bir avantaj olabilir. Ancak, bir kategoriye belirli avantaj ve hakların sağlanması, o kategorideki insanların “*başka bağlamda ezilmeyeceği anlamına gelmez*”.⁴⁶⁵ Bir erkeğin etnik kimliği, dini inancı ya da engellilik durumu, bulunduğu sisteme göre avantajlarını arttırıp azaltabilir. Bununla birlikte cinsel yönelim bakımından, heteroseksüel olmayan bir erkeğin eril tahakkümdeki ayrıcalıklı konumunun her halükârda sarsılacağını söylemek mümkündür. Ancak, burada meselenin cinsel yönelimi sebebiyle natrans erkeğin avantajlarının elinden gitmesi ya da natrans kadının dezavantajının artmasından ibaret olmadığının altı çizilmelidir. Her iki durumda da ortaya çıkan sorun, eril tahakkümün kodlarını dayatmasıdır ki bu, cinsiyete bağlı eşitsizliğin kaynağıdır.

Öyleyse, cinsiyetçiliği ele alırken cinsiyet normlarından doğan eşitsizliği de göz ardı etmemek, kadınlığın ve erkekliğin eril tahakküme göre makbul formlarından sapmanın yaratacağı sorunları da ele almak gerekir. Yoksa kadın-erkek eşitliği formülü, sadece eril tahakkümün belirlediği cinsiyet normları çerçevesinde ele alınacak ve eşitsizliğin giderilmesine katkı sağlayamayacaktır. Elbette, feminist bakış açısına sahip olmayanlar bir yana, feminist teori çalışan herkesin de eril tahakkümdeki cinsiyetçilik sorununa böyle yaklaşmadığı aşikardır. Bazı feministler, kadın kategorisini korumakta ısrar etmekte ve LGBTİ+ dışlayıcı politika güderek feminizmin öznesini kadınla sınırlamayı tercih etmektedir.⁴⁶⁶ Ancak, mesele,

⁴⁶⁵ Kaos GL Derneği, Haz. Deniz Gedizlioğlu, **LGBTİ+ Hakları Alanında Çeviri Sözlüğü**, Ankara: Kaos GL Derneği, 2020, <https://kaosgldernegi.org/images/library/cevirisozlugu2020.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 12 Nisan 2024), s. 45.

⁴⁶⁶ Trans dışlayıcı radikal feministler, biyolojik olarak erkek tanımlanan kişilerin, gay erkeklerin ve trans kadınların, erkek ayrıcalığından yararlandığından bahisle feminizm mücadelesinin dışında tutulmaları gerektiğini savunmaktadırlar. Bakınız (n) 534 ve (n) 535. Çalışmanın ikinci bölümünün başında, çalışmada benimsenen trans kapsayıcı feminist bakış açısı ortaya konurken trans dışlayıcı radikal feministlerin bazı argümanlarına da cevap verilecektir. Ancak bu tartışmaların Türkiye’deki

toplumdaki yapısal eşitsizliklerin giderilmesi ve hukukun bunda oynayabileceği rol ise, eşitsizliğin kaynağına inilmesi ve bir ayrımcılık türünün diğerine tercih edilmemesi gerekir. Nitekim LGBTİ+ dışlayıcılığı, eğer motivasyon sadece kadınların haklarını savunmaksa, bunun da yapılmasını engellemektedir. Zira lezbiyen, biseksüel, trans, interseks kadınların cinsiyet kimlikleri ya da cinsel yönelimleri sebebiyle uğradığı ayrımcılık da kadınların maruz kaldığı bir ayrımcılıktır. Üstelik bunu, heteroseksüel kadınların uğradığı ayrımcılıktan ayırmak mümkün değildir. Eril tahakküm, bu bölümde açıklanmaya çalışıldığı üzere, biyolojik cinsiyetinden cinsiyet normlarına çok yönlü bir tahakküm ilişkisi kurar ve tahakküm için hepsinin birlikteliği elzemdir. Öyleyse, tahakkümün birbirinden ayırmadığını, eşitlik amacıyla ayırmak ne mantıklı ne de işlevseldir. Diğer yandan, ayrımcılıkları kıyaslamak, onları derecelendirmek ve ‘hafif’ ya da ‘farklı’ addedileni konu dışı bırakmak, bizi bir ayrımcı bir yaklaşımdır.

Kategorilerden kurtularak cinsiyetçiliğe bu şekilde yaklaşıldığında, tahakkümün erkeklere yönelik cinsiyetçi şiddetini de feminist bir mesele yapmak ve cinsiyetçiliğin diğer görünümlerinden farklı bir yere koymamak mümkün olur. Anayasa Mahkemesinin Z.A.⁴⁶⁷ kararı bu açıdan düşündürücü bir örnek olacaktır. Karara konu olay şu şekildedir: Niğde’nin bir kasabasında yer alan bir ilköğretim okulunda din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmeni olan Z. hakkında “*okul hademesine eş cinsel ilişki teklif ettiği, bazı kişilerle bu şekilde ilişkide bulunduğu yönündeki iddia*”da bulunulmuş ve buna istinaden bir soruşturma başlatılmıştır.⁴⁶⁸ Soruşturma kapsamında, okul hademesi, Z.’nin cinsel ilişki teklif ettiğini ancak kendisinin kabul etmediğini bildirmiş, kasaba halkından dinlenen bir kişi Z.’nin kendisine de ilişki teklif ettiğini, diğer bir kişi ise Z.’yle cinsel ilişkiye girdiğini beyan etmiştir. Bunların yanı sıra, aynı okulda görev yapan başka bir öğretmen, öğrencilerin ve velilerin başvurusunun kasaba halkından kişilerle eşcinsel ilişkiye girdiğini bildiğini, kendisinin de bunu öğrencilerden ve velilerden duyduğunu söylemiştir. Z., kasaba halkından kişilerle eşcinsel ilişkiye girdiğini doğrulamıştır. Tüm bu beyanlar üzerine “*öğretmenlik mesleğiyle bağdaşmayan iffetsizliğinin sabit bulunduğu*” gerekçesiyle

feminist mücadele içerisinde nasıl yürütüldüğünü açıklayan bir çalışma için bakınız Semih Togay, “Trans Exclusionary Radical Feminism in Turkey: A Historical Overview”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Kültürel İncelemeler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2020, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, (Son Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2024).

⁴⁶⁷ AYM, Z.A. Başvurusu [GK].

⁴⁶⁸ Ibid § 10.

Z.'nin öğretmenlik mesleğinden çıkarılmasına karar verilmiştir.⁴⁶⁹ Başvurucunun açtığı dava ise Zonguldak İdare Mahkemesi tarafından Z.'nin eşcinselliğinin “*Türk toplumunun cinsel ahlak kurallarına aykırılık teşkil ettiği ve toplumun değer yargıları ile örtüşmediği*” ve “*davacının cinsel kimliğinin öğretmenlik mesleği ile bağdaşmayan bir nitelikte olduğu*” gerekçeleriyle reddedilmiştir.⁴⁷⁰ Z.'nin daha sonra devlet memurlarının disiplin cezalarının affedilmesine ilişkin yasal düzenlemelere dayanarak yaptığı başvurular da, “*başvurucunun meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin fiilinin niteliği dikkate alınarak*” olumsuz yanıtlanmıştır.⁴⁷¹

Başvurucu, cinsel yönelimi nedeniyle meslekten çıkarıldığından şikâyet etmiş, eşcinselliğin öğretmenliğe engel bir durum teşkil etmediğini, bu sebeple mesleğe iade edilmemesinin ayrımcılık olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, Z.'nin şikâyetlerini, özel hayata saygı hakkı ve özel hayata saygı hakkı ile bağlantılı olarak eşitlik ilkesi kapsamında olmak üzere iki yönlü incelemiş ve başvurucunun haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme, sorunu ele alırken Z.'nin cinsel yönelimini ısrarla konu dışı bırakmış ve Z.'nin hakkındaki kararlarda “*cinsel yönelimine değil görev yaptığı okula yansıttığı davranışlarına odaklanıldığını*” belirtmiştir.⁴⁷² Anayasa Mahkemesine göre, Z.'nin ‘iffetsizliği’, “*mahrem kalması gereken cinsel hayatına dair unsurların*” kendi özensizliği yüzünden “*kamunun bilgisine açılmış*” olmasından kaynaklanmıştır.⁴⁷³ Buradan hareketle, Mahkeme, olayda cinsel yönelim temelinde ayrımcılık söz konusu olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Benzer yaklaşım, Z.'nin özel hayata saygı hakkı bakımından yapılan incelemede de benimsenmiş, bu sefer “*çocukların sağlıklı şekilde yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri hususundaki toplumsal menfaat*” meşru amacına vurgu yapılarak başvurucunun özel hayatı kapsamında kalan cinsel davranışlarıyla çocuklara örnek olması gerektiği kabul edilmiştir. Bu kabulle Mahkeme, derece mahkemelerinin Z.'nin “*öğretmenlik mesleğinin gerektirdiği niteliklerden birine sahip olmadığı*” tespitini makul bulmuş ve Z.'nin başka herhangi bir işte çalışabileceğini değerlendirerek özel hayatına yapılan müdahalenin ölçülü olduğuna karar vermiştir.⁴⁷⁴

⁴⁶⁹ AYM, Z.A. Başvurusu [GK], § 13, 74.

⁴⁷⁰ Bu detaylara karar metninden değil, karşı oydan ulaşılmıştır. Bakınız AYM, Z.A. Başvurusu [GK], Engin Yıldırım Karşı Oyu, § 22.

⁴⁷¹ AYM, Z.A. Başvurusu [GK], § 23.

⁴⁷² AYM, Z.A. Başvurusu [GK], § 74.

⁴⁷³ Ibid.

⁴⁷⁴ Ibid, § 83.

Sadece Z.A.’nın başına gelenler değil, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda verdiği kararın gerekçeleri de ayrımcılık bakımından ciddi sorunlar barındırır. Engin Yıldırım’ın yazdığı karşı oyda detaylıca dile getirdiği bu sorunlar üzerinde burada detaylıca durulmayacaktır. Zira bu kararlar dikkat çekilmek istenen, karara konu olayın eril tahakkümle ilişkisi ve kadın-erkek eşitliğine sıkıştırılan cinsiyetçiliğin Z.’nin maruz kaldığı ayrımcılığın giderilmesinde yetersizliğidir. Ancak, Z.’nin iddialarında ya da Anayasa Mahkemesinin incelemesinde kadın-erkek eşitliği ve cinsiyet eşitliğine ilişkin bir ibare olmaması ve konunun zaten cinsel yönelim ekseninde ele alınması, bir zihin karışıklığına yol açmamalıdır. Diğer bir deyişle, bu kararda sorun zaten kadın-erkek eşitliği ilkesinin kapsamı ya da nasıl uygulandığı değildir. Ancak karara konu olay, cinsiyetçiliğe maruz kalan öznelere çok çeşitli kimliklere sahip olduğunu ve belirli kategorilere indirgenemeyeceğini göstermesi bakımından önemlidir.

Z., şüphesiz, toplumdaki herkes gibi öğretmenlere de dayatılan cinsiyet normları üzerinden cinsiyetçiliğe maruz kalmıştır. Üstelik sadece meslektan çıkarılırken değil, idari yargıda ve bireysel başvuruda hakkını ararken de cinsiyetçiliğin hedefi olmuştur. Nitekim, ilk başta soruşturma açılmasına sebep olan iddialardan Anayasa Mahkemesinin verdiği karara kadar tüm süreçte Z’ye söylenen ve Z. vasıtasıyla tüm eşcinsellere verilen mesaj, eşcinsel ilişkiye girmenin ahlaki olmadığı ve illa yapılacaksa da bunun “mahrem”de tutulup saklanması gerektiğidir. Çocukların sağlıklı bir ortamda büyümesi ve kendilerine örnek olabilecek öğretmenler tarafından öğretim görmelerine ilişkin vurgu da eşcinselliğin sağlıklı, kötü ve engellenmesi gereken bir durum olduğunu kabul etmektedir. Çocukların eğitilmesindeki “toplumsal menfaat”, çocukların eril tahakküme göre heteroseksüel cinsel ilişkiyi normalleştirecek şekilde eğitilmesidir. Eşcinselliğin çocuklardan sakınılması gereken kötü bir örnek görülmesi de bundandır. Dolayısıyla, burada sorun edilen, kişilerin ‘karşıt’ cinsiyetle cinsel ilişkiye girmeleri gerektiğine ilişkin sosyal beklentinin, heteronormatif cinsiyet normunun, öğretmenin eşcinsellik deneyimiyle yıkılmasıdır. Öğretmenin hademeye ve okul bünyesinde cinsel ilişkiye girdiğine dair kesinlik olmaması, sorunun ne kadar öyle lanse edilmeye çalışılsa da okulla ilgili olmadığını da açıkça gösterir. Mesele tamamen toplumsaldır ve toplumun eşcinselleri fişlemesi ve dışlamasıyla ilgilidir.

Anayasa Mahkemesinin Z.'ye yüklediği cinsel davranışlarını mahreminde tutmaya yönelik özen gösterme yükümlülüğü, diğer bir deyişle eşcinsel olduğunu saklama yükümlülüğü bu açıdan mağdurun suçlanmasından başka bir şey değildir. Z. zaten kamusal alanda cinsel ilişkiye girmemiş ya da herhangi bir cinsel davranışta bulunmamış, bunları kendi mahreminde yaşamıştır. Küçük bir kasabada yayılan eşcinsel ilişkiye girdiğine ilişkin dedikodular, Z. cinsel yaşamını afişe ettiği için değil, ayrımcılığa maruz kaldığı için gerçekleşmiştir. Çıkan dedikodular öğretmenin maruz kaldığı sosyal dışlanmayı ve damgalanmayı tek başına gösterirken Z.'nin bu dedikodulardan sorumlusu tutulması, eşcinsel olsa bile eşcinselliğini yaşamaması gerektiğine yönelik düşüncenin yansımasıdır.

Z.'nin durumu eril tahakkümün dayattıklarıyla ve cinsiyetçilikle ilgilidir. Ancak, dikkat edilirse Z.'nin cinsiyeti belirsizdir. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi kararında Z.'nin ona atanan biyolojik cinsiyeti ya da cinsiyet kimliğiyle ilgili bir bilgiye yer verilmemiştir. Bazı çalışmalarda Z.'nin yaşadığı eşitsizliğin heteroseksüel erkek öğretmenlerle yapılan karşılaştırma ile ele alınmasından Z.'nin erkek olarak düşünüldüğü anlaşılmaktadır.⁴⁷⁵ Yine de bu bir varsayımdır. Ne Z.'nin branşının din kültürü ve ahlak bilgisi olması, ne hademeye cinsel ilişki teklif ettiği iddiası ne de kasabadaki kişilerle ilişkiye girmiş olması, onun cinsiyet kimliğiyle ilgili ipucu vermez. Bu yüzden, olayı bu haliyle okuyan açısından Z. kadın ya da erkek olabilir. Öyleyse, Z.'nin biyolojik ya da toplumsal cinsiyetinin maruz kaldığı cinsiyetçilik bakımından önemli olup olmadığı sorgulanmalıdır. Başka bir ifadeyle, Z.'nin kadın olması ya da erkek olması elbette kesişimsel olarak yaşanan ayrımcılığın şiddetini etkileyebilir, ancak Z.'nin deneyiminin ayrımcılık olarak değerlendirilmesini de etkiler mi? Yukarıdaki olay özeti ve yapılan kısa açıklamalar dahi, Z.'nin eşcinselliğinin cinsiyetinden bağımsız olarak onun meslekten çıkarılmasına sebep olduğunu açıkça ve güçlü bir şekilde gösterdiği için bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Ancak, cevap kadar sorunun kendisi de kayda değerdir. Zira somut olaydan ayrık olarak, sorunun ima ettiği, (biyolojik ya da toplumsal) cinsiyetin cinsiyetçiliğin her zaman bir ön koşulu olup olmadığıdır. Z. erkek olsa dahi cinsiyetçiliğe maruz kaldığını kabul edeceksek, böyle bir ön koşul olmadığının da ayırdına varılmalıdır.

⁴⁷⁵ Işıl Kurnaz, "LGBTQ Haklarının Korunmasında Anayasa Yargısı ve Stratejik İnsan Hakları Davaları: Türkiye Örneği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Vol. 148, 2020, s. 32.

Sonuç olarak, bu çalışmanın benimsediği feminist bakış açısından, eşitlik için başvurduğumuz formüllerin ve kabullerin hiçbirisi kadın sorusundan muaf değildir. Eril tahakkümün şiddeti çok kompleks bir şekilde işlediği için bununla mücadele etmek için bu kompleks yapısının cinsiyetçiliği nasıl ürettiğini, bunu nasıl koruduğunu da sorgulamak gerekir. Bu sorgulama, eşitsizliği sona erdirmek için başlangıç noktası aldığımız kategorileri ve ilkeleri de sarsabilecek bir düşünsel süreci doğurmaktadır. Ancak, sorunun kaynağına inebilmek ve dönüşümü gerçek anlamda başlatabilmek için alışlagelmiş ve hukukçular için konfor alanı sağlayan bazı kavramlara da eleştirel bakabilmek gerekir. Her ne kadar buna yönelik ilk refleks, kadının kimliğinin ve deneyimlerinin silikleştirildiğine dair suçlama olacaksa da bu yaklaşım kendilerini kadın olarak tanımlayan kişilerin kadın oldukları için uğradıkları ayrımcılığın kadına yönelik ayrımcılık ya da şiddet olarak adlandırılmasına engel değildir. Buna karşılık, cinsiyetçilik sorununun kadın-erkek dikotomisine sıkıştırılması, diğer cinsiyetçilik deneyimlerinin dikkate alınmasını zorlaştırmaktadır. Bu yüzden, eril tahakkümün ürettiği kadın-erkek karşıtlığını tekrar üretmemek ve dolaylı olarak eril tahakkümü beslememek için, daha kapsayıcı ve çok yönlü bir eşitlik yaklaşımına ihtiyaç vardır.

2. Eşitlik İlkesinin Eleştirisi

Eşitlik ilkesi, başlangıçta, Anayasa Mahkemesinin de kararlarında sıklıkla vurgulamış olduğu üzere, “*mutlak ve eylemli eşitlik değil, hukuksal eşitlik*” için öngörülmüş bir ilkedir.⁴⁷⁶ Anayasa’nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi, “*kanun önünde eşitlik*” başlığıyla herkesin “*kanun önünde eşit*” ve kadınların ve erkeklerin de “*eşit haklara sahip*” olduğunu belirtir. Anayasa Mahkemesinin çalışmanın ikinci bölümünde ayrıca değerlendirilecek içtihadına göre, “hukuksal eşitlik”, “kanun önünde eşitlik” ya da “eşit haklara sahip olmak”, “*aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması*”nı gerektirir.⁴⁷⁷ Bu yüzden eşitlik ilkesi, en asgari düzeyde, “*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep*” veya başka herhangi bir temelde insanlara farklı davranmama ve hukuk kurallarını belirli bir grup lehine ya da aleyhine olacak şekilde düzenlememe yükümlülüğünü ifade eder.

⁴⁷⁶ Örneğin bakınız AYM, E. 2013/91, K. 2014/59, Karar Tarihi: 27.3.2014.

⁴⁷⁷ AYM, E. 2009/64, K. 2011/34, Karar Tarihi: 3.2.2011., AYM, E. 2003/49, K. 2008/76, Karar Tarihi: 11.3.2008., AYM, E. 2003/27, K. 2007/84, Karar Tarihi: 22.11.2007.

Eşitlik ilkesinin bu tanımı hala geçerli olmakla birlikte, eksiktir. Artık ayrımcılık yasağıyla bir arada ele alınan eşitlik ilkesi, mevcut eşitsizlikleri gidermek bakımından da devlete sorumluluk yükler. Bu yüzden hukuk kurallarının herkes için aynı düzenlemeyi getirmesi, eşitlik ilkesine uygunluk açısından her zaman yeterli olmayacaktır. Nitekim Anayasa'nın 10. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile devletin *“eşitliğin yaşama geçmesini sağlamak”* amacını gerçekleştirmek için gerekli tedbirleri alacağı da öngörülmüş ve bu tür tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı yorumlanamayacağı bildirilmiştir. Her ne kadar Anayasa'da hakkında tedbir alınacak gruplar kadınlar, çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler olarak sayılmışsa da bu sayım sadece örneklemedir, sınırlayıcı değildir. Eşitlik ilkesi, genel olarak, dezavantajlı ya da özel ihtiyaçlı tüm gruplar için devletin söz konusu dezavantajı ortadan kaldıracak ve ihtiyaçları giderecek tedbirleri almasını zorunlu kılar. Pozitif yükümlülük kapsamında alınacak tedbirler, mevcut eşitsizliklerin giderilmesine ilişkin yeterli yasal altyapının sağlanmasını ve ayrımcılığın mağduru olan kişilerin ayrımcılığın giderilmesini talep edebileceği hukuksal güvencelere sahip olmasını gerektirir.⁴⁷⁸ Dolayısıyla, devletin ayrımcılığa göz kapaması, bununla ilgili hiçbir şey yapmaması ya da yeterince harekete geçmemesi eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.

Eşitlik ilkesinin bugün devlete hem eşitsizlik/ayırım yapmama şeklinde negatif yükümlülük hem de eşitsizliği giderme şeklinde bir pozitif yükümlülük yüklemesi, Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesinin tanımından dışladığı eylemli eşitliğin artık ilkenin önemli ve vazgeçilmez amaçlarından biri olduğunu gösterir. Bu yüzden ayrımcılık yasağının çalışmanın birinci bölümün ilk kısmında açıklanan kriterleri, aslında devletin sürekli olarak göz önünde bulundurması gereken konuları ortaya koyar. Diğer bir deyişle, Anayasa'nın 10. maddesinin devletin tüm organları ile idare makamlarına yüklediği tüm işlemlerde eşitlik ilkesine riayet etme zorunluluğu, aynı hukuki durumdakilere aynı muamele etmenin yanında dezavantajlı durumdaki kişilere farklı muamele etmeyi de gerektirir. Aksi halde, eşitlik ilkesine aykırı sayılmaması için, farklı muamelenin ya da farklı muamelede bulunmamanın haklı nedeni, güdülen

⁴⁷⁸ Örneğin bakınız AİHM, Horváth ve Kiss/Macaristan, Başvuru No: 11146/11, Karar Tarihi: 29.1.2013, § 104, AİHM, Pla ve Puncernau/Andora, Başvuru No: 69498/01, Karar Tarihi: 13.7.2004, § 62.

amaçla ortaya çıkan sonucun arasındaki orantılılık ile ortaya konulabilmelidir. Elbette bu, devlet için kaçınmak isteyeceği bir külfet yaratır. Aynı durumdakilere aynı davranmak görece kolay olsa da farklı durumdakilerin eşitsizliğini ve dezavantajını tespit etmek ayrı bir çaba ister. Bu bakımdan ayrımcılık yasağının devlete yüklediği pozitif yükümlülük kapsamında mevcut fiili eşitsizliklerin ve dezavantajların giderilmesine yönelik tedbir alınması, devlet planlamasına muhtaçtır. Sivil toplumun ürettiği bilgiden yararlanılması da efektif bir yöntem olabilecekse de devletin her halükârda gerekli teşkilatı kurarak araştırma yapması, verileri insanların kimliklerinin ve ihtiyaçlarının çeşitliliğini göz önünde bulundurarak toplaması ve buna göre ortaya çıkan eşitsizliklere de etkili bir yöntemle en aza indirmesi gerekir. Böylece, Anayasa Mahkemesinin içtihadında belirttiği gibi eşitlik ilkesi devlete “*mutlak eşitlik*” gibi imkânsız gözüken bir görev yüklemiyorsa da eşitsizliği engelleme ve en aza indirmek konusunda kesin bir yükümlülük yükler.

Feminist teori açısından eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının önemli bir yeri olduğu şüphesizdir. Eşitlik ilkesi, yapısal eşitsizliklerin kaynağı olan eril tahakkümle mücadele etmek için çözüm vadeden bir kurumsal araçtır. Bu sebeple, eşitlik ilkesinin gereğince uygulanmaması ve özellikle devletin ayrımcılık yasağı kapsamında alması gereken tedbirlerden imtina etmesi, feminist hukukçuların hukukun mevcut sınırları içerisinde dönüşümünü sağlamak için mesai ayırdığı ciddi sorunlardır. Nitekim çalışmanın ikinci bölümünde seçilen kararlar vasıtasıyla Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesine genel olarak nasıl yaklaştığı, ayrımcılık yasağına ne zaman ve nasıl başvurduğu bu açıdan incelenecek ve eleştirilecektir. Ancak, feminist bakış açısıyla doğrudan eşitlik ilkesinin kendisine yöneltilmesi gereken iki temel eleştiri daha vardır. Bunlardan ilki, eşitlik ilkesinin devletin bütün organlarının her işleminde, kişilerin bütün davranışlarında uymakla yükümlü olduğu genel bir ilke olmaktan çıkarılarak hukukun ‘tekniğine’ sıkıştırılması, böylece ileri sürülmesinin ve tespitinin zorlaştırılmasıdır. İkincisi ise, eşitlik ilkesinin farklı ve birbiriyle kesişen temelde ayrımcılık deneyimlerine yeterli güvence sağlamaması ve tek eksenli bakış açısıyla tahakkümün kategorilerini korumaya açık olmasıdır.

a) Hak Ekseninde Eşitlik Anlayışının Eleştirisi

Yukarıda işaret edildiği üzere eşitlik kavramı, hukuka hak bağlamında dahil edilmiştir. Devlete herkesi birbirine mutlak bir şekilde eşitleme görevi yüklemeyen liberal bir sistemde, kişilerin eşitliğini sağlama yükümlülüğünün hak ekseninde belirlenmesi tutarlıdır. Ancak bunun bazı sorunlara gebe olduğunun da fark edilmesi gerekir. Eşitlik ilkesinin ya da ayrımcılık yasağının ancak bir hak kapsamında ileri sürülebilmesi, o hakkın öznesi sayılmayan kişiler için eşitsizliği bir hukuki sorun haline getirmeyi zorlaştırır. Bu eleştiri, başta anlaşılmaz gelebilir. Zira bir kişi bir haktan yoksun bırakılıyorsa ve bunun sebebi o kişinin belirli bir özelliği ise, o halde eşitlik ilkesi zaten kişinin bu haktan yararlanmama sebebinin ayrımcılık olduğunu ileri sürebilmesi içindir. Diğer bir deyişle, tam tersine, burada eşitliği hukuki sorun haline getirecek bir durum olması beklenir. Ancak, kişinin çıkarlarının hangi hak bağlamında değerlendirileceği ya da iddiasının belirli bir hak kapsamında ciddiye alınıp alınmayacağı, tüm bu denklemi değiştirecek bir unsurdur. Dolayısıyla, hak ekseninde eşitlik anlayışının bir yandan devlet için ayrımcılık yapmayı ya da ayrımcılıktan sorumlu tutulmamayı kolaylaştıran, diğer yandan bireyin ayrımcılık iddiasını ileri sürmesini güçleştiren bir yönü vardır.

Anayasa Mahkemesinin kabul edilemez bulduğu S.K.(B) başvurusu, olası eşitsizlik iddiaları üzerindeki etkileri nedeniyle meseleyi açıklığa kavuşturmak için iyi bir örnektir.⁴⁷⁹ Bu başvuru, seks işçiliği yaparak geçimini sağlayan bir kadının İstanbul Genelevinde “genel kadın” olarak çalışma izni verilmesi isteminin reddiyle ilgilidir. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamında çıkarılan Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü, seks işçiliği yaptığı tespit edilen bir kadının onu bu işe “sürükleyen” sebeplerin araştırılarak “tekrar namuslu bir hayata dönmesini sağlayacak tedbirler alınması”nın “fayda vermemesi” halinde tescil şartlarını taşıması koşuluyla genel kadın olarak tescil edilebileceğini düzenlemiştir. Tüzüğün 21. maddesine göre tescil şartları, “fuhuş kendisine sanat edinmek”, “21 yaşını bitirmiş olmak”, “yabancı tabiiyetinde bulunmamak” ve “tabiiyetsiz olmamak”tır. Bu şartların varlığı Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonu (Komisyon)

⁴⁷⁹ AYM, S.K.(B) Başvurusu, Başvuru No: 2014/18275, Karar Tarihi: 4.7.2018.

tarafından tespit edildikten sonra tescil için gerekli işlemler yapılarak ilgili kadının kayıtlı seks işçisi olması sağlanır.

Başvurucu da mevzuat gereğince, 24 yaşında, Türk vatandaşı ve seks işçiliği yapan bir kadın olarak Komisyona başvurmuş ve genel kadın olarak tescil edilmek istemiştir. Ancak başvurusu, *“İstanbul Genelevinin fiziki koşullarının can ve mal güvenliğinin sağlanmasına olanak vermemesi nedeniyle genel kadın sayısının arttırılmasının uygun olmaması”* gerekçesiyle reddedilmiştir.⁴⁸⁰ Başvurucunun İdare Mahkemesinde açtığı dava da işlemin hukuka uygun olduğundan bahisle reddedilmiştir. Ret kararı Danıştay Onuncu Dairesi tarafından bozulmuş, ancak ilk derece mahkemesinin direnmesi ardından dosyanın Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna taşınmasıyla hukuki süreç, ilk derece mahkemesi kararının onanmasıyla sonuçlanmıştır. İlk derece mahkemesinin kararına düşülen muhalefet şerhi ile Danıştay Onuncu Dairesinin başvurucunun davasının kabulüne ilişkin kararında Komisyonun kararının hukuka aykırı olduğu *“genelevlerin fiziki koşullarının iyileştirilmesi, gerekli tedbirlerin alınması, bunun mümkün olmaması hâlinde genelevin başka bir yere taşınması, böylece yasal olmayan yollardan fuhuş yapılması engellenerek zührevi hastalıkların yayılmasının önüne geçilmesinin idarenin görev ve sorumluluğunda”* olduğu gerekçesine dayandırılmıştır.⁴⁸¹ Zira başvuru, mevzuatın belirlediği tescil şartlarını taşımaktadır.

Başvurucu, benzer başvuruların kabul edilirken kendisinininkinin reddedildiğini ileri sürmüştü de bu iddiasını adil yargılanma hakkı ile sınırlı tutmuş, ayrımcılığa uğradığından şikâyet etmemiştir. Ancak, hak ekseninde eşitlik anlayışı bakımından başvuruyu ilginç kılan, başvurucunun çalışmasına yönelik bu müdahalenin aynı zamanda özel hayata saygı hakkının ihlali olduğunu ileri sürmesi ve Anayasa Mahkemesinin ise *“fuhşun özel hayata saygı hakkı kapsamında korunması gereken bir unsur olmadığı”*ndan hareketle bu iddiayı konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemez bulmasıdır.⁴⁸² Mahkemeyi bu sonuca götüren birden fazla yol ayrımı vardır. İlk olarak Mahkemeye göre, başvurucunun seks işçiliği yapması, para veya başka bir ekonomik menfaat karşısında cinsel ilişkiye girmek istemesiyle, yani cinsel davranışlarıyla ilgilidir. Bu yüzden Mahkeme, başvuruya konu olayın ilk

⁴⁸⁰ AYM, S.K.(B) Başvurusu, § 8.

⁴⁸¹ Ibid. § 11.

⁴⁸² Ibid. § 57.

bakışta özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan konulardan mahremiyetle ilgili olabileceğine kanaat getirmiştir. Ancak, başvurucunun cinsel davranışlarını ekonomik faaliyet kapsamında gerçekleştirmesi, diğer bir deyişle kamusallaştırması, Mahkemeye göre konuyu mahremiyet hakkının dışına çıkarmıştır.

İkinci olarak, Mahkeme, özel hayata saygı hakkının iş ve meslek ilişkileri dahil kişinin tüm sosyal ilişkilerini, kişiliğini ve yaşamını belirleyen pek çok konuda geniş bir koruma alanı sağlamakla beraber seks işçiliğinin “*insan haysiyetiyle bağdaşmaz nitelikte*” olması sebebiyle bu korumadan yararlanamayacağını kabul etmiştir.⁴⁸³ Mahkemenin yaklaşımı, görünürde bir eşitsizlik kaygısına dayanır. Zira Mahkemenin seks işçiliğini insan onura aykırı bulmasının ardında yatan sebepler, bunun “*sağlık, ahlak ve kişi -özellikle kadın- hakları gibi birden çok yönden ve derinden*” yönlerinin olması ve “*insan bedeninin (özellikle kadın bedeninin) ekonomik pazar hâline getirilmesi*”dir.⁴⁸⁴ Bu yüzden, Mahkemenin gözünde, Türkiye’de seks işçiliğinin mevzuat tarafından, kontrol amacıyla da olsa, düzenlenmiş olması, vergilendirilmesi ya da kayıtlı seks işçilerinin sosyal güvenlik kayıtlarının olması, seks işçiliğinin meslek olarak kabul edilmesi için yeterli değildir.

Bu başvurudan S.K.(B)’nin geneleve neden kabul edilmediğine ilişkin somut ve eksiksiz bir bilgi edinmek mümkün değildir. S.K.(B)’nin başvurusu, yasal olan seks işçiliğinin ilgili makamlar tarafından izin verilmemesi vasıtasıyla kayıt dışına itilmesi gibi genel bir politikanın uygulaması olarak ya da gerçekten de kişisel özellikleri sebebiyle ayrımcı bir şekilde reddedilmiş olabilir. Ancak, başvurunun eşitlik ilkesine dair gösterdiği önemli bir ihtimal vardır ki o da hakların kapsamının ve öznesinin en başından ahlaki ve paternalist, yani kişilerin rızası hilafına onlar için daha iyi olacağı ve onların zarardan korunacağı argümanıya kişilere müdahale edecek bir şekilde belirlenebilmesidir.⁴⁸⁵ Anayasa Mahkemesinin bu kararda hakkın tanımı, konusu ve hukukun ‘teknik’ sınırları ile ilgili olan değerlendirmesi, “insan onuru” ve özellikle “kadın hakları” kavramları ile bezenerek kendi başına bir eşitlik garantörü gibi

⁴⁸³ AYM, S.K.(B) Başvurusu, § 56.

⁴⁸⁴ Ibid.

⁴⁸⁵ Paternalizme yönelik eleştirel yaklaşımları değerlendiren bir çalışma için bakınız David Enoch, “II—What’s Wrong with Paternalism: Autonomy, Belief, and Action”, **Proceedings of the Aristotelian Society**, Vol. 116(1), 2016, ss. 21-48., Ayrıca bakınız Douglas Husak, “Legal Paternalism”, içinde Ed. Hugh LaFollette, **The Oxford Handbook of Practical Ethics**, New York: Oxford University Press, 2003, ss. 387-413.

gözükse de tamamıyla eril tahakkümün kadından beklediği ahlaka dayanır. Bu anlayışa göre bir kadın, seks işçiliği yapmamalıdır ve seks işçiliğinden korunmalıdır. Zira seks işçiliği yapan kadın, farklı erkeklerle karşılaşmaya devam etmesine rağmen hiçbirine bağlanmaz ve aile kurarak tek bir erkeğin iktidarının altına girmesi imkânsızlaşır.

Dikkat edilirse, kişinin meslek seçimi açısından farklı imkânlara sahip olup olmadığı, kendi rızasıyla ve özgür tercihiyle bu işi yapıp yapmadığı da önemsizdir. Mahkeme kadınların kendi bedenleri üzerindeki tasarrufunu engelleyen paternalist bakış açısıyla, kadınların seks işçiliği yapmasının onlar için bir hak olarak tanınması halinde seks işçiliğinin normalleşeceği ve kadınların bundan zarar göreceği düşüncesiyle, kadınları adeta kendilerinden korumuştur. Halbuki başvuru, geneleve kaydı yapılmadığı için kayıt dışı seks işçiliğine itildiğini, genelev dışında yaptığı işlerde can güvenliğinin ve sağlığının ciddi bir tehlike altına girdiğini ve üstelik bu durumun cinsel yolla bulaşan hastalıklar bakımından başkalarını da risk altına soktuğunu açıklamıştır.⁴⁸⁶ Başvurucunun açıklamalarının Mahkeme için ikna edici olmamasının sebebi, Mahkemenin seks işçilerinin “kadın hakları” ve “insan onuru” yerine, seks işçiliği yapmayan kadınların haklarını ve onurunu koruması ve tanınmasıdır.

Görüldüğü üzere, hak ekseninde eşitlik anlayışı, eşitlik ilkesinden dışlanacak kişiler için bir esneklik sağlar. Hakkın kapsamı vasıtasıyla, eşitlik ilkesinin ya da ayrımcılık yasağının beraberinde ileri sürülebileceği hakkın işlevsiz hale getirilerek eşitliğin tamamen saf dışı bırakılması mümkündür. Anayasa Mahkemesinin bu başvuruda yaptığı da mevzuat tarafından açıkça meslek olarak adlandırılan⁴⁸⁷, sigortalanan ve vergilendirilen bir işi sırf ahlaka aykırı gördüğü için hakkın doğal sınırı argümanı ile hak kapsamının dışında bırakmaktır. Böylece sadece seks işçiliğinin bir hak olarak ileri sürülmesinin önüne geçilmemiş, aynı zamanda seks işçiliğine ilişkin mevzuatın ve uygulamanın eşitlik ilkesi bakımından bir tartışma konusu yapılması kesin olarak engellenmiştir. Nitekim seks işçiliği hiçbir hak bakımından

⁴⁸⁶ AYM, S.K.(B) Başvurusu, § 41.

⁴⁸⁷ 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 129. maddesinde “*fuhşu, sanat ve maişet vasıtası ittihaz eden kadın*” ifadesini kullanmış, Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü ise 20. maddesinde seks işçiliği yaptığı tespit edilen kadın için “*fuhşu sanat edinmek*”ten bahsetmiştir. Dolayısıyla, yasal olarak tanınması, şartlarının düzenlenmesinin yanı sıra bunun bir iş/meslek icrası olduğu da açıkça kabul edilmiştir.

korunmayacaksa, eşitlik güvencesinden de mahrum kalır. Örneğin nüfus siciline göre erkek olan birinin kayıtlı bir şekilde seks işçiliği yapmak istemesi halinde Tüzüğün bu mesleği sadece kadınlar için öngörmüş olmasını cinsiyet eşitsizliği olarak ileri sürmesi Anayasa Mahkemesinin içtihadına göre artık mümkün değildir. Keza Türkiye’de seks işçiliği yapmak isteyen göçmen bir kadının Tüzüğün “genel kadın” olmanın şartlarından biri olarak belirlediği yabancı tabiiyetinden olmama şartının ayrımcı olduğunu ileri sürmesi de hakkın kapsamı engeline takılacaktır.

Öte yandan, hak ekseninde eşitliğin eril tahakkümün uygulanması açısından sağladığı esneklik, haklar arasında yapılan tercihte de kendini gösterir. Diğer bir deyişle, hak ekseninden tamamıyla koparılmayan, ancak eşitlik tartışmasını doğurabilecek hak yerine başka hak kapsamında incelenen iddialarda da durum farklı değildir. Seks işçiliği örneğinden devam edilirse, Anayasa Mahkemesinin *Cem Burak Karataş*⁴⁸⁸ ve *Murat Ünal*⁴⁸⁹ başvurularında nüfus sicilinde erkek olarak kayıtlı oldukları için kayıtlı seks işçiliği yapamayan ve sokakta müşteri arayan trans seks işçilerinin Kabahatler Kanunu’nda düzenlenen “*mal veya hizmet satmak için başkalarını rahatsız etmek*” fiili uyarınca idari para cezasına çarptırılmasını, özel hayata saygı hakkı bakımından incelemeyip suç ve cezaların kanuniliği kapsamında değerlendirmesi buna örnektir.⁴⁹⁰ Elbette, bir konu birden fazla hakkı ilgilendiriyorsa bu hakların her biri için ayrı ayrı ihlal tespiti yapılmayabilir. Ancak, her bir hakkın kapsamı ve koruma alanı farklı olduğu için haklardan biri diğerine tercih edilirken hakların eşitlik ilkesi bakımından sağladığı zemine de dikkat etmek gerekir.

Nitekim bu başvurularda, trans seks işçilerinin maruz kaldığı idari para cezasının asıl sebebi, mevzuattan kaynaklanan eşitsizliktir. Zira başvurucular, mevzuat sadece nüfus sicilinde kadın olanları kapsadığı ve onları dışladığı için seks işçiliğini kayıtlı ve yasal olarak yapamamışlar ve bunu sokakta yaptıklarında ise cezalandırılmışlardır. Dolayısıyla, aynı fiili bir kadın genelevde yaptığında cezalandırılmazken bir trans sokakta yaptığında cezalandırılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin konuya Kabahatler Kanunu’ndaki “*mal veya hizmet satmak için*

⁴⁸⁸ AYM, Cem Burak Karataş Başvurusu [GK], Başvuru No: 2014/19152, Karar Tarihi: 1810.2017.

⁴⁸⁹ AYM, Murat Ünal Başvurusu, Başvuru No: 2015/226, Karar Tarihi: 12.12.2018.

⁴⁹⁰ Bu kararlara yönelik ayrıntılı inceleme için bakınız Başak Ekinci, “Kıyıda Yaşayanlarımız: Trans Seks İşçileri, Hukuk ve Ayrımcılık Yasağı” içinde içinde Ed. Emir Göka, Uğur Orhan, Hüseyin Can Aksoy, **Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu “Ceren Damar Şenel’in Anısına” 26-27 Kasım 2021**, İstanbul: On İki Levha, 2022, ss. 555-561.

başkalarını” fiilinin belirsizliği ve seks işçiliği için müşteri aramanın rahatsızlık sayılıp sayılamayacağı sorunları üzerinden yaklaşması da işte konuyu seks işçiliğinden ve eşitlikten ‘kurtarmak’ içindir. Mahkeme, S.K.(B) başvurusundaki kararıyla tutarlı bir biçimde, seks işçiliğinin “hizmet satmak” kavramı içerisinde düşünülmesini kesin olarak reddetmiştir. Mahkemeye göre aksi, yani cinsel hizmet satılabileceğinin kabulü, “*insan bedeninin meta olarak algılanması*”na yol açacağı için insan onuruyla bağdaşmayacaktır.⁴⁹¹ Böylece, devletin yasal düzeyde meslek olarak tanıdığı seks işçiliğinin ‘geçerli’ bir meslek olamayacağı hatırlatılmış ve bu iş özel hayata saygı hakkının korumasından tekrar mahrum bırakılmıştır.

Mahkemenin iddiaları özel hayata saygı hakkı yerine suç ve cezaların kanuniliği ilkesini incelemiş ve başvuruculara verilen idari para cezasının bu ilkeyi ihlal ettiğini tespit etmiş olması, başvuruculara verilen haksız para cezalarının ortadan kaldırılması açısından önemli olabilir ancak bu ihlal tespiti, özel hayata saygı hakkı açısından inceleme yapılmamasını telafi etmez. Zira bu ihlal tespitinin sorunun çözümüne katkısı çok azdır. Bu, beyinde tümör olduğu için başı ağrıyan hastaya gerekli tıbbi tetkikler yapılmadan ve doğru teşhis konulmadan etkili bir ağrı kesici ilaç verilmesi gibidir. İlaç, ağrının kesilmesine yarayabilir, ancak tekrarlanmasını engelleyemez ve ağrıya sebep olan sorunu ortadan kaldıramaz. Sorun seks işçiliği yapabilecekler açısından ayrımcılık ve bu ayrımcılıktan doğan müdahale ise, müdahalenin yasallığının tartışılması, ayrımcılığın ortadan kalkması için yeterli değildir. Ancak, vahim olan, seks işçiliğinin tanınmamasının bu ayrımcılığın sürekliliği için bir garanti sağlamasıdır.

Neticede, bu örneklerin ortaya koyduğu üzere, hak ekseninde eşitlik için ön şart, eşitliğin ileri sürüleceği hakkın tanınmasıdır. Bu, hakkın genel olarak tanınması ya da belirli kişiler için tanınması şeklinde değişiklik gösterebilir, ancak önemli olan eşitsizliği yaratan nedenlerin ele alınabilmesidir. Nitekim, eşitlik karşılaştırması yapılacak hukuki durumların belirlenmesinde de benzer bir ön şart vardır. Şöyle ki, hukuki eşitliğin klasik tanımına göre, hukuki durumu aynı ya da benzer olanların aynı muameleyi görmesi gerektiği kuralının uygulanabilmesi için ayrımcılığa uğrayan kişinin diğer kişiyle aynı hukuki durumda olduğunun tespiti gerekir. Eğer bu tespit yapılmaz ve kişi karşılaştırma yapılacak hukuki duruma dahil edilmezse, eşitlik

⁴⁹¹ AYM, Cem Burak Karataş Başvurusu [GK], § 110., AYM, Murat Ünal Başvurusu, § 30.

konusu yine saf dışı bırakılır. Örneğin, yukarıda farklı bir yönden incelenen Z.A. kararında eşcinsel öğretmenin diğer öğretmenlerle aynı hukuki durumda bulunduğunun ama ona eşcinsel olduğu için farklı davranıldığına tespit edilebilmesi için eşcinsel öğretmenle eşcinsel olmayan öğretmenin durumlarının karşılaştırılabilir olduğunun belirlenmesi gerekir. Ancak, Anayasa Mahkemesi Z.A.’nın eşcinsel olmasını ilgisiz görmüş, “öğretmen”lik statüsünü de derece mahkemelerinin kadronun gerektirdiği nitelikleri taşımadığına ilişkin kararlarını makul bularak tanımamıştır. Dolayısıyla, Z.A. “eşcinsel öğretmen” olarak ve (makul bir) “öğretmen” olarak görülmediği için cinsel yönelim temelli eşitsizlik bakımından yapabilecek karşılaştırmaya da dahil edilmemiştir.⁴⁹²

Öyleyse, hak ekseninde eşitlik anlayışı, ayrımcılığın değerlendirileceği hakkın tanımı ve kapsamı çerçevesinde bir sınırlamaya işaret eder. İlgili hakkın kapsamına dahil edilmeyen konu ve kişilerin, ayrımcılık yasağına dayanması artık mümkün değildir. Bu yüzden, konuya uygulanacak hakkın seçimi ve hakkın kapsamının belirlenmesi, ayrımcılık yasağının gündeme getirilip getirilmemesi bakımından önemli bir kaygan zemindir. Şüphesiz, ayrımcı bir durum söz konusu olduğunda, yargılama makamlarının eşitlik ilkesi bakımından inceleme yapıp ilkenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşması eşitsizliğin giderilmesi bakımından istenmeyen, olumsuz bir sonuçtur. Ancak, bu olasılık, en azından eşitlik ilkesinin ilgili konu bakımından tartışılmasını imkânını ortadan kaldırmaz. Buna karşılık, konunun kategorik olarak hak kapsamından çıkarılması, bu olumsuz sonucu aratacak bir eşitsizlik sorunu yaratır. Nitekim bu halde hukukun eşitsizliğe verdiği cevap, eşitsizliğin hukuki, ya da en azından ileri sürülen hak bağlamında, bir sorun olmadığıdır. Elbette bu, hak ekseninde eşitlik anlayışının zorunlu bir sonucu değildir. Bununla birlikte, ayrımcılık iddiasını ilgili hak bağlamında incelediklerinde ulaşmaları gereken ihlal sonucuna ulaşmak istemeyen yargılama makamları için, konuyu ilgili hakkın kapsamı dışında bırakmanın bir konfor alanı sağladığı da aşıkardır. Bu yüzden, feminist teori açısından hak ekseninde eşitlik formülü de eleştiriden muaf değildir. Bu anlayışın yarattığı zaafların ortaya çıkarılması ve giderilmesi için, haklar arasında

⁴⁹² Anayasa Mahkemesinin karşılaştırılabilirlik testini nasıl uyguladığına yönelik eleştirilere çalışmanın ikinci bölümünde “Soyadı” ve “Norm Denetimi” başlığı altında yer alan “Ayrımcılık Yasağına İlişkin Sorunlar” başlığında ayrıca yer verilecektir. Burada Mahkemenin başka bir kararında eşcinsel askerin durumu için eşitlik ilkesini nasıl kategorik olarak uygulanamaz şekilde yorumladığı açıklanacaktır. Bakınız AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, Karar Tarihi: 29.11.2017.

yapılan tercih, hakkın kapsamının belirlenmesi ve eşitlik formülünün uygulanması bir bütün olarak feminist metodolojiye muhtaçtır.

b) Tek Eksenli Ayrımcılık Anlayışının Eleştirisi

Feminist teorinin eşitlik ilkesine yönelttiği bir başka eleştiri ise ayrımcılık temellerinin belirlenmesine ilişkindir. Kesişimsel feminizm perspektifinden ve feminist bilinç yükseltmenin yardımıyla ortaya konacak olan ayrımcılık yasağının bu sorunu, feminist teorinin hukuka yönelttiği eleştirilerin bu çalışma kapsamında ele alınacak son sacayağı ve ikinci bölümde Anayasa Mahkemesine yöneltilen bazı eleştirileri anlamlandırmak bakımından mühim bir parçasıdır.

Ayrımcılık yasağının feminist bakış açısıyla önemli bir eksikliği, *herhangi bir temelde* yapılan ayrımcılığın ortadan kaldırılması bakımından devlete yükümlülük yüklerken, bir kişinin uğradığı ayrımcılığın *birkaç temel bir arada* olması halinde bunların aynı anda ve birlikte değerlendirilmesini zorunlu kılmamasıdır. Anayasa'nın 10. maddesi ve AİHS'in 14. maddesi, insanların tek bir temelde ayrımcılığa uğrayacağı düşüncesine göre kaleme alınmıştır. Hukuki düzenlemelerin "*benzeri sebeplerle*", "*herhangi bir başka duruma dayalı*" ya da "*herhangi bir temelde*" ifadeleri yerine "*bir veya daha fazla temelde*" ifadesini tercih etmemesi, bu yüzden, dar ve indirgemeci bakış açısının yansımasıdır. Kişilerin kimliklerinin çok yönlü olacağını görmezden gelen bu yaklaşım, özcü bir şekilde kişiyi rengine, diline, dinine, cinsiyetine ya da başka herhangi bir özelliğine indirgeyip bu özelliğinin haricindeki özelliklerini değerlendirme dışı bırakır. Bununla birlikte, bu yaklaşımın mevcut düzenlemelerin kaleme alınış biçimini açıklamakla birlikte bunların uygulanmasını zorunlu olarak sınırlamadığını da teslim etmek gerekir. Ayrımcılık yasağının kişilerin kesişen kimlik özelliklerini dikkate alacak şekilde değerlendirilmesinin, içtihat yoluyla daha kapsayıcı hale getirilmesinin önünde hiçbir engel yoktur. Ancak, kategorik düşünme alışkanlığı ile eril tahakkümün kodları birleştiğinde, eşitsizliği gidermeye yönelik kabul edilen bu hukuk kuralının dahi feminist yöntemlere başvurulmadığı sürece eşitlikçi olması mümkün gözükmemektedir.

Crenshaw, öğretide “*çoklu temelde ayrımcılık*”⁴⁹³ olarak adlandırılan, kişinin kimliğine ait birkaç farklı özelliği sebebiyle aynı anda birkaç farklı temelde uğradığı ayrımcılık türüne kesişimsel bakış açısıyla yaklaşarak ayrımcılık yasağının bu halde “*tek bir kategorik eksende*” ele alındığını eleştirmiştir.⁴⁹⁴ Odağına siyah kadınların uğradığı ayrımcılığı alan Crenshaw, siyah kadınların ayrımcılık iddialarının ya “siyah” kategorisinde ya da “kadın” kategorisinde değerlendirildiğini, ancak bu iki kategorinin de tek eksenli çerçeveleriyle siyah kadınların deneyimlerini açıklamaya yetmediğini açıklamıştır.⁴⁹⁵ Yazara göre siyah kadınların deneyimi, ne siyahlıkla ne kadınlıkla, ne de bu ikisinin toplamıyla anlaşılabilir çünkü onlar için her iki kategori de ayrıcalıklı kalır. Nitekim ırk temelli ayrımcılık genellikle sınıf ayrıcalıklı erkek siyahların; cinsiyet temelli ayrımcılık ise sınıf ayrıcalıklı beyaz kadınların deneyimleri ile tanımlanır.⁴⁹⁶ Halbuki siyah kadınların maruz kaldığı ırkçılık ve cinsiyetçilik, ayrıcalıklı siyahların ve ayrıcalıklı kadınların deneyimlerinden bambaşka bir kesişimsel tahakkümden kaynaklanır ve başlı başına bir ayrımcılık deneyimi olarak ele alınmalıdır.

Crenshaw, ayrımcılığın tek eksenli değerlendirilmesindeki ve kesişimsel kimliğe sahip kişilerin ayrımcılık iddialarını kimliklerinden birini tercih ederek tek yönlü olarak sunmalarının beklenmesindeki sorunu, trafik metaforuyla anlatmıştır.⁴⁹⁷ Kesişimsel kimliği kavşağa benzeten Crenshaw, kavşakta duran siyah kadının kavşağın dört yanından farklı yönlerde akan trafikle cinsiyet ayrımcılığına ve ırk ayrımcılığına maruz kaldığı benzetmesini yapmıştır. Buna göre, bir siyah kadın kavşakta trafik kazasına maruz kaldığında, bu kaza sadece belirli ve tek yönden gelen bir araçtan kaynaklanmış olabileceği gibi farklı yönlerden gelen araçların birlikte hareketlerinin sonucunda meydana gelmiş de olabilir. Bu halde, siyah kadının gördüğü zararın cinsiyet ayrımcılığından, ırk ayrımcılığından ya da ikisinin birlikte yarattığı ayrımcılıktan doğması mümkündür.

⁴⁹³ Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, İstanbul: On İki Levha, 2017, s. 228.

⁴⁹⁴ Kimberle Crenshaw, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, s. 140.

⁴⁹⁵ Ibid.

⁴⁹⁶ Ibid.

⁴⁹⁷ Kimberle Crenshaw, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, s. 149.

Crenshaw’a göre, siyah kadınların “siyah kadın” olarak uğradığı ayrımcılığın bunun ancak ayrı bir grup oluşturduğunu kanıtlamaları halinde ciddiye alınması, kaza mahalline gelen bir doktorun yaralıyı ancak yaralanma tıbbi olarak tespit edildiğinde tedavi etmeye karar vermesi gibidir. Diğer bir deyişle, ayrımcılık mağdurunun mağdur sıfatının çok yönlülüğünü bu şekilde kanıtlamak zorunda olması, yargıcın ayrımcılığı gördüğü halde mağdurun ait olduğu grubu tanımlamaktan imtina ederek ayrımcılık yasağını uygulamaması demektir. Buna benzer bir şekilde, Crenshaw, siyah kadınların ayrımcılık iddialarının iddialarını yalnızca ırka ya da yalnızca cinsiyete dayandırmaları şartıyla incelenmesini de kaza mahalline ambulansın ancak kazaya sebep olan sürücünün belirlenmesinden sonra çağrılmasına benzetmiştir. Böyle bir tek yönlü sınırlamaya gidilmesi, boşa gidecek bir çabaya girilmesi anlamına da gelebilecektir zira kavşaktaki kazaya birkaç farklı araç karıştığında yoldaki fren izleri, arabaların çarpış şekli, yaralanmanın meydana geliş biçimi sorumlunun kim olduğunu bir çırpıda ortaya çıkarmaya yaramayabilir. Keza kaza, arabaların eş zamanlı hareketiyle ve ortak kusuruyla gerçekleşmişse sorumluluğu paylaşmak da kolay olmaz. Bu halde, ayrımcılık iddiasının ileri sürülebilmesi için cinsiyetçilik yönünden akan ayrımcılık trafiğinden gelen araç ile ırkçılık yönünden akan ayrımcılık trafiğinden gelen araçtan biri arasında tercih yapıldığında, tercih dışı bırakılanın yaptığı ayrımcılık, ayrımcılık yasağından muaf tutulmuş olur. Üstelik hiçbir sürücünün tek başına ve açıkça sorumlu tutulmadığı durumda, ayrımcılık yasağı iddiası tamamen temelsizleştirilir ve kavşaktaki siyah kadın yaralandığıyla kalır.⁴⁹⁸

Bu trafik metaforuyla eleştirilen, ayrımcılık yasağının "herhangi bir temelde" "her türlü" ayrımcılığa maruz kalındığında başvurulacak bir güvence olmaktan çıkması ve bunun yerine "temeller" üzerinden insanları belirli kategorilere sıkıştırmasıdır. Başka bir ifadeyle, ayrımcılığın sebeplerinin ayrımcılık mağduruna onun deneyiminden bağımsız olarak belirli bir şekilde dikte edilmesidir. Bu yönüyle, Crenshaw’un eleştirisi yine kategorik düşünmeye yöneliktir. Ancak burada, kategorikleştirmenin başka bir yönüne dikkat çekilmiştir. Eril tahakkümün ürettiği kategorilere saplanıldığında, sadece tahakkümün cinsiyet kategorisi ile yarattığı şiddet değil cinsiyet kategorilerine atfettiği diğer özelliklerle ayrımcılığı nasıl çeşitlendirdiği görmezden gelinir. Bir kadının kadın olduğu için yani cinsiyet temelinde farklı

⁴⁹⁸ Kimberle Crenshaw, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, s. 149.

muameleye uğradığı iddiasının makul olup olmadığı, tahakkümün kodlarıyla zihinlerde beliren “evrensel kadın” modeli üzerinden değerlendirilir. Ancak, örneğin işçi bir siyah kadının maruz kaldığı cinsiyetçilikte bu “evrensel kadın” beyaz, orta üst sınıftan, varlıklı ve kültürel olarak da çoğunluktan biri olmaya devam eder. Diğer bir deyişle, siyah kadın, tahakkümün altında ezilmeye devam ederken ayrımcılık yasağının korumasından da dışlanır. Böylelikle tahakküm ile hukuk arasındaki tutarlılık, hukuku eşitliği zorlayan tüm kurumsal araçlara rağmen devam eder.

Dikkat edilirse bu eleştiri, sadece hukuka ve ayrımcılık yasağına değildir; eleştirinin feminizme ve hatta genel olarak eşitlik çalışmalarına yönelen bir yönü de vardır. Feminist teori, belirli bir kadın tanımı üzerinden eşitlik savunusu yaptıkça “evrensel kadın” kimliğinin dışlayıcılığına destek çıkar ve amaçladığının aksi sonuç doğurarak tahakkümü sağlamlaştırır. Zira bu halde feminizmin hukuk üzerinde doğurabileceği tek değişiklik, hukuk uygulamasında yerleşmiş “evrensel kadın” formülüyle sınırlı kalır. Crenshaw’un çalışmalarında bu kadın varlıklı ve beyaz olarak ele alınmıştır; ancak evrensel kadın protipinin de sabit olmadığı, her defasında ayrımcılık mağduruna göre ayrıcalıklı kalan yeni özelliklere bürüneceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim tahakküm için önemli olan dezavantajlıların dezavantajını korumaktır. Öyleyse sorun hiçbir zaman bu kimliğin ya da formülün eksikliğinde aranmamalıdır; sorun, tahakkümün tasarladığı bu tür bir genelleştirilmiş kimliğin ayrımcılık yasağının değerlendirilmesine temel alınmasıdır.

Ayrımcılık yasağının indirgemeci ve dışlayıcı kategoriler üzerinden uygulanıp uygulanmadığını ortaya çıkarabilmek için yine feminist hukuk metodolojisine başvurulmalıdır. Özellikle kadın sorusu olmadan, ayrımcılık yasağından nelerin ve kimlerin hariç bırakıldığını ortaya çıkarmak mümkün olmaz. Crenshaw’un eleştirilerinde ele aldığı örnekler, siyah kadınların iş yerinde maruz kaldıkları, ayrımcılığı ileri sürerken mağduriyetlerini ırk ya da cinsiyet kategorilerinden birini seçerek ‘doğru’ bir şekilde temellendirmemeleri halinde davalarının reddedilmesine ilişkindir.⁴⁹⁹ Bu örneklerde kişilerin kesişimsel kimliklerinden birini tercihe zorlanmaları söz konusu olduğu için indirgemeci yaklaşım aşıkardır, ancak çoğu zaman bu kadar açık seçik de olmaz. Nitekim çalışmanın birinci bölümünde incelenen

⁴⁹⁹ Bakınız Kimberle Crenshaw, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, s. 149.

örneklerin çoğunda aslında ayrımcılık mağdurlarının kesişimsel kimliği, ayrımcılık deneyimini ağırlaştırmış ve ayrımcılığın etkilerinin anlaşılmasını zorlaştırmıştır. Örneğin, Semenya'nın Güney Afrikalı kimliğinin interseks kadın kimliğinden, Cem Burak Karataş'ın trans kimliğinin seks işçisi kimliğinden ayrılması mümkün değildir. Ancak kategorik düşünme alışkanlığı, bu kimliklerden birinin ön plana çıkarılmasına ve ayrımcılık deneyimlerinin seyreltilerek incelenmesine sebep olmaktadır.

Feminist teori açısından böyle bir yaklaşım, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucunu doğurduğu halde dahi yetersizdir. Tek eksenli ayrımcılık yasağı anlayışına yönelik bu eleştiriler, feminist teorinin haklara yönelik diğer eleştirileriyle birlikte, çalışmanın ikinci bölümünde incelenecek kararlardaki eksiklikleri ve Anayasa Mahkemesinin kesişimsel kimliklere yaklaşımını feminist metodolojinin yardımıyla ortaya koymak için bir araç seti niteliğindedir. Bu yüzden, bu eleştirilerin hiçbirinin salt teorik olmadığını, aksine karar verme süreçlerini etkileyen ve bu anlamda pratik değeri olan araçlar olduğunu fark etmek önemlidir.

İKİNCİ BÖLÜM: FEMİNİST HUKUK TEORİSİNİN YAKLAŞIMIYLA ANAYASA

MAHKEMESİ KARARLARININ ELEŞTİRİSİ

Mahkeme kararları, feminist teori çalışan hukukçuların odağında önemli bir yer kaplamıştır. Bunda, feminist teorinin metodolojiye verdiği ağırlık şüphesiz etkilidir. Ancak, mahkeme kararlarının bir çalışma alanı olarak tercih edilmesindeki temel etken, hukukun objektif yüzünün eril tahakküm yanlısı olduğunu açığa çıkaracak bir malzeme niteliğinde olmasıdır. Gerçekten de feminist teorinin özellikle fark ettirmeye çalıştığı sorun, objektiflik kisvesi altında kusursuzlaştırılan hukukun ayrımcı kusurlarıdır. Yoksa, liberal insan hakları perspektifi, hukukun açıkça eşitsiz olan kurallarının ya da uygulamalarının tespiti için çoğu zaman yeterli olmaktadır. Fakat feminist teori bununla yetinmeyerek saklı olanı ifşa etmenin peşine düştüğü içindir ki eşitliğin garantörü kabul edilen insan hakları dahi şimşekleri üstüne çeker ve feminist teorinin eleştirisine maruz kalır. Zira feminist teori, hukukun gerçek anlamda dönüşmesinin ancak eşitlik ve objektiflik varsayımlarının irdelenmesi ile mümkün olabileceğini iddia eder.

Mahkeme kararları, bunun için biçilmiş kaftandır çünkü bu kararlar ile hâkimler, mevzuatın ve onun uygulanış biçiminin kaydını tutarlar.⁵⁰⁰ Diğer bir deyişle feminist teorinin gözünden yargılama, hiçbir zaman tarafların iddia ve savunmalarının usuli güvencelerle yarıştırıldığı ve hangi tarafa ağırlık verildiğinin bir hükümle açıklandığı süreçten ibaret değildir. Hâkim, verdiği kararla konuşur.⁵⁰¹ Kararıyla, kamuoyuna yasadan ne anladığını, dava konusu olayın ne olduğunu ve verdiği karara

⁵⁰⁰ Ailsa Carmichael, “Foreword”, içinde Ed. Sharon Cowan, Chloë Kennedy, Vanessa E. Munro, **Scottish Feminist Judgements: (Re)Creating Law from the Outside In**, Oxford: Hart Publishing, 2019.

⁵⁰¹ Bu söz, burada başka bir bağlamda kullanılmıştır, ancak esasında ifade özgürlüğüyle ilgili olarak dile getirilir. Hâkim ve savcılara eleştiri yöneltildiğinde, görevlerinin niteliği gereği bu kamu görevlilerinin cevap verme imkânının olmadığı; onların ancak kararları vasıtasıyla konuşabildiği, bu yüzden de onlara yönelen eleştirilerin sınırının diğer ifadelerle göre daha dar olduğu kabul edilir. Bakınız AYM, Emin Aydın (2) Başvurusu Başvuru No: 2013/3178, Karar Tarihi: 25.6.2015, § 48-52, AİHM, Morice/Fransa [BD], Başvuru No: 29369/10, Karar Tarihi: 23.4.2015, § 128-131. Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri’nde de bu ifade geçer. Bakınız Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı, “Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri”, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/YargiEtigillkeleri.pdf>, (Son Erişim: 2 Şubat 2024), Değer 4, Kural 4.18.

hangi sebeplere dayanarak ulaştığını anlatır.⁵⁰² Bu yönüyle mahkeme kararları, kâğıt üzerindeki kuralları ve yasakları uyandırır ve onları insanların yaşamını belirleyen bir aktöre dönüştürür. Böylece hukuk, insanların yaşamına dokunmaya başlar. Nitekim her bir yargılama kaçınılmaz olarak bir gerçek yaşam hikâyesi içerir. Mahkeme kararları, bu hikâyelerin yasal anlatısıdır. Bununla birlikte, hikâyeler, anlatıcısı olan hâkimin kişiliği, aldığı eğitim, sosyal ilişkileri, bağlı olduğu toplumun gelenekleri ve içinde bulunduğu kurumsal yapının alışkanlıkları ile şekillenir ve onun vicdani kanaat süzgecinden geçerek son bulur.⁵⁰³

Bir yasal anlatının veyahut “karar yazımı”nın, hukukun belirlediği çerçeve ne kadar dar olursa olsun, her zaman bir alternatifi vardır. Feminist hukukçular, bu alternatiflerin neler olabileceğini araştırırken hâkimin hikâyeyi hangi (hukuki) araçlarla anlattığına bakar ve hikâyeden neleri ve kimleri dışladığını araştırır. Bu yüzden, mahkeme kararlarının feminist incelemesi, “kadın” yerine “bayan” kelimesinin kullanılmasındaki gibi kelimelerin neyi ima ettiği sorunuyla sınırlı değildir. Keza bir kararın, baz alınan başka bir ülke mahkemesinin ya da uluslararası yargı organlarının ‘örnek’ kararlarıyla karşılaştırılmasından da fazlasıdır. Kararların eleştirisi, hikâyenin kendisi kadar etkisine de odaklanır ve onun kimin çıkarlarını gözettiğine de ışık tutar.

Tüm bu “hikâye” ve “anlatı” gibi ifadeler, feminist incelemenin hukuk dışı olduğu yanılsamasını uyandırmamalıdır. İskoç Feminist Kararlar Projesi’ni yürütenlerin işaret ettiği üzere, kararların feminist eleştirisi ya da feminist yeniden yazımı, “olması gereken” hukuk tahayyülü üzerinden yapılmaz; tam da “olan hukuk”un sınırları içerisinde nelerin farklı olabileceğini gösterir. Bu açıdan proje yürütücüleri, Audre Lorde’nin Türkçe’ye “*Efendinin evi hiçbir zaman efendinin araçları ile yok edilemez*” (“*The Master’s Tools Will Never Dismantle the Master’s House*”)⁵⁰⁴ şeklinde çevrilebilecek başlıklı konuşmasını hatırlatarak okurlarını

⁵⁰² Ailsa Carmichael, “Foreword” içinde Ed. Sharon Cowan, Chloë Kennedy, Vanessa E. Munro, **Scottish Feminist Judgements: (Re)Creating Law from the Outside In**.

⁵⁰³ Çalışmanın ilk bölümünde ortaya konulduğu üzere, feminist teorinin bakış açısıyla hâkimin vicdani kanaatinin salt hukuka dayanmadığı aşıkardır. Ancak feminist teorinin dışında da hâkimlerin vicdani kanaatinin sosyal arka planlarından ve kişiliklerinden etkilendiğine yönelik tartışmalara dair özet ve değerlendirme için bakınız Joel B. Grossman, “Social Backgrounds and Judicial Decision-Making”, **Harvard Law Review**, Vol. 79(8), 1966, ss. 1551-1564., Lee Epstein, Jack Knight, “How social identity and social diversity affect judging”, **Leiden Journal of International Law**, Vol.35(4), 2022, ss. 897-911.

⁵⁰⁴ Çeviri, çalışmanın yazarına aittir. Audre Lorde, **Sister Outsider: Essays and Speeches**, California, New York: Crossing Press, 2007, ss. 110-113.

Lorde'nin haklı eleştirileri üzerinde düşünmeye davet etmiştir. Esasında Lorde, bu sözlerini feminist hukukçuların metotlarına karşı söylememiştir. Davet edildiği bir akademik konferansın programına, konuşmacılarına ve izleyicilerine bakan Lorde, siyah ve lezbiyen feministlerin feminizmin diğer sorunlarının tartışıldığı panellere konuşmacı olarak davet edilmediğini ve programın son saatindeki “kişisel-politik” konulu bir panele sıkıştırıldığını görür. Lorde kendisinin de yer aldığı bu panelde deneyimlediği dışlanmışlıktan ziyade bunun böyle bir etkinlikte gerçekleşmesinin anlamına odaklanır. Feminizmin, kadının varlığı ve ihtiyaçları konusunda erkeğe eğitim vermeye ve erkeğin cehaletini sona erdirmeye yönelmesini eleştirir. Aynı eleştiri, lezbiyen kadının heteroseksüel kadına ya da siyah kadının beyaz kadına kendini anlatmasında ve onu eğitme misyonunu yüklenmesinde de geçerlidir. Lorde'ye göre bu, *“ezilenleri efendinin kaygılarıyla meşgul etmek için tüm ezenlerin başvurduğu eski ve ilkel bir araçtır”*.⁵⁰⁵ Zira bu yolla, tahakküm altında ezilenin üzerine “ezilen” statüsü iyice yapışır. Ezilen, ezilen olmanın ne olduğunu anlatma misyonunun dışına çıkamaz, sadece “ezilenin bir parçası” olarak konuşma fırsatını bulur. Onu ezenle iletişime geçemez, onu etkileyemez. Böylece hükmeden, hükmettiğini oyalayarak onun üzerinde baskı kurmaya devam eder.

Lorde'nin eleştirisi, hukukun araçlarını kullanarak hukuku değiştirmeye çalışmak bakımından da düşündürücüdür. Çalışmanın ilk kısmında ortaya konduğu üzere, feminist teori hukuku eleştirirken hukuku üretenlerin, hukuk kurallarının ve hukukun uygulanma biçiminin bir bütün olarak eril tahakkümün hizmetinde olduğunu tartışır. Öyleyse, mahkeme kararlarını eleştirmek, hâkimlere farkındalık kazandırmaya çalışırken aslında eril tahakkümün tuzağına mı düşmektir? Başka bir ifadeyle, karar yazım hukukun kaydını tutmaksa, feminist eleştiri hukukta hiçbir zaman yapılmayacak olanın kaydını tutmak mıdır? Burada, “hukuk” ile “hukuku kaplayan eril tahakküm” arasındaki farka dikkat etmek ve feminist hukukçular bakımından yok edilmek istenenin hukuk değil, eril tahakküm olduğunu ayımsamak gerekir. Bu yüzden sorulara verilecek cevap, olumsuzdur. Karşımızda efendinin (eril tahakkümün) bir evi varsa ve bu ev tarihsel olarak ayrıcalıklı erkeklerin oluşturduğu hukuk sistemi ise, bu evde herkesin bir arada eşitçe yaşayabilmesi için evin yıkılması zorunlu değildir. Eril tahakkümün hukuki araçları değiştirilebilir, değiştirilmese dahi farklı şekillerde

⁵⁰⁵ Audre Lorde, **Sister Outsider: Essays and Speeches**, s. 113.

kullanılabilir; böylece ev herkesin sorunları ve ihtiyaçları göz önünde bulundurularak genişletilebilir, dönüştürülebilir.⁵⁰⁶

Öte yandan, konu Anayasa Mahkemesi kararları olduğunda, kararları eleştirmenin hukukun değişimine sağlayacağı katkı yadsınamaz olmakla birlikte bunun anayasa yargısına has bazı niteliklerle sınırlanacağını ve pek de kolay olmayacağını not düşmek gerekir. Feminist karar eleştirisinin ve yeniden yazımın içtihat hukukuna dayalı Anglosakson hukuk sistemlerinde yayginken Kıta Avrupası geleneğindeki sistemlerde az sayıda örnekle sınırlı kalmasının sebepleri de anayasa yargısında karşılaşılabilecek sorunlar bakımından en baştan göz önünde bulundurulmalıdır.⁵⁰⁷ Gerçekten de içtihadın hukukun kaynağı olduğu sistemlerde, hem kararların olay temelli ve uzun gerekçeli yazılması onları eleştirmeyi kolaylaştırmakta hem de içtihadın değişmesi yoluyla hukukun değişmesini gerçek anlamda mümkün kılmaktadır.⁵⁰⁸ Zira bu sistemlerde hâkimin anlattığı hikâyede hukuk ile yargılamanın taraflarının gerçek yaşam öyküsü iç içe geçtiği için yasal anlatının değiştirilmesi tarafların deneyimlerini içeren bir hukuk değişimine öncülük etmektedir. Buna karşılık, kıta Avrupası geleneğinde hâkimin yasal anlatısında olay ve mevzuat arasındaki ilişki böyle geçişken ve belirsiz değildir. Mevzuat her zaman olaydan ayrı, bağımsız ve sabittir. Hâkim de sadece Anayasa ve mevzuatla bağlıdır; Anglosakson hukukundaki gibi önceki kararlara uymak zorunda değildir.⁵⁰⁹ Bu

⁵⁰⁶ Ailsa Carmichael, “Foreword” içinde Ed. Sharon Cowan, Chloë Kennedy, Vanessa E. Munro, **Scottish Feminist Judgements: (Re)Creating Law from the Outside In**.

⁵⁰⁷ Amerika Birleşik Devletleri’nde başlayan, ardından Birleşik Krallık’ta popülerleşen feminist karar eleştirisi tüm dünyaya yayılsa da nicelik açısından bu çalışmalar Anglosakson hukuk sistemlerinde toplanmaktadır. Dünya genelinde bu zamana kadar yapılan projeleri sıralayan bir çalışma için bakınız Marco Evola, Ivana Krstić, Fuensanta Rabadán, “Feminist Judgments” içinde Ed. Dragica Vujadinović, Mareike Fröhlich, Thomas Giegerich, **Gender-Competent Legal Education**, Cham, Switzerland: Springer, 2023, s. 146. Bu çalışmada hukuk sistemleri arasında yapılan klasik ayırım esas alınmıştır. Ancak, hukuk sistemleri arasındaki ayrımları çeşitlendirmek mümkündür. Bu açıdan feminist karar incelemesi bakımından kolonyal hukuk sistemleri ile farklılık da dikkate değerdir. Buna ilişkin bir değerlendirme için bakınız Vanessa E. Munro, “Feminist Judgments Projects at Intersection”, **Feminist Legal Studies**, Vol.29, 2021, s.254.

⁵⁰⁸ *Stare decisis* (“standing by things decided”) olarak adlandırılan ve mahkemelerin verilen önceki kararlarla bağlı olduğunu ifade eden ilke, Anglosakson hukukunda kararlar ile hukuk yaratıldığını ve bu hukukun bundan sonra verilecek kararlarda da uygulanması gerektiğini ifade eder. Dolayısıyla, önceki karara uygun karar vermek, mevzuata uygun karar vermekle eşdeğerdir. Ancak, önceki kararın gerekçesinin artık geçersizleşmesi ve farklı yönde karar verilmesine yönelik yeni sebeplerin ortaya çıkması halinde, yeni bir emsal karar oluşturulabilir ve hukuk yeniden yaratılabilir. Bakınız Cornell Law School Legal Information Institute Wex Definitions Team, “stare decisis”, https://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis, (Son Erişim Tarihi: 3 Şubat 2024).

⁵⁰⁹ Rona Aybay, **An Introduction to Law**, İstanbul: İstanbul Bilgi University Press, 2019, s. 59. Önceki kararlarla bağlı olmama, elbette hâkimlerin gelişigüzel ya da birbirleriyle çelişen kararlar vermesini ifade etmez. Ancak içtihat bağlayıcı bir hukuk kaynağı sayılmadığı için hâkimin, gerekçelendirdiği süreç, hukuku önceki kararlardan farklı uygulamasının mümkün olduğunu anlatır. Yoksa, hukukun yeknesak

yüzden yargılamada değişen sadece hâkimin önüne gelen olaylardır ve hâkimin yapması gereken tek şey, olaydaki hukuki sorunu tespit ederek o sorunu çözecek hukuk kuralını vicdani kanaatine göre uygulamaktır. Elbette hâkimin olayı nasıl tarif ettiği, hukuki sorunu nasıl belirlediği ve hangi kuralı nasıl uyguladığı feminist eleştiri için yeterli zemini sağlar. Ancak bu gelenekte yargılamadaki sorunların yargı kararlarıyla değil yeni bir yasayla giderilmesi alışkanlığı olduğu için değişikliğin içtihat yoluyla gerçekleşmesine yönelik beklenti daha düşüktür. Bu yüzden eleştiriler genellikle içtihat yerine yasaya yönelir.

Bunun yanında, merkezi anayasa yargısı bakımından tek sorun hukuk geleneği ve kararların bu gelenekteki yeri de değildir. Zira anayasa yargısı, hukuk veya ceza yargılaması gibi diğer yargılama faaliyetlerinden farklı olarak maddi olaylardaki hukuki sorunların çözümüyle ilgilenmez. Türkiye’deki sistemden ilerlenecek olursa, Anayasa Mahkemesinin geleneksel yetkisi ve görevi, norm denetimi olmuştur. Mahkeme ister iptal davası yoluyla ister itiraz başvurusuyla önüne gelmiş olsun, incelediği kuralların Anayasa’ya uygunluğunu değerlendirirken taleple bağlı kalmak zorundadır.⁵¹⁰ Diğer bir deyişle, Mahkemenin kendiliğinden harekete geçip önündeki kuralla bağlantılı bazı başka kuralları da incelemesi mümkün değildir. Keza Anayasa’ya göre, Mahkeme bir kuralı iptal ederken “*kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez*”.⁵¹¹ Ancak Mahkeme, Anayasa’ya aykırılık iddiasında ileri sürülen gerekçelerden başka gerekçelere dayanarak iptal kararı verebilir. Ne var ki, bu serbestî sadece Mahkemenin incelemeye

uygulanması gerekliliği, Kıta Avrupası sistemleri için de geçerlidir. Buna ilişkin bir çalışma için bakınız Consultative Council of European Judges, “Opinion No:20, The Role of Courts with respect to the Uniform Application of the Law”, 2017, <https://rm.coe.int/opinion-no-20-2017-on-the-role-of-courts-with-respect-to-the-uniform-a/16807661e3>, (Son Erişim Tarihi: 2 Şubat 2024).

⁵¹⁰ Bu sınırlamayı düzenleyen Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 43. maddesinin 3.fıkrası şu şekildedir: “*Mahkemenin, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir.*”

⁵¹¹ Bunun tek istisnası, bir kuralın iptalinin başka madde veya hükümlerin uygulanmasını imkânsız hale getirdiği durumda Mahkemenin uygulanma kabiliyeti ortadan kalkan diğer hükümlerin de iptaline karar verebilmesidir. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 43. Maddesinin 4. fıkrası bu istisnayı şu şekilde düzenler: “*Başvuru, kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir.*”

esas alacağı ölçü normlar arasında tercih yapabilme olanağını ifade eder. Yoksa Anayasa’ya aykırılık incelemesi, kuralın somut durumlara nasıl uygulandığı ile ilgili değildir.⁵¹² Norm denetimine konu kuralın Anayasa’daki kural ve ilkelere aykırılık teşkil edip etmediği, onun soyut anlamı ve hukuki sonuçlarına bakılarak değerlendirilir. “Davaya uygulanacak kural” kriteri gereğince sadece görülmekte olan davadaki hukuki sorunların çözümünde kullanılacak kuralın Anayasa Mahkemesine taşınabildiği itiraz başvurusunda dahi, Anayasa Mahkemesi için davadaki maddi olay ve tarafların bu kuraldan nasıl etkilendiği konu dışıdır. Bu yüzden, Anayasa’ya aykırılık incelemesi, bağlamsızdır ve bağlamsız olduğu ölçüde de soyut ve genel gerekçelere dayalı olmaya mahkumdur.

Bu çerçevede Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kararlarını feminist teori açısından incelemek, elverişli ama bir o kadar da zorlayıcıdır. Elverişlidir çünkü bu kararlar tam da feminist teorinin irdelemek istediği genellik ve objektiflik içerir. Zorlayıcıdır çünkü norm denetiminin dar kapsamı ile Anayasa’ya aykırılık incelemesinin soyutluğu, Mahkemenin kararlarına yöneltilen eleştirilere karşı ön yargıyı arttırır. Zira norm denetiminde yasal anlatının peşine düşmek ve soyut gerekçelerden somut anlamlar çıkarmak, pek çok hukukçu için spekülatifdir. Bu bakış açısına göre böyle bir inceleme, Mahkemenin kullandığı kelimelere ve cümlelere fazla anlam yüklemekten ya da Mahkemeyi yazmadıklarından sorumlu tutmaktan; niyet okumaktan başka bir şey değildir. Bu ön yargı, feminist teorinin Mahkemeden daha kapsayıcı ve eşitlikçi olmasını istemesinin yargısal aktivizm beklentisi olarak yanlış yorumlanmasını da içerir.

⁵¹² Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararlarına yöneltilen eleştirilerin bir sebebi de budur. Buna göre, yorumlu ret, bir kuralın Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu yorum çerçevesinde uygulandığında Anayasa’ya uygun olduğunu ifade ettiğinden sadece Anayasa Mahkemesinin “kanun koyucu” gibi hareket etmesi ihtimalini doğurmamakta, aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin denetimini kuralın fiili uygulamasını da kapsayacak şekilde genişletmektedir. Anayasa yargısında ve özellikle Türkiye’de yorumlu ret kararlarına ilişkin bir çalışma için bakınız İsmail Yüksel, **Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı**, Ankara: Adalet Yayınları, 2013, ss. 87-101. Diğer yandan, bireysel başvuru kararlarında tespit ettiği ihlaller vasıtasıyla, Anayasa Mahkemesinin bu ihlallerle bağlantılı soyut kuralların norm denetiminde kuralların uygulamadaki yansımalarına bakmaya başladığını ve bu anlayışı kırmaya yöneldiğini not etmek gerekir. Örneğin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesinde yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilmesine ilişkin kuralın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinin temel gerekçesi, bu kurumun uygulanmasıyla ortaya çıkan hak ihlalleri olmuştur. Bakınız AYM, E. 2021/121, K. 2022/88, Karar Tarihi. 20.7.2022, § 30. Anayasa Mahkemesinin bu kararını tam da bu yüzden, normun kendisinin değil uygulamasının Anayasa’ya aykırı görülmesi gerekçesinin norm denetimi incelemesine dahil olmadığı sebebiyle eleştiren bir yazı için bakınız Kemal Gözler, “Anayasa Mahkemesinin HAGB Kararının Kendi İçinde Değerlendirilmesi”, <https://www.anayasa.gen.tr/hagb-2.htm>, (Son Erişim Tarihi: 20 Mayıs 2024).

Öte yandan, feminist incelemeye yönelik ön yargının Anayasa Mahkemesine 2010 Anayasa değişikliği ile verilen bireysel başvuruları inceleme yetkisi bakımından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bireysel başvuru, Anayasa'nın 148. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin “*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia*”larını incelediği bir yoldur. Mahkemeye bireysel başvuru ile verilen yetki, esastan incelenmesine karar verilen dosyalarda bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmediğini tespit etmekle sınırlıdır⁵¹³; Mahkeme, ihlalin kaynağının bir norm olması halinde dahi o normun Anayasa'ya aykırılığını inceleyip normu iptal edemez.⁵¹⁴ Bireysel başvuru ile norm denetimi arasında yapılan bu keskin ayırım, anayasa yargısında bütüncül yaklaşımı engellemek ve anayasa yargısının etkinliğini sınırlamakla haklı olarak eleştirilmiştir.⁵¹⁵ Doğrusu, bu ayırımın Anayasa Mahkemesi açısından norm denetimindeki geleneksel soyut yaklaşımdan sıyrılarak bireysel başvuru incelemesinde olay odaklı bağlamsal bir yaklaşım geliştirme imkânı yarattığını söylemek de mümkündür. Ancak, bu imkândan yararlanılmamıştır. AİHS ile

⁵¹³ Burada Mahkemenin esas incelemesi sonucunda vereceği kararlar bakımından yetkisi kastedilmiştir. Anayasa Mahkemesinin, esas inceleme aşamasında tedbir kararı verme yetkisi de vardır. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin 5. fıkrası bu istisnayı şu şekilde düzenler: “*Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere resen veya başvurunun talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar.*”

⁵¹⁴ Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesinde “davaya bakan mahkeme” sıfatını haiz olduğunu ve “*gerekli gördüğü takdirde ihlalin dayanağını oluşturan normun anayasaya uygunluk denetimi*” yapması gerektiğini savunan görüş için bakınız Ece Göztepe Çelebi, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi”, **Anayasa Yargısı**, Vol.32(1), 2015, s. 28. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemesinde kanundan kaynaklanan bir ihlal tespit ettiğinde ve “*uyuşmazlığa uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya uygun, yoruma dahi imkân tanımayacak ölçüde açık ve belirli olduğu durumda*” ihlalden kaynaklanan mağduriyetin giderilmesi için derece mahkemesinin yeniden yargılama yapmasına karar vermekle kalmamış, yapılacak yargılamada derece mahkemesinin davaya uygulanacak Anayasa'ya aykırı kuralı itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine taşıması gerektiğini de belirtmiştir. Mahkemeye göre, “*Anayasa'ya aykırı olduğu hâlde kanun hükmüne karşı itiraz yoluna gidilmeyerek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması o davada görevli mahkemenin Anayasa ile kendisine verilen görevi yerine getirmediği anlamına geleceği gibi bireysel başvuruya konu olması hâlinde Anayasa ile korunan temel hak ve hürriyetlerin de ihlaline sebebiyet verebilecektir.*” Bakınız AYM, Hulusi Yılmaz Başvurusu, Başvuru No: 2017/17428, Karar Tarihi: 1.12.2022, § 52, 58.

⁵¹⁵ Bakınız Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemini Destekleme Projesi, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemi İhtiyaç Analizi Raporu**, <https://rm.coe.int/16806f2347>, (Son Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024), s. 3. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un tasarısında “*Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlalinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar*” şeklinde yer alan düzenleme, Kanun metnine dahil edilmemiştir. Buna ilişkin süreci açıklayan ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru incelemesinde iptal kararı verme yetkisi verilmesine yönelik itirazları eleştiren bir çalışma için bakınız Ece Göztepe, “Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol. 95, 2011, s. 31.

sınırlanan bireysel başvuru mekanizması, Mahkemeyi AİHM tekniğine sıkıştırmış ve AİHM kriterleri ile Anayasa'nın 13. maddesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını çizen çerçeve, hukukçular için Mahkemenin takip etmesi gereken soyut ve genel hukuki adımları oluşturmuştur.

Bununla birlikte, bireysel başvuruda Mahkemenin ihlal kararı vermesi durumunda kamu gücünü uygulayarak ihlale sebep olan makamlara ihlalin sonucunu ortadan kaldırma yükümlülüğü yüklemesi, Mahkeme üzerindeki baskıyı arttırmıştır.⁵¹⁶ Bu yüzden, Mahkemeden bu kriterleri uygularken olay bazlı yaklaşım geliştirmesi ya da bireysel başvurunun etkinliğini arttırarak gerektiğinde kanun koyucunun siyasi takdirine dokunmaya başlamasını beklemek, Mahkemeyi yargısal aktivizm eleştirilerinin daha şiddetli bir biçimde odağı haline getirme riskini taşımaktadır. Diğer bir deyişle, bireysel başvuruda feminist incelemenin de yine yargısal aktivizm talebi olarak anlaşılması muhtemeldir.

Fakat bu çalışmada yapılacak inceleme, yargısal aktivizm araştırması değildir. Yargısal aktivizmin tercih edilebilirliği ya da sınırları sorunları da çalışmanın konusu değildir.⁵¹⁷ Zira Anayasa Mahkemesi kararlarının feminist incelemesi, tam da klasik hukukçuların aşına olduğu *teknik* uygulamanın sorunlarını ortaya çıkaran ama alternatifi de yine bu *teknik* üzerinden gösteren bir yöntemeye dayanır.⁵¹⁸ Dolayısıyla, ön yargıların aksine, Anayasa Mahkemesi kararları Anayasa Mahkemesinin mevcut

⁵¹⁶ Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının icrasına ilişkin genel sorunlar için bakınız Ulaş Karan, **Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası**, İstanbul: On İki Levha, 2018, ss. 165-241. Bununla birlikte, Mahkemenin üzerindeki baskıyı arttıran, siyasi gündemi etkileyecek kararlarının uygulanmasına gösterilen dirençtir. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı uygulanmadığı için tekrar ihlal kararı vermek zorunda kaldığı karar örnekleri için bakınız AYM, Şahin Alpay Başvurusu (2) [GK], Başvuru No: 2018/3007, Karar Tarihi: 15.3.2018., AYM, Şahin Alpay Başvurusu (3), Başvuru No: 2018/10327, Karar Tarihi: 3.12.2020., AYM, Mehmet Hasan Altan Başvurusu (3), Başvuru No: 2018/2620, Karar Tarihi: 9.1.2020., AYM, Kadri Enes Berberoğlu Başvurusu (3) [GK], Başvuru No: 2020/32949, Karar Tarihi: 21.1.2021., AYM, Şerafettin Can Atalay Başvurusu (3) [GK], Başvuru No: 2023/99744, Karar Tarihi: 21.12.2023.

⁵¹⁷ Yargısal aktivizm kavramını Türkiye'deki tartışmalarla birlikte açıklayan bir çalışma için bakınız Ozan Ergül, "Berraklaştırılmayan Bir Kavram: 'Yargısal Aktivizm'", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol. 104, 2013, ss. 37-54., Türkiye'de Anayasa Mahkemesinin kararlarının yargısal aktivizm kavramı çerçevesinde değerlendirildiği başka bir çalışma için bakınız Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Vol. 62(3), ss. 257-268.

⁵¹⁸ Burada "teknik" kelimesiyle kastedilen, anayasa yargısını yargısal bir işlev olarak ele alıp Anayasa kuralları üzerinden değerlendirmektir. Anayasa normlarının bazılarının, eşitlik ya da demokrasi gibi, ilkesel ve genel nitelikte olmasının anayasa mahkemesi yargıçlarına siyasi yorum yapma imkânını sağlayacak muğlaklıkta olması karşısında "*anayasa normlarının anayasa mahkemesini yargısal bir işlevle sınırlandıracak şekilde formüle edilmesi gerektiği*"ne ilişkin görüşleri açıklayan bir çalışma için bakınız Berke Özenç, **Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak: Kelsen Schmitt'e Karşı**, İletişim: İstanbul, 2022, s. 41 vd.

görev ve yetkileri çerçevesinde ve kendi içtihadı göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir. Çalışmanın amacı, bir yandan Anayasa Mahkemesinin objektif yaklaşımının ardında yatan eril tahakkümü açığa çıkarmak, diğer yandan Mahkemenin eşitsizliğe ilişkin bağlamı dikkate aldığı hukukun belirlediği sınırlar içerisinde nasıl farklı yaklaşım geliştirebileceğini göstermektir. Diğer bir deyişle, feminist teorinin eleştirilerinin ve metodolojisinin hukuka ve özellikle anayasa yargısına uygulanabilirliğini ortaya koymaktır.

Anayasa Mahkemesinin tüm kararlarının bir inceleme çalışmasına konu edilmesi mümkün olmayacağından bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin “özne”ye dair yaklaşımının belirlenebileceği kararları örneklem olarak seçilmiştir.⁵¹⁹ *Özne* kelimesi, gramatik anlamda “*yüklem bildirdiği durumu üzerine alan kimse*”yi⁵²⁰ ifade ettiğinden *fail* terimine denk gelir, ancak buna rağmen hukukçular için herhangi bir hukuki kavramı çağrıştırmayabilir. Bunun sebebi, muhtemelen, kelimenin daha geniş ve farklı bir anlamı da taşımasıdır: *Özne*, “*bilinci, sezgisi, düş gücü olan birey*”dir.⁵²¹ Feminist teori açısından, kadının özneliği sorunu da onun, failliğinin yanı sıra anılan özelliklere sahip, kendi kaderini tayin edebilen bir birey olarak tanınıp tanınamasıyla ilgilidir.⁵²² Bununla birlikte, *kadın* özneyi tanımlamak, tek başına *öznenin* tanımını vermek kadar basit değildir. Zira çalışmanın ilk bölümünde tartışıldığı üzere, cinsiyete yönelik tanımlar da sorgulanmaya muhtaçtır. Ancak bu çalışmanın konusu ve kapsamı bakımından, Anayasa Mahkemesinin *kadını* nasıl tanımladığını ve sınırladığını tespit etmek, feminist teorinin hukuka yönelttiği eleştirileri değerlendirmek açısından önemlidir.

⁵¹⁹ Anayasa Mahkemesinin cinsiyetçiliğini Mahkemenin norm denetimi kararlarından başka bir örneklem belirleyerek değerlendiren bir çalışma için bakınız Bertil Emrah Oder, “Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İhtihat ve Hukuk Politikası”, içinde Ed. Hülya Durudoğan, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder, Deniz Yüksek, **Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar**, İstanbul: Koç Üniversitesi, 2010, ss. 207-238.

⁵²⁰ Türk Dil Kurumu, “Özne”, <https://sozluk.gov.tr>, (Son Erişim Tarihi: 5 Haziran 2023).

⁵²¹ Ibid.

⁵²² *Özne* kavramı feminist teoride bununla sınırlı olarak ele alınmamıştır, ancak çalışmanın mevcut bölümünde maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile özel hayata saygı hakkı bakımından inceleme yapıldığı için *özne* kavramının bu yönü üzerinde durulmuştur. İktidar-özne ilişkileri bakımından özneye dair çalışmalar için bakınız Michel Foucault, **Özne ve İktidar**, Çev. Işık Ergüden, Osman Akınbay, İstanbul: Ayrıntı, 2021. Cinsiyetin sosyal inşasıyla birlikte *öznenin* de kimlik üzerinden belirlenmesine ve sıkıştırılmasına yönelik eleştiriler için bakınız Butler, **Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi**, s. 43 vd.

Çalışmanın birinci bölümünde incelendiği üzere, hukuk, heteroseksüel ikili cinsiyet sistemini benimsemiştir. Butler'ın "*heteroseksüel matris*"⁵²³ olarak adlandırdığı bu sistem, erkek ve kadın rollerinin sırasıyla eril ve dişi cinsiyetler tarafından üstlenildiği, arzu ve cinselliğin de yalnızca eril (erkek) ve dişi (kadın) arasında yaşanıldığı bir yapıyı ifade eder. Ancak bu yapı, insanların yaşantı ve deneyimlerinde gerçek bir karşılık bulmaz. Onu oluşturan ve devam ettiren, ön yargı, kabul ve beklentilerdir. Diğer bir deyişle, heteroseksüel matris, kültürel bir idrakten ibarettir.⁵²⁴ Buna rağmen, heteroseksüel matrisi oluşturan cinsiyet, toplumsal cinsiyet ve arzu kavramlarının tanımları ve biçimleri öylesine doğallaşmıştır ki hukukun onu kucaklaması da kendiliğinden gerçekleşir.⁵²⁵ Heteroseksüel matris, diğer her şeyle birlikte, Anayasa ile temel hak ve özgürlüklerin yorumlanma biçimini etkilemekte, böylece heteroseksüel ikili cinsiyet sistemini tanıyan mevzuatın anayasallığını sağlamaktadır. Ancak hukuk ile heteroseksüel matris arasındaki ilişki tek yönlü değildir. Hukuk da heteroseksüel matrisi düzenleyerek ona şekil vermekte, daha önemlisi ise bu yolla onun dayanağını kültürden hukuka dönüştürmektedir.

İşte bu etkileşimde anayasa yargısının rolü belirleyicidir. Heteroseksüel matrisin Anayasa'nın yorumlanmasında ve uygulanmasında esas alınmasının iki önemli sonucu olduğu tartışılabilir. İlki, kadın ve erkek harici cinsiyet kimliklerinin yok sayılması; kadınlık ve erkekliğin ise anatomik özelliklere indirgenmesidir. Bu halde cinsiyet, özneyi kuşatır. Başka bir anlatımla, anatomik özelliklerine bakılarak kadın ya da erkek belirlenen öznenin, bilincini, sezgisini, düş gücünü; genel olarak karar verme ve yapma becerisini kadınlık ve erkeklik rolü üzerinden gerçekleştirmesi beklenir.⁵²⁶ İkincisi ise, yine anatomik özellikler üzerinden bir "kadın" kategorisi yaratılmasıdır.⁵²⁷ Kadınların kategorileştirilmesi, onların biricik özelliklerinin ve farklılaşan kişisel deneyimlerinin yadsınarak genelleştirilmesi anlamına gelir. Kategori, ona dahil olmak isteyenler için kategoriye oluşturan ortak özelliklere sahip olmak; halihazırda dahil kabul edilenler için ise anatomik özellikleri ile toplumsal

⁵²³ Butler, *Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi*, s. 49.

⁵²⁴ Ibid.

⁵²⁵ Çalışmanın ilk bölümünde ele alınan cinsel sözleşme eleştirisine paralel olarak bu yapıyı "heteroseksüel sözleşme" kavramı çerçevesinde açıklayan bir çalışma için bakınız Monique Wittig, *The Straight Mind and Other Essays*, Boston: Beacon Press, 1992, s. 59-74. "*İkiye bölünmüş cinsiyete ve heteroseksüelliği zorunlu kılan normatif ideolojiye itiraz eden*" görüşleri açıklayan bir çalışma için bakınız Zeynep Direk, *Cinsel Farkın İnşası: Felsefi Bir Problem Olarak Cinsiyet*, İstanbul: Metis, 2021, ss. 232-242.

⁵²⁶ Butler, *op. cit.*, s. 46-50.

⁵²⁷ Ibid.

cinsiyet rollerini korumak şartlarını beraberinde getirir. Her iki sonucun ortak özelliği, kişinin özneliliğinin cinsiyet ve cinsiyet normlarıyla sınırlanması ve fakat yerleşik idrak biçimlerinden dolayı bunun sınırlama olduğunun dahi anlaşılmamasıdır.⁵²⁸

İlk bakışta, heteroseksüel matris ve onun Anayasa Mahkemesinin karar yazımında esas alınmasının sonuçları, salt teorik bir konu izlenimi uyandırabilir. Ancak, kişinin cinsiyeti başta olmak üzere kendine ait, kendini tanımlayan özelliklerini belirleme iktidarına yönelik her türlü sınırlama, sırasıyla Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerinde düzenlenen ve AİHS'in de 8. maddesi ile güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile özel hayatına saygı hakkı bakımından bir müdahale teşkil eder.⁵²⁹ İşte Anayasa Mahkemesinin kararlarında araştırılacak soru da Mahkemenin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ve/veya özel hayata saygı hakkına yönelik ihlal ve Anayasaya aykırılık iddialarını incelerken heteroseksüel matrisin sınırlama yarattığını göz önünde bulundurup bulundurmadığıdır.

Özne konusu, bir yandan hukukta karşılığı olan ve anılan haklar bağlamında tartışılabilir bir alan yaratırken diğer yandan feminizmin meşhur “*kişisel olan politiktir*” özdeyişinin hukuka yansımalarını da değerlendirmeye imkân sağlar.⁵³⁰ Bu amaçla, çalışmanın örnekleme için Mahkemenin cinsiyet değişikliği ameliyatının şartı olarak üreme yeteneğinden yoksunluk koşulunun aranması, nüfus kaydında cinsiyet değişikliğinin cinsiyet değişikliği ameliyatına bağlanması, adın cinsiyete göre belirlenmesi ve evli kadınların soyadlarına eşlerinin soyadlarının eklenmesi konularında verdiği kararlar seçilmiştir. Zira Mahkeme bu konulara ilişkin karar tesis ederken sadece belirli kuralların ya da uygulamaların anayasaya uygunluğunu değerlendirmemiş, aynı zamanda kaçınılmaz olarak *öznenin* maddi ve manevi varlığına dair bir yaklaşım geliştirmiştir. Diğer bir ifadeyle, heteroseksüel matrise dair yönler taşıyan bu konular sayesinde *öznenin* özel alanında gözüken cinsiyeti ve ismi üzerindeki hâkimiyetinin hak bağlamında kamusal alana taşınıp taşınmadığı

⁵²⁸ Heteroseksüel toplumda cinsiyet ile ona dair kategorilerin doğallığına dair bir değerlendirme için bakınız Wittig, **The Straight Mind and Other Essays**, s. 25-28.

⁵²⁹ Bakınız AİHM, Christine Goodwin/Birleşik Krallık [BD], Başvuru No: 28957/95, Karar Tarihi: 11.7.2002, § 90., AİHM, Pretty/Birleşik Krallık, Başvuru No: 2346/02, Karar Tarihi: 29.4.2002, § 61., AYM, Halime Sare Aysal Başvurusu [GK], Başvuru No: 2013/1789, Karar Tarihi 11.11.2015, § 47.

⁵³⁰ Hanisch, “The Personal is Political”. Bakınız çalışmanın “İnsan Haklarının Mekânı: Kamusal Alan/Özel Alan Ayrımı” başlığı.

incelenebilecek ve kamusal alana dahil edildiği hallerde öznenin ismi ve cinsiyeti üzerindeki hâkimiyetinin eril tahakkümle nasıl sınırlandığı tartışılabilir.

Mahkemenin isme ve cinsiyete dair kararlarının incelenmesinin bir başka getirisi, bunların hepsinin olmasa da çoğunun geniş çapta tartışılmış ve öğretilde üzerine önemli görüşler yazılmış kararlar olmasıdır. Bir akademik çalışma için dezavantaj addedilebilecek bu durum, feminist bakış açısının gerçekten de farklı bir değerlendirme imkânı kazandırdığını ortaya koymayı kolaylaştırdığı için avantaja dönüşmektedir. Zira hiç konuşulmamış bir konunun incelenmesinin ve sorunlarının ortaya çıkarılmasının etkisi ile çok tartışılmış bir konunun fark edilmemiş yönlerinin ilk defa tartışılmasının etkisi bir değildir.

Öte yandan, Mahkemenin nüfus sicilinde cinsiyet değişikliğine ilişkin kısırlık ve ameliyat şartlarını ele aldığı kararları ile cinsiyet ve evlilik sebebiyle ismin değişmesine ilişkin kararlarının özneye dair olmaları haricinde bir ortak nokta daha taşıdığına işaret etmek gerekir. Bu kararların hepsi, cinsiyet ve isim bilgileri nüfus sicilinde kaydedilerek hukuki geçerlik bulduğu için, aynı zamanda nüfus sicilini ilgilendiren kararlardır. Bu da seçilen kararları ortak bir düzlemde birlikte incelemeyi mümkün kılmaktadır. Zira bu kararlar bir yandan Mahkemenin nüfus sicilindeki cinsiyetten ne anladığını ortaya koyarken, diğer yandan nüfus sicilindeki cinsiyetle doğrudan ilgili olmayan bilgilerin bile biyolojik cinsiyetle ya da cinsiyet normlarıyla nasıl ilişkilendirildiğini göstermektedir. Böylece bu bölümde seçilen kararlardaki nüfus sicili ve özne ortaklığı sayesinde Mahkemenin cinsiyet kavramına nasıl yaklaştığı ve cinsiyet kategorisi yaratıp yaratmadığı bir bütün olarak değerlendirilebilecektir.

Bununla birlikte, seçilen kararlar aynı türde ve benzer değildir. Bu kararlar arasında norm denetimi ve bireysel başvuru kararları; iptal ve ret kararları, ihlal tespitine Anayasa'nın 17. maddesi ya da 20. maddesi kapsamında yapılan inceleme ile ulaşılan kararlar mevcuttur. Kararların hepsi feminist teori açısından eşitlik ilkesini ilgilendirmekle birlikte, eşitlik ilkesi ya da ayrımcılık yasağı bu kararların hepsinde incelenmemiştir. Hüküm fıkrası ve doğurduğu sonuç itibarıyla eşitlik açısından olumlu karşılanmış olan kararlar da bu çalışmaya dahil edilmiştir. Seçilen kararların ortaklaştığı ölçüde çeşitlilik barındırması, Mahkemenin yaklaşımını açığa çıkarmaya

yönelik araştırmada özne konusuna saplanmadan Mahkemenin hukuku uygulayış biçimine dair çıkarım yapma imkânını da sağlayacaktır. Tüm bunlar bir araya getirildiğinde, aşağıda “cinsiyet kimliği” ve “isim” kategorileri altında yapılacak inceleme boyunca şu sorular göz önünde bulundurulmalıdır:

1. Mahkeme, cinsiyet ve cinsiyet normlarını nasıl tanımlar?
2. Mahkeme, özneye dair meseleleri hangi haklar kapsamında değerlendirir?
3. Mahkeme, meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulması gereken kriterleri nasıl uygular?
4. Mahkeme, kararlarında uluslararası hukukun eşitliğe yönelik kaynaklarını dikkate alır mı?
5. Mahkemenin özneye yaklaşımında norm denetimi ve bireysel başvuru arasında herhangi bir farklılık var mıdır?

I. Cinsiyet Kimliği

“Bir Gethenli ile karşılaştığınızda bir biseksüelin doğal olarak yaptığını yapamaz, ona Erkek ya da Kadın rolü biçip aynı veya karşıt cinsin mensupları arasındaki olası davranış kalıplarına ilişkin beklentilerinize denk düşen bir tavır takınamazsınız veya takınmamalısınız. Toplumsal-cinsel etkileşim kalıplarımızın hiçbirisi yok burada. Onlar bu oyunu oynayamazlar. Onlar birbirlerini kadın ya da erkek olarak görmezler. Bizler için tahayyül edilemez bir şey bu. Yeni doğmuş bir bebek hakkında ilk sorduğumuz soru nedir?”⁵³¹

(Ursula K. Le Guin)

Cinsiyet kimliği, cinsiyet kavramını da kapsayan ancak ondan farklı ve yeni bir terimdir. Bir yumuşak hukuk (*soft law*) kaynağı olmakla birlikte alanında uzman kişiler tarafından hazırlanmış ve bu konuda önemli bir referans belgesi olan Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri, cinsiyet kimliğini kişinin *“derinden hissettiği içsel ve bireysel olan toplumsal cinsiyet deneyimi”* olarak tanımlamıştır.⁵³² Yaygın kabul gören bu tanım, cinsiyet kimliğinin kişinin tamamen kişiselleşmiş cinsiyet beyanı ve tecrübesiyle varlık kazanacağını ifade eder. Yine Yogyakarta İlkeleri’nde özellikle vurgulandığı üzere cinsiyet kimliği, doğumda kişiye atanan cinsiyetten bağımsız bir cinsiyet algısını anlatmak amacıyla kullanılan bir kavramdır. Kişinin bedeni üzerinde değişiklik yapma tasarrufunu da barındıran beden algısıyla birlikte giyinme tarzını, konuşma biçimini ve genel olarak tavırlarını şekillendiren her türlü toplumsal cinsiyet dışavurumunu kapsar.⁵³³ Bu kavramı başlığa taşımadaki tercihin iki anlamı vardır: İlki, elbette, bu kavramın kullanılmasının bizatihi heteroseksüel matrisi oluşturan genel geçer cinsiyet ve toplumsal cinsiyet tanımlarını reddetmesidir. İkincisi ise, kavramın kişinin cinsiyeti üzerinde özerkliğe sahip olduğunu kabul etmekle bunun özel hayata içkin, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla ilgili bir konu olduğunu bildirmesidir.

⁵³¹ Ursula K. Le Guin, **Karanlığın Sol Eli**, Çev. Ümit Altuğ, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2021, s.108.

⁵³² The International Panel of Experts in International Human Rights Law and on Sexual Orientation and Gender Identity, “Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity”, http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf, 2007, (Son Erişim Tarihi: 5 Haziran 2023), Preamble.

⁵³³ Yogyakarta Principles, Preamble.

Anayasa’da özel hayata saygı hakkı ile kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının tanındığı göz önüne alındığında “cinsiyet kimliği”nin yabancı karşılanmaması gerekir. Üstelik, Anayasa’nın 90. maddesi gereğince, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin AİHS’in 8. maddesi ile güvence altına alınan özel hayata saygı hakkını cinsiyet kimliğini içerecek şekilde değerlendirdiği kararları⁵³⁴, Anayasa’nın 17. ve 20. maddelerine ışık tutmakta ve bu kavramın hukuken öne sürülmesini sağlamaktadır. Bununla birlikte, “cinsiyet kimliği” kavramının karşılığını mevzuatta bulmak çok zordur. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 7. maddesine göre, kişinin cinsiyeti, aile kütüğünde yazan kişisel bilgilerdendir. Kütüğe yazılan cinsiyet ise doğum anında bebeğin organları üzerinden ona atanan cinsiyettir.⁵³⁵ Dolayısıyla, kişinin cinsiyeti kütükte yazandan ibarettir; kişisel algısı, beyanı ve tecrübeleri dikkate alınmaz.

Türk Medeni Kanunu’nun “*Cinsiyet değişikliği*” başlıklı 40. maddesi, bu yaklaşımı, aşağıdaki fıkralarıyla açığa vurur:

“Madde 40- *Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu (...)*⁵³⁶ *bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.*

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

⁵³⁴ Örneğin bakınız AİHM, X ve Y/Hollanda, Başvuru No: 8978/80, Karar Tarihi: 26.3.1985, § 22., AİHM, Van Kück/Almanya, Başvuru No: 35968/97, Karar Tarihi: 12.6.2003, § 69, 75., AİHM, Schlumpf/İsviçre, Başvuru No: 29002/06, Karar Tarihi: 8.1.2009, § 77, 100., AİHM, Sousa Goucha/Portekiz, Başvuru No: 70434/12, Karar Tarihi: 22.3.2016, § 27., AİHM, Beizaras ve Levickas/Litvanya, Başvuru No: 41288/15, Karar Tarihi: 14.1.2020, § 109.

⁵³⁵ Çalışmanın birinci bölümünde interseks çocuklar için de ikili biyolojik cinsiyet sisteminin katı şekilde uygulanmaya devam edildiğine işaret edilmiştir. Bakınız “*Açık Tarafgirlik*” başlığı, (n) 136, (n) 137.

⁵³⁶ Burada yer alan “...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...” ibaresi Anayasa Mahkemesinin bir sonraki başlıkta incelenecek 29 Kasım 2017 tarihli kararı ile iptal edilmiştir.

Bu madde ile cinsiyet değişimi cinsiyet değiştirme ameliyatına bağlı kılındığı için “cinsiyet” kavramından doğumda genital organa göre belirlenen cinsiyetin anlaşıldığı kolaylıkla tespit edilebilir. Dolayısıyla, mevzuatla kişilere tanınan imkân, genel olarak cinsiyet kimliğini belirleme değil; genital organını değiştirerek nüfus sicilinde diğer cinsiyete geçmektir.⁵³⁷ Üstelik, kişinin cinsiyet kimliği üzerinde özerkliğini mevzuat çerçevesinde kullanabildiği tek olanak olan bu ameliyat, çok sayıda şart ile oldukça zorlaştırılmıştır.⁵³⁸

Heteroseksüel matrisle mükemmel uyum içerisinde olan bu maddenin ilk fıkrasında “...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...” şeklinde belirlenen ameliyat olabilmek için öngörülen şart ile ikinci fıkrasında nüfus kaydında cinsiyet değişikliği için konulan ameliyat olma zorunluluğu, Anayasa’da düzenlenen özel hayata saygı hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Mahkeme, farklı itiraz davaları ile kendisine taşınan bu iki fıkranın norm denetimine ilişkin kararını aynı gün, 29 Kasım 2017 tarihinde, vermiştir. Ayrıca, maddenin ilk fıkrasında düzenlenen ameliyat şartları sebebiyle ameliyat izni alamayan kişilerin yine özel hayata saygı hakkı ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarının ihlal edildiği iddiaları ise Anayasa Mahkemesi tarafından 12 Haziran 2018 ve 29 Kasım

⁵³⁷ Özge Yücel, “Medeni Hukuk Açısından Toplumsal Cinsiyet, Şiddet ve Ayrımcılık”, içinde Ed. Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, Ankara: Seçkin, 2019, s. 335. Belirtmek gerekir ki, mevzuatın sınırlılığı interseks kişilerin durumunu da göz ardı etmektedir. Türk Medeni Kanunu’nun 40. maddesi transların nüfus sicilinde değişiklik talepleri halinde uygulanmakta; intersekslerin nüfus sicilinde cinsiyet bilgisinin değiştirilmesi ise Türk Medeni Kanunu’nun 39. maddesi ile Nüfus Hizmetleri Kanununun sicil düzeltme hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. İnterseksler açısından söz konusu olan yine cinsiyet kimliklerini kendilerinin belirlemeleri değil, hekim ya da ebeveynlerinin kararı doğrultusunda oldukları ameliyatın sonucuna göre cinsel organ ve üreme sistemi üzerinden cinsiyet bilgilerinin belirlenmesidir. Bu ayrıma dikkat edilmeden hüküm kurulmasını Yargıtay bozma nedeni görmüştür. Yargıtaya göre, “yapılan cerrahi müdahalenin “cinsiyet değiştirme” mi, yoksa genital organlardaki anatomik bozukluğun düzeltilmesi” mi olduğu tıbben belirlenmeli, açıklanan hususlarda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden ayrıntılı rapor alınmalı, bundan sonra davanın hukuki vasfının Türk Medeni Kanununun 40.maddesi kapsamında bir cinsiyet değişikliği mi yoksa, cinsiyetini tayinde yapılan bir hataya dayalı olarak kişisel durum sicilinin düzeltilmesine ilişkin bir dava mı olduğu belirlenmeli, sonucu dairesinde hüküm kurulmalıdır.” Bakınız Yargıtay 18. H.D., E. 2015/10507, K. 2016/6528, Karar Tarihi: 25.4.2016, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 18 Ekim 2023). Ayrıca interseks kişilerin cinsiyet kimliklerine ilişkin mevzuat değerlendirmesi için bakınız İsmail Dede, “Kişisel Durum Kayıtları Bağlamında Yeni Bir Soru: İnterseks Kapsayıcı Cinsiyet Kavramı Mümkün Müdür?”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Dolunay Çörek, Göktürk Öcal, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 2**, İstanbul: On İki Levha ss. 239-278.

⁵³⁸ Türk Medeni Kanunu’nun cinsiyet kimliğinin tanınmasına yönelik bu zorlaştırıcı yaklaşımını tarihsel arka planıyla birlikte açıklayan bir çalışma için bakınız Ulaş Sunata, Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, “Legal Gender Recognition in Turkey”, **International Journal of Discrimination and the Law**, Vol. 22(1), ss. 56-73.

2018 tarihlerinde verdiği bireysel başvuru kararlarında incelenmiştir. Yakın zamanda verilen bu kararlar ile Mahkeme cinsiyete ve cinsiyet kimliğine yönelik içtihat oluşturma fırsatını bulmuştur.

A. Üreme Yeteneğinden Yoksunluk Şartı

Üreme yeteneğinden yoksunluk ya da kısır olma şartı, nüfus sicilinde cinsiyet bilgisini değiştirmek isteyen kişiler için öngörülen yaygın ve kanıksanmış şartlardan sadece biridir. Hukuk, tüm sistemi cinsiyet farklılıkları üzerinden kurguladığı için cinsiyetler arası geçişi zorlaştırmış ve kişilerin mümkün olduğunca doğumda kaydedilen cinsiyet kategorisinde kalmasını öngörmüştür. Bu bölümde Anayasa Mahkemesinin kararları incelenirken TMK madde 40'ın Türkiye'de cinsiyet geçiş sürecine ilişkin öngördüğü kurallara ve bunların anlamına ayrıca değinilecektir.⁵³⁹ Ancak, bu kararların incelemesine geçmeden evvel trans geçiş sürecinin şartlara bağlanması sorununun kısaca ele alınması gerekir. Zira kısır olmak, bu şartlardan sadece biridir ve aşağıda görüleceği üzere insan haklarına aykırı bulunması belki de en kolay olanıdır. Ancak bu şartın büyük resimde neyin parçası olduğunun belirlenmesi ve çalışmanın yukarıda tanımlanan cinsiyet kimliğinin hukuka aktarılması bakımından yaklaşımının ne olduğunun baştan tespit edilmesi, kararlara yöneltilen eleştirilerin anlaşılması bakımından elzemdir.

Nitekim trans geçiş süreci, kendini feminist tanımlayan pek çok kişinin dahi feminist olmayanlarla birleşebildiği, kompleks bir konudur.⁵⁴⁰ Nasıl trans geçiş sürecinin zorlaşması cinsiyetler arası geçişi kontrol altına alarak mümkün olduğunca sınırlı sayıda tutmaya 'yarıyorsa', bu sürecin kolaylaşmasının da cinsiyetler arası

⁵³⁹ Transların cinsiyet kimliğine yönelik şartları AİHM ve AYM kararlarıyla kısaca açıklayan bir çalışma için bakınız Bengisu Mert, "AİHS 8. Madde Kapsamında Transseksüellerin Cinsiyet Kimliklerinin Tanınmasının AYM ve AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Hazal Tolu Yılmaz, Doğan Kara, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 5**, İstanbul: On İki Levha, 2024, ss. 43-70.

⁵⁴⁰ İkili cinsiyetin kategorilerinden hareketle trans haklarını reddeden feminist görüş, "Trans Dışlayıcı Radikal Feminizm" olarak adlandırılır. Bu çalışmanın da benimsediği kesişimsel feminizm savunucularından bazıları, trans dışlayıcı radikal feministlerin ("TERF": Trans-exclusionary radical feminist) feminist sayılmayacağını da tartışır. Ancak, bu çalışma "Feminizm ne olmalıdır?" ya da "Kimler feministtir?" sorularıyla ilgili olmadığı için radikal feministlerin argümanlarına bunların da feminizmin içerisinden üretildiği varsayımıyla cevap verilmiş; söz konusu tartışmaya dahil olunmamıştır. Konuya hukuk kapsamında yaklaşan bir çalışma için bakınız Henry F. Fradella, "The Imperative of Rejecting 'Gender-Critical' Feminism in the Law", **William & Mary Journal of Race, Gender, & Social Justice**, Vol. 30(2), 2023, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4419750>, (Son Erişim Tarihi: 3 Şubat 2024).

‘gezinme’ye ve cinsiyet farklılıklarının içinin boşaltılmasına yol açmasından korkulmaktadır.⁵⁴¹ Heteroseksüel matris savunucuları açısından bu korku şaşırtıcı değildir, çünkü gerçekten de sistemi kökten değiştirebilecek bir durum söz konusudur. Ancak, feministlerin korkusunun sebebi başkadır. Bazılarına göre, kadın ve erkek cinsiyetleri arasındaki geçişin özellikle beyan üzerinden yapılabilecek kadar kolaylaşması, kadına karşı şiddeti kolaylaştıracak ve genel anlamda kadın ve erkek arasındaki eşitsizliğin üzerini kapatarak yeni bir sorun yaratacaktır.⁵⁴² Bu açıdan, heteroseksüel matrisin üreme sistemi ve genital organ üzerinden tanımladığı cinsiyet sisteminin eşitsizliğin giderilmesinde cinsiyet kimliği sistemine göre daha güvenceli bir alan sağladığı düşünülmektedir.

Bu konuda yürütülen tartışmaları, cinsiyet ayrımının gelenekselleştiği üç eksenle ele almak mümkündür. İlki, gündelik hayata ilişkindir. Günlük rutinde insanların cinsiyetiyle ilgili karşılaştığı temel ayırım, tuvaletleri ya da soyunma odalarını kullanırken ortaya çıkar. Yaygın olarak kadın ve erkek cinsiyetine göre ayrılan ve hatta kapılarına bu cinsiyetin sembolleri asılan bu alanlar, mahremiyetin paylaşıldığı yerlerdir. Tuvaletlerdeki kabinler kişilerin ihtiyaçlarının giderilmesi için ayrı bir özel alan yaratsa da bunun dışında kalan ortak alan, başkalarıyla karşılaşmaya açıktır. Genellikle spor salonlarında kullanılan soyunma odalarında ise ayrılmış özel alan duş kabinlerinden ibarettir ve kıyafet değişimi çoğu zaman ortak alanda birlikte yapılır. İkincisi, devletin hâkimiyetinde olan hastaneler, yurtlar ve hapishaneler gibi kapalı alanlarda yapılan cinsiyet ayırımıdır.⁵⁴³ Hastanelerde oda paylaşımında ve odalara kabul edilecek refakatçi bakımından cinsiyet ayırımına dikkat edilirken, yurt ve hapishanelerde cinsiyet ayrımı cinsiyetlerin ortak çatıda dahi bir araya gelmemesi ve fiziksel olarak birbirine uzak yapılarda barındırılması şeklinde keskinleşebilmektedir. Üçüncü ve sonuncusu ise, hukuk alanındaki ayırımdır. Çalışmanın birinci bölümünde örneklenen askerlik, kıdem tazminatı ya da evlilik gibi

⁵⁴¹ Trans dışlayıcı feminizmin endişelerini özetleyen ve eleştiren bir çalışma için bakınız Aleardo Zanghellini, “Philosophical Problems With the Gender-Critical Feminist Argument Against Trans Inclusion”, **SAGE Open**, Vol.10(2), 2020, <https://doi.org/10.1177/2158244020927029>, (Son Erişim Tarihi: 3 Şubat 2024).

⁵⁴² Ibid.

⁵⁴³ Okullar da devlet hâkimiyetindeki kapalı alanlardandır. Ancak laik sistemde kız ve erkek çocukları birlikte öğretim gördükleri için bu alanlardaki cinsiyet ayrımı yine tuvalet ve soyunma odalarıyla sınırlı kalmaktadır. Bu yüzden, bu alanların arasında okullar sayılmamıştır. Ancak elbette, yatılı okullardaki durum yurtlardakine benzerdir.

konularda hak ve yükümlülükler cinsiyete göre belirlenmekte ya da farklılık göstermektedir.

Cinsiyet sistemindeki değişiklikler, işte bu üç eksenindeki ayrımlara son verecek ya da en azından bu alanlardaki cinsiyet ayrımını flulaştıracaktır. Bunun bazı feministler açısından sorunlu görülmesinin başlıca sebebi, erkeğin kadına yönelik yaygın şiddetinin bu alanlara da sirayet etmesi ve erkeklerin cinsiyetsizlik ya da geçişken cinsiyet kisvesi altında kadınların alanlarına girerek onları cinsel ve fiziksel şiddete maruz bırakması ihtimalidir. Özellikle ilk iki eksendeki tuvaletler, giyinme odaları, hastaneler, yurtlar ve hapishanelerdeki cinsiyet ayrımının kadınları koruyucu bir alan sağladığı; erkeklerin bu gibi kapalı veya mahremiyet gerektiren alanlara girmesinin kolaylaşması halinde kadınların şiddetin açık ve korunmasız hedefi olacağı tartışılmaktadır.⁵⁴⁴ Hukuk eksenindeki endişe ise hukukun kadının eşitsizliğini gidermek için öngördüğü pozitif ayrımcılık ya da özel önlem tedbirleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Buna göre, erkeklerin bunlardan yararlanmak ve bazen de erkek cinsiyeti için öngörülen askerlik gibi yükümlülüklerden kaçmak için kendilerini kadın olarak tanımlamayı tercih edebilecekleri düşünülmektedir.⁵⁴⁵ Bu durumun kadınlar açısından işaret edilen olumsuz sonucu, kadınların eşitliği için öngörülen kuralların içinin boşaltılarak herkes tarafından kullanılabilir şekilde genelleştirilmesi ve böylece kadın ve erkek arasındaki eşitsizliğin hukukta da kaldığı yerden aynen devam etmesidir. Diğer bir deyişle, ayrımcılık yasağı bakımından devletin pozitif yükümlülüğünü hukuk ekseninde artık yerine getiremez olmasıdır.

İlk bakışta güçlü ve haklı gözüken bu endişeler, özünde heteroseksüel matrisin ön yargılarını taşımakta ve onu beslemektedir. Zira cinsiyetler arası eşitsizliği mümkün kılan, ilk bölümde de tartışıldığı üzere, bu cinsiyetlerin karşıt ve kesin bir şekilde ayrılmasıdır. Cinsiyetin biyolojik özelliklerle belirlenmesi ve devamında toplumsal rol ve davranış biçimlerinin de bu cinsiyet üzerinden dayatılması, adeta bir üniforma işlevi görür. “Kadın” ve “erkek” üniformaları, sırasıyla “hükmedilen” ve “hükmeden” ayrımını işaretler. Tıpkı hapishanelerde mahkumların asker ve polisle karışmaması için onların kıyafetlerinin renkleri olan mavi ve hâkî tonlarda giymesinin

⁵⁴⁴ Buna ilişkin tartışmalardaki bakış açısını özetleyen bir çalışma için bakınız Charlotte Jones, Jen Slater, “The toilet debate: Stalling trans possibilities and defending ‘women’s protected spaces’”, **The Sociological Review**, Vol. 68(4), 2020, ss. 834-851.

⁵⁴⁵ Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı da bu yöndedir. Buna yönelik eleştirilere, çalışmanın “Cinsiyet Değiştirme Ameliyatı” başlığı altında yer verilmiştir.

yasak olması gibi, kadın ve erkeklerin birbirlerinin alanlarına girmesi de karışıklığa mahal vermemek için yasaklanır.⁵⁴⁶

Diğer yandan, devletin kamusal ve özel tüm alanlarda şiddeti ve özellikle eril tahakkümden kaynaklanan şiddeti önleme yükümlülüğü, hukuken en cinsiyetsizleştirilmiş sistemde dahi devam eder. Dolayısıyla, soyunma odasına aniden dalıp bir kadına saldıran erkek için de kendini suç işlemek için kadın beyan ederek soyunma odasına girip orada bir kadına onun yalnız kalmasını bekledikten sonra saldıran erkek için de devletin önleme ve yaptırım uygulama yükümlülüğü aynıdır. Kaldı ki, cinsiyet ayrımının olduğu mevcut düzende de erkeklerin kadın kıyafeti giyerek, kadın gibi davranarak saldırısını kolaylaştırması pekâlâ mümkündür. Yurt ve hapisane gibi mekanlarda, diğer bir deyişle ayrımın tuvalet ve soyunma odalarının kullanımının aksine hukuki belgelere dayanılarak yapıldığı alanlarda bu ayrım dış görünümüne göre değil, hukukun cinsiyetler için aradığı biyolojik özelliklere göre yapılır. Ancak bu alanlar için de söz konusu endişeleri taşıyan kişilerin mevcut düzende örneğin homoseksüel erkeklerin ya da non-binarylerin⁵⁴⁷ heteroseksüel natrans erkeklerle aynı yurtlarda barındırılmasının neden onlar için daha iyi olduğunu ortaya koyması gerekir.⁵⁴⁸ Yine bir başka örnekle, trans kadınların erkek hapisanelerinde cinsel şiddetin odağı haline getirilmesi ya da onları sırf bundan ‘korumak’ için tek kişilik hücrelerde tecrit edilmesinin eşitlik açısından neden haklı ve makul olduğu açıklanmalıdır.⁵⁴⁹ Zira alternatif gelecek ve değişim için duyulan endişe, bugün yaşanan şiddeti haklı çıkarmaz. Öyleyse, heteroseksüel matrisin

⁵⁴⁶ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 64. Maddesinin ikinci fıkrası bu yasağı şu şekilde düzenler: “*Hükümlülerin giysileri, iç ve dış güvenlik görevlilerinin giymekte olduğu üniformalara benzer şekil ve renkte olamaz.*”

⁵⁴⁷ Non-binary kelimesi, “ikili olmayan” anlamına gelir. Cinsiyet kimliği bağlamında kullanılan non-binary de “iki cinsiyetten biri olmayan”ı ifade eder. Non-binary cinsiyet kimliğindeki kişi, cinsiyet kimliğini ikili cinsiyet sistemiyle sınırlı tanımlamak istemiyor olabilir, kendisini iki cinsiyete de ait hissetmiyor olabilir ya da cinsiyet kimliğini cinsiyetler arası geçişken yaşayarak iki cinsiyeti birden kapsayacak şekilde tanımlayabilir. Bu yüzden her non-binary trans değildir. Bakınız Yıldız Tar, **İkiliğin Dışında ve Ötesinde: Non-Binary**, Ankara: Kaos GL Derneği, 2021, <https://kaosgldernegi.org/images/library/nbbrosur.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024), s. 9.

⁵⁴⁸ LGBTİ+’lerin ayrımcılık içeren yurt deneyimleri için bakınız Genç LGBTİ+ Derneği, **LGBTİ+ Yurt Deneyimleri**, 2018, <https://genclgbti.files.wordpress.com/2018/10/lgbti-yurt-deneyimleri.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024), Kredi ve Yurtlar Kurumuna bağlı erkek öğrenci yurdunda kalan bir üniversite öğrencisinin basına yansıyan deneyimi için bakınız Bawer Çakır, “Üniversite Yurdu Eşcinsel Öğrenciye de Dar”, Bianet, 21 Mayıs 2009, <https://bianet.org/haber/universite-yurdu-escinsel-ogrenciye-de-dar-114673>, (Son Erişim Tarihi: 3 Şubat 2024).

⁵⁴⁹ LGBTİ+ mahpusların cinsiyet kimlikleri sebebiyle hapisanelerde maruz kaldıkları şiddet ve ayrımcılık deneyimleri için bakınız Hilal Başak Demirbaş, **Türkiye’de LGBTİ Mahpus Olmak**, İstanbul: TCPS Kitaplığı, 2018. Ayrıca bakınız, Baki Köse, “LGBTİ+ Mahpusların Durumu”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Hazal Tolu Yılmaz, Doğan Kara, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 5**, İstanbul: On İki Levha, 2024, ss. 1-26.

yarattığı cinsiyet ve cinsiyet normlarının çok yönlü ve kompleks olduğu; sorunun da “erkek” ve “kadın” kategorilerine sığınarak çözülemeyeceği kabul edilmelidir. Keza cinsiyet eşitsizliğinin giderilmesi amacı, hiçbir koşulda, çoğunluk için azınlığın ezilmesine araç olmamalıdır.

Dolayısıyla, çalışmada trans geçiş sürecine ilişkin kurallar ve Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı ele alınırken bu endişelere ağırlık verilmeyecektir. Zira çalışmanın yaklaşımı, trans kimliğine ve cinsiyet geçişkenliğine ilişkin kaygıların heteroseksüel matrisin öğrettiği transfobi olduğu ve ayrımcılığı beslediği yönündedir. Bu yaklaşım, karar incelemesinde trans geçiş sürecine ilişkin hukuki düzenlemelere yöneltilecek eleştirilerin de belkemiğini oluşturur. Trans geçiş sürecinin nasıl düzenlenmesi gerektiği bu çalışmanın kapsamını aşacak başlı başına bir konu olmakla birlikte, çalışmada benimsenen yaklaşımın bu sürece ilişkin hukuki düzenlemelere bakış açısı da çok genel bir çerçevede açıklanmalıdır.

Dünyada cinsiyetsiz bir hukuk sistemine rastlamak mümkün değildir. Cinsiyete dair idrakler değişse ve insanların çeşitliliği insan haklarının koruması altına alınsa da cinsiyetsizlik ya da en azından insanların hukuk kayıtlarında cinsiyetle kodlanmaması, henüz çok ütöpiktir.⁵⁵⁰ Buna karşılık, hukukten tanınan cinsiyetlere “üçüncü cinsiyet”, “nonbinary”, “X” ya da “belirtilmemiş” gibi seçeneklerin eklenmesi ve kişilerin nüfus sicilinde “kadın” ya da “erkek” dışında bu üçüncü tür cinsiyet hanesiyle kaydedilmesi yaygınlaşmaktadır.⁵⁵¹ Ancak, “kadın”dan “erkek” ya da “erkek”ten “kadın” cinsiyetine hukukten geçiş, bazen kategorik olarak yasaklanmakta, bazense zor şartlara tabi tutulmaktadır.⁵⁵² Bu şartlar genellikle psikiyatri uzmanları tarafından cinsiyet kimliği bozukluğu ya da cinsiyet disforisi tanısı almak, hormon tedavisi görmek, cerrahi olarak geri döndürülemez sonuç doğuracak kısırlaştırma işleminden geçmek

⁵⁵⁰ Hukukun ‘cinsiyet’li kaldığı halde cinsiyet çeşitliliklerinin tanınması için benimseyebileceği farklı modelleri karşılaştırarak değerlendiren bir çalışma için bakınız Stefano Osella, Ruth Rubio-Marín, “Gender recognition at the crossroads: Four models and the compass of comparative law”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 21(2), 2023, ss. 574- 602.

⁵⁵¹ Üçüncü cinsiyetin hukukten tanındığı ülkelere Avrupa’dan örnekler için bakınız Council of Europe Steering Committee on Anti-Discrimination, Diversity and Inclusion, “Thematic Report on Legal Gender Recognition in Europe”, 2022, <https://rm.coe.int/thematic-report-on-legal-gender-recognition-in-europe-2022/1680a729b3>, (Son Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024), s. 35-36. Dünyadaki duruma ilişkin bir harita çalışması için bakınız Equaldex, “Legal recognition of non-binary gender”, <https://www.equaldex.com/issue/non-binary-gender-recognition>, (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2024).

⁵⁵² Cinsiyet geçişinin kategorik olarak yasaklandığı ya da cinsiyet çeşitliliğinin yasal olarak tanınmasının zor şartlara tabi tutulduğu ülke listesi için bakınız Transgender Europe, Trans Rights Index Europe & Central Asia 2023, <https://transrightsmap.tgeu.org/index>, (Son Erişim Tarihi: 6 Şubat 2024).

ve nihayet iç ve dış genital organ ameliyatı olmak şeklinde belirlenmektedir. Çalışmanın bu bölümünde Anayasa Mahkemesine yöneltilen eleştirilerin merkezinde, bu yaygın şartların tamamının insan hakkı ihlali olduğu savunusu yatmaktadır.⁵⁵³ Aşağıda incelenecek kararlar vasıtasıyla kısırlaştırma işleminin ve genital organ ameliyatının neden eşitliğe ve insan haklarına aykırı olduğu detaylıca açıklanacaktır. Bu açıklamalar hormon tedavisi için de aynı şekilde geçerli olacaktır, zira *zorunlu* hormon tedavisi, kısırlaştırma işlemi ve genital organ ameliyatı gibi geri dönülmez sonuçlar doğurabilen, kişilerin sağlığını ciddi oranda etkileyen ve vücuttaki hormon değişimi sebebiyle ruh sağlığını da ani ve olumsuz bir şekilde sarsabilen bir tıbbi müdahaledir.⁵⁵⁴ Buna yönelik ihtiyacı, talebi ve daha önemlisi gerçek bir rızası olmayanlar için bu tedavinin dayatılması, maddi ve manevi varlığın korunması hakkının yanında işkence ve kötü muamele yasağının ihlalini de gündeme getirmektedir.⁵⁵⁵

Ancak, burada üzerine daha az konuşulan psikolojik ya da psikiyatrik tanı şartının da cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması bakımından insan hakkı ihlali niteliğinde bir müdahale yaratabileceğinin altının çizilmesi gerekir. Doğrusu, cinsiyet

⁵⁵³ Mevcut şartların tamamının eleştirisi, cinsiyetin self-determinasyonla, diğer bir deyişle beyanla belirlenmesine kapı aralamaktadır. Çalışmanın konusu hukukun cinsiyetsiz olarak yeniden nasıl yapılandırılacağına ya da cinsiyet kategorilerinin nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkin olmadığı için bu konuya girilmesi çalışmanın kapsamını aşacaktır. Bununla birlikte, çalışmanın mevcut sistem içerisinde değerlendirme yaparken kazandırmaya çalıştığı eleştirel bakış, cinsiyetsizliğe geçiş ya da cinsiyetin beyanla belirlenmesinin de kategorik olarak reddedilmemesi ve alternatif seçenek olarak tartışılmaya başlanması gerektiğini ortaya koymaktadır.

⁵⁵⁴ Ergenlik dönemindeki transların ihtiyaç duymaları halinde ve hekim kontrolü altında hormon baskılayıcı ilaçlar kullanmasının mutlaka geri dönülmez sonuçlar doğurmadığını not düşmek gerekir. Ergen kişinin bedeninin yanlış büyüdüğü algısına maruz kalmaması için memesinin büyümesi, regl olması ya da sesinin kalınlaşması ve yüz kıllarının çıkması gibi dönüşümler hormon baskılayıcı ilaçlar vasıtasıyla engellenebilir; böylelikle kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığını koruması sağlanabilir. Ancak bu ilaçların kesilmesi halinde, ergenlik gelişimi ve bedensel dönüşüm kaldığı yerden devam eder. Bakınız Joseph H. Bonifacio, Catherine Maser, Katie Stadelman et al., “Management of gender dysphoria in adolescents in primary care”, **Canadian Medical Association Journal**, Vol. 191(3), ss. E69-175. Cinsiyet hormonu olan testosteron veya östrojen kullanımında oluşan değişiklikler ise geri dönülebilir olsa da geri dönüşüm bedene yönelik ekstra müdahale gerektirebilir. Örneğin tedaviden vazgeçmesi halinde trans kadın memesini aldrabilir ya da trans erkek istemediği kıllarından epilasyon yoluyla kurtulabilir.

⁵⁵⁵ Bakınız Council of Europe The Committee of Ministers, “Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity”, 31 Mart 2010, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cf40a, (Son Erişim Tarihi: 30 Ekim 2023), Appendix § 20. Zorunlu hormon kullanımının işkence yasağı kapsamında ele alındığı rapor için bakınız United Nations General Assembly Human Rights Council, “Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Mendez”, 1 Şubat 2013, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf, (Son Erişim Tarihi: 7 Şubat 2024), s. 18.

geçiş muhakkak şarta bağlanarak kontrol altında tutulacak ve mevcut sistem içerisinde alternatif metotlar araştırılacaksa, psikolojik ve/veya psikiyatrik değerlendirme en uygun seçenek gözükmemektedir. Öte yandan, bu seçenek, devletin eril tahakküme dayalı toplumsal düzende, bu düzenin dayattıklarına aykırı bir şekilde var olmaya çalışanlara psikolojik destek sağlama şeklinde pozitif yükümlülüğünün bir parçası olarak da tartışılabilir. Bununla birlikte, bu değerlendirme ya da desteğin bir hastalık araştırması niteliğinde olması her halükârda engellenmelidir. Zira toplumun genelinden farklı olmak ve hukukun belirlediği ikili cinsiyet kalıbının içerisine sığmamak, kişilerin çeşitliliğinin hastalık sayılması için yeterli sebepler değildir.

Esasında psikolojinin ve psikiyatrinin yaklaşımı da- en azından son on yıldan bu yöndedir.⁵⁵⁶ Amerikan Psikiyatri Birliği (APA)⁵⁵⁷ tarafından yayımlanan ve son versiyonu “*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition, Text Revision*” (DSM-5-TR) başlıklı, Türkçe’ye “Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal Elkitabı” olarak çevrilebilecek rehber kitap, psikolojik ve psikiyatrik rahatsızlıkların tanısı için tüm dünyada kullanılan ölçütleri belirlemektedir.⁵⁵⁸ DSM-5-TR’nin en güncel versiyonunda “*cinsiyet kimliği bozukluğu*” ifadesi terk edilmiş, “*cinsiyet disforisi*”⁵⁵⁹ başlığı altında ergen ve yetişkinlerde kişinin deneyimlediği cinsiyet ile atanmış cinsiyeti arasında en az altı ay süren uyumsuzluğun tanı ölçütleri sıralanmıştır.⁵⁶⁰ Ancak, tanı için uyumsuzluğun tespiti yeterli değildir, bu uyumsuzluğun aynı zamanda sosyal, mesleki veya diğer önemli işlevsellik alanlarında

⁵⁵⁶ Son on yıl vurgusu, DSM’in 1973’e kadar homoseksüelliği bir ruhsal bozukluk olarak sayması ve 2013 yılına kadar da “cinsiyet kimliği bozukluğu” tanısına yer vermesi sebebiyledir. Bakınız Sara E. McHenry, ““Gay Is Good”: History of Homosexuality in the DSM and Modern Psychiatry”, **American Journal of Psychiatry Residents’ Journal**, Vol. 18(1), 2022, ss. 2-18. Dünya Sağlık Örgütü’nün “International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD)” başlıklı Küresel Tanı Elkitabı da 2019 yılına kadar cinsiyet kimliği çeşitliliğini bir bozukluk olarak tanımlıyordu. Bakınız Human Rights Watch, “New Health Guidelines Propel Transgender Rights”, 27 Mayıs 2019, <https://www.hrw.org/news/2019/05/27/new-health-guidelines-propel-transgender-rights>, (Son Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024), World Health Organization, International Classification of Diseases 11th Revision, The global standard for diagnostic health information (ICD-11), <https://icd.who.int/en>, (Son Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024).

⁵⁵⁷ APA, Amerikan Psikiyatri Birliği’nin orijinal ismi olan American Psychiatric Association’ın kısaltmasıdır.

⁵⁵⁸ Bakınız Amerikan Psikiyatri Birliği, **Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal Elkitabı Beşinci Baskı (DSM-5), Tanı Ölçütleri Başvuru Elkitabı**, Çev. Ertuğrul Köroğlu, Ankara: Hekimler Yayın Birliği, 2013.

⁵⁵⁹ Metnin orijinal dilinde kullanılan “gender dysphoria” terimi, Türkçe’ye “Cinsiyet kimliğinden yakınma/hoşnut olmama” olarak da çevrilmektedir. Bakınız Amerikan Psikiyatri Birliği, **Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal Elkitabı Beşinci Baskı (DSM-5), Tanı Ölçütleri Başvuru Elkitabı**, s. 219. Ancak, disfori kelimesinin de kullanımı yaygın olduğu için çalışmada daha kısa bir ifade biçimi olarak bu kelime tercih edilmiştir.

⁵⁶⁰ Amerikan Psikiyatri Birliği, **Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal Elkitabı Beşinci Baskı (DSM-5), Tanı Ölçütleri Başvuru Elkitabı**, s. 219-220.

klirik olarak anlamlı bir sıkıntı veya bozulma yaratması gerekir.⁵⁶¹ Zira DSM kişinin cinsiyet kimliğini belirleme ölçütlerini değil, özgün cinsiyet kimliği sebebiyle ikili cinsiyet sistemine dahil olamamasının yarattığı ve artık kendi başına baş edemediği stresin ve sosyalleşmesindeki bozukluğun tespitine yarayan kriterleri belirler. Diğer bir deyişle, DSM, kişinin translığının ‘gerçek’liğine ya da ‘ikna ediciliği’ne dair bir kıstas olarak kullanılmamalıdır.

Nitekim cinsiyet disforisi başlığı altında APA, disfori yaşayan kişilere verilecek temel desteğin “*cinsiyet kimliği ve ifadesine ilişkin duygu ve deneyimlerinin açık uçlu keşfi*” olduğunu açıklamış ve kişilerin iki cinsiyetten birine yönlendirilmesi anlamına gelen “dönüştürme terapi”lerinin etik dışı olduğunu kesin bir şekilde ortaya koymuştur.⁵⁶² Zira yine APA’nın da kabul ettiği üzere, cinsiyet disforisi yaşayan kişilerin ihtiyaçları ve talepleri çok çeşitlidir. Bazısı için cinsiyet kimliğini baskı görmeden yaşamak, günlük hayatta kendini ait hissettiği cinsiyetle tanımlanmak disforinin stresinden kurtulmak için yeterliyken diğerleri için hormon tedavisinden genital organ ameliyatına kadar farklı derecelerde bedeninde değişiklik yapmak gerekli olabilir.⁵⁶³ Benzer şekilde isim değişikliği ya da cinsiyet değişikliğinin hukuken kayda alınması da bir ihtiyaç olarak ortaya çıkabilir. Görüldüğü üzere, cinsiyet disforisini yaratan koşullar çoğu zaman kişinin içinde bulunduğu toplumun baskısı ya da hukukun sınırlamalarından kaynaklanmaktadır. Bu yüzden, APA, uzmanlara bu kişilerin maruz kaldığı yüksek düzeyde damgalanma, ayrımcılık ve mağduriyetin olumsuz benlik imajına ve diğer ruh sağlığı bozuklukları oranlarının artmasına katkıda bulunduğunu hatırlatmış; transların mağduriyet ve nefret suçları açısından genel topluma kıyasla daha yüksek risk altında olduğuna işaret etmiştir.⁵⁶⁴ Yine translar arasında intihar oranlarının genel nüfusa kıyasla belirgin şekilde yüksek olduğu da vurgulanmıştır.

⁵⁶¹ Amerikan Psikiyatri Birliği, **Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal Elkitabı Beşinci Baskı (DSM-5), Tanı Ölçütleri Başvuru Elkitabı**, s. 220.

⁵⁶² American Psychiatric Association, “What Is Gender Dysphoria?”, <https://www.psychiatry.org/patients-families/gender-dysphoria/what-is-gender-dysphoria#:~:text=Gender%20dysphoria%3A%20A%20concept%20designated,diverse%20people%20experience%20gender%20dysphoria>, (Son Erişim Tarihi: 2 Şubat 2024).

⁵⁶³ Ibid.

⁵⁶⁴ Ibid., Amerikan Psikologlar Derneği, **Transgender ve Toplumsal Cinsiyete Uymayan Kişilerle Psikolojik Uygulamalar Kılavuzu**, Çev. Koray Başar, Vahap Karakuş, Turgay Bayındır, <https://kaosgliderneği.org/images/library/2017kilavuzweb.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 7 Şubat 2024), s. 25.

Öyleyse cinsiyet disforisi tanısı kişinin tekrar damgalanmasının ve baskı altına alınmasının yeni bir aracı haline gelmemelidir. Başka bir ifadeyle, cinsiyet disforisini besleyen koşullar, bu tanıyla yeni bir görünüm olarak kişinin içinde bulunduğu stresi arttırmamalıdır. Öte yandan, her transın cinsiyet disforisi yaşamayabileceğinin de farkına varılmalıdır. Bir kişi, cinsiyet kimliğine yönelik toplumsal ve hukuksal taleplerinin varlığına rağmen DSM’in belirlediği yoğunlukta stres yaşamayabilir ya da en azından bu stresi benlik algısını ve hayatını yaşayış biçimini olumsuz etkilemeyecek şekilde kontrol edebildiği koşullara sahip olabilir. Tam da bu yüzden hukukun psikoloji ve psikiyatrinin bilgisinden yararlanırken bu ayrıma dikkat etmesi gerekir. Transların cinsiyet kimliklerine yönelik hukuki taleplerinin, eril tahakkümün normlarına dayanan ikili cinsiyet sisteminin korunması ve kişinin bir daha cinsiyet değişikliği istemeyeceğinden ‘emin’ olunması amacıyla otomatik olarak bir tanı şartına bağlanması, manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı yönünden devletin hem pozitif hem negatif yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelecektir.

Şöyle ki, devlet kişinin nüfus sicilinde cinsiyet değişikliği için psikolojik veya psikiyatrik bir tanı aradığında, salt bu hukuki süreci tamamlamak için psikiyatriye başvuran translar açısından alınan terapi tam da APA’nın etik dışı nitelediği “dönüştürme terapisi” haline gelebilecektir. Zira bu halde hukukun uzmanlardan beklediği rapor, kişinin geçmek istediği cinsiyete gerçekten ait hissedip hissetmediğine yönelik olacaktır. Halbuki, *“ruh sağlığı uzmanları salt rapor düzenleyen bir noter değildir”*, kendilerine başvuran kişilerin hazırlık durumunu değerlendirirken ve onların geçiş sürecine hazırlanması için destek sunarken etik ilkelere ve insan haklarına uygun davranmalıdır.⁵⁶⁵ Bu durumda devlet, hem kişilerin cinsiyet kimliğini serbestçe yaşamasını sağlamaya ve cinsiyet kimliğini tanımaya yönelik (pozitif) yükümlülüğünü hem de cinsiyet kimliğine yönelik müdahalede bulunmamaya yönelik (negatif) yükümlülüğünü onun kimliğini patolojikleştirerek ve damgalayarak ihlal etmiş olur. Trans geçiş sürecine ilişkin hukukun öngördüğü kısırlaştırma, ameliyat gibi şartların ağırlığının karşısında henüz psikolojik ya da psikiyatrik değerlendirmeye ilişkin şartın yaratacağı hak ihlalleri yeterli ilgiyi görmemiştir. Nitekim AİHM de buna yönelik şartı henüz bir insan hakkı ihlali olarak

⁵⁶⁵ Koray Başar, Şahika Yüksel, “Çocukluktan yetişkinliğe cinsiyet kimliği ile ilgili sorunlar: uygun değerlendirme ve izlem”, *Psikiyatri Güncel – Cinsel İşlev Bozuklukları*, Vol. 4(4), 2014, ss. 389-404. S. 397

nitelememiştir.⁵⁶⁶ Ancak, cinsiyet kimliğinin hukuken tanınmasında böyle bir şart koşulacaksa bu şartın psikolojik ve psikiyatrik değerlendirmenin etik sınırları çerçevesinde sadece trans kişilerin ihtiyaçlarını ve taleplerini keşfetmeye yönelik olduğu kesinleştirilmeli ve kriterleri de yukarıda işaret edilen ayrımlara dikkat edilerek detaylıca belirlenmelidir. Türkiye’de psikolog ve psikiyatrilere arasında bir uygulama birliğinin olmaması ve bu süreçlerin etik sınırlar içerisinde yürütülmesini garantileyecek bir denetim mekanizmasının yokluğu da bu ihtiyacı arttırmaktadır. Aksi halde, bu şartın suiistimal edilmesi ve translar üzerinde baskıyı arttıracak şekilde uygulanarak onları yeni bir tür damgalamaya maruz bırakacak sonuçlar doğurması mümkündür. İşte çalışmanın bu bölümünde konuya yönelik eleştirilerin tümü, devletin ayrımcılığı önleme ve yeni bir ayrımcılık biçimi doğurmamaya yönelik bu yükümlülüğüne dayanmaktadır. Buradan hareketle, trans geçiş sürecine yönelik tüm kural ve değerlendirmeler de transların uğradığı yaygın ayrımcılık bağlamında ele alınacaktır.

1. Norm Denetimi

Anayasa Mahkemesi, Türk Medeni Kanunu’nun 40. maddesinin ilk fıkrasında yer alan “...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...” ibaresinin Anayasa’ya uygunluğunu, 29 Kasım 2017 karar tarihinde incelemiştir.⁵⁶⁷ Alıntılanan ibarenin Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesine yol açan, Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin yaptığı itiraz başvurusudur. Bu başvuru, nüfus sicilinde “kadın” olarak yer alan cinsiyet bilgisinin “erkek” olarak düzeltilmesi talebiyle açılan nüfus kayıt tahsisi davasında davacının “cinsiyet değiştirme ameliyatı” için üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma şartının aranmasının Anayasa’ya aykırı olduğunu iddiasının ciddi bulunması üzerine yapılmıştır.

İptali istenen kural, “cinsiyet değiştirme ameliyatı” olmak için mahkemeden alınacak iznin şartlarından biridir. Kanun’un 40. maddesi, nüfus sicilinde cinsiyet

⁵⁶⁶ Çalışmanın devamında da değinilecek olan A.P., Garçon ve Nicot kararında AİHM, ikinci başvuru Garçon’un nüfus sicilindeki cinsiyet bilgisinin değiştirilmesi talebini gerçekten bir “cinsiyet kimliği bozukluğu”ndan muzdarip olduğunu göstermediği gerekçesiyle reddeden Fransız makamlarının çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurduğu kanaatine vararak Fransa’nın Sözleşme’nin 8. maddesi ile güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı yönünden pozitif yükümlülüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir. Bakınız AİHM, A.P., Garçon ve Nicot/Fransa, Başvuru No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, Karar Tarihi: 6.4.2017, § 138-144.

⁵⁶⁷ AYM, E. 2017/130, K. 2017/165, Karar Tarihi: 29.11.2017.

bilgisinin değiştirilebilmesi için üç farklı aşama öngörmektedir: İlk aşama mahkemeden ameliyat olabilmek için izin almak; ikinci aşama nüfus sicilinde değişiklik yapmanın zorunlu şartı olan ameliyatı olmak; üçüncü aşama ise bu ameliyatın yapıldığına dair resmi sağlık raporunu sunmaktır. İlk aşamada mahkemenin vereceği izinde ise söz konusu kuralın Anayasa Mahkemesine taşındığı anda karşılanması gereken üçü müspet ikisi menfi beş farklı koşul vardır: Kişi on sekiz yaşını doldurmuş olmalı, transseksüel yapıda olmalı ve cinsiyet değişikliği kişinin ruh sağlığı açısından zorunlu olmalıdır. Bununla birlikte, kişi evli olmamalı ve üreme yeteneğine de sahip bulunmamalıdır. İşte, karara konu olayda Anayasa Mahkemesi tarafından incelenen kural da bu menfi şartlardan ikincisidir. İstem sahibinin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu, bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelenmelidir. Aksi takdirde mahkemenin ameliyat izni vermesi mümkün değildir.

İtiraz gerekçesine bakıldığında, üreme yeteneğinden yoksunluğa ilişkin şartın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasının iki ayrı sebebe dayandırıldığı görülmektedir. İlki, üreme yeteneğinden yoksun bırakacak işlemi, diğer bir deyişle kısırlaştırma işlemini, yaptırmayan kişilerin ameliyattan alıkonularak istemedikleri şekilde yaşamaya zorlanmalarıdır. İlk derece mahkemesine göre bu sebep, üreme yeteneğinden yoksun olma şartının kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını ve özel hayatına saygı hakkını ihlal ettiği için Anayasa'ya aykırıdır. İkinci sebep ise, eşitlik ilkesine aykırılıktır. Buna göre, ameliyat olmak için öngörülen şart, üreme yeteneğinden yoksun olan translar ile yoksun olmayan translar arasında haklı sebebe dayanmayan bir ayırım yapmaktadır. Kural, doğuştan ya da farklı sebeplerden üreme yeteneğine sahip olmayan transları ayrı bir işleme zorlamazken üreme yeteneğine sahip transları kısırlaştırma için ayrı bir operasyona zorlamakta, böylece onları fiziksel ve psikolojik olarak ağır bir yük altına sokmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 13. maddesine göre yaptığı inceleme ile itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğuna dokuza karşı yedi oyla karar vermiş⁵⁶⁸, Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ise inceleme yapmaya gerek olmadığı kanaatine ulaşmıştır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı,

⁵⁶⁸ Karşı oylar bildiren üyeler Nuri Necipoğlu, Hicabi Dursun, Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel, Yusuf Şevki Hakyemez ve Muammer Topal'dır.

itirazda öne sürülen sebeplerden sadece ilkini temel almıştır. İptal kararının somut etkisine odaklanıldığında, ilk bakışta, Mahkemenin hangi sebebe nasıl dayandığı trans hakları bakımından önemsiz gelebilir. Neticede, “üreme yeteneğinden yoksun olmak” şartının iptal edilmesiyle transların ameliyat olması ve böylece nüfus sicilinde cinsiyet kaydını değiştirmesi kolaylaşmıştır. Bu bakışa göre, kişinin kimliğinin bir parçası olan cinsiyetini inşa ederken kısırlaşma gibi ağır bir engelden kurtulması, tek başına, özel hayata saygı hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını etkin bir biçimde kullanabilmesi anlamına gelecektir.⁵⁶⁹ Ancak, salt hüküm fıkrası üzerinden bir kararı insan haklarının korunmasında olumlu bir içtihat addetmek mümkün değildir. Nitekim, feminist teorinin kadın sorusu yöntemi izlendiğinde söz konusu kural bakımından Mahkemenin iptal kararının gerekçesinin sonucu kadar olumlu bir tablo çizmediği görülmektedir.

a) Sınırlama Kriterlerine İlişkin Sorunlar

Mahkeme, incelemesini Anayasa’nın 13. maddesinde belirlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi çerçevesinde yapmıştır.⁵⁷⁰ Bu doğrultuda, kuralın kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile özel hayata saygı hakkına yönelik bir sınırlama getirdiğini tespit eden Mahkeme⁵⁷¹, sırasıyla sınırlamanın meşru amacı olup olmadığına ve ölçülü bir müdahale teşkil edip etmediğine bakmıştır.

i. Meşru Amaç

Meşru amaç bakımından Mahkemenin bir değerlendirme yaptığını söylemek mümkün değildir; kararın bu kısmı kanun koyucunun yaklaşımını tespit etmekten ibarettir. Nitekim Mahkeme, kanun koyucunun bu şartla birlikte genel olarak cinsiyet

⁵⁶⁹ Bakınız Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, “Cinsiyet Değişikliğine İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Dolunay Çörek, Göktürk Öcal, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 2**, İstanbul: On İki Levha, 2021, ss. 1-18.

⁵⁷⁰ Anayasa’nın 13. maddesine göre, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*”

⁵⁷¹ Bu müdahalenin kişinin özel hayatına saygı hakkına ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına yönelik olduğu (n) 523 ve (n) 528’de örneklenen AİHM ve AYM kararlarıyla da sabit olduğundan bu kısım ayrıca değerlendirilmemiştir. Ancak itiraz konusu kural ile bu hakların hangi yönlerine nasıl bir müdahale yapıldığı çalışmanın devamında tartışılacaktır.

geçiş ameliyatını belirli kurallara bağlamasının ardında “*ameliyatların herhangi bir denetim olmaksızın gerçekleştirilmesi suretiyle sıradanlaştırılmasının önüne geçilmesi, kamu düzeninin korunması*” gibi amaçların olduğunu belirtmiştir.⁵⁷² Mahkemenin bu açıklamasından, anılan haklara yönelik müdahalenin meşru amacının *kamu düzenini korumak* olarak kabul edildiği görülür. Ne var ki, sayılan amaçların ameliyat olmak isteyen transların kısırlaştırılması için neden meşru sayıldığı veyahut kamu düzeninin bu şekilde nasıl korunduğu izah edilmemiştir.

Halbuki Anayasa’nın 13. maddesindeki meşru amaç kriterinin sağlanabilmesi için kanun koyucunun herhangi bir amacının olması yeterli değildir. Bu amacın Anayasa’nın ilgili maddesinde özel olarak meşru sayılan amaçlardan olması, daha önemlisi ise bu amaca *gerçekten* dayanılması aranır. Diğer bir deyişle, belirli sebeplere yapılan afaki göndermeler, bu sebeplerin varlığı ikna edici bir şekilde ortaya konulmadıkça, meşru amaç kriterini karşılamaz.⁵⁷³ Anayasa’nın 17. ve 20. maddelerinde kamu düzeninin korunması özel bir sınırlama sebebi olarak belirtilmemiş, ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde kamu düzeni bir sınırlama sebebi olarak sayılmıştır. Bu, sorunun bir yüzüdür. Ancak diğer yüzü ise kamu düzeninin korunması ilgili hakları sınırlayabilecek bir meşru amaç kabul edilecekse dahi bu sebebin kısırlaştırma şartı ile alakasının ayrıca açıklanması gerekliliğidir.

Anayasa Mahkemesinin, meşru amaç kriterinin anılan bu gereklerine rağmen, zorunlu kısırlaştırma şartının kamu düzenine içkin olduğunu bir karine gibi kabul etmesi dikkat çekici bir tutumdur. Gerçi, Mahkemenin bu tutumunun bu kararla sınırlı olmadığı teslim edilmelidir. Zira Mahkemenin temel hak ve özgürlüklere ve bunları sınırlandırma rejimine ilişkin pek çok kararında meşru amaç kriterinin adeta bir “genel sınırlama sebebi” haline geldiği görülmektedir. Örneğin, Mahkeme, üreme yeteneğinden yoksunluk şartı bakımından da incelediği, özel sınırlama sebebi belirlenmeyen Anayasa’nın 20. maddesindeki özel hayata saygı hakkı bakımından, hakkın “*Anayasa’da güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa’nın diğer maddelerinde devlete bir görev olarak yüklenen*

⁵⁷² AYM, E. 2017/130, K. 2017/165, Karar Tarihi: 29.11.2017, § 20.

⁵⁷³ AİHM, Kilin/Rusya, Başvuru No: 10271/12, Karar Tarihi: 11.05.2021, § 61.

ödevler nedeniyle sınırlandırılması”nı meşru görmektedir.⁵⁷⁴ Üstelik Mahkeme yakın tarihli bir başka kararında bu içtihadını özel sınırlama sebebi içeren Anayasa maddelerinin yorumunu da kapsayacak şekilde genişletmiştir: Anayasa’nın 23. maddesinde seyahat özgürlüğü için belirlenen özel sınırlama sebeplerinin ‘bireysel’ durumlar için geçerli olduğunu, seyahat özgürlüğünü ‘genel olarak’ sınırlayan düzenlemeler için Anayasa’nın 5. maddesinde devlete yüklenen ödevlerden hareketle kamu düzeni ile toplumun huzur ve refahının sağlanmasının meşru amaç kabul edilebileceğini kabul etmiştir.⁵⁷⁵ Bireysel başvuru kararlarında da aynı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.⁵⁷⁶ Şüphesiz, bu içtihat insan haklarının sınırlandırılmasını meşru amaç kriteri bakımından kolaylaştırmaktadır. Bu kolaylık, üreme yeteneğinden yoksunluk şartına ilişkin düzenleme açısından da geçerlidir. Ancak, bu kararda Mahkeme kamu düzenini genel bir sınırlama sebebi saymanın da ötesine geçerek, somut kuralın kamu düzeniyle ilişkisini kurmaya bile gerek duymamış ve meşru amacı ‘zaten’ varsaymıştır.

Mahkemenin önündeki kural bakımından araştırması gereken, verilecek iznin neden *bazı koşullara* bağlandığı değil; bu iznin neden *kısırlaştırma şartına* bağlandığıdır. Oysa Mahkemenin atıfta bulunduğu Türk Medeni Kanunu’nun 40. maddesinin gerekçesinde, kanun koyucu, kısırlaştırma şartını neden kabul ettiğini belirtmiş değildir. Madde gerekçesine bakıldığında, kanun koyucunun mahkeme iznini “*bazı koşullara*” bağlamasının tek amacının “*gelişigüzel cinsiyet değişikliklerinin önüne geçmek*” olduğu anlaşılmaktadır.⁵⁷⁷ Ancak, Anayasa Mahkemesinin

⁵⁷⁴ AYM, E. 2020/62, K. 2020/69, Karar Tarihi: 12.11.2020, § 19-20. Benzer nitelikte bir başka kararlar için örneğin bakınız AYM, E. 2020/64, K. 2020/70, Karar Tarihi: 12.11.2020, § 14-15., AYM, E. 2012/100. K. 2013/84, Karar Tarihi: 4.7.2013, AYM, E. 2013/95, K. 2014/176, Karar Tarihi: 13.11.2014, AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, Karar Tarihi: 14.5.2015.

⁵⁷⁵ AYM, E.2020/59, K.2023/53, Karar Tarihi: 22.03.2023, § 70-72.

⁵⁷⁶ Örneğin Mahkeme, Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunması hakkının Anayasa’nın 24. maddesinde düzenlenen din ve vicdan özgürlüğü hakkının doğal sınırını oluşturduğunu içtihat etmiştir. Bakınız AYM, Esra Nur Özbey Başvurusu, § 73. Başka bir kararda Mahkeme, Anayasa’nın 42. maddesinde düzenlenen eğitim hakkı için Anayasa’da bir sınırlama sebebinin belirlenmemesinin söz konusu hakkı “mutlak ve sınırsız” yapmadığını; kanun koyucunun bu hakkın sınırlanması bakımından geniş takdir aralığına sahip olduğunu, ancak sınırlamada yine de “kamu yararı”nı gözetmesi gerektiğini belirtmiştir. Bakınız AYM, Adem Öğüt ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/20527, Karar Tarihi: 22.11.2017, § 53. Bu içtihadın yerleştiğine ilişkin başka haklar bağlamında örnekler için bakınız; Anayasa’nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçim hakkı bakımından AYM, Ömer Faruk Eminağaoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2015/7352, Karar Tarihi: 26.9.2019, § 50., Anayasa’nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı bakımından AYM, Ö.Ç. Başvurusu, Başvuru No: 2014/8203, Karar Tarihi: 21.9.2016, § 58. Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı bakımından AYM, Atalay Yıldız Başvurusu, Başvuru No: 2021/14356, Karar Tarihi: 7.6.2023, § 32.

⁵⁷⁷ Türk Medeni Kanunu’nun 40. maddesinin gerekçesi kanun koyucu tarafından şu şekilde açıklanmıştır:

“sıradanlaşma”, kanun koyucunun ise “gelişigüzel” olarak ifade ettiği süreçlerin önüne geçilmesinde ve denetim altında yapılmasında kısırlık koşulunun anlamı ya da önemi açıklanmamıştır.⁵⁷⁸ Üreme yeteneğinden yoksun olma şartı gerekçede sadece ismen tekrarlanmış ve bunun uzmanlardan oluşan bir resmi sağlık kurulu raporu tarafından belgelenmesinin “koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin gelişigüzel doktor raporlarına bağlanmaması” için istendiği söylenmiştir. Dolayısıyla, kamu düzeni sebebi bir yana, Mahkemenin bu gerekçeden tespit edebileceği herhangi bir sebep dahi yoktur.

Üstelik Mahkemenin kamu düzenini meşru sebep kabul ettiği tarihten yaklaşık iki sene önce verilen Y.Y./Türkiye kararında AİHM, hükümetin üreme yeteneğinden yoksunluk şartına dair sunduğu kamu düzenini koruma sebeplerini dayanaksız bulmuştur.⁵⁷⁹ AİHM’e göre, cinsiyet değiştirme ameliyatlarının yaygınlaşmasının önlenmesi ya da kişilerin belirli koşullara tabi tutularak bu ameliyatların geri alınamaz

“Bu madde yürürlükteki Kanunun 29 uncu maddesine 04/05/1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla eklenmiş olan ikinci fıkradan değiştirilmek suretiyle alınmıştır.

Yürürlükteki Kanunun 29 uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince cinsiyet değişikliği dolayısıyla nüfus sicilinde gerekli değişikliğin yapılabilmesi için kişinin önceden cinsiyetini değiştirmesi, bu değişikliğin resmi sağlık kurulu raporuna dayandığının belgelendirilmesi yeterli görülmüştür. Madde bu şekliyle mahkemeye, kişinin cinsiyetinin değiştirilmesi sonucu nüfus sicilinde değişiklik yapma konusunda bir takdir yetkisi vermemekte, mahkemeyi âdeta bir onay makamı hâline getirmektedir. Bu durum, gelişigüzel cinsiyet değişiklikleri sonucu mahkemelerimizi, âdeta bir emrivaki ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu amaçla yeni düzenlemede cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin bu değişikliğe gitmeden önce bizzat mahkemeye başvurması zorunlu kılınmış; mahkemenin böyle bir izni verebilmesi bazı koşullara bağlanmak suretiyle yürürlükteki 29 uncu maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi gelişigüzel cinsiyet değişikliklerinin önüne geçilmek istenmiştir.

Bu koşulların başında kişinin mahkemeye bizzat başvurması gelmektedir. Cinsiyet değişikliği şahsa sıkı silya bağlı bir hak olup, bu istemin bizzat cinsiyet değiştirmek isteyen kişiden gelmesi gerekir. Ancak bu durum kişinin böyle bir davayı mutlaka bizzat açması anlamında olmayıp, iradî temsil yolu da açıktır.

Değişiklik için aranan diğer önemli koşul, kişinin onsekiz yaşını doldurmuş olması ve evli bulunmamasıdır. Henüz cinsiyeti yönünden bir değişiklik zorunluluğu bulunmayan ya da böyle bir zorunluluğun olup olmadığı belli olmayan kişilerin bu yola, başvurusunun önlenmesi bakımından en az onsekiz yaşını doldurmuş olması koşulu aranmış, bunun yanında bu kişinin evli olmaması koşulu da getirilmiştir. Toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacıyla öncelikle kişinin evli olmaması öngörülmüştür. Bu koşul, kişinin bir yandan evliliğini sürdürmesi, öte yandan bu evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine gitmesi, bunu eşinin ya da çocuklarının ortak yaşantıları içinde yapmasının psikolojik ve ahlakî tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur.

Getirilen diğer önemli bir koşul, istem sahibinin transseksüel yapıda olması, ruh sağlığı açısından cinsiyet değişikliğinin zorunlu bulunması ve kişinin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olmasıdır. Bu yolla cinsiyet değişikliği sadece biyolojik açıdan değil, ruhsal açıdan da zorunlu olma koşuluna bağlanmıştır. Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin gelişigüzel doktor raporlarına bağlanmaması için de uzmanlardan oluşan bir resmi sağlık kurulu raporu alınması öngörülmüştür.

Maddenin ikinci fıkrası, hâkimin iznine bağlı olarak cinsiyet değişikliğinin gerçekleştirilmesi hâlinde, bu hususun yine resmi sağlık kurulu raporuyla saptanması koşuluyla hâkimin cinsiyet değişikliği için nüfus sicilinde değişiklik kararı vermesini öngörmüştür.”

⁵⁷⁸ Ibid.

⁵⁷⁹ AİHM, Y.Y./Türkiye, Başvuru No: 14793/08, Karar Tarihi: 10.3.2015, § 77-80.

sonuçlarına hazırlanması, kamu düzeninin korunması açısından kısırlılığı zorunlu tutmak için ikna edici amaçlar değildir.⁵⁸⁰ Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi, ne Y.Y. kararını anmış ne de bu kararda yapılan tespitleri dikkate almıştır. Bu bağlamda, Mahkemenin üreme yeteneğinden yoksunluk ile kamu düzeni arasında bir ilişki kurmadan meşru amacın varlığını tereddütsüz kabul etmesi gerçekten de bir tutuma işaret etmektedir.

Bu tutum, heteroseksüel matrise yaslanmaktan başka bir şey değildir. Nitekim Mahkeme, cinsiyetin değişmesinin “*ancak kanun koyucu tarafından öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde*” mümkün olmasını ifade ederken cinsiyet ve cinsiyetin değişmesine dair anlayışını ortaya koymuştur. Mahkemeye göre, cinsiyet “*fizyolojik, biyolojik ve genetik*”tir ve kişiler “*doğuştan sahip olduğu üreme organları ve sistemleri*” üzerinden “*kadın*” ya da “*erkek*” olarak tanımlanırlar.⁵⁸¹ Mahkemenin üreme yeteneğinden yoksunluğu da içeren şartları kamu düzeninden görmesi de bu idraktan beslenir. Zira bu denklem ile ima edilen, kadınlığın ve erkekliğin üreme organ ve sistemlerinden ibaret olması sebebiyle birinden diğerine geçiş yapmak isteyen üreme yeteneğinden vazgeçmesinin şart koşulabileceğidir. Biraz daha açmak gerekirse, bu anlayış, düzeni zaten üreme organ ve sistemleri üzerinden yapılan ayırım ile tanımlar. Buna göre, üreme sistemi ile nüfusta yazan cinsiyetin uyumsuzluğu halinde kamu düzeni bozulacaktır; bozulmaması için nüfusta güncellenecek cinsiyetin diğer ve Mahkemenin deyimiyle “*doğuştan sahip olduğu*” cinsiyetten ‘kazanılan’ üreme yeteneğini taşımadığından emin olunması gerekir.

Mahkemenin biyolojik cinsiyet ile toplumsal cinsiyet kavramlarını iç içe geçirerek kadınlığı ve erkekliği üreme organları üzerinden tanımlaması, heteroseksüel matrisin üreme yeteneğinden yoksunluk şartını nasıl normalleştirdiğini de ortaya

⁵⁸⁰ Bununla birlikte Mahkeme, cinsiyet değiştirme ameliyatının çeşitli şartlara bağlı düzenlenmesini ve denetim altına alınmasını, geri dönülmez nitelikte olması ve pek çok tıbbi risk taşıması sebebiyle Sözleşme’nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “sağlığın korunması” amacı kapsamında değerlendirmiştir. Kısırlaştırma şartının da bu bağlamda sağlık amacına dayandırılması meşru bulunmuştur. Ancak, Mahkemenin izlediği yol, yargıçlar Helen Keller ve Robert Spano tarafından eleştirilmiştir. Yargıçlara göre, kararda meşru amaç derinlemesine incelenmemiş ve kısırlaştırma şartı bakımından ikna edici bir meşru amaç ortaya konulamamışken böyle bir amaç varsayılmıştır. Yargıçlar karşı oylarında kararın meşru amaç testinde kesilmesi ve orantılılık testinin uygulanmaması gerektiğini tartışmıştır. Zira meşru amaç yoksa, orantılılık denkleminin kurulması da mümkün değildir. Bakınız AİHM, Y.Y./Türkiye, Joint Concurring Opinion of Judges Keller and Spano, § 4. Kısırlaştırma ameliyatı bakımından sağlığın korunmasının meşru amaç olarak ileri sürülmesi, çalışmanın bu bölümünün ikinci kısmı olan “Bireysel Başvuru” alt başlığında ayrıca ele alınacaktır.

⁵⁸¹ AYM, E. 2017/130, § 21.

koymaktadır. Bir kere, sistemde alışılmış olan, kişilerin onlara doğumda atanmış cinsiyeti benimsemeleri ve ona uygun davranmaları olduğu için, cinsiyetin değiştirilmesinin bazı koşullarla (fazladan) zorlaştırılması olağan karşılanır. Üreme yeteneğinden yoksunluğun ilk bakışta meşru bir koşul görülmesi de bundandır. Ancak bu *olağanlık*, trans deneyimlerini bilmeme ya da yok sayma konforuna dayanır. Zira bedenlerinde ve görünümlerinde değişiklik yapmak isteyen translar zaten ekonomik, fiziksel ve manevi olarak ağır bir yük altına girerler. Örneğin hormon kullanımı, yıldan yıla artan ilaç fiyatları da göz önünde bulundurulduğunda önemli bir kaynak gerektirir.⁵⁸² Diğer yandan, bir şekilde temin edilebilen hormon ilaçlarının kullanımı, sadece istenilen sonuçları değil, riskleri de beraberinde getirir. Bu risklerin arasında Tip 2 diyabet, hipertansiyon ve kalp sorunları yer almaktadır.⁵⁸³ Üstelik hormon kullanımı birkaç aylık bir süreç de değildir; yıllara yayılabilmektedir. Dolayısıyla, transların böyle bir sürece girmek ve yıllarca devam ettirmekle üstlendikleri maddi ve manevi yük, güçlü bir iradeyi gerektirir.⁵⁸⁴ Bu nedenle, bu sürecin gelişigüzel, deyim yerindeyse bir hevesle yürütülebilecek ve sıradanlaşabilecek bir süreç olabileceğine yönelik değerlendirme, ikna edici olmaktan çok uzaktır. Bilakis, süreç ancak buna gerçekten ihtiyaç duyan kişilerin altından kalkabileceği zorlukta emek, sabır ve kaynak istemektedir.

Öyleyse, mahkeme izni almak için konulan şartlar, kamu düzenini sağlamaya yönelik denetim araçlarından ziyade heteroseksüel matrisin sıkı sıkıya korunması için öngörülen engeller niteliğindedir. Üreme yeteneğinden yoksunluk şartı bakımından, engellenen sadece ameliyat da değildir. Bu şartı gerçekleştirip ameliyat olanlar açısından asıl engellenmek istenen, transların üremeleridir. Buna göre, eğer bir kişi

⁵⁸² Bakınız Müjgan Halis, “Ekonomik kriz transların hormon ilaçlarını da vurdu: Eczane eczane ilaç arıyorlar”, Independent Türkçe, 12 Eylül 2022, <https://www.indytrk.com/node/551741/haber/ekonomik-kriz-transların-hormon-ilaçlarını-da-vurdu-eczane-eczane-ilaç-arıyorlar>, (Son Erişim Tarihi: 8 Haziran 2023). Avrupa’da sağlık hakkı kapsamında hormon kullanımına erişimin etkinliğinin maddi imkânlarla bağlı olduğunu ortaya koyan değerlendirme için bakınız Council of Europe Commissioner for Human Rights, “Issue Paper on Human Rights and Gender Identity”, 2009, <https://rm.coe.int/human-rights-and-gender-identity-issue-paper-commissioned-and-publishe/16806da753>, (Son Erişim Tarihi: 30 Ekim 2023), s. 12.

⁵⁸³ NHS, “Treatment: Gender dysphoria”, <https://www.nhs.uk/conditions/gender-dysphoria/treatment/>, (Son Erişim Tarihi: 8 Haziran 2023)., E. Coleman, A. E. Radix, W. P. Bouman, et al., “Standards of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People, Version 8”, **International Journal of Transgender Health**, Vol. 23(S1), 2022, ss. 110-128.

⁵⁸⁴ Bu sürecin basit bir anlatımı için bakınız Shalini Jadhvani, “Hormone Therapy For Transgender Youth (Benefits, Results, Expectations & More)”, ClinicSpots: Holistic Healthcare, 12 Mayıs 2023, <https://www.clinicspots.com/tr/blog/hormone-therapy-for-transgender-youth-benefits-results-expectations-and-more>, (Son Erişim Tarihi: 7 Haziran 2023).

kendisine üreme organı üzerinden atanan cinsiyetini değiştiriyorsa, cinsiyetiyle birlikte bu cinsiyetle ilişkilendirilmiş üreme yeteneğini de terk etmelidir. Böylece, evliliğin sadece ‘karşıt’ cinsiyetler arasında değil, ‘karşıt’ üreme organ ve sistemleri arasında gerçekleşeceği garanti altına alınır. Paralel olarak, anneliğin ve babalığın da sırasıyla doğumda atanan cinsiyeti kadın ve doğumda atanan cinsiyeti erkek olanlar tarafından yerine getirilmesi sağlanır.

Cinsiyetin organ üzerinden tanımlandığı bir sistemde bu yaklaşımın tutarlı olduğuna şüphe yoktur. Ancak, heteroseksüel matris açısından bu tutarlılığın korunması kadar aksi ihtimallerin önlenmesi de önemlidir. Nitekim kanun koyucu, 40. maddenin gerekçesinde evli olmama şartını açıklarken “*Toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önleme*” şeklinde ifade ettiği amaçla, heteroseksüel matrisin bozulması korkusunu açığa çıkarmıştır. Bu korkunun ameliyat olan transların üremesi açısından da etkin olduğu görülmektedir. Zira, örneğin, dişi üreme organları ve sistemine sahip bir erkek, kanun koyucunun cinsiyet anlayışı bakımından cinsiyet belirsizliği ve karmaşası yaratmaktadır. Üreme yeteneğinden yoksunluk şartı, heteroseksüel matristen sapmaya yol açacak bu gibi durumların önlenmesinin güvencesi olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla, Mahkeme, kısırlık şartının anılan haklara yönelik müdahalesinin meşru amacını kamu düzeniyle açıklamakla kamu düzenini heteroseksüel matrise dayandırmış ve bunun korunmasının meşru olduğunu kabul etmiştir.

ii. Demokratik Toplumda Gereklilik ve Ölçülülük

Mahkemenin meşru amaca yönelik kabulü, kararın geri kalanındaki incelemeye de sirayet etmiştir. Şöyle ki, Mahkeme meşru amaç kriterinden sonra ölçülülük kriterini incelerken iki temel tespitten hareket etmiştir. İlki, üreme yeteneğinden yoksunluk şartının sadece üreme yeteneğine sahip translar için ayrı bir yükümlülük getirdiği; üreme yeteneği doğumdan itibaren bulunmayan veya bu yeteneğini sonradan kaybeden transların ise diğer şartları taşımaları halinde cinsiyet değişikliği izni alabilmeleridir. Mahkemenin ikinci tespiti ise, cinsiyet değiştirme ameliyatı olmanın üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksunluğa yol açtığı, bu yüzden ameliyat izni için aranan şartın aslında ameliyatın “*doğal sonucu*”

olduğudur.⁵⁸⁵ Mahkeme, bu iki hususu göz önünde bulundurarak uyguladığı ölçülülük testi neticesinde üreme yeteneğinden yoksunluk şartını gereklilik ve orantılılık kriterlerini karşılamadığı gerekçesiyle ölçüsüz bulmuştur. Mahkemeye göre, üreme yeteneğine sahip bir transın ameliyat sonucunda yoksun kalacağı yeteneği için ameliyat öncesi ek tıbbi müdahaleye maruz bırakılması gereksizdir. Mahkeme, kısırlık şartının “*son derece ağır, telafisi imkânsız durumlara*” yol açabilecek derecede orantısız bir müdahale olduğu sonucuna ise kısırlık şartını gerçekleştiren bir transın ameliyat olmaması halinde “*cinsiyetini değiştiremediği halde üreme yeteneğini kaybetme*” sonucuna maruz kalacağı gerekçesiyle ulaşmıştır.⁵⁸⁶

Şüphesiz, Mahkemenin ameliyat olmak isteyen transların özel hayata saygı hakkına ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sınırlandırma getiren söz konusu kuralı ölçüsüz bulması, insan haklarının korunması bakımından önemli bir karardır. Bununla birlikte, feminist bakış açısıyla, kararın dayandığı sebeplere katılmak mümkün değildir. Öncelikle, Mahkemenin ölçülülük testinde kullanmak üzere yaptığı ilk tespit, kısırlık şartının transların haklarına yönelik getirdiği *gerçek* sınırlamayı göz ardı etmiştir. Mahkemeye göre, kural, sadece üreme yeteneğinden yoksun olmayan translara yük getirmektedir ve ameliyat iznini talep ettiği anda üreme imkânı zaten olmayan translar için bu kuralın bir etkisi yoktur. Bu değerlendirme, kuralın sadece üreme yeteneğini kaybettirecek tıbbi işlemin yapılmasını şart koştuğuna yönelik bir yanılsama yaratmaktadır. Halbuki kuralla istenen şey, ameliyat olmak isteyen transın genel olarak üreme yeteneğinden yoksun olmasıdır. Yoksunluk durumu, doğumdan itibaren, doğumdan çok sonra yaşanan bir sağlık sebebinden ya da ameliyat öncesinde sırf ameliyat olabilmek için yapılan kısırlaştırma işleminden kaynaklanabilir. Kural, bu üç ihtimali birden kapsamaktadır ve her üçü için de bir sınırlama getirmektedir: Cinsiyet geçiş ameliyatı olmak için üreme yeteneğinden yoksun olduğunu ispatlama yükümlülüğü.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, kuralın her şeyden evvel kişinin kendisine ait özel bir bilgiyi açıklama ve bu bilgiyi bir sağlık kurulu raporuyla kanıtlama şartı getirmesidir. Kuralın lafzından, üreme yeteneğinden yoksunluk şartının beyana bağlı olduğu çıkarımını yapmak mümkün değildir. Her halükârda

⁵⁸⁵ AYM, E. 2017/130, § 24.

⁵⁸⁶ AYM, E. 2017/130, § 26.

kişinin yoksunluk durumunu belgelemesi gerekir. Bu sebeple, Mahkeme heteroseksüel matrisin getirdiği alışkanlıkla cinsiyet geçiş ameliyatı olmak isteyen transın üreme yeteneğine ilişkin bir belge sunmasını olağan karşılamışsa da bunun bizatihi kişinin özel hayatına yönelik bir müdahale olduğunun altını çizmek gerekir.⁵⁸⁷ Kuşkusuz üreme yeteneğine sahip translar açısından bu belgeyi sunabilmek, kısırlaşma yükümlülüğünü de beraberinde getirmekte ve böylece şartı ağırlaştırmaktadır. Ancak, bu, üreme yeteneğine sahip olmayan transların haklarına yönelik herhangi bir müdahale olmadığını göstermez.

Mahkemenin müdahalenin çok yönlülüğünü görmezden gelip kuralı tıbbi müdahaleye indirgemesi önemli bir *tercihtir*. Üstelik Mahkeme bu tercihini, *YY/Türkiye* davasında devletin bu kuralın tıbbi müdahale içermediği, sadece üreme yeteneğinden yoksunluk durumunu belgeleme yükümlülüğü getirdiği savunmasına rağmen yapmıştır.⁵⁸⁸ Savunmadaki görüş, norm denetimi kararının karşı oyunda da tekrarlanmış; kuralın üreme yeteneğinden yoksun olmayan transları kapsama dahi almadığı, kapsamına aldığı üreme yeteneğinden yoksun translar için ise sadece belgeleme yükümlülüğü getirdiği ileri sürülmüştür.⁵⁸⁹ Şu halde, kuralın bu yönünün Mahkemenin gözden kaçırabileceği, üzerine hiç tartışılmamış saklı bir anlam teşkil ettiğini söylemek mümkün değildir.

Öte yandan, Mahkemenin somut norm denetimi başvurusunun ilk incelemesinde “davada uygulanacak kural” kriterini sıkı sıkıya uyguladığı içtihadını takip ettiğini ve kuralı kendisine taşıyan yargılamada davacı üreme yeteneğine sahip bir trans olduğu için kuralı sadece bu yönden incelediğini söylemesi, anlamlı ve tutarlı bir gerekçe teşkil edebilirdi.⁵⁹⁰ Ancak, Mahkemenin böyle bir değerlendirmesi de yoktur. Görünen o ki, heteroseksüel matrisin *doğallığı*, cinsiyet değişikliği için mahkemeye başvuran bir transın kısırlılığını belgeleme yükümlülüğünü yok saymaya

⁵⁸⁷ Kişisel verilerin ve özellikle hassas tıbbi verilerin korunması, Sözleşme’nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı ile güvence altına alınmıştır. Bakınız AİHM, Y.G./Rusya, Başvuru No: 8647/12, Karar Tarihi: 30.8.2022, § 44., AİHM, S. ve Marper/Birleşik Krallık, Başvuru No: 30562/04, 30566/04, Karar Tarihi: 04.12.2008, § 66, Anayasa Mahkemesi de benzer bir değerlendirmeye sağlık durumuna ilişkin bilgilerin Anayasa’nın 20. maddesi ile güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında olduğuna hükmetmiştir. Bakınız AYM, H.Ö. Başvurusu, Başvuru No: 2019/20473, Karar Tarihi: 3.2.2022, § 36.

⁵⁸⁸ AİHM, Y.Y./Türkiye, § 91, 118.

⁵⁸⁹ Bakınız Nuri Necipoğlu, Hicabi Dursun, Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel, Yusuf Şevki Hakyemez karşı oyu.

⁵⁹⁰ Özen Ülgen, *İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme*, İstanbul: Beta, 2013, ss. 272-278.

yetmiştir. Cinsiyetle üreme organ ve sisteminin özdeşleştirilmesi, kendisine doğumda atanan cinsiyeti istemediğini beyan eden kişinin o cinsiyete ait olduğu kabul edilen üreme yeteneğini de zaten istemeyeceği ve bu yoksunluğun onun için önem arz etmeyeceği kanaatini doğurmuştur.

Mahkemenin üreme yeteneğinden yoksun olmanın kanıtlanması yükümlülüğünün bizatihi bir müdahale olduğunu tespit etmemesinin bu çalışma bağlamında vurgulanması gereken bir çıktısı daha vardır. Mahkemenin bu tutumu, heteroseksüel matrisin güvencesi olmak haricinde, cinsiyet geçiş ameliyatı izni için *kısırlığın* neden gerekli ya da orantılı olduğu sorunu üzerinde durmamasına da sebep olmuştur. Bu yüzden kararda uygulanan ölçülülük testinin odağı tıbbi müdahaledir. İşte bu kısımda Mahkemenin gerekçesi bütünüyle yukarıda verilen ikinci tespite, yani üreme yeteneğinden yoksunluk şartının esasında ameliyatın doğal sonucu olduğu belirlemesine dayanmıştır. Mahkemeye göre böyle bir müdahale gerekli ve orantılı değildir, çünkü cinsiyet geçiş ameliyatı zaten transları üreme yeteneğinden yoksun bırakır ve üstelik bu ameliyat olmayan translar için geri dönülmez sonuçlar doğurur.

Mahkemenin vardığı bu sonuç da kararın bütününe hâkim heteroseksüel matris açısından tutarlı gözükmemektedir. Gerekçeye bakıldığında, üreme yeteneğinden yoksunluk şartı Anayasa'ya aykırı bulunurken adeta ameliyat olma şartına güvenildiği görülmektedir.⁵⁹¹ Mahkeme, kişinin “*cinsiyetini değiştiremediği hal*” ile “*ameliyat olamaması durumu*” arasında özdeşlik kurarak ameliyat “*olamayan*” translar için kısırlık sonucunu ağır bulmuştur. Burada, dikkat edilmesi gereken, Mahkemenin üreme yeteneğinden yoksunluk şartını ameliyat bunu ‘zaten’ sağladığı için *gereksiz*; ameliyat *olmayan* transları kısırlaştırdığı için de *orantısız* bulmuş olmasıdır.

Mahkemenin bu değerlendirmesi, cinsiyet uyum ameliyatı üreme yeteneğinden yoksunluk sonucunu doğurmasaydı böyle bir müdahale gerekli sayılacak mıydı sorusunu gündeme getirmektedir. Halbuki ameliyatın üreme yeteneğinden yoksunluk sonucunu doğurduğu bir gerçek olmakla birlikte, buradaki asıl sorun, translardan nüfusta cinsiyet bilgisini düzeltmek için doğumda atanan cinsiyetin üreme organ ve sistemine göre üremeyeceklerinin garantisinin istenmesi ve bunun hiçbir meşru amaca

⁵⁹¹ Nuri Necipoğlu, Hicabi Dursun, Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel ve Yusuf Şevki Hakyemez tarafından yazılan karşı oyun gerekçesinde de ameliyat zorunluluğuna dayanılmıştır.

dayanmamasıdır. Kuraldaki hukuki sorunun ameliyatın üreme yeteneğinden yoksunluk sonucu doğurup doğurmamasından bağımsız olmasına rağmen Mahkeme bunu hareket noktası aldığı için orantısızlık değerlendirmesini de sadece ameliyat olmayan translar üzerinden yapmıştır. Bu dar yaklaşım ise Mahkemenin “doğumda atanan cinsiyette kalan, o cinsiyetin üreme organ ve sistemini tutsun” kaygısını ortaya koymaktadır. Nitekim heteroseksüel matrisin cinsiyet ile üreme organ ve sistemi arasında tasarladığı ilişki, Mahkemenin kişinin “*cinsiyetini değiştiremediği hal*” ile “*ameliyat olamaması durumu*” arasında kurduğu özdeşlikte kendini bir kez daha göstermiştir. Mahkemeye göre, üreme yeteneğinden yoksunluk, ancak ve ancak cinsiyet değişikliği halinde istenebilecek bir şarttır. Bu nedenle, cinsiyetini değiştirmeyen kişi, mümkün olduğunca ve son raddeye kadar doğumda atanan cinsiyete ait üreme organ ve sistemlerine ait yeteneğini korumalıdır. İşte Mahkemenin ameliyat “*olamayan*” translar için kısırlık sonucunu ağır bulması da bu düşünceye dayanmaktadır.

Bu gerekçe ile Mahkeme, heteroseksüel matrisin tutarlılığı uğruna tutarsızlığa düşmüştür. İlk olarak, Mahkemenin ameliyatın *doğal* sonuçlarına odaklanırken ameliyat öncesi hormon tedavisinin *doğal* sonuçlarını göz ardı ettiğine dikkat etmek gerekir. Transların kullandığı hormonlar da kısırlık sonucunu doğurmakta ve hatta bu sonucu çoğu zaman kalıcı kılmaktadır.⁵⁹² Diğer bir deyişle, ameliyat izni için başvuran transların çoğu zaten hormon kullanımı yüzünden üreme yeteneğini kaybetmiş kişilerdir. Öyleyse, ameliyat olamayan transları ameliyat öncesi şartı olarak üreme yeteneğini kaybedeceği tıbbi müdahaleden kurtarmak, Mahkemenin öngördüğü gibi geri dönülmez, ağır sonuçları engelleyecek bir şey değildir. Üreme yeteneğinden yoksunluk, çoğu zaman, trans uyum sürecinin doğal sonucudur.⁵⁹³ Ancak Mahkeme,

⁵⁹² Hormon terapisi, trans kadınlar için testosteron üretimini baskılamak üzere östrojen alımı ve anti-androjen kullanımı iken trans erkekler için testosteron kullanımını ifade eder. Tedavinin başlarında bu hormonların kullanımı geçici kısırlık etkisi yaratırken uzun süreli tedavi sonucunda kısırlık etkisi kalıcılaşabilmektedir. Bakınız NHS, “Treatment: Gender dysphoria”, E. Coleman, “Standards of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People, Version 8”, s. 132.

⁵⁹³ Buradaki değerlendirme, hormon kullanımını ya da onun sonuçlarını haklılaştırma olarak anlaşılmamalıdır. Üzerine dikkat çekilmeye çalışılan husus, Mahkemenin kendi yaklaşımı bakımından tutarsızlık içerisinde olmasıdır. Yoksa bu bölümün girişinde de belirtildiği üzere hormon kullanımının zorunlu olması da başlı başına insan hakkı ihlali niteliği taşıyan bir şarttır. Nitekim Yogyakarta İlkelerinde, hiç kimsenin cinsiyet kimliği hakkının ön şartı olarak hormon kullanımı dahil herhangi bir tıbbi müdahale şartına tabi tutulmaması gerektiği belirtilmiştir. The International Panel of Experts in International Human Rights Law and on Sexual Orientation and Gender Identity, “Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity”, madde 3.

ameliyat olma şartına dayanmayı tercih ederek bunu kesin olarak garantileyen kuralı haklılaştırma yolunu seçmiştir.

İkinci olarak, Mahkeme ölçülülük değerlendirmesi yaparken kuralı tıbbi müdahaleye indirgediğini unutmuş gözükmektedir. Eğer kural, üreme yeteneğine sahip transları bu yetenekten yoksun bırakan tıbbi işlemi şart koşuyorsa, neden değerlendirmede sadece bu işlemi görüp ameliyat olmayan translar üzerinde durulmuştur? Ameliyat olmak, üreme yeteneğinden yoksun bırakan işlemi olan transların maruz kaldığı ölçüsüz fiziksel ve ruhsal acıyı ortadan kaldırmayacaktır. Ameliyatın doğal sonucunun ameliyat öncesi istenmesinin ve transların iki kere tıbbi müdahaleye maruz bırakılmasının ölçüsüzlüğünün tespiti yeterli olacakken Mahkemenin cinsiyetin değişmediği hal üzerinden üreme yeteneğinden yoksunluğu ele alması, trans uyum sürecine ve cinsiyetin değişmesine yönelik ön yargısını ortaya koymaktadır.

b) Ayrımcılık Yasağına İlişkin Sorunlar

Karar boyunca Mahkemenin cinsiyet kavramını ele alış biçimi ve translara yaklaşımı, kuralı Anayasa'nın 10. maddesi yönünden neden incelemediğine dair de ipucu verir. Kararın "itirazın gerekçesi" başlığında yapılan özetten, itiraz başvurusunda öne sürülen eşitsizlik iddiasının kuralın translar arasında ayırım yapmasına dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre üreme yeteneğinden yoksunluk şartı, bu yeteneğe sahip olan translar ile olmayan translar arasında farklı muamele öngörmekte ve üreme yeteneğinden yoksun olmayanları ameliyat olma hakkından mahrum bırakmaktadır. Mahkeme de kuralın sadece üreme yeteneğine sahip olan translar açısından tıbbi müdahale yükümlülüğü getirdiğini yorumladığı için bu yükümlülüğün Anayasa'ya aykırı olduğunu tespit etmekle eşitsizlik iddiasının dayanağı olan sorunun da incelenerek çözüldüğünü muhtemelen varsaymış ya da en azından buna ilişkin ayrı bir incelemeye gerek görmemiştir.

Halbuki Mahkemenin Anayasa'ya aykırılık incelemesinde eşitsizlik iddiasını değerlendirmemesi, transların uğradığı ayrımcılığa göz kapatan bir tercihtir. Kararda bu kuralın getirdiği asıl eşitsizlik tespit edilemediği için soruna temas dahi edilmemiş, aksine, translara yönelik ayrımcılığı perçinleyebilecek bir gerekçe kurulmuştur. Şöyle ki, cinsiyet uyum süreci, sadece transların deneyimlediği bir süreç olduğu için bu

kuralın yaratabileceği farklı sonuç, elbette itiraz başvurusunda da iddia edildiği üzere öncelikle translar arasında olmaktadır. Ancak, kuralın alelade bir ameliyat şartı olmadığına, esasında nüfus sicilinde değişiklik yapmak isteyen translara kısır olma yükümlülüğü getirdiğine dikkat etmek gerekir. Bunun anlamı, doğumda kendisine kadın ya da erkek cinsiyeti atanan ve nüfustaki cinsiyet bilgisi ile cinsiyet kimliği eşleşen natrans kişi ile nüfustaki cinsiyet bilgisini cinsiyet uyum ameliyatı ile güncelleyen trans kişi arasında üreme yeteneği üzerinden ayırım yapılmasıdır. Diğer bir deyişle, trans olmayan kişilerin nüfus sicilindeki cinsiyet bilgisi, onların üreme yeteneklerinden bağımsız bir veri iken translar için tamamıyla üreme yeteneklerine dayanmaktadır.

İtiraz başvurusunda dava konusu kural sebebiyle ortaya çıkan ayrımcılığın, üreme yeteneğine sahip olan translarla bu yeteneğe sahip olmayan transların durumunun karşılaştırılarak temellendirilmesi, Mahkemenin eşitsizlik iddiasını bununla sınırlı değerlendirmesini gerektirmez. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeyle bağlı olmama*" başlıklı 43. maddesi, açıkça, Mahkemenin taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasa'ya aykırılık kararı verebileceğini, dava dosyasında ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda olmadığını söyler. Elbette bu kuralda bahsedilen gerekçe, ölçü norm olarak esas alınacak Anayasa maddesini ifade eder. Bu yüzden eşitlik ilkesinin farklı sebeplerle ele alınması, bu kural kapsamında aynı gerekçeyle karar verilmesi anlamına gelecektir. Ancak, ölçü norm bakımından gerekçeyle bağlı olmayan Mahkemenin, gerekçenin gerekçesiyle de bağlı olmayacağını kabul etmek gerekir. Öyleyse, Mahkemenin eşitsizlik iddiasını incelemeye gerek görmemesine yol açan itiraz başvurusunda yapılan karşılaştırmaysa, Mahkeme bununla bağlı olmadığı için, bu karşılaştırmının esas alınması da Mahkemenin tercihindən başka bir şey değildir.

Bununla birlikte, Mahkemenin eşitsizlik iddiasını değerlendirmeme *tercihi*, yalnızca farklı muamele karşılaştırması üzerinden anlaşılamaz. Bu tercih, dava konusu kuralın transların üreme haklarına ilişkin olduğu gerçeğinin yadsınması üzerine kuruludur. Kuralın alelade bir tıbbi müdahaleden ibaret ele alınması ya da Anayasa'ya aykırı bulurken ameliyatın doğal sonuçlarına ve ameliyat olunmaması durumunda gereksiz kısırlaşma sonucuna dayanılması, bu yadsımının sadece değişik

görünümleridir. Dahası, kararda yadsımanın ötesine geçen bir normalleştirme de söz konusudur: Kamu düzeni uğruna trans uyum süreci zorla kısırlaştırma ile güçleştirilebilir; buna ilişkin ayrı bir tıbbi işlem görme zorunluluğu ise ancak kısırlaştırma sonucundan emin olunması ile ortadan kalkar. Bu kavrayışta, zorla kısırlaştırma sorun değildir; normaldir. Transların nüfus sicilinde aynı cinsiyet bilgisini paylaştığı natranslarla üreme yeteneği bakımından farklılığa zorlanması da üzerinde durulması gereken bir durum değildir; yine normaldir.

Heteroseksüel matrisle tutarlı bu *normallik*, translara yönelik şiddet içeren tarihsel ayrımcılığın haklılaştırılmasına hizmet eder. Her şeyden evvel, dava konusu kural bakımından kişilerin belirli haklardan yararlanmaları şartı olarak kısırlaştırılmaları, rızaları olmaksızın üreme yeteneğinden yoksun bırakılmalarını ifade eder. Ancak, zorla kısırlaştırmanın doğası gereği, bir transın kendisini kısırlaştıracak tıbbi işlem için rıza göstermesi halinde dahi gerçek bir rızanın varlığından bahsedilemez. Zira buradaki rıza, cinsiyet değiştirme ameliyatına yönelik rızanın içerisinde eritilen zorlamadan ibaret bir *görünüşte* rızadır. Cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak isteyen bir trans için, Mahkemenin önüne taşınan davadaki gibi bir hukuk mücadelesi verilmediği sürece, üreme yeteneğini korumak gibi bir tercih imkânı yoktur.⁵⁹⁴ Üstelik, söz konusu zorlama kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile özel hayata saygı hakkı bakımından münferit bir ihlal niteliğinde de değildir.⁵⁹⁵

Zorla kısırlaştırma, ekseriyetle dezavantajlı gruplara yönelik sistematik ayrımcılığın bir uygulamasıdır. Soykırım, insanlığa karşı suçlar gibi uluslararası suçların birer unsuru olarak da karşımıza çıkan bu uygulama, tarihsel olarak belirli

⁵⁹⁴ Genital organ ameliyatı olmadan veya bedeninde herhangi bir kalıcı değişiklik yapmadan cinsiyet kimliğini nüfus sicilinde değiştirmek isteyen translar bakımından bu haklarına kavuşmaları için vermeleri gereken rızanın daha da ağır bir zorlama içerdiğini not düşmek gerekir.

⁵⁹⁵ Zorla kısırlaştırma, pek çok komisyon ve yargı kararında insanlık dışı muamele ve işkence ekseninde ele alınmıştır. Örneğin bakınız African Commission on Human and People's Rights, "General Comment No. 4 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Redress for Victims of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Punishment or Treatment (Article 5)", 2017, https://policehumanrightsresources.org/content/uploads/2021/07/achpr_general_comment_no._4_english.pdf?x49094, (Son Erişim Tarihi: 7 Şubat 2024), United Nations General Assembly Human Rights Council, "Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Mendez", s. 11. Ancak bu kısımda zorla kısırlaştırma konusu Anayasa Mahkemesinin önündeki dava bağlamında değerlendirildiği için Mahkemenin incelediği haklar çerçevesinde devam edilmiştir.

grupları yok etmenin ya da en azından kontrol altına almanın bir aracı olmuştur.⁵⁹⁶ Nitekim zorla kısırlaştırma, gelecek nesillerin kalıtsal bozukluklardan arındırılarak iyileştirilebileceğine yönelik öjenik düşünceden beslenir.⁵⁹⁷ Buna göre, mental ya da fiziksel özellikleri *kaliteli* addedilmeyen insanların üremesi engellenerek “*insan kontrolünde doğal seleksiyon*” gerçekleştirilir.⁵⁹⁸ Söz konusu kaliteyi belirleyegelen ise tahakküm gücünü elinde bulunduran ve kendi özelliklerini üstün özellik olarak dayatan egemen kesimdir. Dolayısıyla, zorla kısırlaştırmanın mağdurlarının etnik azınlıklar⁵⁹⁹, göçmenler⁶⁰⁰, engelliler⁶⁰¹ ya da hükümlüler⁶⁰² gibi marjinalize edilen grupların oluşturması rastlantısal değildir.⁶⁰³ İstanbul Sözleşmesi de tüm marjinal gruplar içerisinde zorla kısırlaştırmaya öncelikle maruz bırakılanların kadınlar olmasından hareketle, bu tür uygulamaların cezalandırılması gerektiğine yönelik düzenleme getirerek zorla kısırlaştırmanın şiddet içeren bir ayrımcılık pratiği olduğunu ortaya koymuştur.⁶⁰⁴

⁵⁹⁶ 20. yüzyılın başında zorla kısırlaştırma devlet/hükümet politikasının bir parçası olarak tüm dünyada uygulanmıştır. Nazi Almanyası’nda ve Amerika Birleşik Devletleri’ndeki zorla kısırlaştırma uygulamaları ise zorla kısırlaştırmanın en sistematik örnekleridir. Bakınız Angela Davis, **Women, Race & Class**, Londra: Penguin Books, 2019, s. 196, Mark A. Largent, **Breeding Contempt: The History of Coerced Sterilization in the United States**, New Brunswick: Rutgers University Press, 2008, s. 39, 96; Egbert Klautke, “‘The Germans are beating us at our own game’: American eugenics and the German sterilization law of 1933”, **History of the Human Sciences**, Vol. 29(3), 2016, ss. 25-43.

⁵⁹⁷ Tanja Altunjan, **Reproductive Violence and International Criminal Law**, The Hague: International Criminal Justice Series 29. T.M.C. Asser Press, 2021, s. 79.

⁵⁹⁸ Nancy Ordovery, **American Eugenics: Race, Queer Anatomy, and the Science of Nationalism**, Minneapolis: University of Minnesota Press, 2003, s. 10.

⁵⁹⁹ Lisa Powell, “Eugenics and Equality: Does the Constitution Allow Policies Designed to Discourage Reproduction Among Disfavored Groups?”, **Yale Law & Policy Review**, Vol. 20, 2002, s. 486.

⁶⁰⁰ Bakınız Elizabeth C. Ghandakly, Rachel Fabi, “Sterilization in US Immigration and Customs Enforcement’s (ICE’s) Detention: Ethical Failures and Systemic Injustice”, **American Journal of Public Health**, Vol. 111(5), 2021, ss. 832-834., Martín Hevia, Andrés Constantin, “Gendered Power Relations and Informed Consent: The I.V. v. Bolivia Case”, **Health and Human Rights**, Vol. 20(2), 2018, ss. 197-203.

⁶⁰¹ Bakınız Marine Uldry, EDF Women’s Committee, “Forced sterilisation of persons with disabilities in the European Union”, 2022, https://www.edf-feph.org/content/uploads/2022/09/Final-Forced-Sterilisation-Report-2022-European-Union-copia_compressed.pdf, (Son Erişim Tarihi: 9 Haziran 2023), Linda Steele, “Court Authorised Sterilisation and Human Rights: Inequality, Discrimination and Violence Against Women and Girls with Disability”, **University of New South Wales Law Journal**, Vol. 39(3), 2016, ss. 1002-1037.; Christina Zampas, Adriana Lamačková, “Forced and coerced sterilization of women in Europe”, **International Journal of Gynecology and Obstetrics**, Vol. 114, 2011, s. 164-165.

⁶⁰² Ordovery, **American Eugenics**, s. 80

⁶⁰³ Ibid., Paul Weindling, “International Eugenics: Swedish Sterilization in Context”, **Scandinavian Journal of History**, Vol. 24(2), 1999, s. 187, Yuichiro Tsuji, “Forced sterilization and abortion in Japan: Family and constitution”, **Bratislava Law Review**, Vol. 2(2), 2018, ss. 50-63.

⁶⁰⁴ Bakınız Daniela Alaattinoğlu, “Forced Sterilisation in the Istanbul Convention” içinde Ed. Johanna Niemi, Lourdes Peroni, Vladislava Stoyanova, **International Law and Violence Against Women**, Londra: Routledge, 2020, ss. 173-188.

Ancak translar bakımından zorla kısırlaştırma, bir suç ya da hukuka aykırılık kabul edilmek bir yana, bizzat hukuk tarafından “olması gereken” addedilen, yaygın ve kanıksanan bir uygulama olarak kendini göstermiştir. Nitekim Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 2009 yılında yayımladığı raporda transların Avrupa’da devlet zoruyla kısırlaştırılan *tek* grup olduğunu ve devletlerin bu yolla transların aile kurma hakkını ortadan kaldırdığını açıklamıştır.⁶⁰⁵ Buna rağmen, zorla kısırlaştırmanın kişilerin cinsiyet kimliğini inşa etmesinin bir koşulu olarak kabul edilmesi, çok yakın zamana kadar devam etmiştir. Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı verdiği tarihteki veriler, Avrupa’da aralarında Belçika, Finlandiya, İsviçre’nin de bulunduğu yirmi ülkede kısırlaştırmanın hala cinsiyet kimliğinin tanınması için zorunlu bir şart olarak kabul edilmekte olduğunu göstermektedir.⁶⁰⁶

Bu uygulamanın translar açısından yaygınlığını sağlayan, onun ayrımcı yönünün heteroseksüel matris ile normalleştirilmesi olmuştur. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında dahi konunun önemsizleştirilerek ele alındığı görülmektedir. 2015 yılında, *Y.Y./Türkiye* kararında Sözleşme’deki hakların teorik ve hayali kalmaması için pratik ve etkili bir şekilde yorumlanması gerektiğini vurgulayarak zorunlu kısırlaştırmanın Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar veren Mahkeme⁶⁰⁷, 2017 yılında verdiği *A.P. Garçon ve Nicot/Fransa* kararında benzer bir ihlal kararı verirken zorunlu kısırlaştırma şartını devletin pozitif yükümlülüğü bakımından değerlendirmekten imtina etmemiştir.⁶⁰⁸ Şöyle ki, Mahkeme bunun bir hak ihlali olduğuna karar verirken kısırlaştırma şartının transların beden bütünlüğüne ve yaşamları üzerindeki takdirine müdahale ettiğini görmezden gelmiş ve devletin negatif yükümlülüğü kapsamında tartışmamıştır. Böylece konu, bu şartın anlamı ve ağır sonuçları geri plana atılarak, sadece nüfus sicilinde değişiklik yapma imkânı ile cinsiyet kimliklerinin yasal olarak tanınması bakımından değerlendirilmiştir.⁶⁰⁹

⁶⁰⁵ Council of Europe Commissioner for Human Rights, “Issue Paper on Human Rights and Gender Identity”, s. 8.

⁶⁰⁶ Transgender Europe, “Trans Rights Europe Map 2017”, 2017, <https://www.tgeu.org/files/uploads/2023/11/Map2017-PRINT.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 30 Ekim 2023). Bu verilere kısırlaştırmanın zımnen şart koşulması da dahildir. Diğer bir deyişle, iç ve dış genital organ ameliyatı olmak istemeyenler için bu ameliyatı olduğuna dair tıbbi rapor sunma yükümlülüğünün de kısırlaştırma şartını kapsadığı kabul edilmektedir.

⁶⁰⁷ AİHM, *Y.Y./Türkiye*, § 103.

⁶⁰⁸ AİHM, *A.P., Garçon ve Nicot/Fransa*, Başvuru No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, Karar Tarihi: 6.4.2017, § 100.

⁶⁰⁹ AİHM, *A.P. Garçon ve Nicot/Fransa*, § 100.

AIHM’in bu kararları, ilk bakışta hak ve özgürlükler lehine ilerici bir tutum olarak görülerek kutlanabilir. Ne var ki, zorla kısırlaştırmayı da içeren birtakım şartların devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirme araçları olarak anlaşılması, cinsiyet kimliğinin doğumda atanan cinsiyetle belirlenmesi ve nüfus siciline kolayca değişmemesi, değişecekse de bunun gerçekleştirilmesinin devletin belirlediği koşullarla güvence altına alması kabullerine dayanır. Bu yüzden, örneğin, ayrımcılıkla mücadelede dahi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin önerisi, cinsiyet kimliğinin nüfus siciline tanınmasına yönelik şartların “*suistimal edici şartların ortadan kaldırılması amacıyla düzenli olarak gözden geçirilmesi*” ile sınırlı kalmakta⁶¹⁰, şart getirmenin bizatihi ayrımcı olabileceği sorunuyla ilgilenmeyerek devletlere bu şartların istismar edici olup olmadığını kanıtlama imkânını vermektedir.

Halbuki zorunlu kısırlaştırma, ‘suistimal edici’ görülsün ya da görülmesin, devletin transların cinsiyet kimliğini güvence altına almasının bir yolu değil; aksine cinsiyet kimliğinin tanınmasında kişilerin cinsiyet kimliğini özgürce yaşamalarını *engellemenin* bir aracıdır. Dolayısıyla, bu kural bakımından devletlerin ancak *müdahale etmeme*, diğer bir deyişle negatif, yükümlülüğünden bahsedilebilir. Üstelik bu engel, sadece cinsiyet kimliğinin yasal olarak tanınması için kişileri tıbbi müdahaleye ya da en azından bedeninin üremeye elverişli olmadığını ispatlamaya mecbur bırakmamakta, aynı zamanda transların “ürememesi”ni ve aile kurmasını garanti altına almaktadır.⁶¹¹ Birleşmiş Milletler Özel Raportörü’nün 2016 yılında İnsan Hakları Konseyine sunduğu raporda isabetle vurguladığı üzere, bu uygulama işkence ve kötü muameleye varan ölçüde şiddet içeren bir “*sosyal kontrol biçimi*”dir.⁶¹² Bu kontrol heteronormatif cinsiyet düzenini korumanın ya da cinsiyet kimliği ile üreme organı ve sistemi arasında tutarlılığı sağlamanın da ötesine geçer. Transların cinsiyet kimliklerine kavuşabilmeleri için kısırlaşmaya zorlanmaları, öjenik politikanın bir parçası olarak translarının soyunu kurutmaya kastedir. İnceleme konusu kararın karşı oyunda Muammer Topal’ın kuralın “*kişinin isteği ile nesil sağlığı*

⁶¹⁰ AIHM, Y.Y./Türkiye, § 110. Council of Europe The Committee of Ministers, “Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity”, § 20.

⁶¹¹ Evlat edinme yolu ile aile kurulması mümkün olduğu gibi kişinin trans uyum sürecine girmeden evvel çocuk sahibi olması da mümkündür. Ancak buradaki öjenik düşünce, translığın ortaya çıkmasını baz alarak ailenin trans soylu devamını engeller.

⁶¹² United Nations General Assembly Human Rights Council, “Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Mendez”, § 48.

arasında bir denge” sağladığını belirtmesi de münferit ya da kişisel bir görüşün değil, öjenik politikanın dışavurumudur.

Kurala bu açıdan yaklaşıldığında, ayrımcı olduğu sonucuna tereddütsüz varılacaktır. Zira bir grubun üremesini kategorik olarak engelleyen bir kural için herhangi bir sebebin meşru olarak kabul edilmesi ya da onun gerekliliğinin tartışılması, en azından demokratik bir toplumda, mümkün değildir. Kaldı ki, söz konusu ayrımcılığın transların varoluşuna kasteden ölçüde ağır sonuçlar içerdiği atlanmamalıdır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin değerlendirdiği ameliyat şartının ayrımcılık ilkesinin unsurları takip edilerek toplumda dışlanan ve halihazırda dezavantajlı olan translara eksik ya da farklı muamele edilmesi çerçevesinden incelenmesi dahi yetersiz kalacaktır. Kuralın içeriği ve sonuçları, konunun transların ameliyat olma hakkı ya da cinsiyet kimliğine yasal düzlemde ulaşma hakkı ile sınırlı değerlendirilmesini ve farklı/eksik muamelede meşru amaç ya da ölçülülüğün aranmasını anlamsız kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin böylesine şiddetli bir ayrımcılığı tespit etmemesi şüphesiz önemli bir eksikliktir. Feminist bakış açısıyla bu eksiklik, kendi başına bir tavidir. Anayasa Mahkemesi, kararın hiçbir kısmında ulaştığı sonucu trans haklarına ya da genel olarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası hukuk kaynaklarına dayanarak gerekçelendirmeyi tercih etmemiştir. Ancak, bunlara dayanarak aynı sonuca ulaşırdı dahi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu kısırlaştırmanın Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar verirken ayrımcılık ekseninde ayrı bir değerlendirme yapmamasının ya da Avrupa’da konunun en fazla transların cinsiyet kimliğinin yasal olarak tanınmasının kolaylaştırılması açısından ele alınmasının da Mahkemenin tavrını haklılaştırmayacağını belirtmek gerekir. Nitekim AİHS’in 53. maddesi de Anayasa Mahkemesinin trans haklarına ilişkin karar verirken insan hakları aleyhine ve daha sınırlı karar vermesini AİHM kararları ile gerekçelendirmesine müsaade etmez.⁶¹³ Bu yüzden, Anayasa Mahkemesinin Anayasa’nın 10. maddesi ile güvence altına alınan ve Anayasa’daki tüm hak ve özgürlükler ile kurallara hâkim

⁶¹³ Sözleşme’nin 53. maddesi açıkça “Sözleşme hükümlerinden hiçbirinin herhangi bir Yüksek Sözleşmecî Taraf’ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamayacağını” belirtmektedir.

eşitlik ilkesini hayata geçirmesi önünde herhangi bir hukuki engel yoktur. Görünen odur ki, tek engel, heteroseksüel matristir.

Yukarıda getirilen eleştiriler ile Mahkemenin heteroseksüel matrissi benimsediği ve Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlama rejimini önündeki kurala uygularken heteroseksüel matrise sadık kalarak bir değerlendirme yaptığı tespit edilmişti. Bu yüzden, Anayasa Mahkemesinin bu karar bakımından 10. madde bağlamında ayrı bir inceleme yapmaması şaşırtıcı olmayabilir. Ancak, Anayasa'nın 10. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından da uygulanması gereken bir ilke ve hak getirdiğini unutmamak gerekir. Diğer bir deyişle, 10. madde ile güvence altına alınan eşitlik ilkesi, Anayasa Mahkemesinin önündeki kuralın anayasaya aykırılığını incelerken kullandığı ölçütlerden biri olmadığında da uymakla her zaman yükümlü olduğu bir ilkedir. Kararın asıl sorunu da bu noktada toplanmaktadır. Mahkeme tavrını sadece zorunlu kısırlaştırma açısından eşitsizlik iddiasına sessiz kalarak ya da göz kapatarak almamış, Anayasa'nın 17. ve 20. maddeleri bağlamında inceleme yaparken transların eşitliğini yadsıyan gerekçeler sunarak eşitliğe kapı kapatmıştır.

2. Bireysel Başvuru

Anayasa Mahkemesinin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma şartını iptal ettiği kararı, kararın verildiği tarihten yaklaşık üç ay sonra, 20 Mart 2018 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak sonuç doğurmuştur. Mahkeme, 12 Haziran 2018 ve 29 Kasım 2018 tarihlerinde ise iptal ettiği bu kural sebebiyle ameliyat izni alamayan M.K. ve Sahra Bayraktar isimli başvuruçuların 2015 yılında yaptıkları bireysel başvuruları karara bağlamıştır.⁶¹⁴ M.K.'nın iddiası, Anayasa'nın 17. maddesinin güvence altına aldığı maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirmesi hakkı bakımından; Sahra Bayraktar'ın iddiası ise Anayasa'nın 20. maddesi ile güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı bakımından incelenmiş, her iki kararda da başvuruçuların incelenen haklarının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Karar metinlerinde yer verildiği kadarıyla, başvuruçular eşitlik ilkesine ilişkin ihlal iddiasında bulunmadıklarından eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bakımından herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

⁶¹⁴ AYM, M.K. Başvurusu, Başvuru No: 2015/13077, Karar Tarihi: 12.6.2018., AYM, Sahra Bayraktar Başvurusu, Başvuru No: 2015/9211, Karar Tarihi: 29.11.2018.

M.K. Başvurusu, Engin Yıldırım başkanlığında Osman Alifeyyaz Paksüt, Celal Mümtaz Akıncı, Muammer Topal ve M. Emin Kuz üyeliğinde oluşan İkinci Bölüm tarafından; *Sahra Bayraktar* başvurusu ise Burhan Üstün başkanlığında Serruh Kaleli, Hasan Tahsin Gökcan, Kadir Özkaya, Yusuf Şevki Hakyemez üyeliğinde oluşan Birinci Bölüm tarafından karara bağlanmıştır. *M.K.* başvurusunu inceleyen bölüm üyelerinden biri⁶¹⁵, *Sahra Bayraktar* başvurusunu inceleyen üyelere ise ikisi⁶¹⁶ yukarıda değerlendirilen norm denetimi kararında karşı oy kullanan üyelere aittir. Muammer Topal, *M.K.* başvurusunda karşı oy ya da farklı gerekçe belirtmemiştir. Ancak Kadir Özkaya ve Yusuf Şevki Hakyemez, norm denetimi sonucu verilen iptal kararının *Sahra Bayraktar* başvurusunda ihlal tespitini hukuken gerektirmesi nedeniyle karara adeta ‘mecburen’ katılmışlardır. Özkaya ve Hakyemez’in norm denetiminde verdikleri karşı oyu hatırlatarak bölümün verdiği karara sonucu itibarıyla katılmalarının karardaki gerekçelere katılmak anlamına gelmediğini şerh düşmeleri dikkat çekicidir. Buradan hareketle, henüz ilk bakışta, Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kararına karşı direncin bireysel başvurulara yansıdığını tespit etmek mümkündür.

a) İncelenen Hak ve Kapsamına İlişkin Sorunlar

M.K. ve *Sahra Bayraktar* kararları arasında esasa ilişkin incelemede ortaya çıkan farklılık, norm denetimine karşı tepkiyi göstermekte ve yukarıda yapılan tespiti teyit etmektedir. Bu önemli farklılık, kararlardaki incelemelerin farklı haklar kapsamında yapılmış olmasıdır. Elbette, bir müdahale, kişinin birden fazla temel hak ve özgürlüğüne dokunabilir. Bu durumda Mahkeme, hakları tek tek ya da tıpkı incelenen norm denetimi kararında yaptığı gibi bir arada inceleyebilir veya somut olaydaki müdahalenin kapsamını ve etkisini göz önünde bulundurarak bu haklardan birinin öncelikle ya da daha fazla etkilendiği kanaatiyle tek başına incelenmesinin yeterli olduğu sonucuna ulaşabilir. Ancak, Mahkeme, incelemesini sadece tek bir hakla sınırladığında ve dolayısıyla, bir hakkı diğerine tercih ettiğinde bu tercihinin gerekçelendirmelidir. Mahkemenin benzer olayları farklı haklar bağlamında incelemeye yönelmesi halinde ise gerekçelendirmeye özellikle özen göstermesi

⁶¹⁵ Muammer Topal.

⁶¹⁶ Kadir Özkaya ve Yusuf Şevki Hakyemez.

beklenir. Ne var ki, Mahkemenin *M.K.* başvurusunda maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bakımından inceleme yaptıktan sonra *Sahra Bayraktar* başvurusunda neden aynı hak üzerinden inceleme yapmak yerine özel hayata saygı hakkını tercih ettiği anlaşılmamaktadır.

Kararın gerekçesizliği hukuk devleti ilkesi bakımından, başlı başına, önemli bir sorundur.⁶¹⁷ Bununla birlikte, feminist bakış açısıyla buradaki sorun kararın gerekçesiz olmasından fazlasıdır. Mahkemenin *Sahra Bayraktar* başvurusunda, *M.K.* başvurusundan ayrılarak 17. madde yerine 20. madde kapsamında bir inceleme yapması, transların cinsiyet kimliğine ilişkin kazanımlarına yönelik çekincesini sürdürdüğünü göstermektedir. Bu çıkarım, elbette, 20. maddenin 17. maddeden daha ‘kötü’ olduğu imasına yahut insan hakları arasında hiyerarşi kuran bir anlayışa yaslanmaz. Ancak, insan haklarının sağladıkları güvenceler, kapsamaları gereği farklılaştığı için birinin diğerine tercih edilmesi ihlalin olumsuz etkilerinin tanınması açısından anlamlı bir nüans yaratabilmektedir. Nitekim *Sahra Bayraktar* başvurusu ile *M.K.* başvurusu karşılaştırıldığında, bu nüansın ciddi bir ayrım haline geldiği görülecektir.

Şöyle ki, *M.K.* başvurusunda başvuru üreme yeteneği bulunduğu için ameliyat izni alamadığını açıklamış, ameliyat olabilmek için rızasının olmadığı bir tıbbi müdahaleye mecbur bırakılmasının maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını ihlal ettiğinden şikâyet etmiştir. Başka bir ifadeyle, başvuru uğradığı hak ihlalinin tıbbi müdahale üzerinden açıklamıştır. Buna karşılık, Mahkeme, başvuru iddiasını Anayasa’nın 17. maddesi bakımından kabul edilebilir bulurken başvurucuya yönelik müdahaleyi tıbbi müdahale ile sınırlamamış, kısırlık şartının aynı zamanda “*cinsiyet kimliği ve kişisel gelişim hakkı bakımından da*”⁶¹⁸ müdahale yarattığını tespit etmiştir. Bu, *M.K.* başvurusunun norm denetimi kararındaki eksikliği gideren önemli bir yanıdır. Mahkeme, Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen söz konusu hakkın AİHS’in 8. maddesinde düzenlenen “özel hayata saygı hakkı” kapsamında olduğunu açıklarken, hakkın kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmaması güvencesiyle birlikte “*fiziksel ve ruhsal özerkliği*”⁶¹⁹

⁶¹⁷ Gerekçeli karar hakkı, “İsim” başlığı altında yer alan “Ad” bölümünde detaylı olarak açıklanmış ve tartışılmıştır.

⁶¹⁸ AYM, M.K., § 50.

⁶¹⁹ AYM, M.K., § 43

de kapsadığını; “*bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme*”⁶²⁰ hakkını da içerdiğini belirtmiştir. Zira Mahkemeye göre, başvuru, “*başvurucunun kişisel özerklik çerçevesinde kendi kaderini tayin hakkı kapsamındaki cinsiyet kimliğini belirleme özgürlüğü*”ne⁶²¹ ilişkindir.

Sahra Bayraktar başvurusunda ise Mahkemenin ihlal iddiasını ele alışı norm denetimindeki sınırlılığına dönmüştür. Üstelik bu başvuruda başvuru ihlal iddiasını, M.K.’nın aksine, sadece zorunlu kılınan ameliyat üzerinden değil, genel olarak cinsiyet kimliğinin tanınmamasının sonuçları ile açıklamıştır. Başvurucu, cinsiyet değişikliği davasının reddedilmesi ile psikolojisinin bozulduğunu ve tüm bu sürecin kaybettirdiği zaman yüzünden eğitim hayatının aksadığını iddia etmiştir. Dolayısıyla, başvuru şikâyeti, cinsiyet kimliğinin tanınmasına yönelik şartların hayatını dilediği gibi yaşamasını engellediğine, diğer bir deyişle maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ihlal ettiğine yöneliktir. Ancak, bu iddialar Mahkeme tarafından dikkate alınmamıştır. Kararın “*Müdahalenin Varlığı*” başlıklı kısmında M.K. başvurusunun aynı başlıklı paragrafından bire bir alıntı yapıldığı için, *Sahra Bayraktar* başvurusu ile M.K. başvurusu arasında bir farklılık olmadığı; bu kararda da sadece fiziksel bütünlüğe değil cinsiyet kimliği ve kişisel gelişim hakkına da müdahale olduğunun belirlendiği yanılığına düşülebilir.⁶²² Ne var ki, karar bir bütün olarak okunduğunda durumun böyle olmadığı anlaşılabacaktır.

“*Müdahalenin Varlığı*” başlığının yanı sıra, *Sahra Bayraktar* kararının geri kalanında da M.K. başvurusundan sıklıkla kopyala-yapıştır yapılmasına rağmen, hangi hak kapsamında değerlendirme yapılacağına ilişkin kısımda özgünlük yeğlenmiş ve M.K. başvurusundan ayrılan bir sonuca ulaşılmıştır. Mahkeme, Anayasa’nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı bakımından değerlendirme yapacağını belirtirken, cinsiyet değişikliğini talep etme hakkının “*isim, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkı*”yla aynı kategoride olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, kararda müdahalenin kapsamı ile hakkın kapsamı birbiriyle uyuşmamaktadır. Hakkın

⁶²⁰ AYM, M.K., § 42

⁶²¹ AYM, M.K., § 61.

⁶²² Bakınız AYM, M.K., § 50, AYM, *Sahra Bayraktar* § 29. Paragraflar incelenirse, aralarındaki iki farkın birinde “üreme yeteneğinden yoksun olmaması” ibaresinin italik diğerinde dik yazılması ve birinde “maddi bütünlük” ifadesi kullanılırken diğerinde “fiziki bütünlük” kullanılması olduğu görülecektir. Bunlar haricinde paragraflar aynıdır.

kapsamı vasıtasıyla müdahale, kişinin özel hayata ilişkin bilgisi üzerindeki tasarrufuna indirgenmiştir.

AİHS'in 8. maddesi bağlamında “özel hayat” kavramının cinsiyet kimliği, üreme hakları, kişisel özerklik gibi pek çok konuyu kapsadığı⁶²³; bu yüzden sınırlayıcı değil, genişletici olduğu söylenebilirse de Mahkemenin Anayasa'nın 17. maddesi yerine 20. maddesi kapsamında inceleme yapma tercihi, bir sınırlamaya işaret etmektedir. Zira AİHM'in içtihatları yoluyla “özel hayat” kavramını pek çok hakkı barındıracak şekilde genişletmesiyle beraber, AİHS'in 8. maddesinin kapsamı, başlık itibarıyla aynı olduğu Anayasa'nın 20. maddesini aşan ve Anayasa'nın farklı maddelerinde düzenlenen hakları içeren bir düzenlemeye dönüşmüştür.⁶²⁴ Bu sebeple, AİHS'teki “özel hayat” kavramını her olayda 20. maddeyle eşleştirmek mümkün değildir.⁶²⁵ Dolayısıyla, başvuru konusu üreme haklarını ve cinsiyet kimliğini ilgilendirdiği için AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen “özel hayat” kapsamına girse dahi bu başvuruda konunun neden Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında görüldüğü irdelenmelidir.

Mahkeme, *Sahra Bayraktar* başvurusunda, yukarıda belirtildiği üzere, 20. madde kapsamında değerlendirme yaparken cinsiyet değişikliğine izin verilmesi talebinin reddedilmesi meselesine odaklanmış, redde sebep olan üreme yeteneğinden yoksunluk şartını dikkate almamıştır. Bu yaklaşımda birkaç sorun göze çarpmaktadır. Her şeyden önce, Mahkemenin hukuki meseleyi kişinin nüfus kaydının değiştirilmesi olarak belirlemesinden bahisle 20. madde kapsamında görmesi, ilk bakışta anlamlı gözükse de Mahkemenin kendi içtihatlarıyla uyumlu değildir. Mahkeme, kişinin nüfus bilgilerini değiştirememesinden doğan ihlal iddialarını otomatik olarak 20. madde

⁶²³ European Court of Human Rights, “Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights”, 2022, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_8_eng, (Son Erişim Tarihi: 2 Şubat 2024), ss. 25-76.

⁶²⁴ Bu bölümde tartışılan Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı haricinde, Anayasa'nın 21. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığı, 22. maddesinde düzenlenen haberleşme hürriyeti, 23. maddesinde düzenlenen yerleşme ve seyahat hürriyeti, 41. maddesinde düzenlenen ailenin korunması ve çocuk hakları, 56. maddesinde düzenlenen sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması, 74. maddesinde düzenlenen bilgi edinme hakkı da AİHS'in 8. maddesi kapsamında kalmaktadır. Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı bakımından Sözleşme ve Anayasa hükümlerinin karşılaştırması için bakınız Gülay Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, içinde Sibel İnceoğlu (ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, İstanbul: Beta, 2013, ss. 301-332, s. 332.

⁶²⁵ Sibel İnceoğlu (ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, İstanbul: Beta, 2013, s. 1.

kapsamında değerlendirmemektedir. Örneğin, *Aslan Faruk Toprak*⁶²⁶ ve *B.U.*⁶²⁷ kararlarında, isim değişikliğine ilişkin iddialar “*ihlal iddialarının mahiyeti gereği*”⁶²⁸ Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında incelenmiştir. Öyleyse, Sahra Bayraktar’ın başvurusunun nüfus kaydındaki cinsiyet bilgisinin değiştirilmesi olarak basitleştirilmesi de 20. maddenin tercih edilmesini açıklamaya yetmemektedir. Mahkeme, başvurucunun iddialarının *mahiyetini*, üreme yeteneğinden yoksunluk şartının norm denetimi kararında kabul ettiği ağır sonuçlarına karşın, göz ardı etmiştir.

Anayasa’nın 20. maddesi kapsamında inceleme yapılmasına yönelik değerlendirmedeki diğer bir sorun, Mahkemenin sadece başvurucunun iddialarının ağırlığını değil, kendi belirlediği hakkın kapsamını da yok saymış olmasıdır. Zira kararın hiçbir kısmında inceleme, başvurucunun nüfus kaydında cinsiyet bilgisini değiştirme hakkı üzerinden yapılmamıştır. Karar, norm denetimi kararı ve *M.K.* başvurusuna yapılan atıflarla oluşturulduğu için kaçınılmaz olarak üreme yeteneğinden yoksunluk şartı ve bu şartın gerektirdiği tıbbi müdahale üzerinden sonuçlandırılmıştır. Bu bakımdan, incelemeye dayanak hak da bir atıfla 17. madde ile güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi olarak belirlenebilecekken karar içi tutarsızlık göze alınarak 20. maddenin özellikle tercih edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim Kadir Özkaya ve Yusuf Şevki Hakyemez de sundukları farklı gerekçede 20. madde kapsamında değerlendirme yapılması kararına katıldıklarını vurgulamışlardır. Söz konusu vurgu, hem *M.K.* kararına ve norm denetimi kararına; hem de transların maddi ve manevi varlığına yönelik bir tavır ortaya koymaktadır.

Konunun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında incelenmesi, üreme yeteneğinden yoksunluk şartının *transların* kimliğine ve maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik bir müdahale yarattığını kabul etmek anlamına gelir. Zira Mahkeme çeşitli kararlarında bu hakkın “*kişilerin fiziksel ve psikolojik bütünlükleri*”ni⁶²⁹ kapsadığını ve “*kişilerin yaşayışlarına ilişkin yasal düzenleme*”lerin⁶³⁰ bu hakkı ilgilendirdiğini tespit etmiştir. Başvuruya konu şart da transların fiziksel bütünlüklerine müdahale ederek onların yaşayışlarını diledikleri gibi

⁶²⁶ AYM, Aslan Faruk Toprak Başvurusu, Başvuru No: 2013/2957, Karar Tarihi: 24.3.2016.

⁶²⁷ AYM, B.U. Başvurusu, Başvuru No: 2013/2414, Karar Tarihi: 6.1.2016.

⁶²⁸ AYM, Aslan Faruk Toprak Başvurusu, § 23, AYM, B.U. Başvurusu, § 18.

⁶²⁹ AYM, Yaprak Yüksek Başvurusu, Başvuru No: 2013/9116, Karar Tarihi: 14.10.2015, § 27.

⁶³⁰ AYM, E. 2019/79, K. 2019/76, Karar Tarihi: 19.9.2019, §12.

şekillendirmelerini engelleyen, bunu yaparken onları fiziksel ve psikolojik yıkıma uğratan bir düzenlemedir. Yine Mahkemenin belirttiği üzere, bu hak, devlete “*bireylerin kişilik hakları çerçevesinde hukuki bir statü elde etmeleri ya da bunun sona erdirilmesinde gerekli koşulları sağlama*”⁶³¹ yükümlülüğünün yanı sıra “*kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama*”⁶³² görevi de yüklemektedir. Devlete yüklenen bu görev, elbette *transların* hukuki statülerini ve *transların* hayatlarını beden ve ruh sağlıkları içerisinde yaşamasını da kapsamaktadır. Dolayısıyla, konunun maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında incelenmemesi, trans varoluşunun reddi için bir vasıta; bir tutumdur.

Öyle ki, Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında inceleme yapılmasından, ihlal kararında üreme yeteneğinden yoksunluk şartının dayattığı haksız tıbbi müdahaleye dayanılmasına rağmen kaçınılmıştır. Oysa, Mahkeme, vücut bütünlüğünün zarar gördüğü durumları maddi ve manevi varlığın korunması hakkı kapsamında incelediği kararlarındaki gibi⁶³³, başvuru konusunu da vücut bütünlüğüne müdahale yönünü esas alarak 17. madde kapsamında inceleyebilirdi. Bu durumda, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının yukarıda belirtilen boyutları geri plana atılmasına karşın en azından inceleme yapılacak dayanak hak isabetle belirlenmiş olurdu. Ancak, sınırlayıcı bir yorumla da olsa bu hakka başvurmak, *M.K.* başvurusunda verilen kararı takip etmek anlamına geleceğinden 20. madde üzerinden trans haklarına karşı daha belirgin bir tavır benimsenmiş gözükmemektedir.

M.K. kararından ayrılmaya neden bu kadar önem verildiği ve bunun nasıl bir tutum ifade ettiği, bu kararda başvuru “*kişisel özerklik*” ve “*kendi kaderini tayin hakkı*” kavramlarına bakıldığında ortaya çıkacaktır. “*Kendi kaderini tayin hakkı*”, AİHM’in çeşitli kararlarında⁶³⁴ maddi ve manevi bütünlüğün korunması hakkının bir parçası olarak dile getirilmiş olsa da Mahkemenin ilk kez *M.K.* kararında kullandığı bir kavramdır. *M.K.* kararı haricinde bu kavrama sadece Engin Yıldırım’ın sunduğu

⁶³¹ AYM, E. 2019/79, § 16.

⁶³² AYM, E. 2011/150, K. 2013/130, Karar Tarihi: 14.2.2013. Aynı ifadelerle benzer değerlendirme yapan bir başka karar için bakınız AYM, E. 2012/97, K. 2013/51, Karar Tarihi: 3.4.2013.

⁶³³ Bakınız AYM, Melahat Sönmez Başvurusu, Başvuru No: 2013/7528, Karar Tarihi: 9.9.2015, § 26, AYM, Ahmet Sevim Başvurusu, Başvuru No: 2013/474, Karar Tarihi: 9.9.2015 § 54, AYM, İlker Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2019/36858, Karar Tarihi: 23.11.2022, § 22, AYM, Özkan Şen Başvurusu, Başvuru No: 2012/791, Karar Tarihi: 7.11.2013, § 40.

⁶³⁴ AİHM, Gladysheva/Rusya, Başvuru No: 7097/10, Karar Tarihi: 06.12.2011, § 93, AİHM, A.-M.V./Finlandiya, Başvuru No: 53251/13, Karar Tarihi: 23.3.2018, § 90, AİHM, Van Kück/Almanya, § 73.

karşı oylarda ve ek gerekçelerde rastlanmaktadır.⁶³⁵ Bu yüzden, cinsiyet kimliğini belirleme özgürlüğünün kendi kaderini tayin hakkının bir parçası olarak ilk defa Engin Yıldırım başkanlığında toplanan bölümün verdiği bir kararda açıklanması rastlantısal değildir. Benzer şekilde, “*kişisel özerklik*” de AİHM kararlarında maddi ve manevi bütünlüğünü geliştirme hakkı bağlamında sıklıkla kullanılan bir terim olmakla beraber Anayasa Mahkemesinin kararlarında nadiren görülür.⁶³⁶ M.K. kararının bu kavramlar bakımından içtihat oluşturduğunu söylemek, kararda kavramlar detaylı açıklanmadığı ve olay bakımından ayrıntılarıyla incelenmediği için çok zordur. Yine de cinsiyet kimliğinin bu kavramlar ile çerçevelenmesi, tek başına, trans kimliğinin tanınması için önemli bir adım teşkil etmektedir.

Şöyle ki, heteroseksüel matrise göre cinsiyet kimliği, kişiye doğumu itibariyle üreme organı ve sistemi üzerinden atanan cinsiyeti ifade ettiği için kişinin cinsiyet kimliğinin maddi ve manevi varlığı kapsamında ele alınması da matrisle sınırlı kalmaktadır. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bağlamında kişinin sahip olduğu “*kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme*”⁶³⁷ imkânının cinsiyet kimliğine dair karar verebilmeyi de içerdiğini söylemek, kendiliğinden trans kapsayıcı bir sonuç doğurmaz. Zira heteroseksüel matris çerçevesinde kalındığında, kişinin cinsiyet kimliğine dair karar vermesi, kendisine doğumda atanan cinsiyeti yaşayış biçimine dair karar vermesi olarak anlaşılacaktır. Bu halde, örneğin, bir kadının cinsiyet kimliğini geliştirme hakkından bahsetmek, onun “kadın” kimliğini geliştirmesini ifade edecek; ancak “kadın” kimliğinden “erkek” kimliği geliştirmesine alan açmayacaktır.

Buna karşılık, cinsiyet kimliğinin *kişisel özerkliğin* ve *kendi kaderini tayin hakkının* bir parçası olduğunu kabul etmek, heteroseksüel matrisi sarsacak bir başlangıçtır.⁶³⁸ Zira bu kavramlar, cinsiyet kimliğini genel ve soyut olarak maddi ve manevi bütünlük kapsamında almanın bir adım ötesine geçirerek onun en baştan ve

⁶³⁵ Engin Yıldırım bu kavrama hep çalışma kapsamında incelenen kararlarda başvurmuştur. Bu bölümde incelenen norm denetimi kararının yanı sıra “İsim” başlığı altında yer alan “Ad” bölümünde incelenecek H.K. ve Turgay Karaca başvurularında “kişisel özerklik” ifadesine rastlamak mümkündür.

⁶³⁶ AYM, R.G. Başvurusu [GK], Başvuru No: 2017/31619, Karar Tarihi: 23.7.2020, § 74., AYM, S.K.(B) Başvurusu, Başvuru No: 2014/18275, Karar Tarihi: 4.7.2018, § 31., AYM, Cem Burak Karataş Başvurusu, § 108.

⁶³⁷ AYM, Mehmet Kurt Başvurusu [GK], Başvuru No: 2013/2552, Karar Tarihi: 25.2.2016, § 44.

⁶³⁸ Cinsiyet kimliği ile vurgulanan kavramlar arasındaki ilişki, AİHM tarafından da açıkça tanınmıştır. Bakınız AİHM, Y.Y./Türkiye, § 102.

kişiyi özel inşa edilebilir olduğunu anlatmaktadır. Kişinin kendi kaderini tayin etmesi, başkalarının onayından ya da tanınmasından bağımsız olarak hayatını benliği üzerinden yaşayabilmesidir.⁶³⁹ Cinsiyet kimliği açısından bunun anlamı, cinsiyet kimliğinin oluşturulmasında referans noktasının genel standartların değil, kişinin bizzat kendisinin olmasıdır. Bu yaklaşım, aynı zamanda, Anayasa Mahkemesinin kişisel özerkliğin “*insan onurunun bir görünümü*”⁶⁴⁰ olduğu içtihadıyla birlikte düşünüldüğünde trans onurunun tanınmasına da karşılık gelir. Gerçekten, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, sadece insanın kendisi ve hayatı hakkında alelade kararlar almasını garanti altına alan bir hak değil, insan onurunun korunmasını amaçlayan bir haktır.⁶⁴¹

“İnsan onuru” kavramı, kendi başına eksiksiz ve kusursuz bir hukuki anlam ifade etmese de her insanın sadece insan olmakla onurlu olduğu varsayımıyla bütün insanları- en azından kavramsal düzeyde- eşit kabul eder. Ayrıca, insan onurunun insanın var oluşuna dayanan ya da onunla gelen bir değer olduğunu anlatır.⁶⁴² Bu yüzden, transların cinsiyet kimliğinin bu hakkın bir parçası olarak insan onuruyla birlikte ele alınması, transları trans olmayanlarla eşitleyen ve trans varoluşunu değerli kılan bir bakış açısı geliştirir. Söz konusu bağlantı, azımsanmayacak bir önemdedir. Zira dünyanın pek çok yerinde LGBTİ+’ların Onur Ayında var oluşlarını gururla göstermeleri ve bunun üzerinden insan haklarının güvence altına alınması talepleri tam da bu bağlantıya dayanır. Maddi ve manevi varlığı ile onuru korunmaya değer “herkes”in içerisinde translar da vardır. Trans kimliği, bir cinsiyet kimliği olmakla birlikte o kişinin benliğini anlatan, varoluşunu o kişi için anlamlı ve değerli kılan bir parçasıdır. Sonuç itibariyle, detaylı bir içtihat geliştirilmemiş olmasına karşın, başvurucunun şikâyetinin kişisel özerklik ve kendi kaderini tayin hakkı üzerinden açıklanması, bir yandan heteroseksüel matrisin denklemini bozan diğer yandan da transları eşitleyen bir etki doğuracak güçtedir. *Sahra Bayraktar* başvurusunda kaçınılan sonuç da tam olarak budur.

⁶³⁹ Marilyn Friedman, **Autonomy, Gender, Politics**, Oxford University Press: New York, 2003, s.44

⁶⁴⁰ AYM, E. 2022/105, K. 2023/54, Karar Tarihi: 22.3.2023, § 20.

⁶⁴¹ AYM, Z.C. Başvurusu, Başvuru No: 2013/3262, Karar Tarihi: 11.5.2016, § 55. İnsan onuru, tüm hakların özünde yer aldığı kabul edilen bir kavramdır; ancak maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bakımından daha belirgin ve öne çıkan bir kavram olmaktadır. Elif Çelik, “İnsan Onurundan İnsanın Kırılganlığına: İnsan Haklarının Temelinde Yatan Kavramları Yeniden Ele Almak”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2015, s. 58.

⁶⁴² Elif Çelik, “İnsan Onurundan İnsanın Kırılganlığına: İnsan Haklarının Temelinde Yatan Kavramları Yeniden Ele Almak”, s. 5.

Yine de *M.K.* başvurusunun trans hakları bakımından umut vadetmesine rağmen eksiksiz bir içtihat geliştirmedeği, iki kararın noksanlıkta örtüştüğü kaydedilmelidir. Kararların bölümler tarafından verilmiş olması, diğer bir deyişle konunun Genel Kurula taşınacak ehemmiyette görülmemesi de⁶⁴³ hukuki meselenin norm denetimi kararıyla sınırlı ele alınmasından ve norm denetimi kararının takip edilmesiyle sonuca hızlıca ulaşılmasından kaynaklanmış gözükmektedir. Böylece *M.K.* ve *Sahra Bayraktar* başvuruları, uluslararası mevzuat ve özellikle AİHM kararlarına atıf yapsalar dahi bunları gerekçelerinde baz almayarak norm denetimi kararının çizdiği çerçevede ortaklaşmıştır. *M.K.* başvurusunda transların hakları açısından bir dönüm noktası yaratabilecek nitelikte insan hakları vurgusu içeren bir karar verilmiş iken bu karardan sadece beş ay sonra incelenen *Sahra Bayraktar* başvurusunda norm denetiminde verilen karardaki tavra kolayca geri dönülebilmesi, ancak bu ortaklaşma ile anlaşılabilir. Bu yüzden, iki başvuru arasındaki benzerlik, aralarındaki fark kadar önemlidir.

Şöyle ki, *M.K.* başvurusunda, “Uluslararası Hukuk” başlığı altında AİHS’in 8. madde metnine ve sırasıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılıkla Mücadele Etmek için Alınacak Önlemler Hakkında Tavsiye Kararı⁶⁴⁴ ile Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılık Hakkında Tavsiye Kararına⁶⁴⁵ yer verilmiştir. Bu kararlarda, kişilerin toplumsal cinsiyetini yeniden belirlemesinin önündeki yasal engellerin gözden geçirilmesi ve resmî belgelerdeki değişikliklerin “*süratle, saydam ve erişilebilir bir biçimde*”⁶⁴⁶ yapılması için gerekli tedbirlerin

⁶⁴³ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 28. maddesinin 3. fıkrası, “Bölümlerden birinin görülmekte olan bir başvuruya ilişkin olarak vereceği karar, Bölümlerin önceden vermiş olduğu bir kararla çelişecekse ya da konunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülürse ilgili Bölüm dosyadan el çekebilir. Bölüm Başkanı başvuruyu Genel Kurul önüne götürmek üzere Başkana iletir.” şeklindeki düzenlemeyle bazı başvuruların Genel Kurula taşınmasına olanak sağlar.

⁶⁴⁴ Council of Europe The Committee of Ministers, “Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity”.

⁶⁴⁵ Council of Europe Parliamentary Assembly, “Resolution 1728 (2010): Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity”, 29 Nisan 2010, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17853>, (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2024).

⁶⁴⁶ Bakınız AYM, *M.K.* Başvurusu, § 25., Council of Europe The Committee of Ministers, “Recommendation CM/Rec (2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity”, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cf40a, (Son Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024).

alınması gerektiği; kısırlaştırma, cinsiyet değiştirme ameliyatı ya da hormon tedavisinin cinsiyet kimliğinin yasal olarak tanınmasının şartı olmaktan çıkarılması tavsiye edilmiştir. Bunlara ek olarak, üye devletlere cinsiyet geçişinin hukuken tanınması için öngörülen tıbbi müdahale varsa bunun ancak “*kesin surette gerekli olduğu*” ve kişinin rızasına dayandığı koşullarda yapılması çağrısında bulunulmuştur. Tüm bu süreçte sağlık hizmetine erişimde eşit muamelenin garanti altına alınması da hatırlatılmıştır.

Mahkeme, kararın aynı başlığında AİHM içtihadına ayrıca yer vermiştir. Burada başvuru konusuyla doğrudan ilgili olan *Y.Y./Türkiye ve A.P., Garçon ve Nicot/Fransa* kararlarına değinilmiş, AİHM’in bu kararlarda üreme yeteneğinden yoksunluk şartının Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar verdiği açıklanmıştır. Bu kısa açıklamada, AİHM’in bu şartın “gerekli olmayan bir müdahale” yarattığı ve kısırlaştırma şartının fiziksel ve zihinsel bütünlüğün yanı sıra kişinin sosyal hayatını çok yönlü olarak olumsuz etkilediği yönündeki değerlendirmesi not düşülmüştür. Diğer yandan, Mahkeme, AİHM’in özel yaşam kavramının içerisine kişinin kimliğini belirlemesinin ve sağlığına ilişkin bilgilerinin korunmasının girdiğine yönelik tespiti⁶⁴⁷ ile kişisel özerkliğin kişinin kendi vücuduyla ilgili seçim yapma hakkını ihtiva ettiğine⁶⁴⁸ ve Sözleşmeye içkin insan onurunun transların “*fiziki ve ruhsal bütünlük haklarını*” güvence altına aldığına⁶⁴⁹ yönelik değerlendirmelerini içeren kararlarını da bu başlığa eklemiştir.

Sahra Bayraktar başvurusunda ise ulusal ve uluslararası mevzuat ile AİHM içtihadı için *M.K.* başvurusuna yönlendirme yapılmakla yetinilmiştir. Ancak, *Sahra Bayraktar* başvurusunu bu yönüyle *M.K.* başvurusu ile kıyaslayarak eleştirmek mümkün gözükmemektedir. Gerçekten de *Sahra Bayraktar* başvurusunun hiçbir kısmında AİHM içtihadına açıkça yer verilmemesi, onu “AİHM İçtihadı” başlığına yer veren *M.K.* başvurusundan niteliksel olarak geriye düşürmemiştir. Çünkü *M.K.* başvurusunda da AİHM kararlarından sadece ‘bahsedilmiş’ ve gerekçenin kurulmasında bu kararlar esas alınmamıştır. Yukarıda trans haklarında dönüşümü tetikleyebilecek güçte olduğu vurgulanan “kişisel özerklik”, “kendi kaderini tayin”

⁶⁴⁷ AİHM, Mikulić/Hırvatistan, Başvuru No: 53176/99, Karar Tarihi: 7.2.2002, § 53., AİHM, S. ve Marper/Birleşik Krallık, § 66.

⁶⁴⁸ AİHM, Pretty/Birleşik Krallık, § 66., AİHM, K.A. ve A.D./Belçika, Başvuru No: 42758/98, 45558/99, Karar Tarihi: 17.2.2005, § 83.

⁶⁴⁹ AİHM, Christine Goodwin/Birleşik Krallık [BD], § 90; AİHM, Van Kück/Almanya, § 69.

gibi kavramların *M.K.* kararında kullanılmasına rağmen kararın içtihat geliştirememiş olması da AİHM kararlarının özümsememesi ile açıklanabilir.

b) Sınırlama Kriterlerine İlişkin Sorunlar

Anayasa Mahkemesi, *M.K.* ve *Sahra Bayraktar* başvurularında sınırlama kriterlerini incelerken aynı gerekçeleri benimsemiş ve bu kararları karşılaştırmayı mümkün kılacak bir farklılık yaratmamıştır. Nitekim *Sahra Bayraktar* başvurusunun “Meşru Amaç” ve “Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük” başlıklarına bakıldığında, sadece *M.K.* kararından alıntı yapıldığı ve bu kararın tekrar edildiği görülecektir. Bu yüzden, aşağıda Mahkemenin sınırlama kriterlerine ilişkin değerlendirmesi mercek altına alınırken *M.K.* kararına odaklanılacaktır.

i. Meşru Amaç

M.K. kararı, müdahalenin türü ve kapsamı bakımından yapılan değerlendirme haricinde, norm denetimi kararının izinden yürümüştür. Bu sonuca ulaştıran ilk nokta, meşru amacın varlığına yönelik tespittir. Mahkeme, norm denetimi kararının 20. paragrafını tıpatıp alarak, kanun koyucunun cinsiyet geçiş sürecini denetleme, ameliyatları sıradanlaştırmanın önüne geçme ve kamu düzenini koruma gibi amaçlarını saymıştır. Ardından, kanun koyucunun ileri sürdüğü sebeplerden hareketle, ameliyat olabilmek için üreme yeteneğinden yoksunluk şartını öngören kuralın kamu düzeninin sağlanması ve genel sağlığın korunması amacını taşıdığını kabul ederek hem Anayasa’nın 17. maddesi hem de AİHS’in 8. maddesi kapsamında meşru bir amaca dayalı olduğuna kanaat getirmiştir. Yukarıda, norm denetimi kararı incelenirken, kısırlık şartının kamu düzeni meşru amacına dayandırılmasının heteroseksüel matrizen kaynaklandığı tespit edilmiş ve eşitsizliği pekiştirdiği eleştirilmişti. Bu şartın amacının ve sonuçlarının trans kimliğini yok saydığı ve transların üremesinin kategorik olarak önlenmesi ile bu “yok sayma”yı “yok”luğa dönüştürmeye çalıştığı da tekrara düşmek pahasına burada yinelenmelidir. Bu yüzden, bireysel başvuru kararında kanun koyucunun heteroseksüel matrizen doğan endişelerinin norm denetimindeki gibi geçerli bir gerekçe olarak ele alınması, aynı

eleştirilere tabidir. Demokratik bir toplumda kamu düzeni, toplumun bir kesiminin reddedilmesi ve neslinin devamının engellenmesi üzerinden açıklanamaz.

Ne var ki, Mahkeme, M.K. başvurusunda sadece norm denetimindeki meşru amacı benimsemekle kalmamış, ona yöneltilen eleştirilerin haklılığını ispat eden bir meşru amacı daha geçerli kabul etmiştir. Mahkemeye göre, söz konusu kısırlaştırma şartı kamu düzeninin korunmasına yönelik amacın yanı sıra “*ameliyatın geri dönüşünün olmaması ve sağlık açısından taşıdığı riskler gözetilerek genel sağlığın korunması*” amacını da taşır.⁶⁵⁰ Diğer bir deyişle, kişilerin beyan ettikleri cinsiyet kimliğini hukuken elde edebilmek ve cinsiyet geçiş ameliyatını olabilmek için zorunlu kısırlaştırmaya tabi tutulmasının onları cinsiyet geçiş ameliyatının risklerinden koruduğu kabul edilmiştir.

Burada Mahkemenin üreme yeteneğinden yoksunluk şartını genel sağlık sebebine dayandırırken kullandığı ifadelerin AİHM’in Y.Y./Türkiye kararında hükümetin savunduğu ve AİHM’in de kabul ettiği argümanların bire bir tekrarı niteliğinde olduğunu not düşmek gerekir.⁶⁵¹ Nitekim AİHM de bu gerekçelerle üreme yeteneğinden yoksunluk şartının “sağlığın korunması” amacını taşıdığını varsayarak diğer kriterleri incelemeye devam etmiştir. Ancak, bunun AİHM kararıyla paralellik yarattığı sanılmamalıdır. Y.Y./Türkiye kararında, yukarıda norm denetimi kararı incelenirken de belirtildiği üzere, AİHM kamu düzenine ilişkin genel geçer sebepleri meşru amaç olarak kabul etmemiş, cinsiyet geçişinin kontrol altına alınmasına yönelik genel sebeplerin Sözleşme’nin 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçlar kategorisine dahi girmediğini belirtmiştir. Bunun yanında, Mahkeme, sağlığa ilişkin ileri sürülen sebeplerin Sözleşme’de sayılan sağlığın korunması meşru amacına girebileceğini ama ne hükümetin açıklamalarının ne de kanun maddesinin gerekçesinin kısırlaştırma şartının neden sağlığın korunması için gerekli olduğunu açıkladığını not düşmüştür.⁶⁵² Gereklik testini uygularken cinsiyet geçiş ameliyatı

⁶⁵⁰ AYM, M.K. Başvurusu, § 54.

⁶⁵¹ AİHM, Y.Y./Türkiye, § 79. Bu paragrafta Mahkemenin “*However, the Court notes that the Government also stressed the irreversible nature of gender reassignment surgery and the health risks posed by this type of operation. In that connection it has no reason to doubt that, in enacting the legislation in question, the respondent Government sought to achieve a legitimate aim within the meaning of the second paragraph of Article 8, and it accepts that this type of surgery may be made subject to State regulation and supervision on health-protection grounds.*” ifadelerinde geçen “cinsiyet geçiş ameliyatının geri dönüşmez niteliği ve bu tür ameliyatın taşıdığı sağlık riskleri”, Anayasa Mahkemesinin dayandığı sebeplerle benzerlik taşır.

⁶⁵² AİHM, Y.Y./Türkiye, § 80.

olmakla kısır olmak arasında herhangi bir nedensel bağ olmadığını da tekrarlamıştır.⁶⁵³ Dolayısıyla, AİHM’in kararı bir bütün olarak okunduğunda, Mahkemenin genel olarak tıbbi işlemlerle ilgili düzenleme yapılmasını genel sağlık amacı kapsamında gördüğü, ancak kısırlaştırma ameliyatı özelinde bu şartın sağlıkla kurulan ilişkisine ikna olmadığı anlaşılmaktadır. Bu halde, Anayasa Mahkemesi, kamu düzenini genel bir sınırlama sebebi sayma alışkanlığını ve zorunlu kısırlaştırmanın sağlığın korunmasıyla ilgili olduğu tespitini AİHM içtihadıyla uyum içerisinde değil, ona karşıtlık pahasına sahiplenmiştir.

Mahkeme, sağlık sebebine dayanmakla yine Anayasa’da özel sınırlama sebebi belirlenmeyen bir hak için “genel” sınırlama sebebi kabul etmiştir. Ancak, genel sağlığın meşru amaç kabul edilmesindeki sorunun karara özgü yanı başkadır. Genel sağlık sebebini bu kuralın gerekçesi kabul etmek öncelikle mantık açısından sorunludur, çünkü kişilerin geri dönüşü olmayan bir ameliyatın risklerinden geri dönüşü olmayan başka bir tıbbi müdahale ile korunabileceği savını içerir. Mahkeme, bu kuralın ameliyat izni istediği anda zaten üreme yeteneğinden yoksun olan kişilerin durumlarını raporla beyan etmesini de içerdiğini kabul etseydi, genel sağlığın korunması açısından anlamlı bir değerlendirme olabilirdi. Zira bu ihtimalde kişinin, onu üreme yeteneğinden yoksun kılacak ameliyatı olmadan önce bu ameliyatın sonuçları hakkında bilgilendirilmesi ve bu risklerden biri olan kısırlığın onlar için bir sorun teşkil etmediğinden emin olunması tutarlı bir sebep teşkil edebilirdi. Ancak, Mahkemeye göre kural, üreme yeteneğine sahip olmayanlara bir yükümlülük getirmeyip üreme yeteneğine sahip translara onları kısırlaştıracak tıbbi müdahaleyi zorunlu kılmaktadır.⁶⁵⁴ Öyleyse, Mahkemenin kişilerin zorunlu olarak kısırlaştırılmak vasıtasıyla cinsiyet geçiş ameliyatının risklerinden korunacağı düşüncesini benimsediği aşîkârdır. Ancak, en ufak tıbbi müdahale dahi kendi riskini getirirken ve tıp etiğinin temelinde “zarar vermeme” ilkesi yer alırken, Mahkemenin nasıl olup bir ameliyatın risklerinin denetlenmesi için kişilerin daha fazla tıbbi müdahaleye ve zarara maruz bırakılmasını sağlığın korunması olarak değerlendirdiğini anlamak mümkün değildir. Üstelik söz konusu zarar, başka bir hakkın kullanılmasının koşulu olarak

⁶⁵³ Bu kararda Mahkemenin meşru amacı tespit edememesine rağmen bu amaç varmış gibi diğer kriterleri incelemeye devam etmesine yönelik eleştiriler için bakınız (n) 574. Yine de Mahkeme, “gereklilik” incelemesinde meşru amaca ilişkin değerlendirmesine devam etmiş, dolaylı olarak da olsa meşru amacın mevcut olmadığı sonucuna bu şekilde ulaşmıştır.

⁶⁵⁴ Mahkemenin norm denetimindeki kabulü, bireysel başvuru kararında da tekrarlanmıştır. Bakınız AYM, M.K. Başvurusu, § 63.

dayatılan, kişiye telafisi mümkün olmayan fiziksel zararlar ile kişisel özerkliğini ve aile hayatını etkileyecek psikolojik zararlar verecek derecede ağır ve çok yönlüdür.

Bununla beraber, genel sağlık sebebinin kısırlaştırma şartının meşru amacı kabul edilmesindeki sorun, insan hakları bakımından daha da vahimdir. Zira bu açıdan bakıldığında artık tutarsızlıktan ziyade transların heteroseksüel matris tarafından kontrolünün haklılaştırılması olgusu göze çarpar. Kısırlaştırma şartı ile genel sağlığın korunması amacı güdüldüğü kabul ediliyorsa, bu şartın kimin sağlığını, nasıl koruduğunun üzerinde durulmalıdır. İlk ihtimal, ameliyat olmak isteyen transların sağlığının korunmak istenmesidir. Mahkemenin “*ameliyatın geri dönüşünün olmaması*”nın⁶⁵⁵ altını çizmesi, bu ihtimali kuvvetlendirir. Ancak, burada trans kişilerin ameliyat olmaktan mı yoksa ameliyat olduktan sonra üremek için deneyebilecekleri tıbbi seçeneklerin risklerinden mi korunmak istendiği belirsizdir. Yine de bu belirsizliğin içerisinde kesin olan, translara heteroseksüel matrisin ‘doğru’sunun dayatılmasıdır. Zira ameliyat olmak *isteyen* bir trans için cinsiyet geçiş ameliyatı, ne kadar riskli olursa olsun, cinsiyet kimliğini bedeniyle uyumlu yaşamasını sağlayacak bir imkândır. Bu yüzden bir amaç değil, araçtır. Öte yandan, transları ameliyatın risklerinden korumak bahsiyle zor şartlara tabi tutmak ve cinsiyet kimliğinden mahrum bırakmak, onlar için en iyisine onlar yerine karar vermek anlamına gelir. Bu ise, heteroseksüel matrise dayalı paternalizmden başka bir şey değildir. Diğer ve basit bir deyişle, trans olmayanların transların sağlığını koruduğunu iddia etmesini ancak özünde natransların transların ihtiyaçlarına kulak asmayarak heteroseksüel matrisin onlara verdiği ayrıcalıkları koruması ve böylece translığı bastırmasını ifade eder.

Kısırlaştırma şartı ile genel sağlığın korunması bakımından ikinci ihtimal ise bir grup olarak transların değil, toplumun gerçekten de genelinin sağlığının korunmak istenmesidir. Bu ihtimal, ilkinden daha sakıncalıdır. Zira transların kısırlaştırılması ile toplumun sağlığının korunacağını kabulü, Anayasa Mahkemesinin norm denetiminde normalleştirdiği öjenik düşüncenin bu sefer hukuken ve apaçık meşrulaştırılması anlamına gelir. Transların üremesini engelleyerek, daha açık ifade edilmesi gerekirse gelecek nesillerin trans soylu olmamasını sağlayarak, genel sağlığın korunacağı görüşü, demokratik bir toplumda üzerinde tartışılmaksızın reddedilmesi gereken bir

⁶⁵⁵ AYM, M.K. Başvurusu § 55, AYM, Sahra Bayraktar Başvurusu, § 34.

yaklaşımıdır. Nitekim böyle bir yaklaşım, heteroseksüel matrisi normalleştirmenin de ötesine geçerek ona dayalı tahakküme hukuki zemin kazandırır ve trans varlığının yok edilmesinin hukukun kabul edebileceği amaçlardan olduğunu bildirir.

Bu noktada, kısırlaştırma şartından ziyade cinsiyet geçiş ameliyatı olmanın denetlenmesi gereken bir sağlık meselesi olduğu, bu yüzden de ameliyat şartlarının düzenlenmesinin genel sağlıkla ilgili olduğu argümanının da ikna edici olmadığını belirtmek gerekir. Her ne kadar Mahkeme olayı değerlendirdiği kısımda “*ameliyatın taşıdığı risklere*”⁶⁵⁶ atıf yapmışsa da Mahkemenin bu başvuruda ele aldığı hukuki mesele cinsiyet geçiş ameliyatı değil; transların zorla kısırlaştırılmasıdır. Dolayısıyla, Mahkemenin meşru amaca dayanmasını arayacağı ve üstelik “Müdahalenin Varlığı” başlığında bizzat tespit ettiği müdahale de kısırlaştırma işlemidir. Kısırlaştırma şartının niteliğini göz ardı ederek onu alelade bir ameliyat şartı saymak ve bu yolla cinsiyet geçiş ameliyatına yönelik bazı düzenlemeler yapılabilmesini ameliyatın sağlıkla ilgili olmasına dayandırmak, başvuru konusu müdahalenin değil, ancak ameliyatın izne ve şarta bağlanmasının meşru amacıyla ilgili olabilir. Başka bir ifadeyle, burada söz konusu olanın devletin kişilerin vücut bütünlüklerine rızaları olmaksızın müdahale etmemeye ve onları “kısırlaştırma ameliyatının taşıdığı risklere” maruz bırakmamaya yönelik negatif yükümlülüğü olduğu açıktır. Bu yüzden Mahkemenin meşru amacı başvuru konusunu oluşturmayan devletin sağlık hizmetini düzenlemeye yönelik pozitif yükümlülüğü kapsamında tespit ettiğini, diğer bir deyişle abesle iştigal ettiğini, söyleyerek genel sağlığa ilişkin tespitindeki sorunu hafifletmek de mümkün değildir.

ii. Demokratik Toplumda Gereklik ve Ölçülülük

M.K. başvurusunun norm denetimi kararını izlediğine yönelik tek işaret meşru amaç kriteri de değildir. Mahkemenin demokratik toplumda gereklik ve ölçülülük kriterleri üzerinden başvuru konusu olayı incelediği kısım, norm denetimini bire bir takip ettiği yorumunu destekler. Söz konusu kısımda dikkati çeken, Mahkemenin kısırlaştırma şartını başvuru açısından hiç değerlendirmemesidir. İlk bakışta kararın 66. paragrafı, Mahkemenin başvuru konusunun şikâyetlerini ciddiye aldığını ve somut olarak incelediği izlenimini verir. Nitekim burada başvuru konusunun hormon tedavisi

⁶⁵⁶ AYM, M.K. Başvurusu § 66, AYM, Sahra Bayraktar Başvurusu, § 35.

gördüğü, sosyal yaşamda erkek olarak tanındığı, hakkında yaşamına erkek kimliğiyle devam etmesi gerektiğini bildiren sağlık raporlarının düzenlendiği anlatılmıştır. Ancak Mahkeme, bu bağlamı demokratik toplumda gereklilik bakımından değerlendirdiğinde *“cinsiyet değiştirme ameliyatlarının geri dönüşünün olmaması ve taşıdığı riskler gözetilerek sağlığın korunması amacıyla getirildiği öne sürülen düzenlemenin”* başvurucunun *“cinsiyet değiştirme kararlılığı içinde”* olması karşısında önemsiz hale geldiği sonucunu çıkarmıştır.⁶⁵⁷

Not edilmelidir ki burada Mahkemenin, çok yüzeysel de kalsa, başvurucunun kısırlaştırma şartından nasıl etkilendiğine bakması feminist teori açısından olumlu bir eğilimdir. Bireysel başvuru incelemesinin bunu, yani başvurucunun somut durumunun ele alınmasını, zaten gerektirdiği ve burada feminizm açısından mühim bir husus olmadığı düşünülebilir. Ancak bu kararda ilkeler olaya uygulanırken bağlamın dikkate alınması trans haklarının nasıl ve ne derecede ihlal edildiğinin anlaşılması için önemli bir fırsattır. Bununla birlikte, bu fırsat en iyimser görüşle kaçırılmış, belki de böyle bir fırsatın yaratılmasından kaçınılmıştır. Şöyle ki, Mahkeme başvurucunun koşullarını kısırlaştırma şartına maruz bırakılmasının ölçülü olup olmadığı sorusu bakımından dikkate almamış, demokratik toplumda gereklilik kriteri bakımından ise heteroseksüel matris denklemini sağlamak için kullanmıştır. Başvurucunun zorunlu olarak kısırlaştırılmasının cinsiyet kimliğine kavuşması bakımından ilintisi kararda konu edilen bir sorun olmamıştır. Bunun yerine Mahkeme, başvurucunun beyan ettiği cinsiyet kimliği bakımından ‘emin’ olup olmadığına odaklanmıştır. *Sahra Bayraktar* başvurusunda da benzer bir şekilde, başvurucunun içinde bulunduğu koşullar, *“yıllardır karşı cinsiyeti benimsediği, bu şekilde yaşamını sürdürdüğü ve bu hususta kararlı olduğu”* yönünde yorumlanmıştır.⁶⁵⁸

Öyleyse Mahkemenin kurduğu bu bağlantı üzerinde durmak gerekir. Neden başvurucunun kısırlaştırılması cinsiyet değiştirmede kararlı olduğu için gereksiz hale gelmiştir? Başvurucunun kararlılığı, düzenlemenin kamu düzeni ve genel sağlık meşru amaçlarını nasıl önemsizleştirmiştir? Eğer başvuru yine hormon kullanan, toplumsal hayatta erkek kodlarına göre adlandırılan, giyinen ve davranan biri olsaydı, ama cinsiyet geçiş ameliyatı hakkında tereddütler taşısaydı; kısırlaştırılması gerekli mi

⁶⁵⁷ AYM, M.K. Başvurusu § 66, AYM, Sahra Bayraktar Başvurusu, § 35.

⁶⁵⁸ AYM, Sahra Bayraktar Başvurusu, § 37.

olacaktı? Mahkemenin kurduğu denkleme göre, son soruya verilecek cevap olumlu gözükmektedir. Ancak, ilk iki sorunun yanıtını bulmak için kararın geri kalanına bakmak gerekir.

Kararın devamında Mahkeme, *“başvurucunun cinsiyet değiştirme ameliyatından sonra her iki cinsiyete ait üreme yeteneğinden yoksun kalacağı”* bilgisinin sağlık raporunda özellikle belirtildiğine işaret etmiştir.⁶⁵⁹ Bundan sonrası, kararı okuyan için adeta norm denetimi kararının tekrarıdır. Zira Mahkeme, artık norm denetimi kararından alıntı yaparak cinsiyet geçiş ameliyatının doğal ve *“şüphesiz”* sonucu olan kısırlaşmanın ameliyattan önce yerine getirilmesi gereken bir tıbbi müdahale olmadığını belirtmiştir.⁶⁶⁰ Dolayısıyla, yukarıdaki sorulara dönülecek olursa, Mahkemenin başvurucunun ‘kararlılık’ içerisinde olmasından anladığı, onun cinsiyet geçiş ameliyatı olarak kısırlaşacağının garantisini vermesidir. Meşru amaçların öneminin kaybolması da meşru amaçların ortadan kalkmasından değil, gerçekleşmesinden kaynaklanır. Öyleyse, bireysel başvuru incelemesinde trans kimliğinin tanınmasını sağlayacak kişisel özerklik ve kendi kaderini tayin gibi kavramlar kullanılmışsa da norm denetimi kararında detaylıca eleştirildiği gibi heteroseksüel matris ve transfobi baskın gelmiştir. Zira Mahkeme bu karar yazımla transların kısırlaştırılmalarını gereksiz bulmamış, sadece kısırlaştırma işlemine *“iki kez”* maruz kalmalarına yönelik bir toplumsal ihtiyaç olmadığı görüşünü benimsemiştir.

Öte taraftan, M.K. başvurusunda meşru amaca ve demokratik toplumda gerekliliğe ilişkin sorunlu tespitlerin, başvuruda uluslararası ilkelere ve AİHM içtihadına atıf yapılmasına rağmen benimsendiğine tekrar dönmek gerekir. Zira kararın içeriğine yönelik eleştiriler bir yana, Mahkemenin insan hakları kaynaklarına ve içtihatlarına mesafesi de üzerinde durulması gereken bir meseledir. Norm denetimi kararından farklı olarak Mahkemenin uluslararası hukuka bu sefer yer vermesi ancak yine de onu uygulamaması, AİHM içtihadıyla göz boyandığı izlenimini verir. Herhalde burada da Mahkemenin ihlal kararı vermesinin, norm denetimindeki karar gibi, sonucu itibarıyla AİHM kararlarıyla uyumsuz olduğu söylenemeyecektir. Ancak, yine feminist teoriden hareketle, ihlali oluşturan sebepler tespit edilirken insan

⁶⁵⁹ AYM, M.K. Başvurusu § 67, AYM, Sahra Bayraktar Başvurusu, § 37.

⁶⁶⁰ AYM, M.K. Başvurusu § 69, AYM, Sahra Bayraktar Başvurusu, § 38.

haklarının daha eşitlikçi yorumlarının benimsenip benimsenmediğinin peşine düşmek ihlal kararı kadar önemli ve belirleyicidir. Zira AİHM kararlarını takip etmek söz konusu olduğunda, artık Mahkemenin eşitliği içselleştirmesine veya en baştan bir yorum geliştirmesine de ihtiyacı yoktur. Keza Mahkemenin, varsa, bu yönden eksikliği bir haklı sebep de değildir. Mahkemenin önünde kendisinin de değindiği hazır bir içtihat, örnek bir değerlendirme vardır. Öyleyse AİHM kararlarına değinmekle uygulamak arasındaki farkı ayırt etmek anlamlıdır.

Bu bakış açısıyla *M.K.* kararı kısaca gözden geçirildiğinde AİHM kararlarındaki gerekçelerden saparak değerlendirilen iki kriter dikkati çeker: Bunlar, meşru amaç ve demokratik toplumda gerekliliktir. Meşru amaca yönelik farklılığa yukarıdaki başlıkta işaret edilmiştir. Ancak, demokratik toplumda gereklilik bakımından da durum farklı değildir. AİHM, *Y.Y./Türkiye* ve *A.P. Garçon ve Nicot/Fransa* kararlarında, cinsiyet geçiş sürecinde kısırlaştırma işleminin zorunlu şart sayılmasının kişinin sadece fiziksel bütünlüğüne değil, aynı zamanda cinsiyet kimliğini belirleme hakkı ile kendi kaderi tayin hakkına ciddi bir müdahale niteliğinde olduğunu; böylece varoluşunun önemli bir yönüne dokunduğunu belirlemiştir.⁶⁶¹ Bu sebeple Mahkeme, kişilerin cinsiyet kimliklerine kavuşabilmeleri için kısırlaştırma şartına maruz bırakılmaları bakımından devletlerin takdir yetkisinin dar olduğuna karar vermiş ve demokratik bir toplumda böyle bir müdahalenin gerekli sayılamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Zira kısırlaştırma şartının niteliği ve ağırlığı göz önünde bulundurulduğunda kamu yararına yönelik sebepler yetersiz kalmaktadır.⁶⁶² Dolayısıyla, AİHM içtihadının merkezinde trans kişilerin varoluşu yatar ve bu varoluşa kısırlaştırma şartı ile kasteden amaçların hepsi geçersizdir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi *M.K.* kararında cinsiyet kimliğini nüfus sicilinde değiştirecek transların kısır olmasını tek başına gereksiz bulmadığını açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme, kısırlaştırma şartını transların ameliyat ile kısırlaşaacağını kesin olmasına dayanarak ikinci ve fazla bir işlem niteliğinde olduğu için gereksiz bulurken, AİHM'in aksine, kısırlaştırma şartının dayandığı sebepleri meşru saymaya devam etmiştir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, kısırlaştırma ameliyatı olmadıkları için cinsiyet değişikliği ameliyatı olmalarına izin verilmeyen başvuru sahiplerinin ihlal

⁶⁶¹ AİHM, *A.P., Garçon ve Nicot/Fransa*, § 121-12.

⁶⁶² AİHM, *Y.Y./Türkiye*, § 121.

iddialarını incelediği bireysel başvuru kararlarında norm denetimi kararındaki tavrından ayrılmamış, transların zorunlu olarak kısırlaştırılmasını öngören düzenlemenin özünde meşru ve gerekli olduğu kabulünü sürdürmüştür. Bireysel başvuru yolunun, niteliği gereği bir temel hak ve özgürlüğün ihlaline ilişkin olması, diğer bir deyişle Anayasa’ya aykırılık tespitini kaçınılmaz olarak içermekle birlikte başvurucunun somut iddiası bağlamında inceleme gerektirmesi, Anayasa Mahkemesinin de özellikle *M.K.* başvurusunda başvurucunun somut koşullarına yer vermesini sağlamış ve müdahalenin hangi haklara ne boyutlarda dokunduğu daha detaylı bir şekilde tespit edilmiştir. Bununla birlikte ne AİHM içtihadına yer verilmesi ne de bu içtihatteki “*kendi kaderini tayin*” gibi kavramların kullanılması, heteroseksüel matrizen sapmaya yetmiştir. Neticede, *M.K.* kararı trans haklarına yeşil ışık yakar gibi gözüktü de norm denetimi kararının gerekçesi takip edilerek içtihat tutarlılığı sağlanmış, *Sahra Bayraktar* başvurusunda norm denetimi kararının dar çerçevesine dönülerek bu tutarlılık güçlendirilmiştir.

B. Cinsiyet Değiştirme Ameliyatı Şartı

Anayasa Mahkemesi, 29 Kasım 2017 tarihinde verdiği karar ile Türk Medeni Kanunu’nun 40. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan cinsiyet değişikliğine bağlı nüfus sicilinin düzeltilmesi kuralının Anayasa’ya uygunluğunu incelemiştir.⁶⁶³ Nüfus sicilinde “kadın” olarak kayıtlı davacının cinsiyetinin “erkek” olarak düzeltilmesi talebi ile açtığı nüfus kayıt tashihi davasında itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile başvurmuştur. İtirazda anılan kuralın Anayasa’nın 17. maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu itiraz başvurusunu yukarıda incelenen kısırlaştırma ameliyatına ilişkin kararı ile aynı gün karara bağlamıştır.

Karara konu olan kural, cinsiyet geçiş sürecinin son aşamasına ilişkindir. Buna göre, cinsiyet geçiş ameliyatı için izin alabilmiş ve bu ameliyatı olmuş bir kişinin nüfus kaydında yer alan cinsiyet bilgisini değiştirebilmesi için “*verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı*” geçirdiğini sağlık kurulu raporuyla doğrulaması gerekir. Kuralın mefhum-u muhalifi, mahkeme

⁶⁶³ AYM, E. 2015/79, K. 2017/164, Karar Tarihi: 29.11.2017.

tarafından verilen izin doğrultusunda cinsiyet değiştirme ameliyatı olmayan kişilerin hiçbir koşulda nüfus sicilinde cinsiyet değişikliği yapamamasıdır.

İtirazın gerekçesinde söz konusu kuralın “*transseksüel yapıda olan kadınların sırf erkekliğe ilişkin cinsel organ ameliyatı olmamaları sebebiyle kadın kimliği taşımaya zorlanmaları*”na yol açtığı için Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkına aykırı olduğu ileri sürölmüştür. Karar metninde yer verilen gerekçe bununla sınırlı olmakla beraber, Anayasa Mahkemesinin başvuru belgeleri vasıtasıyla edindiği varsayılabilir, ancak kararda yer verilmediği için stratejik davalama yapan Avukat Sinem Hun’un makalesinden öğrenilebilen detaylı bilgiler şöyledir:⁶⁶⁴ Trans erkek davacı P.B., Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde isim ve cinsiyet değiştirme davalarını birlikte açmış, davacının isim değişikliği talebi kabul edilmesine rağmen cinsiyet değiştirme talebi Türk Medeni Kanunu’nun 40. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen ameliyat şartını yerine getirmediği için sonuca bağlanmamıştır. Bu sırada P.B., Kanun’un 40. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen şartları yerine getirmiş; “*transseksüel yapıda*” olduğuna dair sağlık raporu almış, hormon kullanmaya başlamış ve mastektomi (meme alma) ile histerektomi (rahim alma) ameliyatlarını olmuştur.

P.B., genital organ ameliyatı olmaya kesin olarak karşı değildir, ancak bu ameliyatı kendisi için en iyi koşullarda olmak istemektedir. Türkiye’de bu ameliyatı yapan uzman sayısının azlığı, ameliyatın başarılı bir şekilde yapılamaması halinde kalıcı hasarlar bırakması ve buna ilişkin olumsuz örneklerin sık görölməsi karşısında risk almaktan çekinmektedir. P.B. için daha az riskli gözüken seçenek, bu alanda uzman doktorların kendi muayenelerinde ya da çalıştıkları özel hastanelerde muayene ve ameliyat olmaksada karşılayamayacağı fahiş fiyatlar yüzünden bu bir seçenek olmaktan çıkmıştır. P.B.’nin beden bütönlüğüne yönelik ağır zarar riski barındıran genital organ ameliyatı olmaya zorlanması, onun çalışma ve eğitim hayatını da olumsuz etkilemekte ve evlilik planı yapmasını engellemektedir. Bu yüzden kimliğinin bir an evvel değişmesini talep etmektedir.

⁶⁶⁴ Sinem Hun, “Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Somut Norm Denetimine Tabiyken: Trans Geçiş Sürecinde ‘Bekletmeler’in Trans Öznelliklere Etkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Vol.4, 2015, ss. 311- 316, s. 312.

Yine aynı makaleden anlaşılan, P.B.’nin kendisine dayatılan kuralın Anayasa’ya aykırılığını ve bu kural sebebiyle maruz kaldığı hak ihlalini salt ihlalin bireysel sonuçları ya da kendisinin özel koşulları üzerinden açıklamadığıdır. Asliye Hukuk Mahkemesinin Anayasa’nın 152. maddesinde öngörülen itiraz yolu şartları gereğince Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmasında, Mahkemeye sunulan veriler de etkili olmuştur. Hacettepe Üniversitesi’nden alınan bilirkişi raporunun yanı sıra Trans Danışma Merkezi Derneği’nin veri tabanından sunulan fotoğraflar ameliyatı başarılı geçmeyen trans erkeklerin fiziksel durumunu ortaya koymuştur.

Ne var ki, Anayasa’ya aykırılık iddiası, kuralın transların maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ağır sonuçlarına rağmen, Anayasa Mahkemesini ikna edememiştir. Mahkeme, Anayasa’nın 13. maddesine göre yaptığı inceleme ile itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 17. ve 20. maddelerine aykırı olmadığına ona karşı altı oyla karar vermiştir.⁶⁶⁵ Kararın içeriğini incelemeyen evvel, Anayasa’nın 152. maddesinin son fıkrası gereğince Mahkemenin esasa girerek incelediği bu kuralın Anayasa’ya aykırılık iddiasını reddetmesinin, söz konusu kurala on yıllık bir koruma sağladığını not düşmek gerekir.⁶⁶⁶ Karar, 20 Mart 2018 tarihli Resmî Gazetede yayımlandığı için bu tarihten itibaren on yıl geçmedikçe, 20 Mart 2028’e kadar, aynı kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığı Anayasa Mahkemesine taşınamayacaktır.

Kısırlaştırma ameliyatına ilişkin norm denetimi kararı ile aynı gün karara bağlanan ve aynı tarihli Resmî Gazetede yayımlanan bu karara verilen ilk refleks, kararı kısırlaştırma şartının incelendiği karar ile karşılaştırmak ve Mahkeme’yi tutarsızlıkla eleştirmek olmuştur.⁶⁶⁷ Bu iki kararda incelenen normlar arasındaki ilişki, Engin Yıldırım ile Celal Mümtaz Akıncı, Muammer Topal ve M. Emin Kuz’un

⁶⁶⁵ Karşı oy bildiren üyeler Engin Yıldırım, Serdar Özgüldür, Serruh Kaleli, Celal Mümtaz Akıncı, Muammer Topal ve M. Emin Kuz’dur.

⁶⁶⁶ Anayasa’nın 152. maddesinin son fıkrası, “*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz*” kuralını içermektedir. Anayasa Mahkemesi, yakın zamanda verdiği bir kararla “*on yıllık yasağın iptal davaları sonucu verilen ret kararlarını kapsamadığı, bu yasağın itiraz başvurularıyla sınırlı olduğu*” sonucuna ulaşarak aksi yöndeki yerleşik içtihadını değiştirmiştir. Bakınız AYM, E. 2023/177, K. 2024/30, Karar Tarihi: 1.2.2024, § 18. Mahkemenin on yıllık yasağın iptal davaları sonucunda verilen ret kararlarını da kapsadığına yönelik eski içtihadı için yine yakın tarihli kararından bir örnek için bakınız AYM, E. 2023/151, K. 2023/168, Karar Tarihi: 11.10.2023, § 3. Anayasa Mahkemesinin içtihadındaki değişiklik, çalışmanın bu kısmında incelenen norm denetimi kararı itiraz başvurusu olduğundan bu ret kararına uygulanacak on yıllık yasağı etkilememiştir.

⁶⁶⁷ Örneğin bakınız Tolga Şirin, “Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eşcinsellik”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Vol. 7(14), 2018, ss. 513-562., s. 543.

sunduğu karşı oylarda da vurgulanmış; Türk Medeni Kanunu’nun 40. maddesinin ikinci fıkrası yönünden de benzer bir sonuca, iptal kararına, ulaşılması gerektiği belirtilmiştir. İki normun transların bedenine ve manevi varlığına yönelik müdahalede benzer olduğu kuşkusuzdur. Ancak, kararlar arasında çelişki olduğunu söylemek, kararların sadece hüküm fıkralarına bakmaktan doğan bir yanılgıdır. Nitekim kararlara bakıldığında göze çarpacak tek çelişki, karşı oylardadır. Kısırlaştırma ameliyatı şartının incelendiği norm denetimi kararına yazdığı karşı oyda şartın makul ve ölçülü bir sınırlama olduğu kanaatini bildiren Muammer Topal, her nasılsa, bu kararda genital organ ameliyatının kısırlaştırma ameliyatından da ölçüsüz ve gereksiz olduğunu açıklayan karşı oya katılmıştır. Bununla birlikte kararların gerekçeleri incelenecek olursa, Mahkemenin tavrının iki kararda da aynı olduğu ve kararlar arasında tezat olmadığı görülecektir. Bunda kararların aynı gün, aynı üyeler tarafından verilmesi kadar esasa ilişkin raporların aynı raportör, Osman Kodal, tarafından hazırlanmasının da etkisi olduğu söylenebilir. Ancak benzerliğin asıl sebebi, her iki kararın da heteroseksüel matrise dayanmasıdır.

1. İncelenen Hak ve Kapsamına İlişkin Sorunlar

Mahkemenin iptal talebinin reddi sonucuna ulaşmasına yol açan gerekçelere bakıldığında, ilk sorun yine incelenen hakkın kapsamı ve müdahalenin tespiti yönünden göze çarpar. Anayasa Mahkemesi, nüfus sicilindeki cinsiyet hanesinin değiştirilmesinin kişinin Anayasa’nın sırasıyla 17. ve 20. maddelerinde düzenlenen maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel hayata saygı hakkına ilişkin olduğunu tespit etmiş, ancak bu haklara neyin nasıl müdahale ettiğini açıklamamıştır. Bu yüzden bu kararlarda incelenen hak bakımından temel sorun, müdahalenin tespitinde yoğunlaşmaktadır.

Her şeyden evvel, Mahkeme madde metninde geçen “*amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı*”nın neyi ifade ettiğini açıkça tespit etmemiştir. Mahkemenin biyolojik cinsiyeti, tıpkı kısırlaştırma şartını incelediği norm denetimi kararındaki gibi, “*bireyin doğuştan sahip olduğu üreme organları ve sistemleri dikkate alınarak “kadın” veya “erkek olarak yapılan tanımlama*”⁶⁶⁸ şeklinde tarif etmesi ve

⁶⁶⁸ AYM, E. 2015/79, § 15.

nüfus kaydının da “*biyolojik cinsiyet*”e⁶⁶⁹ göre belirlendiğini açıklaması sebebiyle cinsiyet değiştirme ameliyatından genital organ ameliyatını anladığı düşünülebilir.⁶⁷⁰ Gerçekten de cinsiyet değişikliğinden biyolojik cinsiyet değişikliği anlaşılırsa, Mahkemenin verdiği tanıma göre değişecek olan kişinin sahip olduğu ‘üreme organları ve sistemi’dir. Ancak bu denklem, karara konu kuralı açıklamak için yeterli değildir.

Türk Medeni Kanunu’nun 40. maddesi bir bütün olarak ele alındığında, ikinci fıkradaki ameliyat şartının genel olarak genital organ ameliyatını değil, *dış* genital organ ameliyatını ifade ettiği açıkça görülecektir. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği kısırlaştırma şartı, iç genital organlara yönelik ameliyatı kasteder. Kısırlaştırma, kadınlar için rahim, tüpler veya yumurtalıklara; erkekler için ise testis ve sperm kanallarına yönelik müdahale ile gerçekleştirilir ve tüm bu organlar kişilerin iç genital organlarıdır.⁶⁷¹ 40. madde zaten orijinal metnin ilk fıkrasında cinsiyet değişikliği ameliyatı için izin alınabilmesinin ön şartlarından biri olarak iç genital organ ameliyatını öngörmüştür. Bu ameliyattan sonra olunacak ve nüfus kaydında cinsiyet değişikliğini sağlayacak ikinci ameliyat ise dış genital organ ameliyatıdır. Kuralın Anayasa Mahkemesine taşınmasına vesile olan yargılamada da P.B. iç genital organ ameliyatı olarak kısırlık şartını sağlamış, ancak dış genital organ ameliyatı olmadığı için nüfus kaydında cinsiyet bilgisini değiştirememiştir.

Dava konusu kuralın dış genital organ ameliyatını şart koştuğu, Yargıtay kararıyla da sabittir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2016 yılında verdiği bir kararda, ‘kadın’ iç ve dış genital organları alınan fakat ‘erkek’ dış genital organa sahip olmayan davacının cinsiyet düzeltme talebini reddeden yerel mahkeme kararını, Türk Medeni Kanunu’nun 40/2. maddesi uyarınca “*cinsiyet değişikliğinin ikinci aşamasının da*

⁶⁶⁹ AYM, E. 2015/79, § 24.

⁶⁷⁰ Bu kararı ve kararı konu kuralı inceleyen bazı makalelerde de kuralın neyi ifade ettiği tespit edilmemiştir. Bakınız Merve Alçık, “Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Vol. 21, 2019, ss. 1875-1906., Selin Sert, “Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol. 118, 2015, ss. 255-270. Cinsiyet değiştirme ameliyatının dış genital organ ameliyatını ifade ettiğini belirtmekle birlikte bunun üzerinde ayrıca durmayan başka bir çalışma için bakınız Işıl Kurnaz, “LGBTQ Haklarının Korunmasında Anayasa Yargısı ve Stratejik İnsan Hakları Davaları: Türkiye Örneği”, s. 36.

⁶⁷¹ Trans geçiş sürecine ilişkin tıbbi işlemlerin sıralandığı ve terminolojisinin açıklandığı bir çalışma için bakınız Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, **Cinsiyet Geçiş Kılavuzu**, 2017, <https://spod.org.tr/wp-content/uploads/2022/03/Cinsiyet-Gecis-Kilavuzu.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024).

yapılıp” resmi sağlık kurulu raporu sunmasına imkân tanınmadığı için bozmuştur.⁶⁷² Dolayısıyla, yerel mahkemelerin uygulaması ve Yargıtay kararına göre, nüfus sicilinde değişiklik için kişinin kendisine doğumla atanan cinsiyetin iç ve dış genital organlarından kurtulması yeterli değildir, mutlaka değişiklik talep ettiği cinsiyete ait kabul edilen dış genital organı da edinmesi gerekir.⁶⁷³ Neticede, madde lafzında geçen “*cinsiyet değiştirme ameliyatı*”, genital rekonstrüksiyon işlemlerini ifade eder.⁶⁷⁴

Transların cinsiyet kimliklerine hukuken erişebilmeleri önündeki son engel olan cinsiyet değiştirme ameliyatının ne olduğunun belirlenmemesi ya da bunun üzerinde durulmaması, kuralın Anayasa’ya uygunluğu testini boşa çıkaracak bir eksikliktir. Çünkü Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını belirleyen 13. maddesindeki kriterlerin uygulanabilmesi için öncelikle müdahalenin saptanması ve o müdahalenin hangi hakka dokunduğunun belirlenmesi gerekir. Meşru amaca bağlılığı, demokratik toplumda gerekliliği, ölçülülüğü incelenecek olan müdahaledir, müdahalenin türü ve boyutu belirlenmeden bu kriterlerin hakkın sınırlandırılmasının sınırı olarak incelenmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Anayasa Mahkemesi, nüfus sicilinde değişiklik için genital rekonstrüksiyon şartı arandığını tespit etmediği için, kararın geri kalanındaki incelemesini de aşağıda daha detaylı inceleneceği üzere, incelenen hak bağlamından kopuk, eksik ve çoğunlukla da müdahalenin gerekli ve ölçülü olduğuna yeterince ikna edemeyen gerekçelerle tamamlamıştır.

Gelgelelim, incelenen hakkın konusunun ve müdahalenin tespitine yönelik sorunu Mahkemenin bir hatası olarak basitleştirmek mümkün değildir. Burada Mahkemenin yine bir tercihte bulunduğu, ameliyatı bir müdahale olarak dahi addetmediği görülmektedir. Nitekim Mahkemeye göre kural, transların nüfus sicilinde cinsiyet bilgisini değiştirmesine yönelik bir *müdahale* değil, aksine, nüfus sicilinde değişiklik yapmaya yönelik bir *imkândır*. Anayasa Mahkemesi, cinsiyet değiştirme

⁶⁷² Yargıtay 2. H.D., E. 2005/17485, K. 2006/1343, Karar Tarihi: 13.2.2006, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 18 Ekim 2023).

⁶⁷³ P.B’nin başvurusu bakımından bu husus, Yeşim M. Atamer ve Z. Damla Taşkın’ın Anayasa Mahkemesi kararını vermeden önce yayımladığı bir makalede açıkça ortaya konmuştur. Bakınız Yeşim M. Atamer, Z. Damla Taşkın, “Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri”, **Yargıtay Dergisi**, Vol. 42(4), 2016, ss. 719-782, s. 751.

⁶⁷⁴ Genital rekonstrüksiyon işlemleri, vulva ve vajina ya da penis ve testis oluşturulmasıdır.

ameliyatının bir yükümlülük getirdiğini kabul etmişse de yükümlülüğü tıbbi müdahale boyutunu yok sayarak açıklamıştır.⁶⁷⁵

*“İtiraz konusu kuralla transseksüel yapıda kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olup olmama noktasındaki seçim hakkına ve özel hayata saygı hakkı kapsamındaki cinsel yaşamına ilişkin tercihlerine herhangi bir müdahale olmayıp kişinin nüfus kaydındaki cinsiyet hanesini değiştirmek istemesi durumunda cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması yönünde bir yükümlülük getirilmektedir.”*⁶⁷⁶

Bu açıklamadan görüleceği üzere, Mahkeme kuralın getirdiği yükümlülüğe dair iki sonuç çıkarmıştır. Birincisi, Mahkemeye göre, kural cinsiyet değiştirme ameliyatını zorunlu kılmamaktadır. İkincisi, kuralın getirdiği yükümlülük ameliyat olduğuna dair sağlık raporunun sunulmasıdır ve dolayısıyla kural sadece ameliyat olmayı ‘tercih edenler’ için bir bilgi sunma yükümlülüğü getirmektedir. Mahkemenin bu değerlendirmesi ilginç bir manevradır. Kısırlaştırma şartına ilişkin norm denetimi kararı hatırlanırsa, Mahkeme o kararda kuralın çok yönlü yükümlülük getirdiğini ve bu yükümlülüklerinden birinin kişisel veri sunmak olduğunu görmezden gelmiş, kuralı sadece tıbbi müdahale yönüyle ele almıştı. Bu yoruma ulaşmak için Mahkemenin izlediği yol, kısırlaştırma ameliyatı şartının sadece üreme yeteneğine sahip translar için öngörüldüğünü tespit ederek düzenlemenin kısır olan transları kapsamadığını belirlemektir. Burada ise Mahkeme, tam tersini yaparak kuralı salt bir belge sunma yükümlülüğüne indirgemiş ve bu sonuca ulaşmak için kuralın ameliyat olmayan transları kapsamadığını, sadece ameliyat olanlar için ameliyata ilişkin bilgiyi doğrulatma mecburiyeti getirdiğini bildirmiştir.

Mahkemenin bu değerlendirmesi ikna edici olmadığı gibi uygulanan hukukla da ilgisizdir. Yukarıda tespit edildiği üzere kural, elbette ameliyat olunduktan sonra bu tıbbi müdahaleye ilişkin kişisel veriyi paylaşma yükümlülüğünü de içermekle birlikte, dış genital organ ameliyatını zorunlu kılmaktadır. Burada gerçek anlamda bir rıza, tercih ya da özgürlükten söz etmek mümkün değildir. Çünkü nüfus sicilinde cinsiyet hanesini mutlaka değiştirmek isteyen bir trans için genital rekonstrüksiyon işlemi

⁶⁷⁵ AYM, E. 2015/79, § 30.

⁶⁷⁶ AYM, E. 2015/79, § 32.

olmamak gibi bir seçenek yoktur. Olsaydı, zaten bu kuralı Anayasa Mahkemesinin önüne taşıyan davaya da P.B. açısından gerek kalmazdı. Diğer yandan, Mahkemenin bu yorumu, sağlık verilerine ilişkin bilgi sunma yükümlülüğü kişisel verilerin korunması ve özel hayata saygı hakkı kapsamına girdiği için Anayasa'nın 20. maddesine neden başvurduğunu izah etse de Anayasa'nın 17. maddesinin neden inceleme ölçütlerine dahil edildiğini açıklamaya yetmemektedir. Zira Mahkeme bu şartın bedensel bütünlüğe yönelik bir müdahale niteliğinde olduğunu reddederek kişinin maddi varlığı ile ilgili olmadığı sonucuna ulaşmış, ama bunun yanında müdahalenin kendi belirlediği sınırlar çerçevesinde transların manevi bütünlüğü ile ilgisini de ortaya koymamıştır.

Belki bu noktada müdahalenin tespit ediliş biçimine yönelik sorulması gereken soru, Anayasa Mahkemesinin bu değerlendirmesinin *yorumlu ret kararı* niteliğinde olup olmadığıdır. Çünkü görünen o ki, Anayasa Mahkemesi kuralın Yargıtay yorumu ve yerel mahkeme uygulamasını benimsememiş; bu kuralı başka bir yorumla Anayasa'ya uygun bulmuştur. Öyleyse, Anayasa Mahkemesi bu kuralın ancak ve ancak translara ameliyat dayatılmaması şeklinde yorumlanması halinde Anayasa'ya uygun olacağını mı kastetmiştir? Başka bir deyişle, belge sunma yükümlülüğünün ameliyat olanlar için geçerli olduğunu, ancak ameliyat olmayanların nüfus sicilinde değişiklik için başvuru yaparken böyle bir belge sunmayabileceğini mi söylemiştir? Bu soruların cevabı olumsuzdur. Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararı vermeye yetkili olup olmadığı tartışmaları bir yana⁶⁷⁷, buradaki değerlendirmesi trans hakları lehine bir yorum kabul edilerek yorumlu ret kararı olarak nitelendirilmeye de açık değildir. Mahkeme, böyle bir çıkarıma mahal vermeyecek netlikte “*nüfus kaydındaki cinsiyetini değiştirme hakkına her zaman sahip*” olan öznenin “*cinsiyet değiştirme ameliyatı olmuş transseksüel kişi*”⁶⁷⁸ olduğunu belirtmiş ve böylece nüfus kaydında

⁶⁷⁷ Yorumlu ret kararı, esasında Anayasa Mahkemesinin gerekçelerinin bağlayıcılığı sorunuyla ilgilidir. Anayasa Mahkemesinin kararlarının hüküm fıkralarının bağlayıcı olduğunu, ancak gerekçelerinin böyle bir etkisinin olamayacağını savunan görüş için bakınız Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa: Ekin, 2019, s. 1217. Yorumlu ret kararının bağlayıcılığını, Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya aykırı gördüğü yorumla sınırlayan ve derece mahkemelerinin “*kararda değinilmeyen ama anayasa uygun başka yorum*”u benimseyebileceğini savunan görüş için bakınız Kanadoğlu, Duygun, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları** s. 473. Yorumlu ret kararının bütünüyle bağlayıcı olduğunu savunan aksi yönde görüş için bakınız İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**, Ankara: İmge Kitabevi, 1997, s. 112., Yılmaz Aliefendioğlu, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Ankara: Yetkin, 1996, s. 311., Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 411.

⁶⁷⁸ AYM, E. 2015/79, § 30, 32.

cinsiyet değişikliğinin ameliyat olmayanlar için bir seçenek olmadığını kesinleştirmiştir.

Mahkeme, böylece, cinsiyet bilgisinin ‘hukuken’ değişmesini yine ‘biyolojik’ olarak değişmesiyle eşitlemiştir. Bu denkleme göre, kişinin nüfus sicilinde cinsiyet bilgisinin değişmesi nasıl onun isteğine bağlıysa ameliyat olmak da bu isteğin bir parçası olarak seçenekten ibarettir. Bu çıkarım, dış genital organ ameliyatı olmak istemeyen kişinin zaten artık nüfus sicilinde cinsiyet değişikliğinden de vazgeçmiş olduğu varsayımını barındırır. Üzerine detaylıca düşünöldüğünde kulağa üstünkörü gelen bu denklem, heteroseksüel matrisin yaygınlığı ve doğallığı sayesinde, Anayasa Mahkemesinin gerekçesinde kendisine yer bulabilmiştir. Ancak, heteroseksüel matris sadece gerekçeye dayanak olmamış, bu sefer Mahkemeye güvenli bir alan da sağlamıştır.

Nitekim Mahkeme heteroseksüel matrise göre müdahaleyi bu şekilde sınırlı ve hatalı belirlemese, kadın-erkek şeklindeki ikili kategorinin hangi biyolojik özelliklere göre çizileceğini açıklamak zorunda kalacaktı. Zira incelenen haklara yönelik müdahale dış genital organ ameliyatı olarak belirlendiğinde, nüfus sicilinde güncellenmek istenen cinsiyet bilgisinin spesifik olarak hangi organlara bağlı olduğu sorunu gündeme gelebilirdi. Yine ret kararına ulaşabilmek içinse kişinin nüfus sicilinde yazan cinsiyete ait dış genital organların olmazsa olmaz bir koşul olduğu yorumu gerekirdi. Bu halde, örneğin, biyolojik tanıma göre kadınlığa ait hiçbir özellik taşımayan ancak penise de sahip olmayan bir erkeğin neden hukuken erkek sayılamayacağı açıklanmadan bu şartın Anayasa’ya uygun bulunması mümkün olmazdı. Ancak bu soruyla birlikte Anayasa Mahkemesi, yine aynı örnekten devam edilirse, herhangi bir sağlık sebebiyle penisi alınan bir erkeğin sırf bu yüzden nüfus sicilindeki erkek bilgisinin değişmesi gerekip gerekmeyeceğı sorunuyla da karşı karşıya kalırdı.

Mahkeme heteroseksüel matrisin güvenli alanında kalıp bu sorulardan kendini muaf tutarken, müdahalenin türü tespiti ile AİHM’in nüfus sicilinde cinsiyet kimliğinin değiştirilmesinin devletin pozitif yükümlölüğü olduğu içtihadını geliştirdiğı *A.P. Garçon ve Nicot/Fransa* kararıyla da *görünürde* bir paralellik yakalamıştır. Zira karara bakıldığında Fransa’da nüfus sicilinde cinsiyet değişikliği

için öngörülen “*görünümünde geri döndürülemez bir değişiklik olduğunu kanıtlama*” şartı, AİHS’in 8. maddesi ile güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı bakımından devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında değerlendirildiği, bu yüzden kurala bir müdahaleden çok olanak gibi yaklaşıldığı anlaşılmaktadır.⁶⁷⁹ Trans geçiş sürecine yönelik engellerin pozitif yükümlülük kapsamında değerlendirilmesine yönelik yukarıda kısırlaştırma şartına ilişkin norm denetimi kararı incelenirken yapılan eleştiriler, genital rekonstrüksiyon işlemi için de geçerlidir. Ancak burada, yükümlülüğün türü bakımından yakalanan benzeşmenin AİHM içtihadıyla gerçek bir benzerlik yaratmadığına işaret etmek gerekir.

Nitekim AİHM bu kararında AİHS’in 8. maddesi kapsamında inceleme yaparken özel hayat kavramını kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü üzerinden tanımlamış, cinsiyetin tanınması için öngörülen şartın kişinin maddi ve manevi bütünlüğü ile ilgili olduğunu tespit etmiştir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesinin incelenen hak bağlamında böyle bir değerlendirmesi yoktur. Mahkeme, Anayasa’nın 17. ve 20. maddelerine yaptığı atıf haricinde incelediği kuralın sırasıyla maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel hayata saygı hakkını nasıl etkilediğini açıklamamıştır. Mahkemenin müdahaleyi eksik ve hatalı tespit etmesi bunun başlıca sebebi gözükmeyle birlikte müdahalenin tespit edildiği yönüyle de hak bağlamında ele alınmaması, konuya insan hakları perspektifinden yaklaşılmadığını göstermektedir.

2. Sınırlama Kriterlerine İlişkin Sorunlar

Anayasa Mahkemesinin incelenen hak bağlamında ortaya koyduğu yaklaşım, sınırlama kriterlerinin nasıl uygulandığının da habercisidir. Mahkeme, meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük kriterlerini uygularken insan hakları perspektifini tamamen terk etmekle kalmamış, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecek gerekçeler benimsemiştir. Böylece Mahkemenin kararının AİHM kararlarıyla görünürde uyumluluğunun gerçek bir uyumsuzluk olduğu da ortaya çıkmıştır. Nitekim AİHM A.P. Garçon ve Nicot kararında, konuyu devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında incelese de nüfus sicilinde cinsiyet değişiminin kişilerin görünümlerinde geri dönülmez nitelikte değişiklik yaratan işlemler geçirdiğini belgeleme şartının özel

⁶⁷⁹ AİHM, A.P., Garçon ve Nicot/Fransa, § 121-135.

hayata saygı hakkını ihlali ettiğine karar vermiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kural bakımından zıt bir sonuca ulaşmış ve aşağıda eleştirilecek gerekçelerle kuralı Anayasa'ya uygun bularak onun devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir.

a) Meşru Amaç

Anayasa Mahkemesinin dış genital organ ameliyatını Anayasa'ya uygun bulurken en önemli dayanak noktası, meşru amaç olmuştur. Meşru amaç ya da 13. madde bağlamında sebebe bağlılık, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırındaki kriterlerinden sadece biri olmasına ve bir kuralda meşru amacın varlığının o kuralı tek başına Anayasa'ya uygun yapmaya yetmemesine rağmen, Mahkeme kuralı neredeyse tek kriter oymuş gibi incelenmiştir. Kararın gerekçesinde bu kritere öyle ağırlık verilmiştir ki diğer kriterler de adeta meşru amacın varlığı vasıtasıyla Anayasa'ya uygun yorumlanmıştır. Elbette, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük kriterleri meşru amaca ve onun ağırlığına göre değerlendirilecek kriterlerdir. Ancak meşru amaç ne kadar kuvvetli olursa olsun, müdahalenin türü ve sonuçlarını otomatik olarak gerekli ve ölçülü kılamaz. Bu, kararda göze çarpan ve aşağıda diğer kriterler incelenirken açığa çıkacak önemli bir yöntem sorunudur. Ancak, bu sorunu daha da büyüten, dış genital organ ameliyatı zorunluluğunda meşru amacın var olduğu sonucuna ulaşılmasıdır.

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralın yine kamu düzenini koruma amacını taşıdığını kabul etmiştir. Mahkeme, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüğe ilişkin bir düzenlemede özel sınırlama nedeni öngörmediği durumda “*özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlar*” ile “*Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar*”ın bu temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının sebebi haline gelebileceğini vurgulayarak meşru amaca ilişkin içtihadını takip ettiğini ortaya koymuştur.⁶⁸⁰ Görünen o ki, Mahkemenin kararlarında ‘genel sınırlama sebebi’ne rastlanmaya devam edilecektir. Ancak, kısırlaştırma şartının konu olduğu kararlarla birlikte düşünüldüğünde, Mahkemenin cinsiyet geçiş sürecini tamamen kamu düzeni üzerinden açıklamasının da ayrı bir anlam taşıdığı ileri sürülebilir. Nitekim bu yaklaşım artık sadece kamu düzeninin değil heteroseksüel matrisin de genel bir

⁶⁸⁰ AYM, E. 2015/79, § 12.

sınırlama sebebi olarak belirlendiğine yönelik içtihat geliştirildiği izlenimi uyandırmaktadır. Zira aynı gün verdiği diğer norm denetimi kararındaki gerekçeleri izleyerek Mahkeme, korunması gereken kamu düzeninden heteroseksüel matris düzenini anladığını detaylıca açıklamıştır.

Öncelikle, Mahkemenin dış genital organ ameliyatının yapılmasının meşru amacını değil, müdahaleyi belirleme biçimiyle uyumlu olarak, “*cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanma koşuluna bağlanması*” meşru amacını incelediğinin altını çizmek gerekir. Bu yüzden Mahkeme, nüfus sicilinde değişikliğin neden zorlaştırıldığı sorusunun peşine düşmüştür. Bu soruya hızlıca bulduğu cevaplar ise, “*nüfus kayıtlarının hukuk düzeni bakımından taşıdığı önem*” ve “*nüfus kayıtlarının isteğe bağlı olarak değiştirilmesinin önüne geçilmesi*” olmuştur.⁶⁸¹ Mahkeme nüfus kayıtlarının kamu düzeniyle ilgili olduğunu belirttikten sonra kamu düzeninin bu anlamda korunmasının önemini vurgulamak için kamu düzeninin tesis edilmesinin, bu maddeye açıkça atıfta bulunulmasa da Anayasa’nın 5. maddesinde sayılan, devletin “*kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama*” amacının ön koşulu olduğunu belirtmiştir.⁶⁸² Öyle ki, Mahkemeye göre, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini “*sağlıklı*” bir şekilde kullanabilmeleri de ancak kamu düzeninin bu şekilde korunması ile mümkündür.⁶⁸³ Mahkemenin buradaki “*sağlıklı*” vurgusu, “*heteroseksüel matrise göre doğru ve güvenilir*” olarak anlaşılmalıdır. Zira Mahkemeye göre, nüfus kaydının doğru tutulması, kişinin biyolojik cinsiyeti ile nüfus kaydındaki cinsiyetinin aynı olmasına bağlıdır.⁶⁸⁴

Mahkemenin nüfus sicilindeki cinsiyet bilgisinin kişiler için bir *seçenek* değil genital organlarına göre yapılacak bir *tespit* olduğunu açıklaması, iki cinsiyet arası ya da harici bir ara formu reddetmesi ve kamu düzenini trans dışlayıcı bir şekilde belirlemesi, kısırlaştırma şartına ilişkin norm denetiminde verdiği karardaki içtihadını tam olarak takip ettiğini ve yerleşikleştirdiğini gösterir. Bu yüzden, kamu düzeninin böyle tanımlanarak transların cinsiyet kimliklerinin sınırlandırılmasında meşru amaç kabul edilmesine yukarıda yöneltile eleştiriler, bu karar bakımından da geçerlidir.

⁶⁸¹ AYM, E. 2015/79, § 27.

⁶⁸² AYM, E. 2015/79, § 28.

⁶⁸³ AYM, E. 2015/79, § 28.

⁶⁸⁴ AYM, E. 2015/79, § 33.

Bununla birlikte, Mahkeme bu kararda meşru amaç olarak heteroseksüel matrisin korunmasına öyle sarılmıştır ki demokratik toplumda gereklilik kriterini incelerken transfobiye de adeta meşru amacın bir parçası haline getirmiştir.

b) Demokratik Toplumda Gereklilik ve Ölçülülük

Mahkeme, demokratik toplumda gereklilik kriterini uygularken bu kriterin AİHM tarafından belirlenen alt kriteri olan “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” unsuruna odaklanmış ve itiraz konusu kuralın getirilmesindeki zorlayıcı toplumsal ihtiyacın “*nüfus kayıtlarının kalıcı ve tereddütsüz olması ve kamu düzeninin korunması gibi*” gerekliliklerden kaynaklandığını belirtmiştir.⁶⁸⁵ Ancak, Mahkemeye göre, buna yönelik ihtiyaç nüfus kayıtlarının mutlaka biyolojik cinsiyete göre belirlenmesi lüzumundan ya da beyana bağlı olarak ‘sıklıkla’ değişmesinin engellenmesinden fazlasıdır. Hukuk, nüfus sicilindeki cinsiyet bilgisine göre hak ve yükümlülükler belirlediği için sicildeki değişiklikler, “*biyolojik cinsiyeti nedeniyle yararlanamadığı belirli haklardan yararlanmak veya yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla*”⁶⁸⁶ yapılmak isteniyor olabilir.

Mahkeme bu ‘şüphe’sini haklılaştırmak için kadınların “*erkeklere göre daha az prim ödeyerek erken yaşta emekli olabilmesi*”, “*maden ocaklarında çalıştırılmaması*” ve “*evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde kendi arzusuyla iş akdini sona erdirmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanabilmesi*” örneklerini vermiş; hukuk sistemimizde “*kadınları koruyucu pozitif ayrımcılık içeren*” düzenlemelerin cinsiyet değişikliği için bir sebep olabileceğini belirtmiştir.⁶⁸⁷ Bu örneklerden çıkarım yaparken ise yine meşru amaca, heteroseksüel matrise, başvurmuştur: “*Transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaksızın nüfus sicilindeki cinsiyetini değiştirebileceğinin ve bu suretle biyolojik cinsiyetinden farklı bir cinsiyete sahip olabileceğinin hukuksal anlamda kabul edilmesi*”⁶⁸⁸, sadece ona hak ve yükümlülük anlamında çıkar sağlamakla kalmayacak aynı zamanda toplumdaki “*bireylerin hak ve özgürlüklerini gereği gibi kullanmalarını da engelleyerek*”⁶⁸⁹ kamu düzenini bozacaktır.

⁶⁸⁵ AYM, E. 2015/79, § 32.

⁶⁸⁶ AYM, E. 2015/79, § 35.

⁶⁸⁷ AYM, E. 2015/79, § 34.

⁶⁸⁸ AYM, E. 2015/79, § 36.

⁶⁸⁹ AYM, E. 2015/79, § 35.

Mahkemenin verdiği örneklerle kanıtlamaya çalıştığı durum, kişilerin cinsiyet kimliği hakkını kötüye kullanmalarına ilişkindir. Öncelikle, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasını salt o hakkın kötüye kullanılabileceği ihtimalleri esas alarak zorunlu bulmak, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını aşırı esnetmektedir. Bu esnetme, Anayasa'nın 13. maddesindeki kriterlerin devletin yetkilerini sınırlandırma amacını zayıflatmaktadır. Anayasa'nın 14. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağını getirirken sadece bireye ve devlete yükümlülük getirmekle kalmamış, aynı zamanda bu yasağın Anayasa'nın hükümlerinden hiçbirinin temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmamasını da sağladığını açıkça belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin kendisinin de kararlarında titizlikle açıklayıp uyguladığı bu yasakla bağlı olduğuna şüphe yoktur.⁶⁹⁰ Öyleyse, Mahkemenin norm denetiminde bir kuralın soyut anlamı üzerinden temel hak ve özgürlüğün kötüye kullanılabileceği ihtimalleri tahayyül ederek bunları incelenen hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının nedeni sayması, mahzurlu bir gerekçelendirme değildir. Zira bu yorum metodunun yerleşmesi, sadece itiraz konusu kuralın dokunduğu temel hak ve özgürlük bakımından değil, bir bütün olarak temel hak ve özgürlükler düzeni için Anayasa'nın sağladığı güvenceleri zayıflatacaktır.

Öte yandan, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin gerekçeye itiraz konusu kural yönünden bakıldığında, yarattığı genel sakıncanın yanında, kadınların fiili eşitsizliğini göz ardı ettiği ve translara yönelik mesnetsiz bir korkuyu beslediği görülecektir. Bir kere, Mahkemenin verdiği örneklerin trans kadınlarla sınırlı kaldığına dikkat edilmelidir. Mahkemenin korkusu, doğumda kendisine atanan cinsiyeti erkek olan kişilerin sırf hukukun 'kadın'lara sağladığı imkânlardan yararlanmak için cinsiyetini değiştirmesine yöneliktir. Halbuki Mahkemenin "*pozitif ayrımcılık*" olarak adlandırdığı ancak uluslararası insan hakları hukuku terminolojisine göre "*özel*

⁶⁹⁰ Bakınız AYM, Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2) [GK], Başvuru No: 2023/53898, Karar Tarihi: 25.10.2023, § 69. Mahkeme bu kararda, "2001 değişikliği sonrasında Anayasa'nın 14. maddesi ile yalnızca temel hak ve özgürlükleri kötüye kullanan kişilere karşı bir koruma sağlanmasının amaçlanmadığı, Anayasa ile tanınan temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunan devlete ve bu bağlamda kamu gücünü kullanan organlara karşı da bir koruma sağladığı tekrar hatırlatılmalıdır." şeklindeki değerlendirmesiyle bu yasağın kapsamını bizzat açıklamıştır.

önlem”⁶⁹¹ niteliğinde olan düzenlemeler, herkesin gıpta edeceği basit avantajlar değil, cinsiyet kimlikleri arasında var olan fiili eşitsizlikleri gidermenin araçlarıdır. Bununla birlikte, Mahkemenin pozitif ayrımcılık olarak saydığı örneklerin bazılarının tam tersine ayrımcılık olduğuna da işaret etmek gerekir. Kadınların üreme sağlığının ve bedensel bütünlüklerinin 'korunması' için madenlerden yasaklanmaları, onları doğurganlık 'görevi' ile kodlayan ve güçsüz gören bir anlayışla istihdam alanından dışlamaktadır.⁶⁹² Evlilik sonrası istifanın kıdem tazminatıyla teşvik edilmesi de çalışmanın birinci bölümünde değinildiği üzere, kadını istihdamdan koparıp ev içi ücretsiz emeğe ve ekonomik olarak eşe bağımlılığa iten bir düzenlemedir.⁶⁹³ Dolayısıyla, Mahkemenin hareket noktasının gerçekten kadınların eşitliği olduğunu söylemek zordur.

Mahkeme, pozitif ayrımcılık nitelemesinin ismi kadar anlamına da odaklansaydı, kendisini kadın olarak tanımlayan, çevresi tarafından kadın olarak bilenen, buna göre hormon tedavisi dahil pek çok tıbbi tedavi ve desteği alan bir kişinin de toplumda ‘kadın’ dış genital organlarına sahip kadınlar kadar dezavantajlı konumda olduğunu ve eşitsiz konumunun özel önlem tedbirleriyle giderilmesi gerektiğini kabul edebilirdi. Üstelik, trans kimliği kadın kimliği ile birleştiğinde deneyimlenen eşitsizlik perçinlenmekte ve devletin daha fazla tedbir almasını gerektiren bir dezavantajlı durum yaratmaktadır.⁶⁹⁴ Dolayısıyla, bu bakış açısıyla bir kötüye kullanmadan

⁶⁹¹ Pozitif ayrımcılık ve özel önlem kavramları, ortak olarak, devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında fiili eşitliği gerçekleştirmek için ayrımcılığa sebep olan veya ayrımcılığı artıran koşulları ortadan kaldırmaya yönelik alması gereken tedbirleri ifade eder. Ancak, “pozitif ayrımcılık” terimi, ayrımcılığı kaldırmaya yönelik önlemleri bir nevi ayrımcılık olarak adlandırması ve ayrımcılığın bazı türlerinin kabul edilebilir olduğu gibi yanlış bir algı yarattığı için eleştirilmektedir. Bakınız Ulaş Karan, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, s. 324.

⁶⁹² Elçin Yemişken, **Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması**, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 137.

⁶⁹³ Bu düzenlemeyi eleştiren bir çalışma için bakınız Eda Sertkaya Zorlu, **Kadın-Erkek Eşitliği ve Ataerkil Zihniyet Açıklarından Evlenen Kadına Tanınan Kıdem Tazminatı Korumasının Değerlendirilmesi**, İstanbul: On İki Levha, 2022, ss. 99-129.

⁶⁹⁴ Trans kadınların dünyanın farklı yerlerinde benzer ayrımcılık pratiklerine maruz kaldığını ortaya koyan örnekler için bakınız Michele Lanham, Kathleen Ridgeway, Robyn Dayton et al., “‘We’re Going to Leave You for Last, Because of How You Are’: Transgender Women’s Experiences of Gender-Based Violence in Healthcare, Education, and Police Encounters in Latin America and the Caribbean” **Violence and Gender**, Vol. 6(1), 2019, ss.37-46, Red Lactrans, “Human Rights Violations of Trans Women in Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras and Panama”, 2015, <http://redlactrans.org.ar/site/wp-content/uploads/2013/05/ReportREDLACTRANS.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 31 Ekim 2023), Uluslararası Af Örgütü, “‘Ne Bir Hastalık Ne de Bir Suç’: Türkiye’de Lezbiyen, Gey, Biseksüel ve Trans Bireyler Eşitlik İstiyor”, 2011, <https://www.amnesty.org.tr/public/uploads/files/Rapor/TURKEY%20%27NOT%20AN%20ILLNESS%20NOR%20A%20CRIME%27%20LESBIAN%2C%20GAY%2C%20BISEXUAL%20AND%20T>

bahsetmek mümkün değildir. Mahkemenin trans kadınları kadın kabul etmemesi ve onların dezavantajlı statüsünü yok sayması, biyolojik cinsiyet tanımı ile uyumlu ve ‘kanuni’ gözükebilir. Ancak bu örneklerle Mahkeme sadece heteroseksüel matrisi hukuken meşrulaştırmakla kalmamış, kadınların eşitsizliğini küçümsemiş ve ayrımcılık yasağının kadınlar için öngördüğü tedbirleri adeta birer hediye özelliğine indirgemıştır. Zira kadınların uğradığı yaygın ve sistematik ayrımcılık ciddiye alındığında, kimsenin bu basit tedbirler ve kurallar için kadın ve bu ayrımcılığın mağduru olmayı istemeyeceği aşıkardır. Mahkemenin transfobisini haklılaştırmak için kadınların eşitliğine yönelik tedbirleri araçsallaştırması, bizatihi bir eşitsizlik sorunu olarak tespit edilmelidir.

Diğer yandan, Mahkemenin trans erkeklerle ilgili hiçbir örnek vermemesi, onları hesaba katmaması da ilginçtir. Zira Mahkeme sadece cinsiyete bağlı ‘haklar’dan bahsetmiş, ‘yükümlülük’ dendiğinde akla ilk gelen örneklerden biri olan askerliği zikretmemiştir. Halbuki itiraz konusu kuralın uygulandığı yargılamada davacı P.B. de trans erkektir. Mahkemenin, kendi perspektifinden, erkeklere kadınlar gibi ‘pozitif ayrımcılık’ tanınmadığından erkek cinsiyetine geçmek isteyenlerin haktan çok yükümlülüğe maruz kalacağına; bunda da kötüye kullanılacak bir durum olmadığına kanaat getirmiş olması muhtemeldir. Özellikle askerlik örneğinde Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin EK-C’de “Ruh Sağlığı ve Hastalıkları” başlıklı üçüncü kısmında cinsel kimlik ve davranış bozukluğu “askere elverişli değildir” raporu gerektirdiğinden translar için bu yükümlülük gündeme gelmeyecektir.⁶⁹⁵ Nitekim TMK 40. madde vasıtasıyla nüfus sicilinde erkek kimliğine kavuşan biri, bunun ön şartı gereği transseksüel yapıda olduğuna ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğuna dair sağlık raporu aldığı için bu rapor askere alım sürecinde de dikkate alınacaktır.

RANS GENDER%20PEOPLE%20IN%20TURKEY%20DEMAND%20EQUALITY.pdf, (Son Erişim Tarihi: 31 Ekim 2023).

⁶⁹⁵ 7179 sayılı Asker Alma Kanunu’nun 15. maddesi, yükümlülerin sağlık muayenelerinin Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinde belirtilen usul ve esaslara göre yapılacağını; Asker Alma Yönetmeliği’nin 9. maddesi ise anılan Yönetmeliğin EK-C listesinin (B) ve (D) dilimlerinden “Askere Elverişli Değildir” raporu verileceğini düzenler. Cinsel kimlik ve davranış bozukluğu, (D) diliminde sayılan durumlardandır.

Görünen o ki, hukuk heteroseksüel matrizen sapan erkeklik hallerine istisna sağlamayı atlamamış ve bu ‘sorun’u baştan çözmüştür. Ancak yine de Mahkemenin tutarlı bir gerekçelendirme için nüfus sicilinde cinsiyet bilgisi ‘erkek’ olarak düzeltilmeyen P.B. gibi trans erkeklerin kadınlığa ilişkin hiçbir organa sahip olmayıp ‘biyolojik’ olarak da kadın tanımlanmalarına sebep kalmamışken, neden sicilde kadın kalmaya mecbur bırakılarak ‘kadın’ haklarından yararlanmaya ve ‘erkek’ yükümlülüklerinden muaf olmaya devam edebildiğini de açıklaması beklenirdi. Zira heteroseksüel matrisin mantığıyla P.B’nin durumu da ‘kamu’ düzenini pekâlâ bozmaktadır. Ne var ki, sorunun bu yönüne temas etmek Mahkemeyi açmaza düşürür ve mantıken trans hakları lehine sonuç doğuracak bir yoruma iterdi. Bunun yerine Mahkeme, paternalist bir bakış açısıyla, kadın haklarını ‘korumak’ kisvesi altında transfobisini kanıtlamayı tercih etmiştir.

Gelgelelim, Mahkemenin gerekçelerinde tutarlılık aranacaksa bu ancak trans kimliğine yönelik ön yargı ve hoşnutsuzlukta bulunacaktır. Kısırlaştırma ameliyatının Anayasa’ya uygunluğunu incelediği norm denetimi kararında da Mahkemenin trans kimliğini yadsıyan gerekçelerine işaret edilmişti. İki karar birlikte düşünüldüğünde, Mahkemenin bu kararda ret kararı vermesi şaşırtıcı değildir. Ancak, burada Mahkemenin bir adım daha ileri giderek temel hak ve özgürlükler düzenini koruyan güvenceleri ters yüz ederek değerlendirmesi, sadece transların haklarının korunması değil, genel olarak insan haklarının garanti altına alınması bakımından sorunludur. Zira kararda “çoğulcu, hoş görülü ve açık fikirli bir toplumu”⁶⁹⁶ ifade eden demokratik toplum kavramı, belirli bir grubun kimliğinin reddedilip bu gruba ait kişilerin toplumun çoğunluğunun cinsiyet algısına uymaları için ameliyata zorlanmalarına yönelik “zorlayıcı bir ihtiyaç” yaratacak şekilde yorumlanmıştır. Halbuki Mahkeme, gerekçeleriyle demokratik toplumun değil, heteroseksüel matrisin zorlayıcı ihtiyaçlarına dayanmıştır. Demokratik toplumun, transların kimliğinin engellendiği, toplumun geri kalanının hukuk sisteminin de desteğiyle cinsiyet kimliği beyanlarına şüpheyile yaklaştığı ve cinsiyet kimliği hakkının mümkün olduğunca engellenerek iki cinsiyetten başka cinsiyete alan açılmadığı bir toplum olarak tanımlanması kabul edilemez.

⁶⁹⁶ AİHM, Dudgeon/Birleşik Krallık, Başvuru No: 7525/76, Karar Tarihi: 22.10.1981, § 53., AİHM, Karácsony ve Diğerleri/Macaristan [BD], Başvuru No: 42461/13, 44357/13, Karar Tarihi: 17.05.2016, § 132, AİHM, Animal Defenders International/Birleşik Krallık [BD], Başvuru No: 48876/08, Karar Tarihi: 22.4.2013, § 100.

Diğer yandan, Mahkeme, Anayasa'nın 13. maddesinde açıkça yazan, AİHM kararlarında da demokratik toplumda gereklilik kriterine içkin olduğu kabul edilen “ölçülülük” kriterini sadece anmış, ancak bu kuralın neden ölçülü olduğunu açıklamamıştır. Mahkemeye göre, *“hukuk düzeni bakımından yaratacağı sorunlar ve bu durumun toplum düzenine olumsuz yansımaları da göz önünde bulundurularak getirilen kural kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımaz”*.⁶⁹⁷ Bu cümle, ölçülülük açısından hiçbir gerekçe içermemekle birlikte Mahkemenin tıpkı demokratik toplumda gereklilik kriterini incelerken yaptığı gibi yine ve sadece meşru amaç üzerinden kuralı ölçülü bulduğunu göstermektedir. Halbuki, bir kuralın meşru amaca dayalı ve gerekli olması, ölçülülüğü için yeterli değildir. Kuralın aynı zamanda elverişli ve orantılı olduğu da ortaya konmalıdır.

Mahkemenin ölçülülük ilkesinin alt kriterlerini tercihen incelemediğini söylemek, spekülatif olmayacaktır. Zira demokratik toplumda gereklilikle birlikte ölçülülük ilkesi eksiksiz incelense, Mahkemenin “Cinsiyet değiştirme ameliyatı kamu düzenini korumak için en son çare mi?”, “Kamu düzenini korumak için elverişli mi?” ve “Daha az bir müdahale ile kamu düzenini aynı şekilde korumak mümkün olur muydu?” sorularına cevap vermesi gerekirdi. Bu sorulara sırf meşru amaç üzerinden cevap vermek ise mümkün değildir.

Örneğin, Mahkemenin kabulüne göre, heteroseksüel matrisi korumak meşru amaç kabul edilse ve kişilerin gerçekten de sırf yükümlülüklerinden kurtulmak ve yeni haklar edinmek için beyana bağlı olarak sıklıkla cinsiyet değiştireceği korkusu makul görülse bile, cinsiyet değiştirme ameliyatının tek başına bunları engellemeye elverişli olup olmayacağı da tartışmaya açıktır. Diğer bir deyişle, tamamen Mahkemenin bakış açısıyla ele alındığında dahi bu kural ancak görünüşte elverişlidir.⁶⁹⁸ Bir tıbbi müdahaleye maruz kalmak elbette caydırıcıdır, bu yüzden ilk bakışta amacı

⁶⁹⁷ AYM, E. 2015/79, § 36.

⁶⁹⁸ Ölçülülük ilkesi bakımından görünüşte elverişlilik, diğer bir deyişle elverişliliğe katkı sağlayabilecek bir durumun varlığı yeterlidir, müdahalenin gerçekten elverişli olup olmadığının araştırılmasına/kanıtlanmasına gerek yoktur. Bakınız Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 114. Ancak, burada Mahkemenin gerekçelerinin ikna edici olmadığına ortaya konulabilmesi için gerçekte elverişlilik bakımından da inceleme yapılmıştır.

gerçekleştirmek bakımından elverişli gözükebilir. Ancak Mahkemenin atladığı husus, kişilerin zaten TMK'nin 40. maddesinin ilk fıkrasındaki ağır şartlar boyunca caydırılmaya çalışılarak cinsiyet değiştirme ameliyatı aşamasına geldiğidir. Kuralın mevcut haline göre, eğer bir kişi mahkemeye başvurup izin isteyecek ve transseksüel olduğuna dair sağlık raporu alıp evli olmamak gibi şartları da koruyacak kadar hukuku 'kötüye kullanmak'ta ısrarcıysa, muhtemelen bu ısrarını cinsiyet değiştirme ameliyatı bakımından da sürdürecektir. Kaldı ki, söz konusu şart Mahkemenin indirgediği gibi bir belge sunma yükümlülüğünden ibaret ele alınırsa, bunun kötüye kullanmanın engellenmesi açısından caydırıcılığını ortaya koymak iyice zordur.

Öte yandan, Mahkemenin, yine heteroseksüel matris mantığı ve transfobisiyle, asıl cinsiyet değiştirme ameliyatı şartının bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olmadığı, bu şart sebebiyle diğer şartları gerçekleştirmesine rağmen cinsiyet kimliğini değiştirmede için ara bir cinsiyet yaratılarak 'kamu düzeni'nin bozulduğu ve yükümlülüklerden kaçıldığı sonucuna ulaşması gerekirdi. Dolayısıyla, Mahkemenin dayandığı sebepler de kendi içerisinde tutarlı değildir. Bununla birlikte, heteroseksüel matrisin perspektifinden çıkıp feminist bakış açısına dönüldüğünde, bu kuralın elverişli olduğu tek hususun esasında doğumda atanan cinsiyeti değiştirmeyi engellemek ve kişilere onları belirli kalıplara sokmak uğruna fiziksel ve ruhsal acı vermek yönünden söz konusu olduğunu; bu tür bir elverişliliğin de yukarıda vurgulandığı üzere demokratik toplumda kabul edilemeyeceğini hatırlamak gerekir.

“En son çare” ve “daha az müdahale” bakımından ise, Mahkemenin ameliyat olma şartını yine uluslararası hukuka rağmen orantılı bulması gerekirdi. AİHM, *A.P. Garçon ve Nicot* kararında kişilerin görünümünde geri dönülmez nitelikte değişiklik yaratan işlemler geçirdiğini belgeleme şartını Sözleşme'ye aykırı bulurken cinsiyet değiştirme ameliyatını bu tür işlemlerin dışında tutmamıştır. Nitekim karar metninde Avrupa Konseyi⁶⁹⁹ ve Birleşmiş Milletler⁷⁰⁰ bünyesinde hazırlanan belgelere yer

⁶⁹⁹ Bunlar, çalışmanın bu bölümünde sıkça atfı yapılan Bakanlar Komitesi ve Parlamenter Meclisi belgeleridir. Bakınız Council of Europe Parliamentary Assembly, “Resolution 1728 (2010): Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity”, Council of Europe The Committee of Ministers, “Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity”.

⁷⁰⁰ United Nations High Commissioner for Human Rights, “Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity (A/HRC/19/41)”, 17 Kasım 2011, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_English.pdf, (Son Erişim Tarihi: 7 Şubat 2024), United Nations General Assembly Human Rights Council, “Report

verilmiş ve belgelerdeki sadece kısırlaştırma şartının değil hormon terapisi dahil her türlü tıbbi işlem ve ameliyatın kişilerin kendi kaderini tayin hakkının ve cinsiyet kimliği hakkının önkoşulu olarak dayatılmamasına yönelik öneriler alıntılanmıştır. Engin Yıldırım da karşı oyunda benzer şekilde kararda dikkate alınması gereken Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletlerin yaklaşımını belgelerle açıklamıştır.⁷⁰¹

Dolayısıyla, kişilerin nüfus sicilinde cinsiyet bilgisini değiştirme süreci, kayıtların istikrarlı tutulması ve kamu düzeninin korunması amacıyla denetlenecekse bile bu amaçların gerçekleştirilmesinin son çaresinin kişilerin vücut bütünlüğüne rızaları olmaksızın müdahale edilmesi olduğunu söylemek, destek bulacak bir argüman değildir. Genital rekonstrüksiyon ameliyatına yönelik zorlama, transların bedeni üzerinde kurulan tahakkümün aşağılayıcı bir suretidir.⁷⁰² Hiçbir meşru amaç, devletin transların genital organlarını denetlemesinin yol açtığı onur kırıcı durumu ve acıyı ‘orantılı’ kılamaz.

AİHM de Anayasa Mahkemesinin bu kararından yaklaşık dört yıl sonra verdiği *X ve Y/Romanya*⁷⁰³ kararında cinsel kimliğin tanınmasının ameliyat şartı ile engellenmesinin transları onlara aşağılanma duygusu veren bir duruma soktuğunu ve bunun makul olmadığını açıklamıştır. AİHM’e göre, ameliyat olma şartı ile ameliyat olmak istemeyen translar açısından fiziksel bütünlükleri ile cinsiyet kimliklerini

of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Mendez”.

⁷⁰¹ Bakınız United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “Concluding observations on the second periodic report of Lithuania”, 24 Haziran 2014, <https://www.refworld.org/policy/polrec/cescr/2014/en/100506>, (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2024), United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “General Comment No. 22 (2016) on the Right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)”, 4 Mart 2016, <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiae1vlbbOAekmaOwDOWsUe7N8TLM%2BP3HJPzxjHySkUoHMavD%2Fpyfcp3YlZg>, (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2024), United Nations High Commissioner for Human Rights, “Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity (A/HRC/19/41)”, United Nations High Commissioner for Human Rights, “Born Free and Equal: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law”, 2012, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2024), United Nations General Assembly Human Rights Council, “Resolution adopted by the Human Rights Council on 30 June 2016: Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity”, 30 Haziran 2016, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g16/154/15/pdf/g1615415.pdf?token=pYlknwHIxcAbac4bfd&fe=true>, (Son Erişim Tarihi: 7 Şubat 2024).

⁷⁰² Özge Yücel, “Cinsiyet Kimliğinin ve Cinsel Yönelimin Medeni Hukukta Statüsü”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 22(2), ss. 1817-1840, s. 1829.

⁷⁰³ AİHM, *X ve Y/Romanya*, Başvuru No: 2145/16, 20607/16, Karar Tarihi: 19.01.2021.

yarıştıran, içinden çıkılmaz bir ikilem yaratılmaktadır. Mahkeme, bizatihi bu ikilemin kamusal menfaatler ile kişilerin özel menfaatleri arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi translar aleyhine bozduğuna ve Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.⁷⁰⁴ Ancak daha önemlisi, AİHM bu kararında haklar arasındaki gerilimi tespit etmekle kalmamış, önemli bir içtihat geliştirerek transların fiziksel bütünlüklerine yönelik müdahalenin Sözleşme'nin sadece 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkını değil, 3. maddesi ile güvence altına alınan işkence yasağını da ilgilendirdiğini belirtmiştir.⁷⁰⁵ Dolayısıyla, bu maddeden ihlal kararı verilmemişse de bu tür bir müdahalenin Sözleşme'nin 3. maddesine dokunacak derecede ağır olduğu açıkça kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin de benzer bir içtihadı AİHM'den dört sene evvel geliştirmesinin, böylelikle bir örnek oluşturmasının mümkün olduğunu kaydetmek gerekir. Nitekim Anayasa'nın 13. maddesindeki kriterlerin eksiksiz uygulandığında Mahkemeyi ulaştıracağı sonuç aynıdır.

Bununla birlikte, anılan AİHM kararı norm denetimi kararından önce yayımlanmış olsaydı dahi Anayasa Mahkemesinin vereceği karara büyük olasılıkla etki etmeyeceğinin de altı çizilmelidir. Zira Anayasa Mahkemesini kuralın iptali kararına ulaştırmayan, yine heteroseksüel matris olmuştur. Anayasa'nın 13. maddesindeki kriterleri gereğince incelemekten kaçınarak ret hükmüne hızlıca ulaşan Mahkemenin AİHM kararı karşısında da aynısını yapmaması için- elbette heteroseksüel matris açısından- bir sebep yoktur. Ancak, bunun ötesinde, söz konusu olasılığı yükselten Mahkemenin norm denetimi kararının hiçbir kısmında uluslararası hukuka yer vermemesi, aynı şekilde AİHM içtihadını da yok saymasıdır. Bu nedenle, Mahkeme, kararını *X ve Y/Romanya* içtihadından sonra vermiş olsaydı bile durumun değişmeyeceğini varsaymak makul gözükmemektedir. Başka bir anlatımla, kararın verildiği tarihte örneğin *A.P., Garçon ve Nicot/Fransa* kararını dikkate almayan Mahkemenin aynısını bu karar için de yapması güçlü bir ihtimaldir.

Burada, her ne kadar sadece iki karar üzerinden bir örüntü çıkarımı yapmak mümkün değilse de kısırlaştırma şartına ilişkin norm denetimi kararıyla birlikte düşünüldüğünde, uluslararası hukuka kapı kapatılmasına yönelik ortak bir tavır olduğu da not edilmelidir. Mahkeme bu çalışmanın yazıldığı tarihte, henüz, bireysel başvuru

⁷⁰⁴ AİHM, *X ve Y/Romanya*, § 165.

⁷⁰⁵ AİHM, *X ve Y/Romanya*, § 165.

kapsamında dış genital organ ameliyatı şartından kaynaklanan ihlal iddiası incelememiştir. Ancak, kısırlaştırma şartına ilişkin kural bakımından heteroseksüel matrise bağlılığın ve uluslararası hukuka karşı tavrın bireysel başvuru kararlarında üstü kapalı da olsa devam ettiği hatırlandığında, dış genital organ ameliyatına ilişkin olası bir bireysel başvuruda Mahkemenin ihlal kararı verip vermeyeceği; ihlal kararı verse bile müdahalenin işkence yasağına varan ağır sonuçlarını kabul edip etmeyeceği merak konusudur.



II. İsim

“‘Sizin soyadlarınız yok mu?’ (...)

‘Son adımız mı? Öldüğümüz zamanki mi? O anda kullandığımız adımız anılır.’

‘Soyadı. Bakın benim adım Consuelo Ramos. Kısaca Connie. Consuelo benim ilk adım, vaftiz adım. Ramos benim soyadım. Doğduğumda adım Consuelo Camacho’ydu. Ramos ikinci kocamın soyadı; böylece benim adım Consuelo Camacho Ramos oluyor.’ (...)

‘Bizde karşılığı yok’

(...)

‘Ama hükümet. Kimliğiniz nasıl belirleniyor?’

‘Doğduğumda bana anneler tarafından Peony adı verilmişti...’

‘Peony kulağa kız ismi gibi geliyor.’

‘Anlamıyorum. Bu benim için seçilmiş isimdi. İsim alma günüm geldiğinde ben kendimi isimlendirdim. Onun ne olduğu önemli değil.’”⁷⁰⁶

(Marge Piercy)

İsim, kişileri tanımlayan ayırt edici bir “işaret”tir.⁷⁰⁷ Aileleri birbirinden ayırmak için *soyadı*; aynı soyadına sahip kişileri birbirinden ayırmak için ise *özü* ya da *ad* kullanılır.⁷⁰⁸ Cinsiyet kimliği kavramına kıyasla, isim, hukukta yerleşmiş bir karşılığı olan ve “vazgeçilmez, devredilmez, feragat edilmez, kişiye sıkı surette bağlı kişilik hakları kapsamında”⁷⁰⁹ olduğu kabul edilen bir kavramdır. İsim hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı çerçevesinde koruma görür.⁷¹⁰ Türkiye’nin de taraf olduğu Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin sırasıyla 24/2. ve 7. maddeleri, her çocuğun doğumundan sonra nüfus kütüğüne kaydedilmesini ve bir isme sahip olmasını hak olarak düzenlemiştir.⁷¹¹ Buna

⁷⁰⁶ Marge Piercy, *Zamanın Kıyısındaki Kadın*, Çev. Füsun Tülek, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2019, s. 86.

⁷⁰⁷ Dural, Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku*, s. 169.

⁷⁰⁸ Çalışmada “isim” kelimesi ad ve soyadı kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

⁷⁰⁹ AYM, E. 2011/34, K. 2012/48, Karar Tarihi: 30.03.2012.

⁷¹⁰ Çalışmanın devamında bu hakların hangi bağlamda isim hakkına yönelik koruma sağladığı detaylıca incelenecektir.

⁷¹¹ Resmî Gazete, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair 2003/5851 sayılı Karar., Resmî Gazete, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin İhtirazi Kayıtlı Onaylanmasına Dair 94/6423 sayılı Karar, Sayı: 22184, 27 Ocak 1995, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>, (Son Erişim Tarihi 8 Şubat 2024). Bunlar dışında, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 18. maddesi de ad ve soyadına sahip olma hakkını güvence altına alır. Bakınız, American Convention on Human Rights: "Pact of San José, Costa Rica", 22 Kasım

paralel olarak, mevzuatımız adın ve soyadının kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. 1934 yılında kabul edilen 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun 1. maddesine göre, “*Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur.*” ve Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 7. maddesi gereğince kişinin aile kütüğünde ad ve soyadı bilgisi mutlaka bulunmalıdır.

Bununla birlikte, ismin özellikle soyadıyla birlikte belirlenmesi görece yeni bir olgudur. Bu zorunluluğun Türkiye’deki geçmişi sadece doksan yıl iken dünyada da çok eskiye gitmemektedir. Nitekim soyadı kullanımı, modern devletin mülkiyet ve miras takibi yapma, vergi toplama, mahkeme kayıtlarını tutma, polis faaliyetlerini yürütme, asker toplama ve salgın hastalıkları kontrol etme gibi farklı amaçlarına hizmet etmiştir.⁷¹² Bunun yanında vatandaşlık anlayışının ve vatandaşlığa bağlı seçme ve seçilme hakkı gibi hakların kullanılmasının yaygınlaşması da öz ad-soyadı şeklindeki isim kullanımının standartlaşmasına katkıda bulunmuştur.⁷¹³ Dolayısıyla, ismin hukuki işlevi, devletin faaliyetlerini yürütmesi ve kamu hizmetlerini yerine getirebilmesi için düzenli ve tutarlı veri toplaması, diğer yandan da devlet hâkimiyetindeki kişilerin hak ve borçları bakımından belirliliğinin sağlanması olmuştur.

Devletin ismin tarihsel işlevine yönelik ihtiyacı elbette bugün de devam etmektedir. Ancak, bu işlevi Türkiye’de artık Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası üstlenmiş gözükmektedir. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 46. maddesine göre, bu numaralandırma sistemi tam da yukarıdaki amaçlarla örtüşecek bir şekilde “*Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının nüfus kayıtları arasında bağ kurmak, kişilerin kaydına ulaşmak ve kamu kuruluşlarında tutulan kayıtlar arasında ilişki sağlamak amacını*” taşır. Kanun’a göre bu numara kişiye bir defa verilir ve hiçbir koşulda değiştirilemez. Kanun’un 47. maddesinde ise kişi adına düzenlenecek ve onu tanıtacak her türlü belgede bu numaraya yer verileceği düzenlenmiştir. Bu yüzden, isim, hak bağlamında hala kişilerin üzerinde menfaatleri olduğu önemli bir alanı ifade etse de devlet için artık etkinliğini yitirmiş bir araçtır. Bunun yerine, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, isim benzerliği gibi benzerliklerin hiçbir koşulda yaşanmayacağı, adeta bir

1969, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201144/volume-1144-i-17955-english.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2024).

⁷¹² James C. Scott, **Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Conditions Have Failed**, New Haven, Londra: Yale University Press, 1998, s. 71.

⁷¹³ Ibid.

parmak izi gibi kişiye özel ve eşsiz bir numara ile kişilerin bilgilerinin devlet tarafından kayda alınmasını sağlamaktadır.

Yine de isim, hukuk sisteminde hem bir zorunluluk hem de bir hak olarak varlığını sürdürmekte ve ismin kullanılması da çeşitli kurallarla sınırlandırılmaktadır. Örneğin, bu hakkı -en azından en başta- kullanacak olan çocuk değildir. Türk Medeni Kanunu’nun 339. maddesine göre, “*çocuğun adını ana ve babası koyar*”; 321. maddesine göre ana ve babası evli olan çocuk “*aile*”nin, başka bir deyişle “baba”nın soyadını alır.⁷¹⁴ Nitekim Soyadı Kanunu’nun 5. maddesi, ayırt etme gücüne sahip ergin kişilerin soyadlarını seçmekte serbest olduğunu belirtmekle birlikte Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrası, evlilik birliği içerisinde “*soy adı seçme vazifesi ve hakkı*”nın⁷¹⁵ kocaya ait olduğunu belirlemiştir.⁷¹⁶ Yaşının küçüklüğü nedeniyle kendisini ifade edemeyen bulunmuş bir çocuğa ilişkin kişisel bilgiler bilinmiyorsa, çocuğun adını ve soyadını Nüfus Müdürlüğü koyar.⁷¹⁷

Diğer yanda, hukuk, kişinin isme sahip olması kadar bunun *değişmezliğini* de garanti altına alır.⁷¹⁸ Türk Medeni Kanunu, “Adın değiştirilmesi” başlıklı 27. maddesiyle, kişilerin isimlerini gerekçesiz bir şekilde ya da Nüfus Müdürlüğüne yapacakları basit bir başvuruyla değiştirmelerinin önüne geçmiştir. Bu maddeye göre;

“Madde 27- Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir.

Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur.

Ad değişmekle kişisel durum değişmez.

⁷¹⁴ AYM, E. 2005/114, K. 2009/105, Karar Tarihi: 2.7.2009.

⁷¹⁵ 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun 4/1.maddesi, “*Soy adı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir.*” (Vurgu yazara aittir.) hükmü ile aile soyadının erkek eş tarafından belirlenmesinin onun evlilik birliğinin ‘reisi’ görülmesine dayandırıldığını da açıkça ortaya koymaktadır.

⁷¹⁶ Türk Medeni Kanunu’nun 321. maddesinin ilk hali, çocuğun ana ve babasının evli olmaması halini de düzenlenmiş ve bu halde çocuğun ananın soyadını alacağını; hatta ananın evlilik sebebiyle çift soyadı taşıması ihtimalinde onun bekarlık soyadını taşıyacağını belirlemiştir. Ancak bu hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bakınız AYM, E. 2005/114. Burada, adın ve soyadının kullanılmasının hukuk sistemi tarafından kamu düzenin sağlanmasının önemli bir parçası olarak belirlenmesi üzerinde durulduğu için konunun diğer yönlerine yer verilmemiştir.

⁷¹⁷ 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 19. maddesinin birinci fıkrasının düzenlemesi şu şekildedir: “*Yaşının küçüklüğü nedeniyle kendisini ifade edemeyen bulunmuş çocukların nüfus kütüklerine kaydedilmesi, kolluk görevlileri veya ilgili kurumların bu durumu belirten tutanaklarına veya ilgililerin beyanlarına dayanılarak bulundukları yerin nüfus müdürlüğüne yapılır.*”

⁷¹⁸ Dural, Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku**, s. 182.

Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir.”⁷¹⁹

Madde lafzından görüleceği üzere, kişilerin ismini değiştirebilmesi için mutlaka haklı bir sebebe dayanması ve bunun için dava açması gerekir. İsim değiştirme talebi bakımından haklı sebebin ne olduğunu baştan belirlemek mümkün değildir. Her bir başvuruda davacının öne sürdüğü somut sebepler delilleriyle birlikte hâkim tarafından değerlendirilecektir. Yargıtayın yerleşmiş kabul edilebilecek içtihadına göre hâkimin bu değerlendirmeyi yaparken göz önünde bulundurması gereken iki kriter vardır. İlki, kişinin terk etmek istediği isim bakımından genel ve soyut bir değerlendirme yapılmaması; kişinin özel şartlarının ve özellikle “*kişiliği, sosyal statüsü, aile ilişkileri*” bakımından durumunun incelenmesidir.⁷²⁰ İkincisi ise, kişinin geçmek istediği ismin kabul edilebilmesi için “*toplum değerlerine ve kanunun buyurucu hükümlerine ters düşmeyen, özellikle başkalarına veya çevreye zarar vermeyen, incitmeyen nitelikte*” bulunduğunun tespit edilmesidir.⁷²¹ Dolayısıyla, isim değişikliği mümkün olmakla birlikte kriterlere bağlanarak nispeten zorlaştırılmıştır.

Ancak hukukun bir de ismin değişmezliğine karşı çıkan ve değişimi dayatan farklı bir yüzü vardır. Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesi, “Kadının soyadı” başlığıyla,

“Madde 187- Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla

⁷¹⁹ Anayasa Mahkemesi, bu maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*ve ilan*” ibaresini, ilanın şekli ve usulü konusunda herhangi bir düzenleme yapmadan kişisel verilere müdahale etmesi sebebiyle Anayasa’nın 13. ve 20. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Ancak, bu çalışmanın tamamlandığı tarihte ilgili hüküm hala yürürlüktedir, zira aynı kararda iptal kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş ve karar 16 Mayıs 2024 tarihli Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Bakınız AYM, E. 2023/34, K. 2024/60, Karar Tarihi: 22.2.2024.

⁷²⁰ Bakınız Yargıtay 8. H.D., E. 2017/6122, K. 2017/14423, Karar Tarihi: 2.11.2017, www.lexpera.com.tr., (Son Erişim Tarihi: 2 Şubat 2024). Anayasa Mahkemesinin de atıf yaptığı Yargıtayın benzer yönde kararları için bakınız Yargıtay 18. H.D., E. 2007/7881, K. 2007/8649, Karar Tarihi: 22.10.2007, www.lexpera.com.tr., (Son Erişim Tarihi: 2 Şubat 2024), Yargıtay 18. H.D., E. 2011/3049, K. 2011/5810, Karar Tarihi: 28.4.2011, www.lexpera.com.tr., (Son Erişim Tarihi: 2 Şubat 2024), Yargıtay 8. H.D., E. 2017/1156, K. 2017/3268, Karar Tarihi: 9.3.2017, www.lexpera.com.tr., (Son Erişim Tarihi: 2 Şubat 2024), Yargıtay 8. H.D., E. 2017/7435, K. 2018/11219, Karar Tarihi: 12.4.2018, www.lexpera.com.tr., (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

⁷²¹ Ibid.

kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.”

şeklinde bir düzenleme benimsemiştir. Bu kural, mülga Medeni Kanun’un 1997 yılında değişen 153. maddesinin son halinin bir tekrarı niteliğinde⁷²² olup Anayasa Mahkemesi tarafından 2023 yılında iptal eline kadar, 26 yıl boyunca, kadınların soyadlarının mutlaka değiştirmelerine ve evlendikleri erkeğin soyadını içerecek şekilde kullanmalarına sebep olmuştur. Diğer bir deyişle, kadının evlenmesi, kanun koyucu tarafından soyadının değişmesini gerektiren “haklı neden” olarak kabul edilmiş ve bu haklı nedene verilen ağırlık ismin değişmesini talepten bağımsız ve otomatik hale getirmiştir.

İsim hakkına yönelik hukukun getirdiği sınırlamalar ve zorlamalar, bir yandan *görünürde* objektif olan kuralların (TMK madde 27) eril tahakkümün uygulanma araçlarına nasıl dönüştüğüne çarpıcı bir örnek teşkil ederken, diğer yandan eril tahakkümü *apaçık* benimseyen kuralların (TMK madde 187) eril tahakkümün devamlılığını sağlamadaki payını ortaya çıkarmaktadır. Şu kadar ki, ad söz konusu olduğunda, eril tahakkümün yardımına heteroseksüel matris yetişir. Zira ismin sosyal yaşamda *ayırt* ve *işaret* ettiği hususlardan biri de kişinin heteroseksüel matristeki statüsüdür. Bugün adların ‘üniseks’⁷²³ kullanımı yaygınlaşsa dahi bir ad duyulduğunda üzerine özellikle düşünmeksizin, kategorik düşünme alışkanlığının olağan süreci içerisinde, zihinlerde belirli bir cinsiyet canlanır. Adın kulağa çok yabancı gelmesi ya da üniseksliğinin yaygın olması halinde ise zihinde gecikmeksizin canlanan şey, cinsiyete yönelik soru işaretidir. Dolayısıyla kişinin adı, heteroseksüel matriste bir

⁷²² TMK madde 187’nin gerekçesinde bu durum açıkça dile getirilmiştir: “Yürürlükteki Kanunun 153 üncü maddesini karşılamaktadır. Yürürlükteki maddenin birinci fıkrasında 14.5.1997 tarihli ve 4248 sayılı Kanunla yapılan değişiklik aynen alınmış, böylece evlenen kadınların kocalarının soyadını almakla beraber, dilerlerse evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacakları yazılı başvuruyla kocalarının soyadının önünde evlenmeden önceki soyadlarını kullanmalarına olanak sağlanmıştır. Ancak daha önce iki soyadı kullanan kadınlar, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceklerdir. Yürürlükteki maddenin ikinci fıkrası maddeye alınmamış, madde tek fıkra hâline getirilmiştir.” Bakınız Türk Medeni Kanunu-Madde Gerekçeleri, Madde 187, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 7 Şubat 2024).

⁷²³ Üniseks kelimesi, Türk Dil Kurumu tarafından, etimolojik anlamıyla (Cambridge Dictionary tanımına göre “*intended for use by both males and females*”) bire bir uyumlu olarak, “*Herhangi bir cinsiyete özgü olmayan, kadın ve erkek için uygun*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu yüzden, bu ifadenin kaçınılmaz olarak iki cinsiyet sistemini benimseyen bir anlam taşıdığını not düşmek gerekir. Bakınız Türk Dil Kurumu, “Üniseks”, <https://sozluk.gov.tr>, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024)., Cambridge Dictionary, “Unisex”, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/unisex>, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

kadın olarak mı yoksa erkek olarak mı yer bulunduğu dair bir gösterge verir. Üniseks bir ad söz konusu olduğunda gösterge belki bulanıklaşır, ancak hala heteroseksüel matristeki erkek ve kadın seçenekleriyle sınırlı kalır. Objektif hukuk kurallarının yorumlanmasında, işte heteroseksüel matristen kaynaklanan bu ön yargılar etkili olur.

Soyadında ise, heteroseksüel matris, eril tahakkümün ürettiği hukukun sağlaması görevini üstlenir. Zira soyadı erkekler için özellikle bir şeye işaret etmezken, kadınların evli olup olmadığına dair bir bilgi verebilir. Bu bilgiyle birlikte kişinin “evli kadın” ya da “evli olmayan” kategorilerinden hangisine dahil olduğu ‘afişe edilir’ ve kadından heteroseksüel matrisle uyumlu kalarak ait olduğu kategorinin rollerini üstlenmesi beklenir. Diğer bir deyişle, bu halde, eril tahakkümün sürekliliği hukuk ve heteroseksüel matris iş birliği ile garanti altına alınır.

Adın *değişmezliği* ve soyadının *değişirliği* meselesinin heteroseksüel matris yüzü salt teorik bir sorun olarak kalmamış, Anayasa Mahkemesinin önüne bireysel başvuru ve norm denetimi ile taşınmıştır. Mahkeme, *H.K. ve Turgay Karaca* başvurularında adın değiştirilmesi ile cinsiyet arasındaki ilişkiye dair sorunu ele almış⁷²⁴; ilk kez karşılaştığı bu hukuki soruna yönelik içtihadını bireysel başvuru kararları vasıtasıyla oluşturmuştur. Evli kadının soyadı meselesi ise Mahkemeyi daha fazla meşgul etmiş; Mahkeme, çalışmanın yazıldığı zamana kadar bu konu hakkında dört bireysel başvuru kararı⁷²⁵ ve biri ilk incelemeden reddedilen⁷²⁶ üçü esas incelemesi içeren dört norm denetimi kararı⁷²⁷ vermiştir. Bu kararlar, şüphesiz Anayasa Mahkemesinin kişiliğın önemli bir parçası olan isim hakkını özel hayata saygı hakkı ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile bunlarla birlikte

⁷²⁴ Anayasa Mahkemesinin önüne isim değişikliği talebinin reddedilmesi sebebiyle gelen tek başvurular bunlar değildir. Ancak bunlardan sadece bu kısımda incelenecek olan ikisi, cinsiyet sorununa ilişkindir.

⁷²⁵ AYM, Sevim Akat Eşki Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187, Karar Tarihi: 19.12.2013., AYM, Gülsim Genç Başvurusu, Başvuru No: 2013/4439, Karar Tarihi: 6.3.2014., AYM, Ayşe Sena Sezgin Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/13367, Karar Tarihi: 15.4.2015., AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, Başvuru No: 2014/5836, Karar Tarihi: 16.4.2015.

⁷²⁶ Bakınız AYM, E. 2022/86, K. 2022/83, Karar Tarihi: 30.6.2022. Anayasa Mahkemesi bu kararda itiraz başvurusunun “bakılmakta olan davada ön inceleme duruşması için duruşma günü belirleyen mahkemenin henüz duruşma yapılmadan düzenlediği gerekçeli karar ile itiraz yoluna başvurduğu ve gönderdiği belgeler arasında başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğinin bulunmadığı” gerekçesiyle ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 40. maddesinin 4. fıkrası gereğince esas incelemeye geçilmeksizin reddine karar vermiştir. Bu kararın içeriğinde esasa ilişkin ya da normun uygulanmasına dair hiçbir veri olmadığı için karar incelenecek karar örneklemine dahil edilmemiştir.

⁷²⁷ Kuralın esastan incelendiği kararlar için bakınız AYM, E.1997/61, AYM, E. 2009/85, AYM, E. 2022/155, K. 2023/38, Karar Tarihi: 22.2.2023.

ele alınacak ayrımcılık yasağı kapsamında nasıl ele aldığını göstermektedir. Ancak, kararların asıl önemi, Mahkemenin cinsiyet kategorilerine ve normlarına yaklaşımını açığa vurmalarıdır.

A. Ad

Anayasa Mahkemesi, trans kimlikleri sebebiyle isim değişikliği talebinde bulunan ancak talepleri nüfus sicillerinde cinsiyet bilgilerinin değişmemesine istinaden reddedilen Turgay Karaca ve H.K.’nin başvurularını sırasıyla 27 Ocak 2021 ve 17 Haziran 2021 tarihlerinde karara bağlamıştır. Her iki başvuruda da başvurucular, isim değiştirme taleplerini sosyal çevrelerinde resmi kayıtlarda yer alandan farklı bir isimle bilindiklerine dayandırmışlardır. Başvuruculara göre, tanındıkları isimle resmi kayıtlar arasındaki farklılık, iş ve sosyal hayatlarında ciddi zorluklar yaratmaktadır. Başvurucular açısından isim değiştirme taleplerini Anayasa Mahkemesine taşıyan hukuki sorun ise, TMK madde 27 çerçevesinde ileri sürdükleri isim değiştirme taleplerinin TMK madde 40 gereğince cinsiyet geçiş sürecini tamamlamadıkları ve nüfus sicillerinde cinsiyet bilgilerini değiştirmedikleri gerekçesiyle reddedilmesidir. Başvurucular, isim değişikliği için cinsiyet değişikliği ameliyatının koşul tutulmasının hukuka aykırı olduğundan ve derece mahkemelerinin kararlarının keyfilik içerdiğinden şikâyet etmişlerdir. Her iki başvuru da ortak olarak, özel hayata saygı hakkı ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş; Turgay Karaca bunların yanında ayrımcılık yasağının da ihlal edildiğini iddia etmişse de H.K. -en azından karar metninden görüldüğü kadarıyla- buna yönelik bir iddiada bulunmamıştır.

Mahkeme, beş ay arayla incelediği başvuruları özel hayata saygı hakkı bakımından değerlendirilmiş, iki kararda da başvurucuların hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Şu kadar ki, *Turgay Karaca* başvurusu İkinci Bölüm tarafından incelenmiş, fakat *H.K.* başvurusu, Birinci Bölüm’ün konuyu “*niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli*” görerek dosyayı Genel Kurula sevk etmesi neticesinde Genel Kurul tarafından sonuçlandırılmıştır. *Turgay Karaca* başvurusunda karar oybirliğiyle alınmış, *H.K.* başvurusunda ise başvuru Recai Akyel ve Selahaddin Menteş’in karşı ve oyçokluğu ile karara bağlanmıştır. Engin Yıldırım iki kararda da ek gerekçe sunmuştur.

Henüz kararların içeriğine eğilmeden göze çarpan ilk husus, *H.K.* başvurusunun olayın içeriği ve başvuruçunun iddiaları bakımından *Turgay Karaca* başvurusuyla neredeyse aynı olmasına ve bu konuda Mahkemenin halihazırda ihlal kararı vermiş olmasına rağmen konunun Genel Kurula taşınmasıdır. İktüzüğün 28. maddesine göre, Bölüm, önceden Bölümler tarafından verilen bir kararla çelişecek bir kararın verilmesi ihtimali doğduğunda ya da konunun niteliği bunu gerektiriyorsa önündeki dosyadan el çekerek başvuruyu Genel Kurulun önüne götürebilir. *H.K.* kararında da konunun niteliğine dayanılarak Bölümün el çektiği görülmektedir, çünkü iki karar arasında bir çelişki yoktur. Öyleyse, daha önce niteliği itibariyle Bölüm tarafından karara bağlanabilen bir konuda önceki kararlar da çelişmeyen benzer gerekçelerle aynı sonuca ulaşılması için neden Genel Kurulun değerlendirilmesine ihtiyaç duyulduğu sorusu gündeme gelmektedir. İpucunu konuyu Genel Kurula taşıyan İkinci Bölüm üyelerinden ikisinin *H.K.* başvurusunda kullandığı karşı oyda bulmak mümkündür.

Öyle gözükmemektedir ki, daha önce Birinci Bölüm tarafından verilen ihlal kararının gerekçelerine yönelik bir tereddüt doğmuş ve bu konudaki içtihadın Genel Kurul tarafından belirlenmesi gerektiği düşüncesiyle dosya Genel Kurula sevk edilmiştir. Nitekim, üyeler Recai Akyel ve Selahaddin Menteş karşı oylarında “*başvuruçunun talebinin altında yatan asıl neden farklı bir cinsiyete sahip olduğuna ilişkin iddiası*” olduğu için konunun “*sıradan bir isim değiştirme talebi*” olmadığını açıklamıştır. Dolayısıyla, konuyu Genel Kurula taşıyan, kuralın ve uygulamasının cinsiyete dair yansımalarına gösterilen dirençtir. Diğer bir deyişle, İkinci Bölüm, Genel Kurulu konuyu heteroseksüel matris açısından ele almaya çağırmıştır. Ancak, detaylıca incelendiğinde, esasında Birinci Bölümün verdiği kararın da heteroseksüel matrisin sert bir uygulaması niteliğinde olmasa da onunla çelişmemeye azami özen gösteren bir gerekçeye dayandığını tespit etmek mümkündür. Bu yüzden, bu kararı takip eden Genel Kurul kararı da yine ihlal kararına rağmen, heteroseksüel matrise sadık kalmıştır.

1. İncelenen Hak ve Kapsamına İlişkin Sorunlar

Anayasa Mahkemesi, *Turgay Karaca* ve *H.K.* başvurularını Anayasa’nın 20. maddesinin birinci fıkrası bakımından inceleyerek yine bir tercihte bulunmuştur.

Kararların “Değerlendirme” ve “Genel İlkeler” başlığı altındaki paragraflar bire bir aynı olduğu için kararları bu açıdan birlikte incelemek mümkündür.⁷²⁸ Mahkeme, iki kararda da sırasıyla Anayasa’nın 20. maddesinin ilgili fıkrasına ve Anayasa’nın 5. maddesine yer vermiş, ardından başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirme ile bağlı olmadığını belirterek “*isim üzerinde değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkı*”nın özel hayata saygı hakkı bakımından incelenmesi gerektiğine karar vermiştir.⁷²⁹

Mahkemenin Anayasa’nın 5. maddesine yaptığı atıf, konuya pozitif yükümlülük açısından yaklaştığının ilk işaretidir. Bununla birlikte, ilkeleri açıkladığı kısımda Mahkeme, kişilerin isminin korunması kadar onlara isimlerini değiştirme imkânının tanınmasının da devletin görevlerinden olduğunu açıkça belirtmiş; böylece devletin isim değişikliğini mümkün kılan yasal düzenleme yapmak yönünde pozitif yükümlülüğü olduğunu tespit etmiştir.⁷³⁰ Diğer yandan Mahkeme, konunun “*bireyin varlığına ve kimliğine ilişkin*”⁷³¹ olduğunu vurgulayarak devletin hakkın kullanılması üzerindeki takdir yetkisi ile kişilerin haklarını kullanmadaki tasarrufları arasındaki dengeye de dikkat çekmiştir. Buna göre, isim hakkı kişinin kimliğinin bir parçası olduğu için devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında isim değişikliğinin hangi şartlar ya da usul ve esaslar dairesinde gerçekleştirebileceğini belirlemedeki takdir yetkisi daralırken kişinin ismi üzerindeki tasarruf hakkı ise genişlemektedir. Devletin takdir yetkisi hiçbir koşulda “*isim değişikliği taleplerinin değerlendirilmesi yolunu tamamen kapatacak ve sonuç alınmasını imkânsız kılacak şekilde kullanılması*”⁷³² anlamına gelemeyecekse de idari ve yargısal makamlar “*kişisel yarar ile kamu menfaatleri arasında adil bir denge*”⁷³³ kurulduğuna ilişkin “*ilgili ve yeterli gerekçeler*”⁷³⁴ sunduğu takdirde, isim değiştirme talebi reddedebilecektir.

⁷²⁸ Tek fark, H.K. başvurusunun “Genel İlkeler” başlığı altında 41. paragrafında Turgay Karaca kararında “İlkelerin Olaya Uygulanması” başlığı altındaki 46. paragrafı kopyalayarak isim değişikliği hakkının tanınmış olmasının başvuruca birtakım yükümlülükler yüklenemeyeceği anlamına gelmeyeceği; başvuruca haklı nedenlerini ortaya koyma ve buna ilişkin delillerini mahkemeye sunma yükümlülüğünün bulunduğu açıklamasına bu başlık altında yer vermesidir.

⁷²⁹ AYM, Turgay Karaca Başvurusu, Başvuru No: 2018/34343, Karar Tarihi: 27.1.2021, § 26-29., AYM, H.K. Başvurusu, Başvuru No: 2019/42944, Karar Tarihi: 17.6.2021, § 30-33.

⁷³⁰ AYM, Turgay Karaca Başvurusu, § 32 ve § 35., AYM, H.K. Başvurusu, § 36 ve § 39.

⁷³¹ AYM, Turgay Karaca Başvurusu, § 33., AYM, H.K. Başvurusu § 37.

⁷³² AYM, Turgay Karaca Başvurusu, § 35.

⁷³³ AYM, Turgay Karaca Başvurusu, § 36.

⁷³⁴ AYM, Turgay Karaca Başvurusu, § 32.

Mahkemenin konuyu Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirme biçimi, kararların belkemiğini oluşturmaktadır. Nitekim Mahkeme pozitif yükümlülükle sınırlı inceleme yaptığı için Anayasa'nın 20. maddesi bakımından sınırlama kriterlerini ayrıca değerlendirmemiş, her iki kararda da hukuki sorunun odağına yargı makamlarının “ilgili ve yeterli” gerekçe sunup sunmadığı meselesini yerleştirmiştir. Zira Mahkemeye göre, sorun yasal altyapısızlıktan ya da mevcut yasal düzenlemenin yetersizliğinden kaynaklanmamakta, ilk derece mahkemeleri ile İstinaf Mahkemesinin her iki olayda da trans kadın olan davacıların kadın ismini almak istemelerini cinsiyet değişikliği sürecinin bir parçası olarak yorumlamasından doğmaktadır. Gerçekten de TMK madde 27, diğer her *haklı* neden gibi cinsiyet kimliği sebebinin de haklılaştırılması halinde isim değişikliğine müsaade eder. Keza bu madde isim değişikliğinin cinsiyet kimliği nedeniyle talep edilmesi halinde cinsiyet değişikliğini şart koşturmakta, diğer yandan, nüfus sicilinde cinsiyet değişikliğini düzenleyen TMK madde 40 da isim değişikliğine ilişkin bir kural içermemektedir. Dolayısıyla, isim değişikliği ile cinsiyet değişikliği ayrı kural ve kriterlere bağlıdır.

Anayasa Mahkemesi, buradan hareketle, derece mahkemelerinin isim değişikliği talebinde bulunulabilmesi için cinsiyet değişikliği ameliyatını zorunlu addetmelerinin, diğer bir deyişle isimle birlikte cinsiyetlerini de değiştireceklerini varsaymalarının, hakkı yorum sınırını zorlayacak derecede daralttığını kabul etmiştir. Yine, Mahkemeye göre, İstinaf Mahkemesinin derece mahkemelerinin gerekçelerine ek olarak öne sürdüğü, “*nüfus kaydındaki cinsiyeti erkek olan başvurucunun kadın ismi kullanmasının kamu düzeni bağlamında karışıklığa neden olabileceği*”⁷³⁵ değerlendirmesi de isim değişikliği imkânını ortadan kaldırmakta ve “*hakkın tanınmasını anlamsız hale getirmektedir*”⁷³⁶. Neticede Mahkeme, başvuruçuların üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediğine ya da somut olayın özel koşullarına göre isim değişikliği için haklı nedenin bulunmadığına yönelik bir incelemeye yer vermeksizin sadece cinsiyet değişikliği üzerinden gerekçe kurulmasını “ilgili ve yeterli” bulmamıştır. Mahkemeyi başvuruçuların özel hayata saygı hakkının devletin pozitif yükümlülüğü boyutuyla ihlal edildiği sonucuna ulaştıran da gerekçedeki bu eksikliklerdir.

⁷³⁵ AYM, Turgay Karaca Başvurusu, § 45.

⁷³⁶ AYM, Turgay Karaca Başvurusu, § 45.

İlk bakışta, Mahkemenin konuyu özel hayata saygı hakkı bakımından incelemesi ve özellikle derece mahkemeleri ile İstinaf Mahkemesinin gerekçelerini ele alırken isim ile cinsiyeti eşitlemeyen bir bakışla yargı makamlarınca salt cinsiyet kimliği ya da cinsiyet değişikliği üzerinden değerlendirilme yapılmasını yetersiz ve ilgisiz görmesi, olumlu okunabilir. Ne var ki, feminist bakış açısıyla, Mahkemenin özel hayata saygı hakkı ve özellikle pozitif yükümlülük kapsamında yaptığı değerlendirmenin başvuruçuların deneyimlerini dışlayıp dışlamadığına bakmak gerekir. İncelenen hak bağlamında *kadın sorusunu* başvurulara konu olaylar üzerinden TMK madde 27 ve uygulamasına yönelttiğimizde birkaç farklı sorunu ortaya çıkarmamız mümkün olur: TMK madde 27'nin uygulanma biçimi, başvuru trans kadınlara *neyi* şart koşmuştur? Koşulan şart, trans kadınların *bedenlerine* mi yoksa *isimlerine* mi yöneliktir? Trans kadınların isim değişikliğine yönelik taleplerinin reddedilmesi, onların kimliklerine yönelik bir *müdahale* midir, yoksa kimliklerini korumaları ve geliştirebilmeleri için devletin üzerine düşeni *ihmali* midir?

İlginçtir ki, Anayasa Mahkemesi bir yandan bu soruları ve soruların işaret ettiği hukuki sorunları göz ardı etmiş, ancak diğer yandan kararlarında tam da bu soruların yanıtları niteliğinde tespitlere yer vererek neyi göz ardı ettiğinin farkında olduğunu adeta ilan etmiştir. Nitekim, ilk soruya, başvuruçulara gerçek anlamda neyin şart koşulduğuna bakıldığında cevabı Mahkemenin başvuruya konu olaylarda “*kişinin kendisini psiko-sosyal durumu itibarıyla daha iyi hissedeceği bir ismi alabilmesi için vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahaleye rıza göstermek zorunda*” bırakıldığı tespitinde bulmak mümkündür.⁷³⁷ Zira başvuruçuların isim değişikliği taleplerinin reddedilmesinin sebebi nüfus sicillerindeki cinsiyet bilgilerinin değişmemesidir. Diğer bir deyişle, söz konusu ret kararlarıyla başvuruçulara isimlerini değiştirmelerinin ancak nüfus sicilindeki cinsiyet bilgilerini “kadın” olarak değiştirmeleri ve bunun kanun tarafından olmazsa olmaz şartı olarak belirlenen cinsiyet değişikliği ameliyatını olmaları halinde mümkün olacağı bildirilmiştir. Dolayısıyla, Mahkemenin de teslim ettiği üzere, derece mahkemeleri başvuruçulara TMK madde 27 uyarınca bir *haklı nedeni* değil, TMK madde 40 gereğince bir *cinsiyet değişikliği ameliyatını* şart koşmuştur. Üstelik Mahkeme sadece böyle bir şart koşulduğunu tespit etmekle kalmamış bunun kişiye aşırı bir külfet yükleyeceğini; başvuruçulara “*yüklenen*

⁷³⁷ AYM, Turgay Karaca Başvurusu, § 44.

cinsiyet değiştirme ameliyatı olma külfetinin ağırlığı karşısında kamunun bundan elde edeceği yararın önem derecesi oldukça düşük kalmakta” olduğunu da belirtmiştir.⁷³⁸

Mahkemenin gerekçesinde yer verdiği bu tespitler, ikinci ve üçüncü soruların cevabını da verir. Başvurucuların isim değişikliği taleplerinin reddedilmesi, esasında isim haklarını aşan ve onların *vücut bütünlüğüne* dokunan bir *müdahale*dir. Zira başvurucuların isimleri üzerindeki tasarruf hakkı, nüfus sicillerindeki bilgiye ve kaçınılmaz olarak bedenlerindeki organlara bağlı kılınmıştır. Mahkemenin külfeti ağır bulması da bundandır. Yoksa Mahkeme, TMK madde 27 çerçevesinde isim değişikliği talep edenlerin “*haklı nedenini ortaya koyma ve buna ilişkin delillerini mahkemeye sunma yükümlülüğü*”n  isim hakkının kullanılmasının doğal bir parçası görmüş ve devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirirken hak sahiplerine bu tür yükümlülükler y kleyebileceğini kabul etmiştir.⁷³⁹ Ancak, burada olağan olmayan, kişilere yüklenen yükümlülüğün tamamen *bedenleri* ile ilgili olmasıdır.

Her ne kadar Mahkeme konuyu devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında inceleme tercihinde bulunmuşsa da kendi tespitinin de gösterdiği üzere başvuruculara yüklenen *bedensel* yükümlülük, kamusal makamların vücut bütünlüğüne *dokunmama* şeklindeki negatif yükümlülüğüne karşılıklı gelir. Burada devletin isim değiştirme imkânını tanıma yönündeki pozitif yükümlülüğü ile kişilerin maddi ve manevi bütünlüğüne dokunmama yönündeki negatif yükümlülüğünün bir arada olduğu da elbette tartışılabilir. Ancak, kesin olan, cinsiyet değiştirme ameliyatına ilişkilendirildiği anda konunun devletin negatif yükümlülüğü kapsamına girmesidir.

Kadın sorusuna Mahkemenin kendi c mlleleriyle hızlıca cevap verilebilmesi, bunların gerekçeye dahil edildiği yanılığını yaratmamalıdır. Her şeyden evvel, Mahkeme, başvurucuya yüklenen külfetin ağırlığına değinmesine rağmen başvuru konusunu özel hayata saygı hakkı kapsamında incelemiştir. Kişinin adının onun özel hayatına dair önemli bir bilgi olduğuna şüphe yoktur. A HM de isim hakkına yönelik başvuruları, Sözleşme’nin “ zel ve aile hayatına saygı hakkı”nı düzenleyen 8. maddesi kapsamında incelemektedir.⁷⁴⁰ Ancak, Anayasa’daki haklar bakımından

⁷³⁸ AYM, Turgay Karaca Başvurusu, ř 44.

⁷³⁹ AYM, H.K. Başvurusu, ř 41, AYM, Turgay Karaca Başvurusu, ř 46.

⁷⁴⁰ örneğin bakınız A HM, Mentzen/Letonya, Başvuru No: 71074/01, Karar Tarihi: 7.12.2004, A HM, Henry Kismoun/Fransa, Başvuru No: 32265/10, Karar Tarihi: 5.12.2013.

düşünüldüğünde, yukarıda kısırlaştırma şartına ilişkin bireysel başvuru kapsamında yapılan eleştirilere dönmek gerekir. Diğer bir deyişle, konu maddi ve manevi varlığın korunması hakkı ile özel hayata saygı hakkının ikisine birden dahil edilebiliyor, ancak Mahkeme bunlardan biri üzerinden inceleme yapıyorsa bu tercih sorgulanmalıdır. Nitekim, *kadın sorusu* ile bu tercih bir arada düşünüldüğünde, özel hayata saygı hakkı bakımından yapılan incelemenin başvuruçuların maruz kaldığı “cinsiyet geçiş ameliyatı olma” ve “nüfus kimliğinde cinsiyet bilgisini değiştirme” engellerine önem vermemek anlamına geldiği görülecektir. Oysaki bu engeller, trans kadın başvuruçuların yaşadığı hak ihlalinin merkezindedir.

İlk olarak, konunun Anayasa’nın 17. maddesi bağlamında incelenmemesine dikkat edilmelidir. Bu tercih, isim değişikliği talebinin reddinde başvuruçuların bedenlerine yönelen müdahalenin geri plana atılması anlamına gelir. Kısırlaştırma şartına ilişkin bireysel başvuru kararları hatırlandığında, Anayasa Mahkemesinin konuyu trans başvuruçuların maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı bakımından incelememesinin bir tesadüf değil kaçınma olduğu bir kez daha anlaşılacaktır. Ancak Mahkemenin Anayasa’nın 20. maddesi bağlamında inceleme yaparken yargısal makamların “ilgisiz ve yetersiz gerekçe”si üzerinden hüküm kurmakla yetinmek yerine ameliyat olma şartını ve vücut bütünlüğüne müdahaleyi vurgulaması, sadece diğer içtihatlarıyla değil *Turgay Karaca* ve *H.K.* kararlarının kendi içerisinde de bir çelişki yaratmıştır.

Anayasa Mahkemesi vücut bütünlüğüne yönelik müdahale söz konusu olduğunda ihlal iddialarını Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında incelemektedir.⁷⁴¹ Dolayısıyla, bu kararlarda yargısal makamların TMK madde 27’yi yorumlama biçiminin başvuruçulara ameliyat şartını dayattığını tespit etmesine rağmen konuyu özel hayata saygı hakkı ile sınırlı incelemesini hukuk tekniği açısından açıklamak mümkün değildir. Diğer yandan, Mahkeme cinsiyet geçiş ameliyatını bu konu bakımından başlı başına bir “*müdahale*” olarak tanımlamak istemediği için Anayasa’nın 17. maddesine başvurmadıysa, bu yaklaşımını da içtihadıyla desteklemek mümkün değildir. Zira Mahkemeye göre, “*vücut ve ruh bütünlüğüne yönelen saldırılar, tıbbi müdahaleler, şeref ve itibara yönelik haksız eylemler karşısında*”⁷⁴²

⁷⁴¹ Bakınız (n) 627.

⁷⁴² AYM, Fatma Kılıç ve İbrahim Haldız Başvurusu, Başvuru No: 2017/37387, Karar Tarihi: 21.4.2021, § 32.

devletin kişilerin maddi ve manevi varlığı koruma yükümlülüğü vardır. Bu bakımdan, başvuruçuların isimlerinin cinsiyet değiştirmedikleri gerekçesiyle reddedilmesinin, en azından devletin maddi ve manevi varlığın korunmasına yönelik pozitif yükümlülüğü kapsamında incelenmesi mümkün olurdu.

Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların hukuki nitelendirmesine bağlı değildir, ancak tespit ettiği olay ve olguların hukuki tavsifini takdir ederken de en azından kendi tespitiyle tutarlı olması beklenir. Mahkeme, eğer, kendi tespiti üzerinden gerekçelendirmesine devam etseydi, yargısal makamların başvuruçulara dayattığı ameliyat şartının devletin müdahale etmeme yükümlülüğüne ilişkin olduğunu tespit ederek Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlama kriterlerini uygulayabilirdi. Diğer yandan, Mahkemenin vücut bütünlüğüyle hiç ilgisi olmayan ve sadece kişinin Almanya ve Türkiye nüfus kayıtları arasındaki isim tutarsızlığını gidermek üzere adını değiştirme talebinin reddini konu edinen *Aslan Faruk Toprak* başvurusunda, ihlal iddiasını hem Anayasa'nın 17. maddesi hem de negatif yükümlülük kapsamında sınırlama kriterleri üzerinden incelediğini de not düşmek gerekir. Üstelik bu başvuruda Mahkeme, isim değişikliği talebinin reddedilmesini kendi başına bir müdahale olarak görmüştür.⁷⁴³

Kadın sorusunun gerekçeye dahil edilmemesini başlı başına sorun etmeyen bir hukukçu, Mahkemenin nihayetinde başvuruçunun şikâyetini ciddiye alıp başvuruyu ihlal kararıyla sonuçlandırmış olmasında olumsuz hiçbir yön görmeyebilir. Benzer şekilde, bu hukukçu için yukarıda tartışılan eksikliğin bir kusur olarak yorumlanması, kararın kendi içerisinde ve diğer kararlarla tutarsızlığına rağmen, ikna edici olmayabilir. Ancak, *kadın sorusunu* hukuk diline tercüme ettiğimizde özel hayata saygı hakkı ve pozitif yükümlülük kapsamında değerlendirme yapılmasının hukuken ne anlam taşıdığı anlaşılacaktır. Her şeyden evvel, konunun kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı üzerinden incelenmemesi, tıpkı kısırlaştırma şartına ilişkin bireysel başvuru kararlarındaki gibi, Mahkemenin başvuruçuların kimliğine ve kimliği sebebiyle yaşadığı sorunlara göz kapatmasıdır. Burada, her ne kadar farklı bir amaçla bu tespitte bulunmuşlarsa da *H.K.* kararının karşı oyunda Recai Akyel ve Selahaddin Menteş'in başvuruçuların şikâyetlerinin sıradan bir ad değişikliği talebi olmadığı tespitine dikkat etmek gerekir.

⁷⁴³ AYM, Aslan Faruk Toprak Başvurusu, § 45.

Gerçekten başvuruçular için isim değıştirmek, cinsiyet kimliklerinin bir parçasıdır. Mahkeme soruna heteroseksüel matrisle çatışmamak için üniseks isim üzerinden yaklaşmış ve “*yaygın toplumsal kabullerle erkek ismi veya kadın ismi olduğu değerdendirilen isimlerin farklı cinsiyetler tarafından kullanılabildiğı hatta bazı isimlerin kadın veya erkek cinsiyetine atfedilemeyecek nitelik arz ederek her iki cins tarafından da kullanılabildiğı*” için kamu düzeninin bozulmayacağını belirterek isimden cinsiyet bilgisini çıkarılamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Ancak, öyle olsun ya da olmasın, sorun bundan fazlasıdır. Trans kadın başvuruçuların almak istedikleri isimlerin günümüzde esasında erkekler tarafından da kullanılabileceğı ve bu yönüyle nüfus sicilindeki cinsiyetiyle isminin çelişmeyeceğı ihtimaline sığınan Mahkeme, asıl sorunun üstünü örtmüştür. Zira başvuruçunun geniş anlamda talebi kimliğini en baştan bizzat inşa etmektir.

Öyle ki, başvuruçucu doğumda kendisine atanan cinsiyetle uyumlu olduğu düşünölen bir ‘erkek’ ismini bırakıp yaygın olarak ‘erkek’ ismi olarak kullanılan başka bir isimle de ismini değıştirmek isteyebilir ve kadın kimliğini bu ‘erkek’ ismiyle inşa etmeyi tercih edebilirdi. Başvuruçucu açısından önemli olan nüfus kaydındaki bilgilerin önemli bir kısmını oluşturan cinsiyet ve isim bilgileri üzerinde tasarrufta bulunabilmek ve atanmış kimliğinden sıyrılmaktır. Bu açıdan, derece mahkemelerinin cinsiyet geçiş ameliyatını şart koşarak konuyu bu hak bağlamına taşıması bir yana, başvurulara konu olaylarda isim hakkı niteliğı gereğı zaten kişinin manevi varlığını geliştirmenin parçası olan cinsiyet kimliği çerçevesinde ileri sürölmüştür. Dolayısıyla, başvuruçuların şikayetlerinin bu yönünün göz ardı edilmesi, Anayasa’nın 17. maddesini vesilesiyle cinsiyet kimliklerinin tanınmasını engellemek olarak okunmalıdır.

Diğer yandan, *kadın sorusuna* kulak verilmemesi, devletin yükümlölüğü açısından da önemli bir sonuç yaratmıştır. Mahkemenin önündeki başvuruları Anayasa’nın devletin negatif yükümlölüğü kapsamında incelemesi halinde, ismin değıştirilmesi yönünde yasal altyapının olduğu yönündeki saptamasının aksine, başvuruçuların isim hakları üzerindeki tasarruflarının cinsiyet kimliği sebebiyle engellenmesinin yasal dayanağının olmadığını belirlemesi gerekirdi. Nitekim, kararda Mahkemenin de açıkladığı üzere, TMK’nin ne 40. maddesi ne de 27. maddesi böyle bir şart öngörür. Dolayısıyla, böyle bir müdahale, sınırlama kriterlerinin geri kalanının

incelenmesine dahi gerek bırakmadan kanunilik kriterine takılan bir Anayasa'ya aykırılık içerir. Böyle bir tespitin içtihat bakımından göz ardı edilemez sonucu, derece mahkemelerinin yeni bir haklı neden yorumu ile Anayasa Mahkemesi kararını aşındırarak cinsiyet kimliği sebebiyle isim değişikliğini reddedememesi olurdu. Zira böyle bir müdahalenin kanuni dayanağının olmadığı sabitken, artık hiçbir *ilgili* gerekçe cinsiyet kimliği üzerinden isim hakkından mahrumiyet için *yeterli* kabul edilemezdi.

Şöyle ki, Mahkeme verdiği kararlarla başvuruçuların üzerlerine düşeni yaparak sosyal yaşantılarına ve isim değişikliği nedenlerine ilişkin bilgi verdiklerini, bu bilgilerin kolluk tarafından araştırıldığını; ancak derece mahkemelerinin bunlar üzerine yeterli bir değerlendirme yapmadığını vurgulamıştır. Ancak Mahkemeye göre, *“haklı nedenlerin ne şekilde ortaya konulmuş kabul edileceğini ve ileri sürülen nedenlerin yeterli görülüp görülmeyeceğini takdir etmek derece mahkemelerinin yetkisindedir”*.⁷⁴⁴ Dolayısıyla Mahkemenin pozitif yükümlülük kapsamında odaklandığı bu eksiklik, derece mahkemelerinin cinsiyet kimliği sebebiyle isim değişikliği taleplerinde takdir yetkisinin ortadan kalktığı anlamına gelmez. Diğer bir deyişle, derece mahkemelerinin TMK madde 40'a göre cinsiyet değişikliğini aramadığı hallerde de başvuruçuların cinsiyet kimliği sebebiyle isim değiştirme taleplerini reddetmeleri mümkündür. Bu halde mahkemelerden asgari olarak beklenen, dosyada sunulan delilleri değerlendirmek suretiyle kamunun menfaatleri ile başvuruçunun menfaatleri arasındaki adil dengeyi nasıl sağladıklarını açıklamış olmalarıdır.

Halbuki cinsiyet kimliği sebebiyle isim değiştirme taleplerinde, Mahkemenin atıf yaptığı AİHM kararlarında da vurgulandığı gibi, devletin takdir yetkisi ve kamunun menfaatleri kişinin kimliğini oluşturma hakkı karşısında daralmaktadır.⁷⁴⁵ Örneğin, içine doğduğu ve kendisine ait olmadığı cinsiyet dayatılan bir sosyal ortamdan kendini kurtaran, cinsiyet kimliğini henüz yeni yaşamaya başlayabilmiş, cinsiyet kimliğiyle ve bu kimlik için seçtiği ismiyle tanıdığı insan sayısı çok az olan birinin de isim değişikliği talebiyle başvuru yapması mümkündür. Bu ihtimalde ne tanık sayısı ne kolluğun araştırması başvuruçunun nedenlerini “haklı” kılmaya

⁷⁴⁴ AYM, H.K. Başvurusu, § 48.

⁷⁴⁵ Bakınız AİHM, S.V./İtalya, Başvuru No: 55216/08, Karar Tarihi: 11.10.2018, §§ 60-75.

yetecektir. Anayasa Mahkemesinin yaptığı değerlendirme, işte bu ihtimalde derece mahkemelerinin kişinin cinsiyet kimliği sebebinin göz ardı edip o isimle tanınip tanınmadığı üzerinden gerekçe kurmasına müsaade etmektedir. Oysa cinsiyet kimliği sebebiyle isim değişikliği, başlı başına bir haklı neden kabul edilmeli, “kamu menfaati” görünümü altında kişilere heteroseksüel matris dayatılmamalıdır. Bu açıdan, *kadın sorusunun* dahil edilmemesi, transların isim hakları üzerindeki tasarrufları bakımından hukuki güvenceyi zayıflatmıştır.

Son olarak, bütün bunların yanında, Mahkemenin *Turgay Karaca* ve *H.K.* kararlarında Anayasa’nın 20. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşırken dayandığı “*ilgili ve yeterli gerekçe*” kriterinin de salt özel hayata saygı hakkını ilgilendirmedigine, Mahkemenin bu açıdan da ‘geçıştiren’ bir inceleme yaptığını dikkati çekmek gerekir. Nitekim her iki kararda da başvuruçular, diğer iddialarına ek olarak adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Başvuruçulara göre adil yargılanma hakları ihlal edilmiştir, çünkü isim değişikliği talebiyle açtıkları davada dava konusuyla ilgisiz olan TMK madde 40 kuralının uygulanması hukuka açıkça aykırıdır ve talepleri keyfi gerekçelerle reddedilmiştir. Mahkeme ise “olay ve olguların hukuki tavsifini” takdir ederken adil yargılanma hakkını değerlendirmesinin dışında bırakmıştır. Şu kadar ki, kararda Mahkemenin bu ihlal iddialarını neden incelemedigine ilişkin hiçbir gerekçe yoktur. Karara göre, Mahkemenin bu iddiaları incelememesinin sebebi, örneğin, iddiaları açıkça dayanaktan yoksun bulması değildir.⁷⁴⁶ Keza Mahkeme somut olayda özel hayata saygı hakkının gerektirdiği pozitif yükümlülük yönünden yapılan incelemenin adil yargılanma hakkı bakımından ihlal iddialarını da kapsadığı için ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmadığına da karar vermemiştir.⁷⁴⁷

⁷⁴⁶ Mahkemenin bu sebeple iddiaları kabul edilemez bulması da mümkün gözükmemektedir, çünkü Mahkemenin kendi gerekçesine esas aldığı tüm argümanlar zaten adil yargılanma hakkına yönelik iddialara ilişkindir.

⁷⁴⁷ Mahkemenin adil yargılanma hakkına ilişkin iddiaları devletin yaşam hakkı bakımından pozitif yükümlülüğü kapsamında incelediği bir karar için bakınız AYM, Birgül Altun ve Davut Altun Başvurusu, Başvuru No: 2018/9265, Karar Tarihi: 19.7.2023, § 29. Yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı bakımından adil yargılanma hakkı ihlali iddialarını kapsayan inceleme yaptığı bir başka kararı için bakınız AYM, Abdülkerim Hammud Başvurusu, Başvuru No: 2019/24388, Karar Tarihi: 2.5.2023, § 44., Aile hayatına saygı hakkı bakımından benzer nitelikteki kararları için bakınız AYM, İlknur Kızıltoprak Başvurusu, Başvuru No: 2015/11579, Karar Tarihi: 18.4.2019, § 66, AYM, Murat Demir Başvurusu [GK], Başvuru No: 2015/7216, Karar Tarihi: 27.3.2019, § 71.

Bununla birlikte Mahkeme, aslında özel hayata saygı hakkına yönelik ihlal iddialarını adeta adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkı incelemesi yaparcasına değerlendirmiştir. Zira Mahkemeyi ihlal sonucuna ulaştıran, olaya yanlış normun uygulanmasına (TMK madde 40) ve bu sebeple ilgili norm (TMK madde 27) kapsamında delil değerlendirmesi yapılması gerekirken ilgisiz norma atfedilen gerekçelerle hüküm kurulmasına yönelik tespitleridir. Üstelik Mahkeme bu tespitleri, yukarıda açıklandığı üzere negatif yükümlülük çerçevesinde değil, pozitif yükümlülük kapsamında yapmıştır. Diğer bir deyişle Mahkemenin bu değerlendirmesinin usuli güvencelere ilişkin olduğu aşıkardır. Bunda da elbette bir sorun yoktur. Ancak, Mahkemenin bu değerlendirmesini detaylara inmeden hızlıca yapması, ihlalin neden kaynaklandığının tam olarak belirlenmesini engellemiş ve böylece benzer olaylarda aynı ihlalin tekrarlanmamasını sağlamak bakımından kararı yetersiz kılmıştır. Oysa Mahkemenin en azından kendi, bu kararlarda özel hayata saygı hakkı ve pozitif yükümlülük olarak, belirlediği hak ve kapsamı çerçevesinde eksiksiz inceleme yapması beklenir.⁷⁴⁸

Mahkeme, eğer başvuruçuların adil yargılanma hakkına yönelik iddialarını ciddiye alarak bu iddiaları da kapsayan bir değerlendirme yapsaydı kararlara konu olaylara hukuki güvenlik açısından yaklaşması gerekirdi. Mahkemenin içtihatlarında belirttiği üzere, hukuki güvenlik her şeyden önce *“hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını”* gerektirir.⁷⁴⁹ Bunun için hem hukuk kuralları hem de bu kuralların uygulanması *“herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır”*⁷⁵⁰ olmalı ve keyfiliğe müsaade etmemelidir. Gerekçeli karar ise bu belirliliğin önemli bir vasıtasıdır. Zira kişiler ancak gerekçeli karar ile kendilerine hangi kuralın nasıl uygulandığını anlayabilir ve kendileri hakkında verilen kararın nedenlerini öğrenerek

⁷⁴⁸ Mahkeme T.A.A. başvurusunda, devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında *“kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ile özel hayata saygı hakları kapsamındaki uyumsuzlukların yargı makamlarınca anılan temel haklara ilişkin anayasal güvencelerin gözetildiği ve adil yargılanma güvencelerini haiz bir yargılama faaliyeti kapsamında incelenmesi”*nin gerektiğini belirterek başvuruçunun yargılamaya ilişkin iddialarını eşitlik ilkesiyle birlikte incelediği özel hayata saygı hakkı ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı bakımından ele almıştır. Bakınız AYM, T.A.A. Başvurusu, § 78. Aynı yönde bir karar için bakınız AYM, Ömür Kara ve Onursal Özbek Başvurusu, Başvuru No: 2013/4825, Karar Tarihi: 24.3.2016, § 47.

⁷⁴⁹ Bakınız AYM, Ramazan Ayyıldız Başvurusu, Başvuru No: 2019/32156, Karar Tarihi: 7.6.2023, § 39.

⁷⁵⁰ AYM, Ramazan Ayyıldız Başvurusu, § 39. Ayrıca bakınız AYM, E. 2013/39, K. 2013/65, Karar Tarihi: 22.5.2013.

buna yönelik başvuru yollarını kullanabilir. Zaten Mahkemenin özel hayata saygı hakkının sınırlanması için “ilgili ve yeterli gerekçe” olarak belirttiği kriter, esasında gerekçeli karar hakkının önemli bir yönünü ifade eder.

Gerekçeli karar hakkı, Anayasa’nın 141. maddesinde açıkça güvence altına alınan, ancak bununla birlikte 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin de önemli bir unsurunu oluşturan bir haktır.⁷⁵¹ Ancak, bu hak gerekçenin ‘görünürde’ var olmasından fazlasını içerir. Anayasa Mahkemesinin de çeşitli kararlarında vurguladığı üzere, yazılan gerekçelerin aynı zamanda “*makul*⁷⁵²” olması gerekir. Makul gerekçe, “*davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösteren*”⁷⁵³ gerekçedir. Ancak bunun yanında gerekçenin davanın taraflarınca açıkça ileri sürülen ve davanın sonucuna etkili olacak nitelik taşıyan hususlara dair iddia ve savunmalara karşı da “*ilgili ve yeterli bir yanıt*”⁷⁵⁴ niteliğini de taşıması gerekir. Anayasa Mahkemesinin *Turgay Karaca* ve *H.K.* başvurularında “ilgili ve yeterli gerekçe” olarak açıkladığı gereklilik de gerekçenin bu olmazsa olmaz niteliğine tekabül eder.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, her ne kadar davalara uygulanan TMK madde 40 kuralının dava konusuyla ilgisiz olduğunu ve ad değişikliği taleplerinde cinsiyet değişikliği şartının koşulamayacağını belirlemişse de gerekçelerin ilgisiz ve yetersiz olmasını hukuk kurallarının açık ve bariz şekilde yanlış uygulanması ya da derece mahkemelerinin keyfi davranması üzerinden açıklamamıştır. Bunun yerine, derece mahkemelerinin takdir yetkisine çok defa vurgu yaparak “*konuyu düzenleyen normların Anayasa’ya uygun biçimde yorumlanarak uygulanmadığı ve başvurucunun koşullarına özgü ikna edici gerekçelerin ortaya konulamadığı*”⁷⁵⁵ gerekçesiyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Anlaşılan odur ki, Mahkemeye göre, kararlardaki temel eksiklik başvurucunun üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesine rağmen onun ileri sürdüğü iddialara ilgili ve yeterli bir yanıt

⁷⁵¹ AYM, Vedat Benli Başvurusu, Başvuru No: 2013/307, Karar Tarihi: 16.5.2013, § 30.

⁷⁵² AYM, İbrahim Atas Başvurusu, Başvuru No: 2013/1235, Karar Tarihi: 13.6.2013, § 23.

⁷⁵³ AYM, Ramazan Ayyıldız Başvurusu, § 35.

⁷⁵⁴ AYM, Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/7800, Karar Tarihi: 18.6.2014, § 35, 39., AYM, Sarp Vahabi Başvurusu, Başvuru No: 2018/19972, Karar Tarihi: 11.7.2023, § 37.

⁷⁵⁵ AYM, Turgay Karaca Başvurusu, § 48., Benzer nitelikte tespit için bakınız AYM, H.K. Başvurusu, § 48-49.

verilmemesidir. Nitekim, Mahkeme başvurucunun iddialarında tutarsızlık ya da bu iddiaları destekleyici ve kanıtlayıcı bilgilerde eksiklik görülmesi halinde kolluk tarafından yapılan tespitin yanında “*uzman raporu alınması gibi daha derin bir araştırma yapılması*”na⁷⁵⁶ da karar verilebileceğini, ancak başvurularda derece mahkemelerinin buna ilişkin bir değerlendirme yapmadığı için haklı nedene yönelik takdirlerini nasıl oluşturduklarına yönelik ikna edici bir açıklama ortaya koyamadıklarını açıklamıştır.

Mahkemenin, aşağıda ayrıca eleştirilecek uzman raporu alınması önerisi hariç olmak üzere, söz konusu tespitlerine katılmamak mümkün değildir. Ancak bu tespitlerde trans başvuruçuların isim hakkı taleplerini kaygan bir zemine terk eden esaslı bir eksiklik vardır. Başvuruya konu yargılamalarda sorun, derece mahkemelerinin değerlendirmelerini TMK madde 27 kapsamında kullandıkları “haklı neden” takdirini yeterince açıklamamaları değildir. Sorun, hâkimlerin dava konusu olay bakımından takdir yetkilerinin olmadığı bir alanda değerlendirme yapmaları; başvuruçuların taleplerini TMK madde 40 kapsamında cinsiyet geçiş süreci bakımından incelemeleridir. Dolayısıyla mahkemeler hem bariz bir şekilde yanlış hukuk kuralını uygulamışlar hem de bunu yaparken olayla olaya uyguladıkları hukuk kuralı arasındaki bağı, cinsiyete ilişkin ön yargıları haricinde, ortaya koyamamışlardır. Bu yüzden, başvuruya konu yargılamalar bakımından artık başvuruçuların iddialarına yönelik yeterli ve ilgili bir yanıt eksikliğinden ziyade makul bir gerekçenin dahi sunulamaması ve kararların keyfilik içermesi söz konusudur.

Sorunun bu yönleriyle tespit edilememesi ve derece mahkemelerine TMK madde 40’a dayanmadıkları sürece cinsiyet sebebiyle ama daha detaylı gerekçelerle takdir haklarını benzer talepleri reddetme yönünde kullanabilecekleri mesajının verilmesi, transların isim haklarını kullanmaları bakımından yapısal sorunun devam etmesine yol açabilecektir. Nitekim H.K. başvurusunun karşı oyunda, tam da adil yargılanma hakkına gönderme yapılarak “*delillerin değerlendirilmesi ve hukuk kurallarının yorumlanması yetkisi, keyfî olmadığı veya açık ve bariz bir takdir hatası içermediği sürece, kural olarak derece mahkemelerine ait*” olduğu hatırlatılmış ve Mahkemenin bıraktığı boşluktan yararlanılarak başvuruçuların şikayetine adeta

⁷⁵⁶ AYM, Turgay Karaca Başvurusu, § 47.

“kanun yolu şikâyeti”⁷⁵⁷ gibi yaklaşmıştır.⁷⁵⁸ Mahkemenin özel hayata saygı hakkı yönünden devletin pozitif yükümlülüğü incelemesini kendi tespitlerini de göz önünde bulundurarak gerekçeli kararın nitelikleri yönünden yapması, negatif yükümlülük kapsamında inceleme yapsaydı yasallık kriterine tekabül edecek bir sonuç doğurabilir ve böylece negatif yükümlülüğün incelenmemesinin yarattığı eksikliği giderebilirdi. Zira bu halde derece mahkemelerinin ad değişikliği taleplerinde cinsiyet geçiş sürecine dair yaptığı inceleme ve araştırmalar da hukuki dayanaktan yoksun ve salt keyfilik içeren veriler olarak görülür ve böylece haklı nedenin olmadığına yönelik takdirin gerekçesi haline gelemezdi. Ancak, Mahkeme nasıl maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ya da devletin negatif yükümlülüğü kapsamında yapacağı incelemelerin yansımalarından kaçındıysa, görülen o ki, adil yargılanma hakkı bakımından trans hakları lehine sonuçlardan aynı şekilde imtina etmiştir.

2. Ayrımcılık Yasağına İlişkin Sorunlar

Mahkemenin başvuruçuların mağdur olduğu konunun özüne inmemek için gösterdiği ‘özen’, ayrımcılık yasağında da kendini göstermiştir. Her iki kararda da başvuruçuların açıkça ve defaatle cinsiyet kimliklerine dayandırdıkları taleplerin yine cinsiyet kimlikleri sebebiyle reddedilmiş olmasına karşın Mahkeme, iddiaları ayrımcılık yasağı bakımından incelememiştir. *Turgay Karaca* başvurusunda, başvuruçunun iddiaları arasında ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasına yer verilmiş, ancak kararın hiçbir kısmında bu iddia dikkate alınmamıştır. Diğer bir deyişle, bu iddia ne kabul edilemez bulunmuş ne de özel hayata saygı hakkının ihlali kararı sebebiyle ayrıca incelenmemesine gerek görülmüş; sadece yok sayılmıştır.

Diğer yanda, *H.K.* kararının metninde başvuruçunun ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin herhangi bir iddiasına yer verilmemiştir. Ancak başvuruçunun iddiası, tıpkı *Turgay Karaca*’nın iddiaları gibi, zaten baştan aşağı ayrımcılık deneyimi içermektedir. Üstelik *H.K.*, cinsiyet kimliğiyle uyumsuz ismi kullanmaya zorlanmaktan doğan mağduriyetini ve mahkemelerin isim değişikliği talebini nüfus

⁷⁵⁷ Başvuruçuların iddialarının mahkeme kararında bariz takdir hatası veya açık keyfilik oluşturan herhangi bir durum tespit edilmediği için kanun yolu şikâyeti niteliğinde görülerek hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu bir örnek için bakınız AYM, Rustem Esen Başvurusu [GK], Başvuru No: 2019/3189, Karar Tarihi: 17.1.2023, § 33-34.

⁷⁵⁸ Bakınız Recai Akyel ve Selahaddin Menteş’in karşı oyu.

sicilinde cinsiyet değişikliği gibi değerlendirmelerine yönelik şikayetini ileri sürerken cinsiyet kimliği sebebiyle *yeni* bir ayrımcılığa uğramamak için Mahkemeden isminin gizlenmesi talebinde de bulunmuştur. Zira başvurucuya göre, “*cinsiyet kimliğinin toplumca bilinmesi*”, onun “*maddi ve manevi bütünlüğünün zarar görmesi*” riskini doğurmaktadır.⁷⁵⁹ Mahkemenin de kabul ettiği bu talep, bir yandan başvurucunun cinsiyet kimliği ve nüfus sicilinde kayıtlı ismi sebebiyle yaşadığı zorlukların çarpıcı bir anlatımı, diğer yandan Mahkemenin neye göz kapattığının güçlü bir parçasıdır.

Mahkemenin cinsiyet kimliğine ilişkin kararlarında açığa çıkan, *Turgay Karaca* ve *H.K.* kararlarında da başvuruçuların şikayetlerini incelediği hak ve kapsamı bağlamında bir kez daha kendini gösteren yaklaşımı nazara alındığında, cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık yasağı ihlali iddialarını incelememesi elbette şaşırtıcı gelmeyebilir. Ancak, yine feminist bakış açısından, Mahkemenin heteroseksüel matrisle tutarlılığının tüm yönleriyle ortaya konulması gerekir. Zira sorun sadece Mahkemenin ayrımcılık yasağını inceleyip incelememesi değil, aynı zamanda bu yasağa uyup uymamasıdır.

Bunun için öncelikle *kadın sorusuna* dönülmeli, Anayasa Mahkemesinin ayrımcılık yasağını incelememekle devletin yükümlülükleri açısından neleri konu dışı bıraktığına bakılmalıdır. Bu noktada dikkati ilk çeken, Mahkemenin her iki kararda da “Uluslararası Hukuk” başlığı altında insan hakları hukukunun cinsiyet kimliğinin tanınmasını öngören ya da cinsiyet temelli ayrımcılığı yasaklayan kaynaklarına yer vermemesi⁷⁶⁰; sadece AİHM kararlarından bazılarını alıntılamaıdır.⁷⁶¹ Yukarıda Mahkemenin uluslararası hukuk mevzuatına hiç yer vermediği ya da değindiği halde bunları kararına esas almadığı örnekler incelendikten sonra, *Turgay Karaca* ve *H.K.* kararlarındaki yaklaşım uluslararası hukukun eşitlik anlayışına konulan mesafenin bir başka görünümü olarak değerlendirilebilir. Nitekim isim değişikliğine ilişkin bu kararlarda Mahkemenin gayreti, AİHM kararlarıyla netice itibarıyla uyumsuzluk yaratmamak ve fakat konuyu da cinsiyet kimliği ekseninin dışında tutmaktır. Böylece

⁷⁵⁹ AYM, H.K. Başvurusu, § 29.

⁷⁶⁰ Bakınız (n) 638, (n) 639, (n) 640.

⁷⁶¹ Her iki kararda da Mahkemenin atıf yaptığı AİHM kararları şunlardır: AİHM, Koch/Almanya, Başvuru No: 497/09, Karar Tarihi: 19.7.2012., AİHM, Burghartz/İsviçre, Başvuru No: 16213/90, Karar Tarihi: 22.2.1994., AİHM, Stjerna/Finlandiya, Başvuru No: 18131/91, Karar Tarihi: 25.11.1994., AİHM, Kemal Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 30206/04, Karar Tarihi: 2.2.2010., AİHM, Güzel Erdagöz/Türkiye, Başvuru No: 37483/02, Karar Tarihi: 21.10.2008., AİHM, A.P. Garçon ve Nicot/Fransa, AİHM, S.V./İtalya.

Mahkeme, bir kez daha, insan hakları hukukuyla çelişmemenin ancak insan hakları hukukundan kaynaklanacak cinsiyet kimliğinin farklı yönleriyle yasal olarak tanınmasına yönelik taleplere de umut vermemenin optimum çaresini bulmuştur.

Gerçekten, Mahkemenin örneğin *M.K.* kararının metninde yer verdiği ama bu kararlarda ‘unuttuğu’ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 31.3.2010 tarihli ve Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılıkla Mücadele Etmek İçin Alınacak Önlemler Hakkında CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı’nın ekinde yer alan aşağıdaki tavsiye açıkça transların isim değişikliğine yönelik taleplerinin ayrımcılık yasağı kapsamında ele alınması gerektiğine işaret etmektedir:

“Üye Devletler, bir şahsın toplumsal cinsiyetinin yeniden belirlenmesinin, özellikle de resmî belgelerde ad ve toplumsal cinsiyet değişikliğinin süratle, saydam ve erişilebilir bir biçimde yapılabilmesi ve yaşamın tüm alanlarında yasal olarak tamamen tanınması için uygun tedbirleri almalıdırlar. Üye Devletler aynı zamanda, yerine göre, devlet dışındaki aktörlerin eğitim veya çalışma izinleri gibi önemli belgelerde de benzer tanımayı ve değişiklikleri kabul etmelerini temin etmelidirler.”⁷⁶²

Mahkemenin *Turgay Karaca ve H.K.* kararlarında alıntılanacağı, başvurulara konu olaylarla bire bir benzerlik taşıyan *S.V./İtalya* kararında da AİHM, bu tavsiye kararına özel vurgu yaparak cinsiyet geçiş sürecini tamamlamaması nedeniyle isim değişikliği talebi reddedilen başvurucunun özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷⁶³ Bu kararda AİHM’in Sözleşme’nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi bakımından ayrı bir değerlendirme yapmaya gerek görmemesi de 8. maddeden verdiği ihlal kararının zaten devletin ayrımcılığı önleme ve engellemeye yönelik pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesine dayandırmasındandır. Kararda ayrımcılık yasağına ilişkin ayrı bir inceleme yapılmaması ve ihlal kararının çıkmaması, translara yönelik ayrımcılıkla mücadele için gerekli olan mesajın verilmemesi açısından eleştirilebilir, ancak yine de AİHM’i özel hayata saygı hakkı bakımından ihlal kararına ulaştırmanın da ayrımcılık yasağının gerekleri olduğu atlanmamalıdır. Diğer bir deyişle, ihlal kararına yol açan, devletin özel hayata saygı

⁷⁶² AYM, *M.K.* Başvurusu, § 25., Council of Europe The Committee of Ministers, “Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity”, § 21.

⁷⁶³ AİHM, *S.V./İtalya*, §§ 60-75.

hakkına yönelik alelade güvenceleri sağlaması değil, özellikle transların özel hayata saygı hakkı bakımından yerine getirmesi gereken yükümlülüklerle riayet etmemesidir.

Nitekim Tavsiye Kararı bir bütün olarak okunduğunda devletlere böyle bir tavsiyede bulunulmasının bazı eksikliklerin ya da aksaklıkların giderilmesinden fazlasını hedeflediği anlaşılabacaktır. Transların nüfus sicillerindeki bilgilerine ilişkin değişiklik yapma hakkının tanınması, onların varlığının kabul edilmesine yöneliktir. Zira onların maruz kaldığı ayrımcılığın temel biçimi, heteroseksüel matrisin devamlılığı için transların yok sayılması ve mümkün olduğunca keskin sınırlarla ayrılmaya çalışılan iki cinsiyetten birine biyolojik tanımlarla sıkıştırılmasıdır. Bu yüzden bir transın nüfus sicilindeki bilgileri üzerinde tasarrufta bulunabilmesi, kendi varlığını ona atanmış özelliklerden sıyrarak en baştan inşa etmesinin önemli bir aracıdır. Trans, natrans *herkes için* tanınan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının *translar için* anlamı da burada yatar.

Elbette nüfus sicilindeki cinsiyet bilgisinin değişikliği söz konusu olduğunda, inşa sürecinin ağırlığı artmakta ve anlamı belirginleşmektedir. Ancak, isim değişikliği de translar için cinsiyet kimliklerini oluşturmanın önemli bir unsurudur. Özellikle cinsiyet geçiş ameliyatı olmak istemeyen translar açısından isim değişikliği, cinsiyet kimliklerini kılık kıyafetleri, konuşma biçimleri ya da bedenleri üzerinde yaptıkları değişikliklerle sosyal hayatta özgürce dışa vurabildikleri istisnai bir *sosyal* ortama sahip olsalar dahi, bu kimliğin *yasal olarak* tanınmasının başlıca ve belki de tercih edecekleri tek yoludur. Dolayısıyla, transların nüfus sicilindeki bilgilerde değişiklik yapmaya yönelik taleplerinin trans olmayanlarıinkiyle benzeştirilmesi ve cinsiyet kimliği yönünün göz ardı edilmesi, bizzatihi bir ayrımcılık pratiği olarak değerlendirilmelidir.

Anayasa Mahkemesinin kararın dışında bıraktığı ilk husus da işte devletin translara yönelik ayrımcılığı engellemek yönünden yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülüğüdür. Mahkeme hem ayrımcılık yasağı iddiasını incelememiş hem de AİHM'in aksine, devletin özel hayata saygı hakkı bakımından pozitif yükümlülüğü kapsamında da bu yükümlülüğü dikkate almamıştır. Halbuki Anayasa Mahkemesinin derece mahkemelerinin ve istinaf mahkemelerinin yargılamaları bakımından üzerinde mutlaka durması gereken husus, başvuruçuların isim değiştirme taleplerinin cinsiyet kimlikleri çerçevelerinde ileri sürüldüğü için reddedilmiş olmasıdır. Başvuruçulara

hiçbir yasal dayanağı olmamasına rağmen cinsiyet geçiş ameliyatı şartının dayatılması da cinsiyet kimliklerini tanımama refleksinden kaynaklanmaktadır.

Nitekim istinaf yargılamasında başvuruçuların isim tahsisine yönelik ileri sürdükleri “*kadın kimliğini benimsemiş olma*”⁷⁶⁴, çevresinde nüfus siciline geçmiş istediği isimle tanınma gibi nedenlerin kategorik olarak reddedilmesi ve haklı neden dışında sayılması, onların nüfus siciline erkek olması sebebiyledir. Zira H.K., istinaf dilekçesinde kullanmak istediği D. isminin esasında üniseks bir isim olduğunu, bunun kadınlar kadar erkekler tarafından da kullanıldığını belirtmiştir. Ancak İstinaf Mahkemesi bununla ilgilenmemiş, başvuruçunun ismi vasıtasıyla cinsiyet kimliğini belirlemek istemesine odaklanarak cinsiyet değişikliği için TMK madde 40’a işaret etmiştir. *Turgay Karaca* başvurusunda ise başvuruçunun nüfus siciline kaydetmek istediği “Sanem” ismi ekseriyetle kadınlar tarafından kullanılan bir isim olduğu için İstinaf Mahkemesi, “*başvuruçunun kadın kimliğini benimsemiş olmasının*” haklı neden teşkil etmeyeceğini değerlendirmiştir.⁷⁶⁵ İstinaf Mahkemelerinin bu değerlendirmeleri, en basit anlatımla, yargı organlarının trans kadın başvuruçulara ısrarla “sen erkeksin” demesi ve heteroseksüel matris uğruna yasal düzenlemeleri bükmesidir. Anayasa Mahkemesinin bu bağlamda tespit etmesi gereken, yargı organlarının trans başvuruçuların cinsiyet kimliklerini nüfus siciline yansıtılmalarını kolaylaştırmaları gerekirken buna direnç göstermeleri ve bu yolla devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal etmeleridir.

Diğer yandan, ayrımcılık yasağı bakımından pozitif yükümlülük sorunu kararlardaki bu inceleme eksikliğiyle de sınırlı değildir. Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda, incelemekten imtina ettiği pozitif yükümlülüğü en az derece mahkemeleri kadar ihlal de etmiştir. Zira yukarıda açıklandığı üzere, Anayasa Mahkemesinin gerekçesini oluşturma biçimi, “haklı neden” vasıtasıyla benzer taleplerin reddedilmesine kapı açmıştır. Şöyle ki, Yargıtay kararlarına bakıldığında, “haklı neden”lerin var sayıldığı haller çeşitlidir. Çevrede değiştirilmek istenen isimle bilinmek⁷⁶⁶ başlıca kabul gören nedenlerden biri olmakla birlikte, örneğin isminin

⁷⁶⁴ AYM, Turgay Karaca Başvurusu, § 10.

⁷⁶⁵ Ibid.

⁷⁶⁶ Örneğin bakınız Yargıtay 18. H.D., E. 2015/1950, K. 2015/16125 K., Karar Tarihi: 9.11.2015, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024). Yargıtay 18. H.D, E. 2014/18248, K. 2015/7152, Karar Tarihi: 30.4.2015, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024)., Yargıtay

anlam ve itibari ile küçük veya zor duruma düşürücü nitelikte olması⁷⁶⁷ ya da kan davasından kaynaklanan husumetten korunmak⁷⁶⁸ da haklı nedenlerden sayılmıştır. Bununla birlikte, Yargıtayın aynı zamanda isim değişikliği talebinde bulunan davacıların göstereceği delillere, kolluk araştırmasına⁷⁶⁹, adli sicil kaydına⁷⁷⁰ ve özellikle varsa dinlenilebilecek tanıkların dinlenmesine de önem verdiği, bunların eksik olduğu dosyalarda verilen kararları doğru bulmadığı anlaşılmaktadır.⁷⁷¹ Zira Yargıtaya göre hiçbir nedenin kategorik ve objektif olarak haklı neden sayılması mümkün değildir; her bir dosyada ileri sürülen nedenin haklılığının başvurucaya özel somut koşulların dikkate alınmasıyla ortaya konulması gerekir. Dolayısıyla, “haklı neden”in tespitinde kişilerin adını değiştirmeyi istediğini ve artık bu adı kullandığını beyan etmesi tek başına yeterli değildir.

Anayasa Mahkemesi de Yargıtay içtihadını takip ederek, TMK madde 40’a dayanılarak haklı nedenin kategorik olarak yok sayılamayacağı değerlendirmesini yaptıktan sonra, bir önceki başlıkta işaret edildiği üzere, *“haklı nedenlerin ne şekilde ortaya konulmuş kabul edileceğini ve ileri sürülen nedenlerin yeterli görülüp görülmeyeceğini”* takdir etme yetkisinin derece mahkemelerinde olduğunu belirlemiştir.⁷⁷² Mahkemenin devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında

18. H.D., E. 2015/5694, K. 2016/347, Karar Tarihi: 13.1.2016, www.lexpera.com.tr., (Son Erişim Tarihi: 6 Şubat 2024).

⁷⁶⁷ Örneğin bakınız Yargıtay 18. H.D., E. 2015/3787, K. 2015/17157, Karar Tarihi: 25.11.2015, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

⁷⁶⁸ Yargıtay 18. H.D., E. 2015/4110, K. 2015/17703, Karar Tarihi: 3.12.2015, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

⁷⁶⁹ Örneğin bakınız Yargıtay 18. H.D., E. 2009/13381, K. 2010/3695, Karar Tarihi: 11.3.2010, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024). Bu kararda ilk derece mahkemesi tarafından davası reddedilen davacının talebinin gerekçesi de incelenen konu bakımından dikkate değerdir. Davacı, nüfusta kayıtlı olan “Ümit” ismini, aile içerisinde ve çevresinde bilindiği isim olan “Ümrân” ile değiştirmek istemiştir. Zira davacıya göre, “Ümit” adı erkek adını çağrıştırmakta ve yanlış anlamalara neden olmaktadır. Yargıtay, bu dosyada *“davacının iddiasını kanıtlaması açısından varsa başka tanıkları dinlenmeli, gerektiğinde kolluk araştırması yapılmalı, diğer delilleri toplanmalı ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken tek tanık anlatımı ile yetinilip karar verilmesi”*ni bozma nedeni görmüştür.

⁷⁷⁰ Örneğin bakınız Yargıtay 18. H.D., E. 2015/5694.

⁷⁷¹ Örneğin “Zöhre” isminin “Zehra” olarak değiştirilmesinin talep edildiği davada, mahkemenin *“Dava dilekçesinde ileri sürülen ve yukarıda özetlenen nedenlerin haklı neden oluşturduğunun kanıtlanması gerekirken davacının göstereceği deliller toplanmadan varsa tanıkları dinlenmeden eksik inceleme ve yetersiz araştırma ile davanın kabulü yönünde hüküm kurulması”* bozma nedeni sayılmıştır. Bakınız Yargıtay 18. H.D., E. 2011/4142, K. 2011/7338, Karar Tarihi: 16.6.2011, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024). Bir başka davada davacının adının yanına ikinci bir ad ekleme talebine yönelik, *“hiçbir araştırma yapılmadan davacının göstereceği tanığın davacının talebine aykırı beyanda bulunmasının hayatın olağan akışına ters olup tanık dinlenmesinin davayı uzatmaktan başka bir yarar sağlamayacağı belirtilerek tanık dinlenmeden kişinin dilediği ismi kullanmasının Anayasal bir hak olup kayden engeli de bulunmadığı gerekçesi ile davacının adının değiştirilmesine karar verilmesi”* yine doğru görülmemiştir. Bakınız Yargıtay 18. H.D., E. 2011/3049.

⁷⁷² AYM, H.K. Başvurusu, § 48.

başvuruculardan haklı nedenlerini ispatlamaları için delil sunma gibi bazı yükümlülüklerle katlanmalarının beklenebileceği açıklaması da bu yöndedir. Böylece Mahkeme, cinsiyet kimliğine dayanılarak ad değişikliği talep eden başvurucular açısından cinsiyet kimliğinin tek başına yeterli olmayacağını, isim değişikliğine yönelik diğer her başvuruda aranan delillerin bu başvurular açısından da geçerli olacağını belirlemiştir. Halbuki Mahkemenin bu tür davalarda kolluk raporu, tanık beyanı gibi delillerin toplanmasında cinsiyet kimliğinin göz önünde bulundurulmasına karar vermesi ve devletin ayrımcılık yasağı kapsamında pozitif yükümlülüğünü hatırlatması icap ederdi. Keza derece mahkemelerinin delillerin toplanması kadar hükmün kurulmasında bu tür delillere vereceği ağırlığı da başvurunun cinsiyet kimliği sebebiyle uğradığı ya da uğrayabileceği ayrımcılığa göre belirlemesi, devletin pozitif yükümlülüğünün bir gereğidir. Burada Mahkeme, derece mahkemelerinin bu konudaki yükümlülüğünü yok sayıp haklı nedene ilişkin genel geçer delilleri meşrulaştırırken transların haklarını etkin ve eşit bir şekilde kullanabilmesi için üzerine düşeni yerine getirmemiştir.

Mahkemenin başvurunun trans kadın kimliklerini ve bu kimlikleri sebebiyle yaşayabileceklerini geri plana atması, gerçekten de benzer dosyalarda başvurucuların taleplerinin delil yetersizliği ya da delillerin başvurucuların iddialarının aksini göstermesi sebebiyle reddedilmesine sebep olabilecektir. Söz gelişi nüfus sicilinde “Ali” olan ve ailesinin bu isimle seslendiği bir trans kadını ailesi reddediyor ve mahallesinde de onunla dalga geçmek ve onu aşağılamak için “Ayşe” ismini tercih ettiği bilinmesine rağmen ona “Ali” ismiyle hitap ediliyorsa, Ayşe’nin tanık delili sunmasına imkân yoktur. Kolluğun da yapacağı araştırmada mahallelinin ve davacının ailesinin onu Ali ismiyle bildiğini tespit etmesi muhtemeldir. Böyle bir durumda, başvurunun ad değiştirmekte haklı nedeni ortaya koyamadığından bahisle talebinin bir çırpıda reddedilmemesi için ona ısrarla “Ali” denmesinin arkasında yatan sebeplere bakılmasından başka bir seçenek yoktur. Ayrımcılık yasağının pozitif yükümlülüğü işte, Yargıtayın her bir davada dikkate alınmasını istediği “*başvurucuların özel koşulları*”na ayrımcılığa uğrayan transların “genel koşulları”nın da eklenmesini gerektirir. Zira burada kaçınılan “*objektif koşullar*”, esasında heteroseksüel matrisin dayattığı ve bu sisteme alışkanlıktan farkına dahi varılmayan dışlama ve yok sayma pratiklerinden ibarettir. Heteroseksüel matrisin objektif koşulları göz önünde

bulundurulmadan, trans davacıların özel koşullarının ve buna ilişkin sunduğu delillerin anlaşılması mümkün değildir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi ayrımcılık yasağı bakımından pozitif yükümlülüğü “haklı neden”e ilişkin “yeterli ve ilgili” gerekçe araştırmasına odaklanarak yok saymakla yetinmemiş, derece mahkemelerinin tanık delillerini ve kolluk raporlarını yeterince açıklayıcı görmemesi halinde ad değişikliği talebini gerekçesiz bir şekilde reddetmek yerine Yargıtayın aradığı delillere ek bazı delillere başvurulabileceğini söylemiştir. *Turgay Karaca* başvurusunda bu alternatif delil gerekliliği, “*başvurucunun iddialarının tutarlı olup olmadığını anlamak için uzman raporu alınması gibi daha derin bir araştırma yapılması*” olarak açıklanmıştır.⁷⁷³ Buradaki uzman raporu önerisine dikkat edilmelidir. Başvurucunun iddiası cinsiyet kimliğinin nüfus sicilindeki bilgilerle örtüşmediği ve nüfus sicilinde güncellemek istediği adla tanındığı ise, derece mahkemelerinin tanık beyanlarından ve kolluk araştırmasından emin olmak için başvuracağı uzmanlar, hangi konuda uzman kişiler olacak ve tam olarak neyi değerlendirecektir?

Başvurucunun cinsiyet kimliğinden doğan taleplerinin ‘tutarlılığına’ ilişkin bu ek delilin cinsiyet kimliğine yönelik bir inceleme niteliğinde olması, diğer bir deyişle başvurucunun ‘gerçekten’ trans olup olmadığının araştırılması, trans başvuruclarının tıbbi muayeneye ya da psikolojik değerlendirmeye tabi tutulması anlamına gelebilecektir. Bu ihtimale yol açabilecek bir delilin Anayasa Mahkemesi tarafından önerilmesi, yeni insan hakları ihlallerine yol gösterilmesinden başka bir şey değildir. Benzer başvurular açısından “haklı neden”in ispatı için başvuruclara tıbbi ya da psikolojik muayene olmaları şeklinde bir yük yüklenmesi ve cinsiyet kimlikleri hakkında ‘sağlık raporu’ düzenlenmesi, artık devletin ayrımcılığı önlemeye yönelik pozitif yükümlülüğünden ziyade ayrımcılık yapmamaya yönelik negatif yükümlülüğünü gündeme getirecektir. Nitekim bu ihtimalde, transların maddi ve manevi varlığını tanımak şöyle dursun, onların cinsiyet kimliklerini patolojikleştiren ve maddi ve manevi bütünlüğüne gereksiz ve orantısız bir müdahale yapan bir yaklaşım söz konusu olacaktır. Böyle bir müdahale, bir yandan trans deneyimini bir hastalık gibi ele almak anlamına gelirken diğer yandan kişinin öz deneyimini bir kez daha reddederek cinsiyet kimliğine ‘dışarıdan’ karar verilmesi sonucunu doğurur.

⁷⁷³ AYM, Turgay Karaca Başvurusu, § 47.

Üstelik kişinin ismini değiştirmek nüfus sicilinde cinsiyet bilgisini değiştirmek anlamına gelmediği için böyle bir başvuruda cinsiyet kimliği araştırmasına girilmesi ilgisiz ve gereksizdir.

Mahkemenin devletin negatif yükümlülüğünün ihlalini doğurabilecek bir ihtimali gerekçesinde olağan bir seçenekmiş gibi sunabilmesi, mahkeme kararları aracılığıyla da ayrımcılık yapılabileceğini göz ardı etmesinden kaynaklanmaktadır. Zira, yine *kadın sorusuna* başvurulduğunda, Mahkemenin ayrımcılık yasağı bakımından devletin sadece pozitif yükümlülüğünü değil, negatif yükümlülüğünü de dikkate almadığı anlaşılabacaktır. Derece mahkemeleri tarafından verilen ret kararı, trans başvuruçuların maddi ve manevi varlığına müdahalede bulunurken gerekçelerini ayrımcı bir tutuma dayandırdıklarında devletin “ayrımcılık yapmama” yükümlülüğünü de ihlal ederler. Gerçekten, *Turgay Karaca* ve *H.K.* başvurularında başvuruçuların derece mahkemelerinin yargılamalarında karşılaştıkları da sırf trans oldukları için kendilerine haksız bir şekilde farklı muamelede bulunulmasıdır. Anayasa Mahkemesinin kararlarında belirttiği üzere, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın herhangi bir temelde- ki bu temele cinsiyet kimliği temeli de dahildir- aynı ya da benzer durumdaki kişilere farklı davranılmasının ayrımcılık yasağının ihlal etmemesi için iki kriterin yerine getirilmesi gerekir: Bunlar, farklı muamelenin bir meşru amaca dayanması ve mutlaka “*farklı muamele ile izlenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi*”nin bulunmasıdır.⁷⁷⁴

İncelenen her iki kararda da başvuruçuların ad değişikliği taleplerinin, cinsiyetleri sebebiyle reddedildiğine yönelik bir tereddüt yoktur. Derece mahkemeleri, bir yandan başvuruçuların cinsiyet kimliklerini tanımamış, diğer yandan nüfus sicilinde yazan cinsiyetlerinin almak istedikleri adla uyuşmadığından bahisle taleplerini reddetmiştir. Dolayısıyla, başvuruçuların isim değişikliği ihtiyacını sırf cinsiyet kimliğine dayandırmaları sebebiyle yargılamada cinsiyet bir kriter haline gelmiştir. Halbuki trans olmayan kişiler açısından ad değişikliği davalarında nüfus sicilinde yer alan cinsiyetleri ile almak istedikleri adın yarattığı cinsiyet algısı arasındaki ilişki, haklı neden araştırmasına konu olmamaktadır. Diğer bir deyişle, Engin Yıldırım’ın da karşı oyunda isabetle belirttiği üzere, natrans başvuruçular açısından talep ettikleri adın nüfus sicilindeki cinsiyetle uyumluluğunu ispatlama

⁷⁷⁴ AYM, Tuğba Arslan Başvurusu [GK], § 121.

yükümlülüğü söz konusu değilken, trans başvuruçulara böyle bir yükümlülük yüklenmekte ve hatta bu yükümlülük çerçevesinde cinsiyet geçiş ameliyatı şart koşulmaktadır. Bu sebeple, başvurularda cinsiyet kimliği temelli bir farklı muamele söz konusudur.

Anayasa Mahkemesinin kararında yer verdiği kadarıyla, derece mahkemeleri ile İstinaf Mahkemesinin, başvuruçulara yönelik farklı muameleyi “*talep ettiği şekliyle isminin değiştirilmesi hâlinde toplumda yanlış algıların oluşabileceği, bu durumun gerek başvuruçuyu gerekse diğer kişiler yönünden birtakım sıkıntılara yol açabileceği*”⁷⁷⁵, “*erkek olan birinin isminin kadın ismiyle değiştirilmesinin hukuken mümkün olmadığı*”⁷⁷⁶ sebeplerine dayandığı anlaşılmaktadır. Bu sebeplerin, yine heteroseksüel matris üzerinden tanımlanan kamu düzenini koruma meşru amacına yöneldiği görülmektedir. Mahkemenin içtihatlarında belirttiği üzere, cinsiyet temelli farklı muamelede kamu makamlarının takdir yetkisi dardır; bu yüzden sunulan gerekçelerin otomatik olarak kamu düzeninden sayılmaması ve titizlikle incelenmesi gerekir.⁷⁷⁷ Diğer yandan, bu tür, trans varlığını yadsıyan ve onları haklarını kullanmak istediğinde cinsiyet değiştirmeye zorlayan amaçların demokratik toplumda “meşru” kabul edilemeyeceği yukarıdaki bölümlerde tartışılmıştı. Dolayısıyla, meşru amacın bu şekilde belirlenmesinin farklı muameleyi gerekçelendirmeye *yetmemesi* bir yana, bizatihi ayrımcı olduğu sonucuna ulaşmak gerekir. Ancak, burada her iki kararda da ayrımcılık yasağının ihlaline karar verilmesi gerektiğine yönelik ek gerekçe sunan Engin Yıldırım’ın karşı oyuna da parmak basmak gerekir.

Engin Yıldırım’a göre, “*elbette, kişinin kendi cinsiyet kimliğini belirleme hakkıyla toplumun ve hukukun o kişinin cinsiyetiyle ilgili algısının dengelenmesi gereklidir*”.⁷⁷⁸ Yıldırım’ın Mahkemenin cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıktan bahseden ve Mahkemeyi Anayasa’nın 10. maddesi kapsamında inceleme yapmaya düzenli olarak çağıran tek üyesi olmasına rağmen, toplumun kişiler üzerindeki cinsiyet algısını meşru amaç sayması şaşırtıcıdır. Bir an için ve genel anlamda, devletin düzeni

⁷⁷⁵ AYM, H.K. Başvurusu, § 11.

⁷⁷⁶ Mahkeme, “kadın ismi” ifadesi yerine başvuruçunun almak istediği “Sanem olarak” ifadesini kullanmıştır. AYM, Turgay Karaca Başvurusu, § 10.

⁷⁷⁷ AYM, Ayşe Tezel ve Diğerleri Başvurusu [GK], Başvuru No: 2018/14186, Karar Tarihi: 20.10.2022, § 91.

⁷⁷⁸ AYM, H.K. Başvurusu, Engin Yıldırım Karşı Oyu, § 23, AYM, Turgay Karaca Başvurusu, Engin Yıldırım Karşı Oyu, § 18.

sağlamak, hâkimiyeti altındakilere hizmet sunabilmek ve hatta ayrımcılık yasağının pozitif yükümlülüğü bakımından gerekleri yerine getirebilmek için nüfus bilgilerini kayıt altına almasının kamu düzeninden sayılması, bu kayıtların korunmasındaki hassasiyetin de bunun üzerinden açıklanması anlaşılabilir. Ancak kamu düzenine yönelik genel geçer ihtiyaçlar hukuki sorunu çözümlmek için yeterli değildir. Konu, kişilerin *cinsiyet kimlikleri* bağlamında *isim haklarını* kullanmasıdır. Devlet mevcut sistemde kişilerin cinsiyet bilgisini otomatik olarak veri sistemine zaten işlemektedir. Öyleyse devletin, kişilerin cinsiyet bilgisini toplaması geçerli bir ihtiyaç sayılacaksa bile, bu ihtiyacı cinsiyet hanesiyle giderdiği açıktır. Diğer bir deyişle, devletin nüfus sicilinde cinsiyet bilgisini işlemişken isim üzerinden tekrar bir ‘cinsiyet algısı’ oluşturması gerektiğini savunmak ikna edici değildir.

Meşru amacın bu şekilde varsayılmasındaki daha büyük sorun, Yıldırım’ın devletin yanında toplumun da böyle bir gereksinime sahip olmasını normalleştirmesi ve üstelik bunu hukukten ileri sürülebilecek bir argüman haline getirmesidir. Toplumun bireylerin isimleri üzerinden onların cinsiyetine yönelik algısını belirlemek konusunda bir ihtiyacı olduğunu kabul etmek, heteroseksüel matris üzerinden belirlenen *cinsiyet normlarının* korunmasının meşru amaç olarak sunulması demektir. Zira isim üzerinden ‘ihtiyaç duyulabilecek’ ve belirlenebilecek cinsiyet algısının biyolojik cinsiyetle ilgisiz olduğu aşıkardır. Başka bir ifadeyle, bu anlamda ihtiyaç duyulduğu ileri sürülen algı, *cinsiyete* değil, *cinsiyet normlarına* yöneliktir.

Cinsiyet normları ise kişilerden o cinsiyete atanan davranış biçimlerine ve rollerine göre hareket etmesinin beklenmesi; diğer yandan kişilere de cinsiyetine göre davranılmasını ifade eder. Diğer bir deyişle, meşru amacın bu şekilde açıklanması, cinsiyet rollerinin hukukten korunması gereken bir değer olduğu ve toplumdaki bireylerin de birbirleriyle kadın ve erkek rollerinin yarattığı kategorik roller üzerinden sosyalleşmesinin zorunlu olduğu imasını taşır. Halbuki, cinsiyet kimliği çeşitliliklerinin yasal olarak tanınması meselesi bir yana, kişilerin toplum içerisinde ait olduğu (cinsiyet) gruba göre muamele görmesi gerektiğinin ve bu yüzden de toplumun hangi gruba ait olduğunun bilinmesine yönelik bir ihtiyacı olduğunun kabulü, ayrımcılık pratiklerinin ‘mantığı’ni içten içe normalleştirir. Ayrımcılık yasağının ihlaline yönelik görüş savunulurken dahi olsa, translara yönelik müdahalelerin meşru

amacının heteroseksüel matriste aranması, ayrımcılık bakımından yapısal sorunları besleyen bir yaklaşımdır.

Buna karşılık, Engin Yıldırım'ın orantılılık ilkesi bakımından yaptığı tespit, Mahkemenin ayrımcılık yasağı bakımından yapacağı olası bir incelemede meşru amacı heteroseksüel matrise dayandırsa dahi ayrımcılık yasağının ihlali sonucuna ulaşması gerektiğini ortaya koymaktadır. Nitekim Yıldırım'a göre, başvuruçular açısından isim hakları ile cinsiyetleri arasında kurulan ilişkinin vücut bütünlüğü bakımından doğurduğu olumsuz sonuçlar, kamusal menfaatler ile kişisel menfaatler arasında “makul bir denge” kurulmasını imkânsız kılmaktadır. Elbette feminist bakış açısından, dengesizliği yaratan ilk husus zaten isim ile cinsiyet kimliği arasında kurulan yapay bağıdır. Üstelik bu bağ, yukarıda meşru amaç bakımından getirilen eleştirilerin haricinde, mevcut hukuk sisteminde heteroseksüel matrisin devamlılığı açısından endişe duyanlar için dahi anlamsızdır. Zira hukukun, kişilik hakkı bağlamında getirdiği koruma haricinde, konulan isme bağladığı herhangi bir hukuki sonuç yoktur.

Söz gelişi, Süreyya ile Suat isimlerine sahip kişilerin birlikteliğinde⁷⁷⁹, ekseriyetle Süreyya'nın ‘kadın’⁷⁸⁰, Suat'ın ise ‘erkek’⁷⁸¹ ismi olmasına karşılık nüfus sicilinde Süreyya'nın erkek, Suat'ın da kadın olması hiçbir şeyi değiştirmez. Bu durum, heteroseksüel matrise alışkın kişiler açısından bir ‘zihin karışıklığı’ yaratacaksa da hukuk açısından onların evlenmesi için isimlerinin ne olduğu önemsizdir. Evlenme haklarını kullanabilmeleri için gerekli olan tek şey nüfus sicilinde *farklı* cinsiyetlere sahip olmalarıdır.⁷⁸² Keza isimleri, Süreyya'yı askerlik görevinden muaf tutmayacağı gibi Suat'ı da erken emeklilikten mahrum bırakmaz. Dolayısıyla, isimle cinsiyet arasındaki ilişki öylesine zorlamadır ki bunlar arasında denge kurmak ve bunu hukuk çerçevesinde açıklayabilmek mümkün gözükmemektedir. Diğer yandan, Mahkeme açısından orantısızlığı tespitte daha kolay olan seçenek, cinsiyet kimliği vasıtasıyla isim değiştirme hakkının ameliyat şartına

⁷⁷⁹ Mehmet Rauf'un Eylül isimli romanından esinlenilmiştir. Bakınız Mehmet Rauf, **Eylül**, İstanbul: Can Yayınları, 2019.

⁷⁸⁰ Bakınız Nişanyan Kişi Adları Sözlüğü, “Süreyya”, <https://www.nisanyanadlar.com/isim/Süreyya>, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

⁷⁸¹ Bakınız Nişanyan Kişi Adları Sözlüğü, “Suat”, <https://www.nisanyanadlar.com/isim/Suat>, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

⁷⁸² Bu değerlendirme, mevcut hukuk sisteminin sınırları çerçevesinde yapılmıştır. İlk bölümde ortaya konduğu üzere, bu çalışmanın bakış açısına göre evliliğin karşıt cinsiyetle şartlanması eşitliğe aykırıdır.

bağlanmasının değerlendirilmesidir. Nitekim, kişilerin isim değiştirme taleplerinin denetiminde kamusal menfaat ne olursa olsun isim konusunun vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleyi haklı ve orantılı çıkaracak bir ağırlık taşımadığı aşıkardır.

Neticede, trans başvuruçuların ad değişikliği taleplerinin reddinin incelendiği bu başvurularda ayrımcılık yasağının incelenmemesi, tek sorun değildir. Elbette bu eksiklik, Mahkemenin başvuruçuların şikayetlerini isim değişikliğine yönelik yargılamalardaki alelade sorunlar gibi ele almasından kaynaklandığı ve devletin ayrımcılık yasağı bakımından pozitif ve negatif yükümlülüklerini gündeme getirmediği için tek başına önemlidir. Ancak, bu bölümdeki incelemeyle dikkati çekilmesi istenen, sadece Mahkemenin eşitsizliğe gözünü kapatması değil, aynı zamanda ayrımcılık yasağının başlı başına ihlali niteliğinde değerlendirilebilecek ya da en azından yargısal makamlar tarafından yeni tür ihlallere hukuki zemin hazırlayan gerekçelerle karar tesis etmesidir. Böylece, kararların ‘görünürdeki objektifliği’nin heteroseksüel matrisin öznelliğinden ibaret olduğu ve Mahkemenin ayrımcılık deneyimlerine karşı ‘sessizliği’nin ise cinsiyet kimliği eşitliğine yönelik taleplerin yüksek sesle reddini ifade ettiği bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

B. Soyadı

Evli kadının soyadı meselesi, çalışmada incelenen diğer kararlardaki hukuki sorunlardan önemli ölçüde ayrılan özellikler taşımaktadır. Öncelikle, mülga Medeni Kanun’un 153. maddesinde ve Türk Medeni Kanunu’nun yakın zamanda iptal edilen 187. maddesinde öngörülen evlenen kadının soyadındaki zorunlu değişiklik, evlilik birliğinin sonuçlarındandır. Çalışmanın birinci bölümünde vurgulandığı üzere, TMK madde 134, evlilik birliğinin taraflarından birinin (nüfus sicilinde) kadın, diğerinin ise (nüfus sicilinde) erkek olmasını şart koşar. Evliliğin devamında da cinsiyetlerin farklılığının korunması beklenir ve böylece hukukun *tanıdığı* heteroseksüel birlikteliğin hukukun *tanımadığı* homoseksüel birlikteliğe dönüşmemesi garanti altına alınır. Nitekim TMK madde 40’ın cinsiyet geçiş sürecinin en başında kişilerin evli olmaması şartını bu yüzden aradığı yukarıda belirtilmiş ve kanun koyucunun yaklaşımı ortaya konulmuştu. Bu yüzden, evlilik birliğinin hükümlerinden bahsedildiğinde, zaten heteroseksüel matrisin cinsiyet tanımlarına göre kurulan bir ilişkinin hukuki sonuçları kastedilmekte ve heteroseksüel matrisle sınırlandırılmış bir alan konu edilmektedir. Dolayısıyla, hukuki sorun artık heteroseksüel matrisin cinsiyet

kimliğini ya da cinsel yönelimi nasıl belirlediğinden ziyade cinsiyet rollerini nasıl tanımladığıyla ilgilidir. Zira evli kadının soyadı, *evli bir kadının* hem evlilik birliği hem de genel olarak toplum içerisindeki konumu ve ondan beklenen davranış biçimlerine yönelik kayda değer mesajlar taşır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi de evli kadının soyadı hakkındaki kararlarında, kaçınılmaz olarak, cinsiyet rollerine bakış açısını ortaya koymuş ve böylece heteroseksüel matrisin çalışmada henüz üzerinde durulmamış olan başka bir yönünü ele almıştır.

Evli kadının soyadı konusunu ayıran başka bir özellik, bunun çalışmada incelenen diğer hukuki sorunlara nazaran çözüme kavuşmuş gözükken ve uzun geçmişine rağmen üzerine artık konuşulmasına gerek kalmadığı izlenimini veren bir konu olmasıdır.⁷⁸³ Anayasa Mahkemesi, konuyu ilk defa 29 Eylül 1998 tarihinde, mülga Medeni Kanun döneminde vermiş olduğu bir norm denetimi kararıyla ele almış ve evlenen kadının eşinin soyadını kullanması zorunluluğunu Anayasa'ya uygun bulmuştur.⁷⁸⁴ 2004 yılında AİHM'in *Ünal Tekeli/Türkiye*⁷⁸⁵ kararında evli kadının eşinin soyadını kullanması zorunluluğunu Sözleşme'nin sırasıyla özel hayata saygı hakkı ile ayrımcılık yasağını düzenleyen 8. ve 14. maddelerinin ihlali olduğuna karar vermesi ardından, kuralın Anayasa Mahkemesine taşınması halinde iptal edileceği beklentisi doğmuş, ancak ne yazık ki bu beklenti Mahkemenin kararıyla boşa çıkmıştır. Nitekim Mahkeme, mülga Kanun'daki kuralı aynen tekrarlayan TMK madde 187'nin Anayasa'ya uygunluğunu incelediği 10 Mart 2011 tarihli kararında önceki içtihadını takip etmiş ve kuralı Anayasa'ya uygun bularak ona Anayasa'nın 152. maddesinin Anayasa'ya aykırılık iddiası işin esasına girilerek reddedilen kurallar için sağladığı on senelik korumayı vermiştir. Üstelik bu karar verildiği tarihten yedi ay on gün sonra, 21 Mart 2011 tarihinde Resmî Gazetede yayımlandığı ve Anayasa'nın 152. maddesi on yıllık sürenin ilgili kararın Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra başlayacağını düzenlediği için, söz konusu on yıllık koruma fiilen on yıl yedi aya dönmüştür.

⁷⁸³ Bu konuda çok fazla çalışma mevcuttur. Ancak, kadının soyadına ilişkin gelişmeleri açıklayan ve değerlendiren birkaç çalışma için bakınız Nazan Moroğlu, “Kadının Kimlik Sorunu ‘Kadının Soyadı’”, **Türkiye Barolar Birliği** Dergisi, Vol. 99, 2012, ss. 245- 268., Seda İrem Çakırca, “Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Vol. 70(2), 2012, ss. 145-164., Saibe Oktay-Özdemir, “Kadın Eşin Soyadına İlişkin Ataerkil Düzenlemeye Yargı Eliyle Yapılan Düzeltme”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Hazal Tolu Yılmaz, Doğan Kara, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 5**, İstanbul: On İki Levha, 2024, ss. 397-412.

⁷⁸⁴ AYM, E.1997/61, K. 1998/59, Karar Tarihi: 29.9.1998.

⁷⁸⁵ AİHM, *Ünal Tekeli/Türkiye*, Başvuru No: 29865/96, Karar Tarihi: 16.11.2004.

Bununla birlikte, bireysel başvurunun kabulüyle konu, Anayasa Mahkemesinin önüne yeniden taşınabilmiş ve Anayasa Mahkemesi ilk defa *Sevim Akat Eşki* başvurusu ile evli kadının evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanamamasının Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme, 19 Aralık 2013 tarihinde verdiği bu karardan sonra sırasıyla 2014 ve 2015 yıllarında karara bağladığı *Gülsim Genç ve Neşe Aslanbay Akbıyık* başvurularında da TMK madde 187'nin uygulanmasının Anayasa'nın 17. maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir. Bu durum, evli kadının soyadı bakımından hukukumuzda ikili bir durum yaratmıştır. Zira TMK madde 187, bir yandan Anayasa'ya aykırılığı 21 Mart 2021'e kadar tekrar ileri sürülemeyen ve Anayasa'ya "uygun" bir kural iken, diğer yandan uygulanması Anayasa'nın 17. maddesini ihlal eden bir kural haline gelmiştir.

Anayasa'nın 153. maddesine göre Anayasa Mahkemesi kararlarının tümü⁷⁸⁶ bağlayıcı olduğu için, Mahkemenin evli kadının soyadı bakımından verdiği norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarının *birlikte* uygulaması bu ikiliği devam ettirmiştir. Şöyle ki, evlendikten sonra sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmak isteyen kadınlara, evlenme başvurusu esnasında TMK madde 187'nin tanıdığı sadece eşinin soyadını kullanmak ya da evlenmeden önceki soyadını eşinin soyadıyla birlikte kullanmak şeklindeki iki seçenekten başka seçenek tanınmamıştır. İdari makamların gözünde, *Ünal Tekeli* kararı bağlamında AİHS'in 8. ve 14. maddeleri ya da Anayasa Mahkemesinin kararları uygulamak zorunda olmadıkları ya da bilmedikleri 'ilgisiz' bir bilgi; buna karşılık TMK madde 187 bağlı oldukları kanun maddesi olarak kalmıştır. Bu yüzden, evlenmeden önceki soyadının yanında eşinin soyadını kullanmak istemeyen kadınların tek çaresi, aile mahkemesinde Nüfus Müdürlüğü'nün yanında eşlerini de hasım gösterecekleri bir dava açmak olmuştur.

⁷⁸⁶ Bireysel başvuru kararlarının da objektif etkiye sahip olduğuna ilişkin görüş için bakınız Zafer Gören, "Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)", *Anayasa Yargısı*, Vol. 11, 1994, s. 102., Ece Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, ss. 17-20., Ulaş Karan, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, s. 125., Tolga Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha, 2013, s. 70., Mahkemenin yapısal sorunlardan doğan ihlallerin giderilmemesi ve benzer ihlallerin tekrarlanması karşısında verebileceği karar türlerini bireysel başvuru kararlarının objektif etkisi kapsamında inceleyen bir çalışma için bakınız Ece Göztepe, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı*, Vol. 38(1), 2021, ss. 43-83.

Sevim Akat Eşki başvurusundan sonra Anayasa Mahkemesinin önüne bu konunun *Gülsim Genç* ve *Neşe Aslanbay Akbıyık* başvuruları ile tekrar taşınması, derece mahkemelerinin de ilk başta bireysel başvuru kararlarının objektif bağlayıcı etkisini yadsıdığını ve AIHS’in ihlali pahasına TMK madde 187’ye sadık kaldıklarını göstermektedir. Ancak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30 Eylül 2015 tarihli kararından⁷⁸⁷ sonra aile mahkemeleri, evlendikten sonra sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmak isteyen davacıların davasını kabul etmeye başlamıştır. Böylece, evli kadınlar için evlenmeden önceki soyadlarını aynen devam ettirmek, dava yoluyla kullanabilecekleri bir hak haline gelmiştir. Bu durum, Anayasa Mahkemesinin 22 Şubat 2023 tarihinde TMK madde 187’yi iptal etmesiyle değişmişse de ikili durum uzun bir süre daha devam etmiştir. Zira Mahkeme iptal kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Kararın verilmesinden ancak iki ay sonra, 28 Nisan 2023 tarihinde, Resmî Gazetede yayımlanması ise kurala on bir aylık fiili geçerlik kazandırmıştır.

Ne var ki, 28 Ocak 2024 tarihinde TMK madde 187 yürürlükten kalkmış olsa dahi evli kadının soyadı meselesinin gündemi uzun bir süre daha meşgul etmesi olasıdır. Bu ihtimali anayasa yargısı bakımından yaratan sebep, aşağıda inceleneceği üzere Anayasa Mahkemesinin iptal kararını dokuza karşı altı oyla vermesidir. Mahkemenin üye dağılımına ve üyelerinin görev sürelerine bakıldığında, karşı oy veren üyelerin azınlık görüşünün pek yakında Mahkemenin çoğunluk görüşüne dönüşmesi mümkün gözükmemektedir.⁷⁸⁸ Zaten bu kararın çoğunluk görüşü de 2011 yılında on yediye karşı sekiz oyla verilen ret kararının karşı oylarında ileri sürülen

⁷⁸⁷ Yargıtay HGK, E. 2014/889, K. 2015/2011, Karar Tarihi: 30.9.2015, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 10 Şubat 2024).

⁷⁸⁸ Örneğin, görev süresi 30 Ocak 2024 tarihinde dolan Muammer Topal yerine Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa’nın 146 ve 147. maddeleri gereğince Danıştay Genel Kurulunca gösterilen üç aday arasından Danıştay Üyesi Yılmaz Akçıl, 31 Ocak 2024 tarihinde Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiştir. Bakınız Resmî Gazete, Anayasa Mahkemesi Üyeliğine Seçme Kararı, Sayı: 32446, 31 Ocak 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2024/01/20240131-12.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 12 Şubat 2024). Akçıl, Danıştay’ın İstanbul Sözleşmesi’nden çıkılmasına ilişkin kararı hukuka uygun bulan Dairenin başkanıdır. Anayasa Mahkemesi üyeleri Zühtü Arslan ve Muhammed Emin Kuz’un görev süreleri ise sırasıyla 19 Nisan 2024 ve 12 Mayıs 2024 tarihlerinde dolmuş ve böylece görevdeki Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın seçtiği üye sayısının Mahkeme üyelerine oranı da giderek artmıştır. Cumhurbaşkanının, çalışmanın tamamlandığı gün itibarıyla, Anayasa Mahkemesine seçtiği son üye, Yükseköğretim Kurulunca gösterilen üç aday arasından Ömer Çınar olmuştur. Bakınız Resmî Gazete, Anayasa Mahkemesi Üyeliğine Seçme Kararı, Sayı: 32523, 20 Nisan 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2024/04/20240420-33.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2024). Çınar, 22 Nisan 2024 tarihinde göreve başlamıştır.

azınlık görüşüdür. Dolayısıyla, ulaşılan karara yönelik bir uzlaşmanın olmaması ve kararın ufak bir oy farkıyla çıkması, kararın arkasındaki görüşten dönüşü de kolaylaştırmaktadır. Söz konusu olasılığın bu konu özelindeki anlamı, evli kadının eşinin soyadını kullanmasını zorunlu kılan benzer bir kuralın yasalaşması halinde bunu Anayasa'ya aykırı görmeyecek bir Mahkeme yapısıyla karşılaşılabilecek olmasıdır. Genel anlamı ise, azınlık görüşün kadınların eşitlik taleplerine yönelik direncinin çoğunluk görüşü haline geldiğinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının -en azından cinsiyet temelli- ayrımcılığı yok saymasının ve normalleştirmesinin Mahkemenin önüne gelecek diğer konulara da kolaylıkla sirayet etmesidir.

Diğer yandan, bu ihtimali kuvvetlendiren asıl sebep ise, basına “9. Yargı Paketi” olarak yansıyan kanun hazırlığında TMK madde 187’nin lafzını bire bir tekrarlayan ve evli kadına kendi soyadını kullanmaya devam etme imkânı tanımayan bir kural üzerinde çalışılmasıdır.⁷⁸⁹ Öyle gözükmektedir ki, yasama organı Anayasa Mahkemesinin iptal kararının etkisinden yeni bir yasa ile kurtulmayı hedeflemekte ve evli kadının mutlaka eşinin soyadını kullanması gerektiğine yönelik kanaatini sürdürmektedir.⁷⁹⁰ Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını zayıflatacak ve Anayasa’yı adeta dolanarak hukuk devleti ilkesini tahrip edecek bu ihtimal, iptal kararından önceki “ikili” durumun da gerisine düşmek anlamına gelebilecektir.⁷⁹¹ Zira bu durumda, önceki kuralla tamamen aynı içerikte olsa dahi “yeni” bir kanun

⁷⁸⁹ Bakınız Eşitlik, Adalet, Kadın Platformu, “9. Yargı Paketi Taslağı: Kadınlar Bekarlık Soyadlarını Tek Başına Kullanamayacak”, 14 Mayıs 2024, <https://esitlikadaletkadin.org/9-yargi-paketi-taslagi-kadınlar-bekarlık-soyadlarını-tek-basına-kullanamayacak/>, (Son Erişim Tarihi: 20 Mayıs 2024). Anayasa Mahkemesinin iptal kararının Nüfus Müdürlükleri tarafından uygulanmadığını ve iptal edilen kanun yürürlükteymiş gibi davranıldığını da not düşmek gerekir. Bakınız Bianet, “EŞİK: Tüm kadınları soyadı hakkına sahip çıkmaya çağırıyoruz”, 6 Şubat 2024, <https://bianet.org/haber/esik-tum-kadınları-soyadı-hakkına-sahip-çıkma-ya-çagırıyoruz-291468>, (Son Erişim Tarihi: 19 Mayıs 2024).

⁷⁹⁰ Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının yasama organı için bağlayıcılığı sorunu ve yasama organının bu kararlara direndiği örneklerin bir incelemesi için bakınız Özen Ülgen, **Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri**, İstanbul: On İki Levha, 2016, s. 192.

⁷⁹¹ Yasama organının yeni bir kanun çıkarırken iptal kararının gerekçeleriyle bağlı olmadığını ve Anayasa’ya aykırılığı tespit edilen normla benzer/aynı nitelikte norm düzenleyebileceğini savunan görüş için bakınız Ömer Anayurt, **Anayasa Hukuku Genel Kısım**, Ankara: Seçkin, 2019, s. 733., Abdurrahman Eren, **Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar, Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2020, s. 1076. Elbette değişen koşullar ve ihtiyaçlar çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçeleri anlamını yitirebilir veya daha önce Anayasa’ya aykırı bulunan bir kural Anayasa’nın güncel yorumuyla artık Anayasa’ya uygun bulunabilir. Bu anlamda, gerekçelerin bağlayıcılığı hukukun mutlaka dondurulması anlamına gelmez. (Gerekçelerin yasama etkinliklerini yönlendirmesi fikrine bunun “toplumun doğal hukuki gelişimi”ni donduracağı sebebiyle karşı çıkan görüş için bakınız Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 412.) Ancak, iptal kararının hemen ardından ya da koşullarda herhangi bir değişiklik olmaksızın ve buna yönelik olarak Mahkemenin gerekçelerine dair bir cevap verilmeksizin aynı kuralın yasalaşması da hukuk devleti ilkesi açısından kabul edilemez bir uygulamadır. Bu halde, yasamanın Mahkemenin gerekçeleriyle bağlı olmadığını kabul etmek, Anayasa Mahkemesi kararlarını etkisizleştirecektir.

maddesinin varlığı karşısında derece mahkemelerinin tavrı değişebilecektir. Mahkemelerin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ya da Anayasa Mahkemesinin TMK madde 187 bağlamında verdikleri kararlarının mevcut kuralla ilgili olmadığına karar vermeleri ve bunları uygulamamaları, Türkiye’deki AİHS ve AYM kararlarını uygulamama yönündeki yargı pratiği⁷⁹² ve evli kadının soyadı meselesinin tarihçesi göz önünde bulundurulduğunda, hiç de şaşırtıcı olmayacaktır.

Neticede, evlenen kadının soyadı hakkı bakımından ortada çözülmüş bir mesele olduğu sonucuna ulaşmak ya da bu sonucun konforuna yaslanmak için henüz erken olduğunu kabul etmek gerekir. Öte yandan, mevcut konu bakımından değinilen yakın ve gerçek ihtimaller bir yana bırakılıp feminist teori açısından bakıldığında, eril tahakkümle çevrili bir hukuk sisteminde kadınların hak kazanımlarının kesinlik ve değişmezlik kalkanına sahip olmadığı da fark edilecektir. Bu yüzden, ‘üzerine çok söz söylenmiş’ bu konunun *ısrarla* çalışılması, feminist bir tercihtir. Her ne kadar çalışmada incelenmek üzere seçilen kararlar Mahkemenin heteroseksüel matrise bakış açısını ortaya koyabilmek için örneklem olarak alınmışsa da çalışmanın geri kalanında, evli kadının soyadı meselesinin bir örüntünün parçası olmanın yanında taşıdığı ihtimalleri ve bunların anlamını da göz önünde bulundurmakta fayda vardır.

1. Norm Denetimi

Anayasa Mahkemesinin evli kadının soyadını esastan incelediği ilk karar, 29 Eylül 1998 tarihinde verilmiştir. Dava konusu kuralın, mülga Medeni Kanun’un 153. maddesinin, TMK madde 187 ile bire bir aynı olduğuna yukarıda işaret edilmişti. Bu açıdan 1998 tarihli karar, TMK’nin kabulünden sonra verilen kararların başlangıç niteliğindedir. Ancak, bu kararla 2011 ve 2023 yıllarında verilen kararları salt Mahkemenin gerekçeleri üzerinden karşılaştırmak, bağlamından kopuk ve hatalı değerlendirmelere sebep olacaktır. Zira Mahkemenin bu kararı verdiği tarihteki Anayasa ve mevzuat, önemli ölçüde farklıdır. Mülga Medeni Kanun’un evlilik birliğinin hükümlerindeki tek sorun, evli kadının soyadı değildi. Kanun’un 152.

⁷⁹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin henüz yerine getirilmeyen kararlarına ilişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulunun izleme raporu için bakınız Council of Europe The Committee of Ministers Department for the Execution of Judgements of the European Court of Human Rights, “Turkey: Main Issues Before the Committee of Ministers-Ongoing Supervision”, <https://rm.coe.int/mi-turkey-eng/1680a23cae>, (Son Erişim Tarihi: 12 Şubat 2024.) Anayasa Mahkemesi kararlarının icrasına ilişkin soruna ise yukarıda işaret edilmişti. Bakınız (n) 510.

maddesi, açıkça, “koca”nın evlilik birliğinin “reis”i olduğunu ve reisliğin “koca”ya hem evin seçimi için bir yetki verdiğini hem de “karı” ve çocuklarının geçinmesi için sorumluluk yüklediğini düzenlemekteydi. Kanun’un 154. maddesi ise, evlilik birliğinin temsilinin “koca”ya ait olduğunu belirlemekteydi. Diğer yandan, Kanun’un 159. maddesi⁷⁹³, Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine ve Anayasa’nın 49. maddesinde güvence altına alınan çalışma özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle 1990 yılında iptal edilene kadar, evli kadının çalışması için eşinin “sarahatan veya zımnen müsaade”sini aramaktaydı.⁷⁹⁴ Nitekim kadının eve bakması gerektiği ve “müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavin ve müşaviri” olacağı da Kanun’un evli kadının soyadını düzenleyen 153. maddesinde belirtilmişti. Dolayısıyla, Kanun, eşlerin eşitliğini açıkça reddeden ve evli kadını isminden istihdama katılımına kadar eşine tabi kılan bir anlayışa sahipti.⁷⁹⁵

Elbette, tüm bu kuralların evli kadının statüsü ve hakları bakımından ne dediğinin Anayasa Mahkemesinin evli kadının soyadına ilişkin kuralın Anayasa’ya aykırılığını incelediği norm denetimi kararıyla doğrudan ilgisi yoktur. Her halde, bir kanun maddesinin Anayasa’ya aykırılığında ölçü norm, başka bir kanun maddesi olamaz.⁷⁹⁶ Ancak, burada dikkat çekilmek istenen husus, mülga Medeni Kanun’daki düzenlemelerin çalışmanın ilk bölümünde eril tahakkümün ürettiği hukuka yönelik feminist eleştirilere örnek teşkil etmesidir. Bununla birlikte, bu eleştirileri de akılda tutarak mülga Medeni Kanun’un parçası olan sisteme bir bütün olarak bakıldığında, yasama organının kanun yaparken güttüğü kamu yararının eril tahakküm üzerinden belirlenmesine dönemin Anayasa kurallarının da açık bir engel oluşturmadığı görülecektir. Zira Anayasa Mahkemesinin bu kararı verdiği dönemde, Anayasa’nın eşitlik ilkesine ve uluslararası hukuka ilişkin kurallarında da önemli farklılıklar vardı.

⁷⁹³ c) Karının meslek veya sanatı

"Madde 159.- Karı koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun karı, kocanın sarahatan veya zımnen müsaadesi ile bir iş veya sanatla iştigal edebilir.

Kocanın izinden imtinaı halinde karı, kendisinin bir iş veya bir sanat ile iştigal etmesi birliğin veya bütün ailenin menfaati icabı olduğunu ispat ederse, bu izin, hâkim tarafından verilebilir.

Koca, karısının bir iş veya sanat ile iştigalden men ettiği takdirde keyfiyet kâtibiâdil marifetiyle ilân edilmedikçe, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez."

⁷⁹⁴ Bakınız AYM, E. 1990/30, K. 1990/31, Karar Tarihi: 29.11.1990.

⁷⁹⁵ Mülga Kanun’daki örneklerin artırılması mümkündür. Örneğin 743 sayılı Kanun, 98. maddesi ile erkek eşin ikamet adresinin kadın eşin ikamet adresi sayılacağını; 263. maddesi ile de velayet kapsamında anlaşmazlık halinde babanın oyunun geçerli olacağını düzenlemişti.

⁷⁹⁶ Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygunluk denetiminde esas alacağı ölçü normlar, öğretide “anayasallık bloku” olarak da adlandırılmaktadır. Bakınız Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993.

Her şeyden evvel, Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığı kuralı⁷⁹⁷ ile Anayasa'nın 10. maddesindeki kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu düzenlemesi⁷⁹⁸, Anayasa'ya sırasıyla 2001 ve 2004 yıllarında eklenmiştir. Şüphesiz, bu düzenlemeler Anayasa'ya eklenmeseydi dahi Anayasa'nın 10. maddesinin ilk fıkrasındaki eşitlik ilkesine ilişkin genel düzenleme, Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesini evli kadının soyadına dair kurula uygulaması için yeterli olurdu. Nitekim bu kararın karşı oyunda, Başkan Mustafa Bumin ile üyeler Yalçın Acargün ve Fulya Kantarcıoğlu, *“Alman Anayasası'nın 3. maddesinde olduğu gibi ‘kadın ve erkek eşit haklara sahiptir’ biçiminde somut bir kural yer almamakta ise de 10. maddedeki genel eşitlik tanımının bu ilkeyi de kapsadığı”*nı tartışmış ve dava konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesi ile güvence altına alınan cinsiyet temelli eşitliğe aykırı olduğu görüşünü savunmuşlardır.

Diğer yandan, aynı karşı oyda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 1994 yılında İsviçre aleyhine verdiği bir karara atıf yapılarak evli kadının soyadına yönelik bu tür müdahalelerin özel yaşama saygı hakkı ile ayrımcılık yasağının ihlali niteliğinde olduğu da vurgulanmıştır.⁷⁹⁹ Mahkeme, Anayasa'daki temel hak ve özgürlükler ile eşitlik ilkesini uluslararası yargı organlarının kararlarıyla birlikte yorumlamayı ve geliştirmeyi tercih etmemişse de bunu yasaklayan ya da engelleyen herhangi bir norm yoktur. Ancak, yine bu tarihte Anayasa'nın 90. maddesine henüz temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlarla ilişkisine yönelik bir düzenleme eklenmemiştir. Bu yüzden Mahkemeyi, evli kadının soyadına ilişkin kanun maddesi ile Divan kararı vasıtasıyla AİHS arasındaki çatışmayı değerlendirmeye itecek bir Anayasa kuralı da yoktur. Son olarak, bu tarihte Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenleyen 13. maddenin de henüz değişikliğe uğramadığını, özel sınırlama sebepleri ile ölçülülük ilkesinin Anayasa Mahkemesinin ilgili kuralın evli kadının özel hayata saygı hakkı ya da maddi ve manevi varlığı

⁷⁹⁷ 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 17. maddesiyle bu fıkranın sonuna “ve eşler arasında eşitliğe dayanır” ibaresi eklenmiştir.

⁷⁹⁸ 7.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'nın 10. maddesine “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” ibaresi eklenmiştir.

⁷⁹⁹ Kararın ismi anılmasa ve “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi” yerine “Avrupa İnsan Hakları Divanı” ismi kullanılsa da karşı oyda AİHM'in “*ismin kişinin kimliği anlamına geldiği, buna yapılan müdahalenin ailenin özel yaşamına müdahale sayıldığı, bu nedenle eşitlik ilkesine aykırı olduğu*”nu belirttiği söylenen kararı Burghartz kararıdır. Bakınız AİHM, Burghartz/İsviçre, § 24.

hakkına yönelik müdahalesini incelerken uygulayacağı bir güvence olmadığını not düşmek gerekir.⁸⁰⁰

Anayasa ve mevzuat düzeyindeki bu eksiklikler, heteroseksüel matrisin alışkanlığıyla birleştiğinde Mahkemenin *“kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı”* görüşü üzerinden dava konusu kuralın cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yaratmadığı sonucuna ulaşmasını kolaylaştırmıştır. Yine Mahkeme, bu kuralı meşru amaca dayandırırken, *“aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği”*ni geçerli bir sebep olarak kabul etmiş, *“kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir”* gerekçesiyle bu kuralın Anayasa’ya uygun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, bu karardaki gerekçesiyle örtüşen bir dil de kullanmış, evlenen kadının evlenmeden önceki soyadı için evlenmekle bekaretin kaybedileceği imasını taşıyan *“kızlık soyadı”* ifadesini tercih etmiştir. Mahkemenin 1998 yılında sahip olduğu zihniyetin, mülga Medeni Kanun’un yaklaşımına paralel olduğu; ‘koca’yı evin reisi kabul ettiği ve aile düzeniyle birlikte kamu düzenini de ‘koca’ya emanet ettiği anlaşılmaktadır. Bu anlayışta, evli kadın bir özne dahi değildir; aile birliğinin erkek eşe tabi alelade bir parçasıdır.

Neticede, 1998 tarihli kararın gerekçesine ve bağlamına bakıldığında, bugünün temel hak ve özgürlükler rejiminin çok gerisinde kaldığı görülür. Tam da bu sebeple, Mahkeme, görünürde objektiflik kisvesine dahi ihtiyaç duymadan kadınların ikincilliğini erkeklere hak görmüştür. Karar, eril tahakkümün kök zihniyetini apaçık ortaya koyduğu için şüphesiz kayda değerdir. Ancak, bu çalışma açısından, söz konusu kararın üzerinde daha fazla durulmayacaktır, çünkü bu karara yöneltilebilecek eleştiriler, Anayasal ve yasal bağlamın önemli ölçüde değişmesi sebebiyle tarihsel kalacak ve 2011 ile 2023 tarihinde verilen kararlarla kıyaslama yapılmasına müsaade etmeyecektir. Keza, bu kararın detaylıca incelenmesi, *bugünkü* eşitlik ve temel hak ve özgürlükler rejiminin feminist eleştiri ile geliştirilmesine de katkı sunamayacaktır.

⁸⁰⁰ Anayasa’nın 13. maddesi, 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesi ile değiştirilmiştir. 2001 değişikliği öncesinde temel hak ve özgürlüklerin *“Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle”* sınırlanabileceği öngörülmekteydi. Dolayısıyla Anayasa’nın ilgili maddelerindeki özel sınırlama sebepleri tek sınırlama sebebi değildi.

Bununla birlikte, evli kadının soyadını esastan inceleyen son iki kararın incelemesine geçmeden, 1998 tarihli kararda kuralı Anayasa Mahkemesine taşıyan derece mahkemesinin Anayasa’ya aykırılık kanaatini açıkladığı kısma özellikle dikkat çekmek gerekir:

*“Mahkeme başvuru kararında, (...) devlet ağırlıklı toplumlarda **örf, ahlâk ve benzeri gerekçelerle bireylerin özgür iç dünyalarının baskı altına alındığını, sindirilen özgürlük özlemlerinin kişilerin iç ve dış dünyalarını kararttığını, böyle bir toplum yapısında baskın çıkan erkeğin elindeki erki kadına ve çocuğa karşı kullandığını, buna karşılık, Avrupa'dan da esinlenen Türk kadınının kendi kimlik arayışına başladığını, bu onur mücadelesinin amacının erkeği dışlamak ve önüne geçmek olmayıp yanyana ve eşit şartlarda yürümek olduğunu, bundan böyle cinsiyet ayrımına son verilmesi ve dava konusu olayda olduğu gibi, kadın ve erkeğin uzlaşması halinde kadının soyadının aile soyadı olarak kayda geçilmesinin gerektiğini ne var ki, Medenî Kanun'un 153. maddesinin birinci fıkrasının bunu engellediğini, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 12. ve 17. maddelerine aykırılık oluşturduğunu ileri sürmektedir.**”⁸⁰¹*

Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin itiraz yoluna başvurma gerekçeleri, eşitlik ilkesinin yaşama geçmesinde feminist perspektifin önemini ortaya koymaktadır. Zira bu gerekçede, kadınlar üzerindeki kamusal alan baskısının özel alana sirayet ettiği ve onların manevi varlığını boğduğu tespit edilmekle kalmamış, erkeğin kadına üstün kılınmasının kadınların ve çocukların erkek şiddetine maruz kalmasının temel etmenlerinden biri olduğu tartışılmıştır. Bunların yanında kadınların isimleri vasıtasıyla “kimlik arayışı”nın bir onur mücadelesi olarak tanımlanması, konunun “kadın hakkı” olarak sınırlandırılmadan yapısal sorunun bir parçası olarak ele alındığını göstermektedir. Burada kadınların eşit varoluş taleplerinin kadın ve erkek arasında yeni bir hiyerarşi kurmaya yönelmediğinin vurgulanması ise dikkate değerdir. İçinde bulunulan dönem ve hukuk itibarıyla, eşitlik taleplerinin bir ‘tehdit’ olarak algılanmaması için yapılan bu açıklama, günümüzle de ilişkilendirilebilir gözükmektedir. Zira eril tahakküme dayalı toplumsal yapı ile bu yapıdan beslenip aynı zamanda onu besleyen hukuk sistemi, hala, kadın ve LGBTİ+ların eşitlik taleplerini

⁸⁰¹ AYM, E.1997/61. Kalınlaştırma vurgusu, yazara aittir.

tehdit olarak algılamaktadır. Doğrusu, feminizmin talepleri gerçekten de eril tahakküm için tehlikelidir. Ancak, feminizmin var olan tahakkümü sonlandırırken yeni bir tahakküm yaratmayı hedeflemediğinin özellikle ve açıkça ortaya konulması, mahkemenin alıntılanan gerekçelerinin en azından demokratik olduğunu iddia eden bir sistemde kolayca yabana atılamayacağını kanıtlamaktadır.

Çalışmanın geri kalanında, 2011 ve 2023 yıllarında verilen kararlar birlikte ve karşılaştırmalı olarak ele alınırken, Anayasa Mahkemesinin 1998 tarihli kararının üzerinde özellikle durulmayacaksa da derece mahkemesinin itiraz başvurusunun bu güçlü gerekçeleri, hareket noktası olacaktır. Nitekim eşitliğe yönelik değer yargısının erkeğin üstünlüğünden ibaret olduğu, bunu dile getirmekte hiçbir beis görülmediği ve hukukun da buna kolaylaştırıcı zemin sağladığı bir dönemde tartışılmış olan Anayasa'daki ilkelerin bu eşitlikçi yorumu, sorunun bugününe de ışık tutmaktadır. Bu yüzden, incelenecek kararlarda Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı tespit edilirken Mahkemenin 1998 yılında karşılaştığı ve günümüze kadar giderek güçlenen bu feminist argümanlara cevap verip vermediği sorusu da zihinleri meşgul etmelidir.

a) İncelenen Hak ve Kapsamına İlişkin Sorunlar

Anayasa Mahkemesi, aynı kuralı sırasıyla Anayasa'ya uygun ve aykırı bulduğu 2011 ve 2023 tarihli kararlarında Anayasa'ya aykırılık iddialarını ortak olarak Anayasa'nın 10. maddesi ile güvence altına alınan eşitlik ilkesi bakımından incelemiştir. İlk bakışta, eşitlik ilkesi bağlamında inceleme yapılması, kararın sonucu iptal ya da ret olsun, en azından sorunun özüne inildiğine yönelik bir izlenim vermektedir. Ancak, ayrımcılık yasağına ilişkin sorunlar bir sonraki başlıkta ayrıca tartışılacak olsa da ilginç olan, Mahkemenin hangi hak bağlamında eşitlik ilkesini incelediğinin her iki kararda da belirsiz olmasıdır.

Heteroseksüel matris açısından çalışmanın bu kısmına kadar yapılan inceleme, Mahkemenin özneye dair konularda Anayasa'nın 17. maddesi ile 20. maddesini bazen birlikte, bazense birini diğerini tercih edecek şekilde ölçü norm aldığını ortaya koymaktadır. Bireysel başvuruda da benzer bir durum söz konusudur. Bu yüzden, her ne kadar bu hakların koruduğu değerlerin toplamı AİHS'in tek bir maddesinde, 8. maddesinde, güvence altına alınmışsa da hakların farklı koruma alanlarına sahip

olduğu yukarıda tartışılmış ve Mahkemenin birini diğerine tercih ederken buna dikkat etmemesi eleştirilmiştir. Ancak, inceleme konusu iki kararda Mahkeme bu eleştiriye yöneltmeyi dahi mümkün kılmayan bir boşluk yaratarak evli kadınların kendi soyadlarını korumalarına yönelik çıkarlarını hangi hak kapsamında incelediğini açıklamamıştır.

Aslına bakılırsa, 2011 tarihli norm denetimi kararına hızlıca göz gezdiren biri için bu eleştiri yersiz ya da dayanaksız gözükecektir. Zira karar, incelemenin Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında yapıldığı yanlışlığını yaratacak şekilde kaleme alınmıştır. Karar metninde Anayasa'nın 20. maddesi hiç anılmamış, buna karşılık 17. maddesinin ilk fıkrasına yer verilmiştir. Bunun yanında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığının açıklandığı cümlede sayılan Anayasa maddelerinin (Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41. maddeleri) arasına 17. madde de dahil edilmiştir. Ancak, bu 'ipuçları', kararda incelenen hakkın izini arayanları Anayasa'nın 17. maddesine götürmek için yeterli değildir. Nitekim, Anayasa'nın 17. maddesi, sadece anılmış ve adeta araçsallaştırılmıştır.

Şöyle ki, Mahkemenin bir hak kapsamında gerçek anlamda inceleme yapabilmesi için öncelikle itiraz konusu kuralın o hakla ilişkisini kurması gerekir. Evli kadının soyadına yönelik müdahalenin de 17. madde kapsamında değerlendirilmesi, bu müdahalenin kadının maddi ve manevi varlığına nasıl ve ne ölçüde dokunduğu araştırmasını zorunlu kılar. Karardaki başlıca sorun, kadının soyadı ile maddi ve manevi varlığın korunması hakkı arasında böyle bir ilişkinin kurulmamasıdır. Kararda, soyadının kişinin *“kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur”*; *“vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı”* olduğu belirtilmiş, ancak evli kadının soyadına müdahalenin onların manevi varlığı açısından ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Halbuki itiraz konusu kuralın soyadının genel olarak korunması sorunu olarak ele alınması mümkün değildir. Zira kural, sadece *evlenen kadınlara* yönelik bir müdahale öngörmektedir.

Bununla birlikte, kural ile hak arasındaki bağın kurulmaması, gerekçedeki alelade bir noksanlık da değildir. Kararın bütününe detaylıca bakıldığında, Mahkemenin kadınların soyadlarını koruma hakkını onların manevi varlıklarını

bağdaştırmamakta ciddi bir çaba gösterdiği de anlaşılmaktadır. Zira Mahkeme “soyadı”nın kişiliğe ve kimliğe ilişkin olduğunu söylemenin yanında, “evli kadının soyadı” meselesinin *ailevi* yönünü de ısrarla ve özenle vurgulamıştır. Diğer bir deyişle, Mahkemeye göre, soyadı kavramsal açıdan bir “kişilik” meselesi olmakla birlikte evli kadının soyadı özelinde mevzubahis olan artık “kişilik” değil “aile”dir.

Nitekim Mahkeme, Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının metninden evvel, aynı paragrafta, Anayasa’nın 12. maddesindeki “*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*” hükmüne yer vererek bu hakkın ‘şartlı’ olduğunu ima etmiştir. Zira Mahkemeye göre, Anayasa bir yandan kişiyi “*temel hak ve hürriyetlerle donatırken*”, diğer yandan bunların kişinin “*topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı olan ödev ve sorumluluklarından ayrı düşünülmemeyeceğini*” belirlemiştir. Mahkemenin Anayasa’nın “içermek” anlamına gelen lafzını, “içkin” şeklinde açıklaması itiraz konusu kural bakımından konuya yaklaşımının önemli bir göstergesidir. Zira Mahkeme bu açıklamaların hemen ardından 17. maddeyle birlikte Anayasa’nın 41. maddesinin “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.*” şeklindeki ilk iki fıkrasını alıntılar. Böylece, Mahkeme, 12. madde üzerinden evli kadının soyadı meselesine uygulayacağı hak-sorumluluk denklemini kurmuştur. Buna göre, evli kadının manevi varlığı hakkı, ailenin huzur ve refahına yönelik sorumluluğundan ayrı düşünülmemeyecektir.

Bununla birlikte, Mahkemenin bu yaklaşımından “aile düzeni”ni, “kamu düzeni”nin bir parçası olarak kabul edip maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının sınırlandırılmasında meşru amaç olarak değerlendirdiği sanılmamalıdır. Bu halde, Mahkemeye yine Anayasa’nın 13. maddesinin lafzı hilafına “genel sınırlama sebebi”ne dayandığı eleştirisi yöneltmesi gerekirdi, ancak en azından kararın temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimi çerçevesinde incelenmesi mümkün olurdu. Gelgelelim bu kararda Mahkeme, evli kadının maddi ve manevi varlığını tanıyıp onun sınırlandırılmasını değerlendirmek yerine, kadının varlığını en

başından ailenin varlığı içerisinde eritmeyi tercih etmiştir.⁸⁰² Hangi hak bakımından inceleme yapıldığını belirsiz kılan husus da Mahkemenin “maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı” yerine “aile” kavramına odaklanmasıdır.

Nitekim, Mahkeme soyadının esasen bir “aile ismi” olduğuna dikkat çekmiş ve bunun “*kişinin kimliğini belirleme işlevi yanında*” aile ve soyun diğerlerinden ayırt edilerek belirlenmesine yaradığını belirtmiştir. Bu yüzden, Mahkemeye göre soyadına ilişkin kurallar, “*nüfus kayıtlarının düzenli tutulması*” ya da “*resmî belgelerde karışıklığın önlenmesi*” gibi ‘basit’ amaçlar kadar “*soyun belirlenmesi, ailenin korunması*” gibi ‘ulvi’ kamusal sebeplere dayanmaktadır.⁸⁰³ Zira Mahkeme için aile, “*kutsal bir kurumdur*”. Aileye kutsallık veren ise, “*ahlaki değerlerin, gelenek, görenek, dil, din ve diğer özelliklerin yaşandığı ve gelecek nesillere aktarıldığı*” bir yapı olmasıdır. Soyadı da “*aile birliği ve bütünlüğünün devamı*”nın simgesi olarak bu kutsal kurumun önemli bir aracı olarak açıklanmıştır. Görüldüğü üzere, ilk başta kişilik hakkının bir parçası olarak belirtilen soyadı, aile kavramı içerisinde giderek bir araca indirgenmiştir.

Mahkeme, aile kavramına ağırlık verirken kararda atıfta bulunduğu Anayasa’nın 41. maddesi kapsamında inceleme yapmaktan da kaçınmıştır. Ancak, bunun tek sebebi, bu maddenin 17. maddenin ödev ve sorumluluk ‘duvar’ı olarak kullanılması değildir. Mahkemenin bu tercihin altında yatan neden, 41. maddenin “aile” kavramı kadar “eş” kavramına da yer vermesi; eşleri birbirlerine eşit özne olarak kabul etmesidir. Zira bu madde, ailenin toplumun temeli olduğu ve korunması gerektiği düzenlemelerinden ibaret değildir; bu ‘kutsal’ kurumun eşler arasında eşitliğe dayandığını belirtir. Mahkemenin Anayasa’ya aykırılık iddiasını Anayasa’nın 41. maddesine sıklıkla atıfta bulunmasına rağmen bu madde bağlamında değerlendirmemesi de tam olarak bundandır. Mahkeme, madde metninde yer alan “eşler arasında eşitlik” ilkesini muntazam bir şekilde göz ardı etmiş ve bu maddeden sadece ailenin huzur ve refahının korunmasına azami önem verilmesi gerektiğini anlamıştır. Bu anlayış aynı zamanda ailenin eşlerin eşit ve ortak olarak kurulmasını yadsıdığı ve aileyi erkek eş ve soyu üzerinden tanımladığı için, daha eşitlikçi ve özgür

⁸⁰² Ailenin kararda bireyin hak ve hürriyetlerinin “*feda edildiği*” bir kurum olarak ele alındığı da söylenebilir. Bakınız Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, “Ad ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Vol.3(5), 2014, s. 17.

⁸⁰³ AYM, E. 2009/85.

yorumlanması mümkün olan “aile hakkı” yerine “aile” kavramına odaklanmıştır. Zira konuya aile hakkı bakımından yaklaşılması hem kadın eşin ailenin adının belirlenmesinde eşit hakka sahip olmasını ortadan kaldırmaz, hem de hak eksenine girildiği için aileye yüklenen geleneksel anlamla sınırlı değerlendirme yapılmasını zorlaştırırdı. Mahkemenin bu bakış açısı, karar boyunca “aile” kavramına sürekli gönderme yapmasına rağmen konuyu neden “aile hayatına saygı hakkı”nı düzenleyen Anayasa’nın 20. maddesi bağlamında incelemediğini ve üstelik bu maddeden hiç bahsetmediğini de açıklamaktadır.

Mahkeme, bu ‘seçici’liğini uluslararası hukukun insan hakları ve eşitliğe ilişkin temel metinlerine de uygulamıştır. Mahkemeye göre, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin (ESKHİS) sırasıyla 16. ve 10. maddeleri “*ailenin toplumun doğal ve temel unsuru olduğunu ve devlet tarafından korunması gerektiğini*” düzenlemekte, AİHS’in 8. maddesi ise aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını güvence altına almaktadır. Mahkemenin bu tespitleri elbette yanlış değildir, ancak çarpıtma yaratacak derecede eksiklik barındırır. Zira bu düzenlemelerin hiçbiri aile hakkını eşlerin haklarını yok sayarak ya da aile kavramını onu oluşturan kişilerin üstünde konumlandırarak tanımamıştır. Örneğin İHEB, 16. maddesinde aile hakkını düzenlerken, tıpkı Anayasa’nın 41. maddesi gibi, kadın ve erkeklerin evlenme hakkı bakımından ve evlilik süreci kadar evliliğin sona ermesinde de eşit hakları haiz olduğunu belirtmektedir.⁸⁰⁴ ESKHİS ise ailenin yüceltilmesinden ziyade, aile hakkının eşit bir biçimde herkes tarafından kullanılabilmesi için devletin pozitif yükümlülüklerini düzenlemektedir.⁸⁰⁵ Kaldı ki, Sözleşme’nin 2. maddesinde Sözleşme’de belirtilen hakların herhangi bir temelde ayırım gözetilmeksizin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Daha önemlisi, Sözleşme’nin 5. maddesi ise Sözleşme’deki herhangi bir hükmün tanınan hakların ya da özgürlüklerin ortadan kaldırılmasına ya da Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmasına müsaade edecek şekilde yorumlanmasını da yasaklamıştır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin

⁸⁰⁴ The United Nations General Assembly, “The Universal Declaration of Human Rights”. Resmî Gazete, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin Resmî Gazete ile Yayınlanması ve Yayımdan Sonra Okullarda ve Diğer Eğitim Müesseselerinde Okutulması ve Yorumlanması ve Bu Beyanname Hakkında Radyo ve Gazetelerde Münasip Neşriyatta Bulunulmasına Dair 9119 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

⁸⁰⁵ Resmî Gazete, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair 2003/5923 sayılı Karar, Sayı: 25196, 11 Ağustos 2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/08/20030811.htm#4>, (Son Erişim Tarihi: 12 Şubat 2024).

Sözleşme'nin bu hükmünü eşler arasında eşitliği erkek eş lehine bozmak için dayanak alması Sözleşme'ye aykırılık teşkil edecek bir değerlendirmedir.

Diğer yandan, Mahkemenin uluslararası metinlere atıf yaptığı kısımda AİHS'in 8. maddesini de bu bağlamda; özel hayata saygı hakkı yönünü göz ardı edip aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını düzenleyen bir hüküm olarak ele alması dikkat çekicidir. Mahkeme, kararın başka bir kısmında da AİHM'in evli kadının soyadı meselesini “*özel hayatın ve aile hayatının korunması ilkesi kapsamında*” incelediğini belirtmiş, böylece Mahkemenin özel hayata saygı hakkı yönünden yaptığı incelemeyi 8. maddenin genel başlığı ile gizlemiştir. Öyle ki AİHM kararlarını hiç bilmeyen biri, bu kararı okuduğunda AİHM içtihadında konunun aile hayatı kapsamında ele alındığını ve evli kadının soyadına yönelik sınırlamanın da ailenin korunmasına yönelik ihtiyaçlar üzerinden tanımlandığı yanılgısına düşebilecektir. Zira Mahkeme, kararın devamında AİHM'in taraf devletlere “*aile adları*”na yönelik sınırlamalarda “*kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak*” takdir yetkisi sağladığını da söyleyerek “*Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğü*”ne verdiği önceliği AİHM içtihadıyla desteklemek istemiştir.

Ancak, bunu yaparken Mahkeme AİHM'in ne Türkiye aleyhine verilen *Ünal Tekeli*⁸⁰⁶ kararını ne de bu konudaki diğer kararlarını⁸⁰⁷ anmayı tercih etmiştir. AİHM kararlarının Mahkemenin tespitleriyle uyuşmadığı göz önünde bulundurulduğunda, bu tercihin makul olduğunu teslim etmek gerekir. Zira AİHM'in bu konuyu Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında incelediği doğrudur, ancak Mahkeme bunu özel hayat kavramını yok sayarak ya da aile hayatını özel hayata önceleyerek yapmamıştır. Nitekim AİHM, ada ve soyadına ilişkin meselelerin “özel hayat” kapsamında olduğunu saptamıştır.⁸⁰⁸ Örneğin, 1994 yılında verilen *Burghartz/İsviçre* kararında, evli kişinin -bu kararda erkek eşin- soyadı konusunun kamusal yönleri olsa da mesleki bağlamda veya genel olarak diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını içerecek şekilde tanımlanan özel hayatla ilgili olduğunu ve bu yönden 8. madde kapsamına girdiğini açıkça ortaya koymuştur.⁸⁰⁹ *Ünal Tekeli* kararında da soyadı

⁸⁰⁶ AİHM, *Ünal Tekeli/Türkiye*.

⁸⁰⁷ AİHM, *Leventoğlu Abdulkadiroğlu*, AİHM, *Tuncer Güneş/Türkiye*, AİHM, *Tanbay Tüten/Türkiye*, AİHM, *Losonci Rose ve Rose/İsviçre*, Başvuru No: 664/06, Karar Tarihi: 9.11.2010.

⁸⁰⁸ AİHM, *Mentzen/ Letonya*, AİHM, *Henry Kismoun/Fransa*, AİHM, *Aktaş ve Aslaniskender/Türkiye*, Başvuru No: 18684/07, 21101/07, Karar Tarihi: 25.6.2019, § 42.

⁸⁰⁹ AİHM, *Burghartz/İsviçre*, § 24.

neticede bir aile adı olduğu için bir aileye bağlanma aracı olduğu kabul edilmiş ve iki hak “özel ve aile hayatına saygı hakkı” şeklinde madde başlığında olduğu gibi bir arada anılmışsa da bunun kişisel kimliği belirlemenin parçası olduğu açıklanmıştır.⁸¹⁰ Kararda Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında inceleme yapılacağı açıklanırken de *Burghartz* kararına atıf yapılarak aynı gerekçenin burada da geçerli olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, AİHM kararları da konunun ailevi yönünü göz ardı etmemiş, ancak Anayasa Mahkemesinin sunduğu gibi evli kişinin kimlik hakkını aile kavramı içerisinde boğmamıştır.

Feminist teori açısından bakıldığında, bu kararın hukukun bilimsel yöntemlerinin olduğu ya da belirli bir teknik ile uygulandığı argümanını tek başına çökertecek ya da en azından kötü bir örnek olarak zayıflatacak bir karmaşa ve belirsizlik içerdiğini söylemek abartı olmayacaktır. Üstelik bu karmaşa, heteroseksüel matrisin karardaki izlerini süremeyecek biri için bile aşıkardır. Zira Mahkemenin bu kararda yaptığı, konuyu kadının hakkı bağlamında tartışmamak için hak kategorilerinden kaçınmaktır. Bunun önemli olmadığı, çünkü Mahkemenin kararını açıkladığı “2., 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı değildir” cümlesine takılmadan bu cümlemin hemen öncesindeki iki paragrafa bakıldığında Mahkemenin eşitlik ilkesiyle ilgili bir değerlendirme yaptığı itirazı öne sürülebilir. Mahkemenin, böylece, Anayasa’nın 17. ya da 20. maddeleri bakımından inceleme yapmamışsa da konu bakımından daha büyük önem arz eden 10. madde kapsamında yaptığı inceleme ile bu eksikliği ‘telafi’ ettiği düşünülebilir. Ancak, bu hala Mahkemenin hangi hak bakımından inceleme yaptığını tespit etmeye yetmediği gibi eşitlik ilkesinin de hak bağlamında incelenmediğini ortaya koyar.

Nitekim Mahkemenin kendi içtihadına bakılırsa, eşitlik ilkesini açıkladığı her kararında daima yer verdiği eşitlik ilkesinin “hukuksal eşitlik” öngördüğüne ve “hukuksal durum” karşılaştırması gerektirdiğine yönelik açıklamaları, eşitlik ilkesinin değerlendirmesinden evvel o hukuki durumun, yani ilgili hakkın belirlenmesini zorunlu kılar. Elbette, ilgisi ve kapsamı belirlenen hak ile eşitlik hakkının incelemesi ayrı ayrı yapılabileceği gibi birlikte de yapılabilir, ama en nihayetinde eşitlik ilkesinin gerçek anlamda uygulanabilmesi ve kriterlerinin itiraz konusu kural bakımından değerlendirilebilmesi için kuralın hangi hakka dokunduğunun kesinleştirilmesi

⁸¹⁰ AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, § 42.

gerekir. Anayasa Mahkemesi yakın zamanda karara bağladığı *Ayşe Tezel ve diğerleri* başvurusunda, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin “somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerdığını” açıklamış ve ayrımcılık yasağının “Anayasa'da güvenceye bağlanan hak ve özgürlüklerden yararlanılması bağlamında bir etkiye sahip olduğundan maddi haklardan bağımsız olarak bir varlığa sahip olmayıp diğer hakların tamamlayıcısı mahiyetinde” olduğunu ortaya koymuştur.⁸¹¹ Mahkemeye göre, “ihtilaf konusu mesele Anayasa'daki diğer haklardan biri veya birkaçının kapsamına girmedikçe ayrımcılık yasağının uygulanması mümkün değildir”.⁸¹²

Bununla birlikte, eşitlik ilkesinin ya da ayrımcılık yasağının bir hak kapsamında incelenmesi sadece bireysel başvuru yolunda aranacak bir husus değildir; norm denetiminde de Mahkemenin eşitlik ilkesini hangi hak kapsamında incelediğini belirlemesi gerekir. Zaten Mahkemenin norm denetimi kararlarındaki uygulaması da bu yöndedir. Mahkeme, kararlarında eşitlik ilkesi bakımından Anayasa'ya aykırılık iddialarını incelerken eşitlik ilkesini hangi hak bağlamında incelediğini açıklamış, eşitlik ilkesini özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı⁸¹³, mülkiyet hakkı⁸¹⁴, çalışma hakkı⁸¹⁵, sosyal güvenlik hakkı⁸¹⁶, kamu hizmetine girme hakkı⁸¹⁷, eğitim ve öğrenim hakkı⁸¹⁸, seçme ve seçilme hakkı⁸¹⁹ gibi çeşitli haklar bağlamında ele almıştır. Dolayısıyla, kararda eşitlik ilkesinden bahsedilmesi tek başına bir şey ifade etmediği gibi ‘hukuk tekniği’ açısından ölçü norm/hak sorununu da ortadan kaldırmaz. Mahkemenin eşitlik ilkesi bakımından yaptığı değerlendirme bir sonraki başlıkta ayrıca eleştirilecektir, ancak burada eşitlik ilkesi bakımından yapılan

⁸¹¹ AYM, Ayşe Tezel ve Diğerleri Başvurusu [GK], § 65-66. AYM, Tuğba Arslan Başvurusu [GK] § 108; AYM, Nurcan Yolcu Başvurusu, Başvuru No: 2013/9880, Karar Tarihi: 11.11.2015, § 30., AYM, Gülbu Özgüler Başvurusu [GK], Başvuru No: 2013/7979, Karar Tarihi: 11.11.2015, § 37.

⁸¹² AYM, Nuriye Arpa Başvurusu, Başvuru No: 2018/18505, Karar Tarihi: 16.6.2021, § 43. Aynı yönde başka bir karar için bakınız AYM, Sevda Yılmaz Başvurusu, Başvuru No: 2017/37627, Karar Tarihi: 2.3.2023, § 45.

⁸¹³ Örneğin bakınız AYM, E. 2019/102, K. 2019/99, Karar Tarihi: 25.12.2019, § 23.

⁸¹⁴ Örneğin bakınız AYM, E. 2023/44, K. 2023/71, Karar Tarihi: 5.4.2023, § 18., AYM, E. 2021/129, K. 2022/33, Karar Tarihi: 24.3.2022, § 26., AYM, E. 2018/8, K. 2018/85, Karar Tarihi: 11.7.2018, § 41., AYM, E. 2023/93, K. 2023/191, Karar Tarihi: 8.11.2023, § 22., AYM, E. 2021/80, K. 2021/99, Karar Tarihi: 16.12.2021, § 55., AYM, E. 2021/62, K. 2023/89, Karar Tarihi: 4.5.2023, § 20.

⁸¹⁵ Örneğin bakınız AYM, E. 1990/30. Bu kararda Anayasa'nın 10. ve 49. maddeleri yönünden inceleme ayrı başlıklar altında yapılmış gözükse de içerik olarak eşitlik ilkesi çalışma hakkı bağlamında ele alınmıştır.

⁸¹⁶ Örneğin bakınız AYM, E. 2019/101, K. 2020/26, Karar Tarihi: 11.6.2020, § 25., AYM, E. 2022/15, K. 2022/73, Karar Tarihi: 1.6.2022, § 55.

⁸¹⁷ Örneğin bakınız AYM, E. 2018/104, K. 2020/39, Karar Tarihi: 16.7.2020, § 222.

⁸¹⁸ Örneğin bakınız AYM, E. 2016/205, K. 2019/63, Karar Tarihi: 24.7.2019, § 65.

⁸¹⁹ Örneğin bakınız AYM, E.2019/6, K. 2019/25, Karar Tarihi: 11.4.2019, § 20.

görünürde incelemenin kadınların isim hakkının tanınması ve Anayasa'daki haklar kapsamında koruma görmesi bakımından noksanlığı gidermediğini, aksine derinleştirdiğini not düşmek gerekir. Zira evli kadının soyadını koruyamamasının onun hangi haklarına nasıl dokunduğu ve ne gibi sonuçlar doğurduğu tespit edilmeden eşitsizlik sorununun tartışılabilmesi mümkün değildir.

Mahkeme soyadı meselesinde kadının hakkını anmama tutumunu, 2023 yılında verdiği kararda da sürdürmüş ve itiraz konusu kuralı Anayasa'nın 10. maddesine aykırı bulurken bir hak bağlamında inceleme yapmamıştır. Üstelik bu sefer, kuralı eşitlik ilkesi bakımından Anayasa'ya aykırı gördüğü için Anayasa'nın 17. ya da 20. maddeleri yönünden ayrıca incelemeyi de açıkça belirtmiştir. Diğer bir deyişle, bu kararda, Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41.maddelerini sayarak hepsini ölçü norm olarak incelemiş gibi davrandığı 2011 tarihli kararından farklı olarak, Anayasa'nın 10. maddesi haricinde herhangi bir madde bakımından değerlendirme yapmadığını Mahkemenin kendisi de kabul etmiştir. Bununla birlikte, kararın gerekçesine bakıldığında Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerine yer verildiği görülmektedir. Anayasa'nın 17. maddesine ise karşı oylarda değinilmesine rağmen kararın hiçbir kısmında atıfta bulunulmamıştır.

2023 tarihli kararda Mahkemenin dilinin ve gerekçelerinin eşitliğe dönük olduğunu kabul etmek gerekir. Bu kararda Mahkeme hem Anayasa'nın hem de yasaların kadınların eşitliği yönünde dönüşümünü açıklamış, bunlar vasıtasıyla aileye yönelik geleneksel ve onu kutsallaştıran bakış açısının etkisini giderek yitirdiğini göstermiştir. Diğer taraftan Anayasa'ya aykırılık sonucuna ulaşırken gerekçesinde AİHS'e ve AİHM kararlarına da önemli bir yer ayırmıştır. Ancak, Mahkemenin hak bağlamında bir değerlendirmesine rastlamak mümkün değildir. Her ne kadar Mahkeme, soyadı hakkının kişiliğin bir parçası olarak Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında korunduğunu belirtmişse de konuyu yine *evli kadının* soyadı özelinde incelemeyi atlamıştır. Kadının soyadının onun özel hayatı bakımından anlamı ya da buna yönelik müdahalenin kadının özel ve toplumsal yaşamına olumsuz etkisi, gerekçeye konu edilmemiştir. Mahkemenin 20. madde bakımından inceleme yapmadığını zaten söylediği bir kararda bunların tartışılmaması elbette tutarlıdır. Ancak, bunlar tartışılmadan iptal kararının etkili bir içtihat yaratması mümkün değildir. Zira eşitlik ilkesi ile evli kadının kendi soyadını seçme hakkının

içselleştirilebilmesi ve yerleşebilmesi için kuralın kadının evlilik birliği içerisindeki konumuna yönelik yansımalarının açığa vurulması gerekir.

İşte bu noktada, 1998 yılında itiraz yoluna başvuran derece mahkemesinin Anayasa’ya aykırılık iddiasına yönelik gerekçelerini hatırlamakta fayda vardır. Evli kadının soyadı meselesi ne kadının ismiyle ne de evlilik birliği içerisinde eşlere aynı imkânların verilip verilmemesiyle sınırlıdır. Mesele, tam da derece mahkemesinin belirttiği gibi kadının kendi kimliğine sahip olma arayışıyla ilgilidir. Zira bu kural, sadece aile isminin erkek soy üzerinden belirlenmesi geleneğinin bir görünümü değildir. Elbette hukukun bu gelenek üzerine kurulması da kendi başına önemli bir sorundur. Ancak, buradaki sorun daha derindedir. Bu kural, kadının kamusal alanda kendi kimliğiyle var olamamasını garanti altına alır; onu erkeğe tabi kılar. Zira evlenen kadın, eşinin soyadıyla otomatik olarak damgalanır. Bu damganın iki fonksiyonu vardır. İlki, kadının evlenene kadar, Türk Medeni Kanunu’na göre evlenmek için kural olarak on yedi yaşını doldurmuş olmak şartı arandığı için en az on yedi yıl boyunca, geliştirdiği kimliğini “evli kadın” statüsüne indirgemek ve heteroseksüel matrisin rollerini kimliğine dayatmaktır. İkincisi ise, kadının evli olduğunu soyadı vasıtasıyla afişe etmektir.

Damganın ilk fonksiyonu olan kadının varlığını “evli kadın”dan ibaret kılmak, evli kadınların Anayasa’nın 17. maddesi ile güvence altına alınan maddi ve manevi varlığını geliştirme ve koruma hakkına müdahale eder. Kadının eğitimine devam edemediği, istihdama katılamadığı veya eril tahakkümün diğer dayatmalarıyla ekonomik olarak özgür olamadığı ortamda kendi kimliğini inşası en başından beri engellenmiştir, bu da kadının kimliğinin eşinin kimliğine dönüştürülmesi meselesini uzun yıllar boyunca görünmez kılmıştır. Ancak, kadının sırf evlendiği için tüm çevresinin bildiği ve tanıdığı ismini değiştirmek zorunda olması, her zaman için, onun kimliğini terk etmesi anlamına gelmiştir. Bir kişinin isminin değişmesi, soyadı bile olsa, onun tanınırlığına etki eder. Söz gelişi evlenene kadar “Fatma Yılmaz” olan birisinin ismi evlenince “Fatma Kaya” olduğunda, onu Fatma Yılmaz olarak bilen ilkokul arkadaşları için “Fatma Kaya” kişisi tanıdıkları biri değildir.⁸²⁰ Arkadaşlarını

⁸²⁰ Bu ad ve soyadı varsayımsaldır. Türkiye’de en çok kullanılan ad ve soyadları arasından seçilmiştir. Bakınız NTV, “Türkiye’de en yaygın kullanılan soyadları: Yılmaz, Kaya ve Demir”, 17 Temmuz 2021, https://www.ntv.com.tr/turkiye/turkiyede-en-yaygin-kullanilan-soyadlari-yilmaz-kaya-ve-demir,u3g7rmm_J0ulazDT-kVdDw#, (Son Erişim Tarihi: 10 Şubat 2024), Nişanyan Kişi Adları Sözlüğü, “Tüm Adlar”, <https://www.nisanyanadlar.com/tum-adlar>, (Son Erişim Tarihi: 10 Şubat 2024).

yıllar sonra sosyal medyada bulmak istediklerinde bildikleri isimle bulamayacaklar ya da bir haberde geçen ismin onu kastettiğini anlayamayacaklardır. Fatma, TMK madde 187 uyarınca iki soyadını kullanmayı tercih ettiğinde ve nüfus sicilinde “Fatma Yılmaz Kaya” olduğunda değişim belki bu denli kesif olmayacaksa da Fatma’nın toplumda oluşturduğu imgesine evli olduğu bilgisi kaçınılmaz bir etki yaratacaktır. Fatma, artık kendisini “Fatma” yapan, yıllar boyu geliştirdiği kimliğiyle “Fatma” değil, “evli kadın Fatma” olacaktır. Elbette, bir kadın eşinin soyadını almayı ve böylece yeni bir kimlik geliştirmeyi de tercih edebilir. Ancak, evlenen kadınlara kimliklerinin önemli bir parçası olan isimlerine yönelik karar alma hakkı tanımayan ve eşinin soyadını ne olursa olsun dayatan bu kuralın varlığında, zaten bunu tercih eden kadının da “tercih”i “zorunluluk” içerisinde kaybolacaktır.

Öte yandan bugüne gelindiğinde, kadınların istihdama daha fazla katılabildiği ve kamusal alanda görünürlüğünün arttığı şartlarda kadının kimliğinin soyadı yoluyla silikleştirilmesinin onun kimliği üzerindeki olumsuz etkisi daha büyüktür. Kadının evlenmeden önceki başarılarındaki ismini evlendikten sonraki hayatına taşıyamaması, onu kariyeri bakımından adeta yeni bir başlangıç yapmaya iter. Diplomalarının ya da sertifikalarının üzerindeki isim, katıldığı etkinliklerdeki ya da yarışmalardaki isim; bir diğer deyişle onun evlenmeden önceki ‘marka’sı, yeni ismi ile geride kalır. Yaygın kullanılan isimlerin yarattığı benzerlikler de eklenince bazen önceki isimle sonraki isim arasındaki bağ da iyice yakalanamaz hale gelir. Örneğin, internet arama sonuçlarına göre “Fatma Yılmaz” ismine ait başarılar, “Fatma Yılmaz Kaya”nın evlenmeden önceki başarıları mı yoksa “Fatma Yılmaz” isimli başka bir kadının başarıları mıdır? Üstelik “Fatma Yılmaz” isimli diğer bir kadın için de bunun evlendikten sonraki edindiği bir isim olması muhtemeldir. Şüphesiz, bu kargaşa tüm isim benzerlikleri için geçerlidir. Ancak bu durumun soyadı dayatması sebebiyle yaşanması, mesleki kimliğini inşa etmek isteyen bir kadın için aşması gereken önemli bir engel, psikolojik bir yıpratmadır. Kadının kimliğini gerçekleştirmesi ve toplumsal hayatta bu kimliğiyle var olması üzerindeki bu yadsınamaz etki, boşanma halinde ise iyice katlanılmaz bir döngü yaratır. Bir kez evlenen ve boşanan kadının ismi, hayatındaki evrelere göre evlenmeden önce, evlendikten sonra ve boşandıktan sonra olmak üzere üçe bölünür. Dolayısıyla, evli kadının soyadını değiştirmek sadece soyadına yönelik bir müdahale değil; onun manevi varlığına yönelik mühim bir sınırlamadır.

Diğer yandan, kadının evli olduğunun “afişe edilmesi” de Anayasa’nın 20. maddesi ile güvence altına alınan özel hayata saygı hakkına yönelik bir müdahale teşkil eder. Özel hayata saygı hakkı, kişinin özel hayatının sınırlarını belirlemesini ve ona ilişkin bilgilerini kontrol edebilmesini güvence altına alır. Anayasa Mahkemesi, özel hayatın gizliliğinin korunmasını “başkalarının gözleri önüne serilmemesi” olarak açıklamaktadır.⁸²¹ Yine Mahkemeye göre, bu hak, “kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı”nı ifade eder.⁸²² Bu yüzden, evlenen kadının soyadına eşinin soyadının zorunlu olarak eklenmesi meselesinde özel hayata saygı hakkı göz ardı edilmemelidir. Zira bir kadının evli olup olmadığı bilgisi de onun özel hayatının bir parçasıdır. Evlenen kadının bu bilgiyi ne zaman, nerede ve nasıl paylaşmak istediği ya da istemediği, onun üzerinde tasarruf edebilmesi gereken bir alandır. Ancak, itiraz konusu kuralda tam da bu bilginin “herkesin gözleri önüne serilmesi” söz konusudur. Bu durum, özellikle evlenmeden önceki kimliğini tamamen kaybetmek istemeyen kadınlara bir ‘imkân’mış gibi sunulan çift soyadı kullanımında ortaya çıkar. Çift soyadlı bir kadın, evli demektir. Kişinin ismine bakılarak onun evli olup olmadığı bilgisine ulaşılabilmesi, onun rızası aranmaksızın ve sürekli olarak hakkındaki bu bilginin afişe edilmesi anlamına gelir. Diğer yandan, kadının boşanması ihtimalinde eski soyadına dönmesi de boşandığı bilgisinin herkese ilan edilmesidir. Dolayısıyla, kuralın özel hayata saygı hakkına müdahalesi de azımsanamayacak boyuttadır.

Neticede, itiraz konusu kural, Anayasa’nın 17. ve 20. maddelerinin biri diğerine tercih edilmeden *ayrı ayrı* incelenmesini gerektiren bir müdahale yaratmaktadır. Mahkemenin 2011 tarihli kararında konuyu hak bağlamından itina ile koparması ve bunu yaparken Anayasa maddeleri ile uluslararası hukukun kaynaklarını da kendi amacı doğrultusunda bükmesi, incelenen diğer kararlarla karşılaştırıldığında daha da olumsuz bir tablo çizer. Zira bu kararda Mahkeme, kadının özneliğini dolaylı olarak yadsımakla da artık deyim yerindeyse ‘uğraşmamış’ ve kadının soyadına yönelik talebini en başından bir hak olarak dahi kabul etmemeyi tercih etmiştir. Mahkemenin bunu yaparken aile kavramına verdiği yer de heteroseksüel matris açısından önemli mesajlar taşımaktadır. Zira bu bakış açısına göre, kadın evlenmek ile

⁸²¹ Bakınız AYM, E. 2009/1, K. 2011/82, Karar Tarihi: 18.5.2011.

⁸²² AYM, E. 2009/1.

özneliğini ailenin bir parçası olmaya terk etmeli ve toplumsal rolü de evli kadına yüklenen role dönüşmelidir. Bu yüzden kadın, soyadına yönelik talepte bulunabilecek bir hak öznesi değildir; hukuken ve kâğıt üzerinde öyleyse de özneliğinin teslimi fiilen engellenir. Mahkemenin incelenen hakkı belirlemekten bu şekilde kaçınması, feminist teorinin “*kişisel olan politiktir*” özdeyişine de bir tepki gibidir. Zira Mahkeme, kadının manevi varlığını ve özel hayatını aile içerisinde bertaraf ederken bunun kamusal alanda ileri sürülebilecek bir şey olmadığını, en azından ciddiye alınmayacağını göstermiştir.

Neticede, 2023 tarihli kararda da Mahkeme, aile kavramına öncelik vermemesine ve kuralı eşitlik ilkesi bakımından inceleyerek Anayasa’ya aykırı bulmasına rağmen, bu çizgiden ayrılmamıştır. Zira kararda kadının bir *özne* olarak soyadı üzerinde maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile özel hayata saygı hakkı bakımından sahip olduğu menfaatlerinden eser yoktur. Yine, itiraz konusu kuralın kadının bu haklarını nasıl etkilediği de kararda ele alınmamıştır. Tüm bunlar göz önüne alındığında, evli kadının soyadı meselesinin ‘çözülmüş’ halinde bile *kadın* öznenin haklarının mesele dışı tutulduğu ve kamusal alana taşınmadığı sonucuna varmak gerekir.

b) Ayrımcılık Yasağına İlişkin Sorunlar

2011 ve 2023 tarihli kararlarda eşitlik ilkesi bakımından incelemenin hiçbir hak bağlamında yapılmaması, şüphesiz ayrımcılık yasağı bakımından ilk sorundur. Şöyle ki, ayrımcılık yasağı bakımından inceleme, farklı muamelenin varlığının ve hangi temelde yapıldığının tespiti ardından bu muamelenin meşru amaca dayanıp dayanmadığı ve dayanıyorsa dahi orantılı olup olmadığı araştırmasını gerektirir. Evli kadının soyadına ilişkin kuralın farklı muamele yarattığı kesindir. Nitekim itiraz konusu kuralı Anayasa’ya uygun bulan 2011 tarihli karar da Anayasa’ya aykırı bulan 2023 tarihli karar da bu konuda hemfikirdir: Kural, evlenen erkeğin soyadında herhangi bir değişiklik öngörmezken evlenen kadının soyadının değişmesini, değişiklik bakımından ona iki seçenek sunuyor gözüксе dahi, zorunlu kılar. Dolayısıyla, TMK madde 187, erkek eş ve kadın eşe farklı davranır; evlilik birliğinin hükümleri açısından iki eşin durumunu aynı şekilde düzenlemez. Bu yüzden kuralın ayrımcılık yasağına aykırılığı meselesinin özünde, bu farklı muamelenin meşru amacı ve orantıllığı kriterleri yatar. Zaten Mahkemenin 2011 ve 2023’te farklı sonuçlara

ulaşan kararlar verebilmesi de değerlendirmesinin bu kriterler bakımından farklılaşmasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, bu değerlendirmelerin herhangi bir hak bağlamında yapılmamış olması, kararlardaki sorun silsilesini başlatmıştır. Zira kuralın yarattığı farklı muamelenin hangi hakka nasıl etki ettiği anlaşılmadan ne meşru amaç ne de orantılılık gerçek anlamda incelenebilir. Bu şekilde yapılan inceleme de meselenin ancak periferisinde kalır.

Elbette bu sorun, iki kararda farklı derecelerde kendini göstermiştir. Mahkemenin aile odaklı bakış açısı sebebiyle 2011 tarihli karar, sorunun en vahim görünümüdür. Mahkeme bu kararda, farklı muamelenin hangi temelde olduğunu tespitten kaçındığı gibi cinsiyet temelli ayırım yapıldığını da açıktan reddetmiş; soyadına ilişkin farklı muamelenin meşru amacını aile birliği başta olmak üzere genel geçer sebeplere dayandırmış ve orantılılığı hiç tartışmamıştır.

Farklı muamelenin temeli meselesinden başlanacak olursa, Mahkemenin en başta tespit etmesi gereken hususa kararın en sonunda bunu tanımamak için yer verdiği görülür. Mahkemeye göre, itiraz konusu kurala ilişkin “*cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı yerinde değildir*”. Mahkemenin bu saptaması, hukuki olmadığı gibi gerçeklikten de kopuktur. Öncelikle, bir kuralın yarattığı farklılaşmanın hangi temelde olduğu o farklı muamelenin haksızlığına, diğer bir deyişle meşru amaca dayalı veya orantılı olup olmadığına ilişkin bir şey söylemez. Farklı muamelenin temeli ancak meşru amacın ve orantılılığın değerlendirilmesinde dikkate alınacak bağlamı belirler. Bu yüzden Mahkeme, kuralı Anayasa’ya uygun bulmak için kuralın cinsiyet temelli farklı muamele yarattığını reddederken hem bağlamı hem de bu sonuca ulaşması için incelemesi gereken kriterleri atlamıştır. Bu, Mahkemenin yaptığı incelemenin ayrımcılık yasağının kriterlerine, diğer bir deyişle hukuki incelemeye dayanmadığına işaret eder. Diğer yandan, evli kadının soyadına yönelik kuralın eşlerin cinsiyetine göre ayırım yaptığı, bu kuralın Anayasa’ya uygun olduğunu düşünenler için bile aşıkardır.⁸²³ Türkiye’de mevzuat, evlilik birliğinin kadın ve erkek arasında kurulmasına izin verir, eşler arasında farklı hükümler doğuracak kurallar bu yüzden doğası gereği cinsiyet ayırımını esas alır. Diğer yandan, itiraz konusu kuralın lafzında

⁸²³ 2023 tarihli kararın karşı oyunda da bu ayırım kabul edilmiştir. Bununla birlikte, karşı oyda karşılaştırılabilirlik testi üzerinden önerilen farklı sonuç, ileride ayrıca eleştirilecektir.

da “kadın” ve “koca” ibaresi yer almaktadır ve bu kuralın kocanın nirengi noktası alınarak *kadın* için öngörüldüğü kesindir.

Farklı muamelenin cinsiyet temelli olduğunun belirlenmesi, sadece diğer kriterlerin daha iyi değerlendirilmesi için değil, ayrımcılığın fiili koşullarının ve bağlamsal özelliklerinin dikkate alınabilmesi için de önemlidir. Anayasa’nın 10. maddesi ile AİHS’in 14. maddesi, *herhangi bir temelde* ayrımcılığı yasaklar. Bu yüzden hiçbir temel ya da sebep, ayrımcılık yasağının dışında değildir. Ancak, bazı ayrımcılık temelleri, farklı muamelenin *prima facie* ayrımcı olduğuna yönelik bir şüphe yaratır.⁸²⁴ Diğer bir deyişle, bu ayrımcılık temelleri, “*şüpheli temel*” olarak, farklı muamelenin meşru bir amaca dayanmasının ve orantılı sayılmasının düşük bir ihtimal olduğuna ilişkin bağlamsal bir bilgi verir.⁸²⁵ Zira şüpheli temel ile kastedilen, geleneksel ve yaygın olarak ayrımcılık mağduru olmuş bir gruba karşı yapılan ayrımcılığın sebebidir. Farklı muamelenin ırk, etnik köken, dini inanç veya cinsiyet temelinde yapılması, şüpheli temellere ve büyük olasılıkla ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine işaret eder.⁸²⁶ Nitekim bu ayrımcılık temelleri, tarihsel geçmişi, yaygınlığı ve sonuçlarının aşinalığı karşısında uluslararası ve ulusal hukukta da tanınmış ve özellikle yasaklanmış temellerdir.

Elbette bu temellerin sayısının artırılması mümkündür, üstelik bunlara günümüzdeki koşullar üzerinden tekrar bakıldığında cinsel yönelim, vatandaşlık/göçmenlik statüsü gibi temellerin de eklenmesi gerekli gözükmektedir. Ancak şüpheli temel zaten hukuki bir derecelendirmeyi ifade eden bir kavram değildir. Daha ziyade hukukun ve yargının kabulünü ve öncelikli tercihini anlatır. Zira hukukun her ayrımcılık temelini eşit şekilde ayrımcılık yasağına dahil etmekle birlikte bunları özellikle örneklemesi ve yasaklaması, bu temellerin yargı organları tarafından daha ciddiye alınıp titiz bir incelemeye tabi tutulmasını da sağlar. Söz gelişi, bir siyah farklı muameleye tabi tutuluyorsa bunun sebebinin onun siyahlığı olduğuna yönelik güçlü bir kanaatin gelişmesi artık çok zor değildir. Çünkü siyahlara yönelik ırk ayrımcılığı, bağlamsal olarak en önemli kanıtı verir. Herkesin bildiği, gördüğü bu gerçeğin tekrar tekrar açıklanmasına artık gerek yoktur.

⁸²⁴ Ulaş Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, **Anayasa Yargısı**, Vol. 32, 2015, s. 257.

⁸²⁵ Ibid s. 258.

⁸²⁶ AİHM, D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 57325/00, Karar Tarihi: 13.11.2007, § 196.

Bununla birlikte, şüpheli temel kavramının dışlayıcı olmadığına da altını çizmek gerekir. Şüpheli temelin kabulü ayrımcılık temelleri arasında hukuki bir hiyerarşiyi değil, fiili bir değerlendirme biçimini ifade ettiği için diğer ayrımcılık temelleri hakkında buna dahil edilemeyecek önemsizlikte ya da bu tür ayrımcılığa karşı koruma/engelleme ihtiyacının daha az olduğu imasını taşımaz. Örneğin, feminist bakış açısıyla bu çalışmanın önceki bölümlerinde incelenen cinsiyet kimliği ya da cinsel yönelim temelli ayrımcılık da şüpheli temel kapsamında incelenmelidir; zaten feminist teoremin bağlamsal değerlendirme ile sunmaya çalıştığı katkı da buradadır. Ancak, AİHM bu temelleri şüpheli temele dahil etse de⁸²⁷ Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı daha dardır.⁸²⁸

Mahkemeye göre, Anayasa koyucunun Anayasa'nın 10. maddesinde özellikle saydığı sebepler, "*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep*", şüpheli temellerdir.⁸²⁹ Bu sayılanlar haricindeki temellere yönelik bilgi ve farkındalığın görece az olması, ayrımcılığın kanıksanması ve henüz ayrımcılık olduğunun dahi anlaşılmaması sebebiyle onları şüpheli temel addedecek bağlam henüz diğerleri kadar ciddiye alınmamaktadır. Öte yandan, Mahkemenin şüpheli temellere dahil olan "cinsiyet" kavramını da çok sınırlı anladığı ve yorumladığı yukarıdaki kararlarla ortaya konmuştu. Ancak, evlilik birliği zaten geleneksel çizgide, nüfusta kayıtlı cinsiyetine göre heteroseksüel bir çift arasında gerçekleşebildiği için evli kadının soyadı meselesinde cinsiyet temelli ayrımcılıkta olması gereken ile olan arasındaki fark bu denli açık değildir, tam da Mahkemenin anladığı "cinsiyet" kavramı bu meselede şüpheli temel olarak ortaya çıkar. Bu yüzden evli kadının soyadı bakımından şüpheli temel, Anayasa Mahkemesinin elini kolunu bağlamakta ve onun bu temeli yok saymasını iyice engellemektedir.

⁸²⁷ AİHM'in cinsel yönelim temelinin şüpheli temel olarak kabul ettiği örnekler için bakınız AİHM, Smith ve Grady/Birleşik Krallık, Başvuru No.33985/96, Karar Tarihi: 27.9.1999, § 90. AİHM, S. L./Avusturya, Başvuru No. 45330/99; Karar Tarihi: 9.1.2003, § 37., AİHM, Kozak/Polonya, Başvuru No. 13102/02, Karar Tarihi: 2.3.2010, § 92, AİHM, Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14, 43439/14, Karar Tarihi: 17.1.2023, § 207.

⁸²⁸ Örneğin Anayasa Mahkemesi, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan "*yabancı ırk ve millet isimleri*"nin soyadı olarak kullanılmasını yasaklayan kuralı, şüpheli temel ekseninde değerlendirmemiş ve kuralı da eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Bakınız AYM, E. 2009/47, K. 2011/51, Karar Tarihi: 17.3.2011. Anayasa Mahkemesinin AİHM'le yaklaşımını karşılaştıran bir çalışma için bakınız Ulaş Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s.259.

⁸²⁹ AYM, Tuğba Arslan Başvurusu [GK], § 145-146., Ulaş Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s. 261.

Diğer taraftan, şüpheli temelin varlığı ayrımcılık yasağının ihlali sonucunu tek başına doğurmaz ya da diğer kriterlerinin incelenmesi gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Şüpheli temel, etkisini meşru amaç ve orantılılık kriterlerinin değerlendirilmesinde gösterir. Zira farklı muamele bir şüpheli temelde söz konusuysa artık devletten meşru amacın ve orantılılığın varlığını kanıtlamakta diğer temellere göre daha inandırıcı ve güçlü açıklamalar yapması beklenir. AİHM henüz 1980’lerde vermiş olduğu bir kararında, cinsiyet temelli farklı muamelenin Sözleşme’ye uygun kabul edilebilmesi için “*çok güçlü sebepler*”in bulunması gerektiğini belirtmiştir.⁸³⁰ Anayasa Mahkemesi de bu içtihadı paralel olarak “*Anayasa’nın ismen saydığı farklı muamele türlerini daha önemli gördüğü ve bu türlerde yapılan muamelelerin ancak ‘çok önemli gerekçeler’ ileri sürüldüğü takdirde haklı kılınabileceği*”ni kabul etmektedir.⁸³¹ Öyleyse, cinsiyet temelinde farklı muamele öngören evli kadının soyadına ilişkin kuralın da meşru amacının “*haklı ve objektif*” bir gerekçeye dayanması, “*ortaya konulan gerekçelendirmelerin makul bir temelinin olması*” ve gerekçenin kanıtlarla desteklenmesi gerekliyse de yeterli değildir.⁸³² Meşru amacın var sayılması için gerekçede aranan bu özelliklerin yanında bu gerekçelerin çok önemli ve güçlü olması gelir. Ancak, meşru amaç kriteri bununla da sınırlı değildir. Tüm bu değerlendirmelerin özünde demokratik toplum kavramının yattığı atlanmamalıdır. Ayrımcılık yasağı çoğulcu, hoşgörülü ve çok sesli bir toplumun inşası ve devamlılığı için öngörülmüş anahtarlardan biridir. Bu yüzden, demokratik toplumla bağdaşmayan bir meşru amacın, ne kadar önemli ve güçlü gözükürse gözüksün, farklı muameleyi haklı kılması mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi, 2011 tarihli kararında farklı muamelenin cinsiyet temelli olduğunu tespit etmeyerek kendini ayrımcılık yasağının tüm bu yükümlülüklerinden kaçırmış gözükmektedir. Gerçekten de Mahkemenin meşru amaç ve orantılılık değerlendirmesi, ne “güçlü ve önemli bir sebep” ne de “amaçla araç arasında denge” incelemesi içermektedir. Mahkemenin gerekçesine bakıldığında itiraz konusu kuralın dayandığı amaçlar, “*aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi*” ve “*kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar*

⁸³⁰ AİHM, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, Başvuru No. 9214/80, Karar Tarihi: 25.5.1985., § 78.

⁸³¹ AYM, Tuğba Arslan Kararı [GK], § 145-146.

⁸³² AYM, Tuğba Arslan Kararı, [GK], § 119-122.

nedeniyle eşlerden birisine öncelik tanınması” şeklinde belirlenmiştir. Mahkeme, “soyadının kişilik haklarından olmasının ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmeyeceği”ni belirterek kanun koyucunun kamu yararı ve kamu düzenine yönelik bu geniş sebeplere dayanarak kadınların soyadına müdahalede takdir yetkisine sahip olduğunu açıklamıştır.

Mahkemenin meşru amaca yönelik bu üstünkörü tespitleri pek çok yönden sorunlu gözükmektedir. Bir kere, cinsiyet temelli farklı muamele öngören bu kuralın meşru amacı bakımından devletin takdir yetkisi sınırlıdır. Genel olarak kamu yararı, kamu düzeni ve hatta bunların biraz daha somutlaştırılmış halleri olan “aile birliği” ya da “nüfus kayıtlarının düzenli tutulması” gibi sebepler, neden erkeklerin soyadı değişmezken kadınlarınkinin değiştiği sorusuna cevap vermez. Oysa devletin bu soruya sadece cevap vermesi de yeterli değildir, bu cevabın önemli ve güçlü sebepler sunması gereklidir. Bu sebeplerin hiçbirisi kanun koyucunun eşlerden birine neden en başından öncelik vermesi gerektiğini açıklamadığı gibi bu tercihin neden erkek eşten yana kullanıldığına ilişkin bir makul açıklama da sunmaz. Aksine, tüm bu sebepler itiraz konusu kuralın yarattığı farklı muamelenin haksız olduğunu gösterir. Çünkü zaten kamu düzeni ya da aile, geleneksel olarak kadınların toplumsal hayattan dışlanması, ikincilleştirilmesi üzerine kuruludur. Eril tahakküme dayalı bu düzen, kadının kendi bedeni ya da hayatı üzerinde özgürce karar vermesini istemez ya da bunu en azından sınırlayarak kontrol eder. Cinsiyet temelli ayrımcılığın, şüpheli temel sayılmasının esprisi de budur. Bu yüzden Mahkemenin eşitlik ilkesinin ihlal edilmediği gerekçesini eşitsizliğe dayanarak açıklaması; kanun koyucunun takdirini kadın eşten yana kullanmayıp erkek eşe öncelik vermesinin kadını ikincilleştirmediğini belirtmesi oksimorondur.

İkinci olarak, bu sebepler, eşitlik ilkesi bir yana, kadının özel hayata saygı hakkı ya da manevi varlığını korunması ve geliştirilmesi hakkının sınırlandırılması için dahi meşru sayılamayacak amaçlar içermektedir. Zira demokratik toplumda toplumun önemli bir kısmını oluşturan kadınların haklarından erkekler lehine vazgeçmesi beklenemez. Bu yüzden, “kadına öncelik tanınmaması” gibi bir sebep, eşitlikçi bir toplumda kabul edilemez. Benzer şekilde, ailenin devamlılığının ve nüfus kayıtlarının tutarlılığının erkek soyuna bağlı kılınması ve kadının haklarının bunlar uğruna araçsallaştırılması da kadının insan onuruna aykırı bir yaklaşım olacağından

meşru sayılamaz. Dolayısıyla, Mahkeme sadece ayrımcılık yasağı ya da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin kriterleri bakımından yetersiz gerekçeler sunmamış, aynı zamanda bu açıklamalarıyla kadına karşı ayrımcılığı haklılaştırarak eşitlik ilkesini bizzat ihlal etmiştir.

Mahkemenin benzer yaklaşımı orantılılık ilkesinde de benimsediği görülür. Esasında, itiraz konusu kuralın meşru amaca dayanmaması sebebiyle orantılılık ilkesinin ayrıca incelenmesine bile gerek yoktur. Ancak Mahkeme, kuralın haklı bir nedeni olduğu kanaatine vardığı için orantılılık konusunda da yorum yapmıştır. Mahkemeye göre, *“itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlanmıştır”*. Mahkemenin kuralın orantılılığına ilişkin tek ‘değerlendirmesi’ olan bu cümleden, Mahkemenin kadının kişilik hakkına farklı muamele ile yapılan müdahalenin güttüğü amaç ile müdahalenin ağırlığı arasında nasıl bir denge kurduğunun anlaşılması mümkün değildir. Bu cümle *“kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması sağlanmamıştır”* şeklinde bitirilse, kararın sonucunu değiştirse de Mahkemenin kararı kaleme alışı bakımından hiçbir farklılık yaratmazdı. Zira her iki halde de önermenin gerekçesi yoktur.

Halbuki Mahkemenin, eşitlik ilkesini değerlendirdiğini belirttiği için, cevap vermesi gereken soru kadınların soyadına yönelik *farklı muamelenin* onlar açısından ölçüsüz ve ağır sonuçlar yaratıp yaratmadığıdır. Mahkemenin bunu yapabilmesi için, yukarıda hakkın kapsamı bölümünde yapılan tespitlerden en azından birkaçına değinmesi ve erkeğin evlenmekle hiçbir külfete katlanmazken kadının böyle bir külfete katlanmasının ölçüsüzlüğünü tartışması gerekir. Bu muamele farklılığı, hem kadının özel hayatına ve manevi varlığına yukarıda açıklanan sebeplerle ağır bir şekilde müdahale etmekte hem de ona kimliğinden pasaportuna her türlü belgesini değiştirme yükümlülüğü yükleyerek hakkının ihlalinde çaba göstermesini beklemektedir. Öte yandan, kuraldaki farklı muamelenin erkeğin hiçbir şekilde eşinin soyadını alması söz konusu değilken kadının mutlaka eşinin soyadını kullanmak zorunda olması olduğunu da tekrar etmek gerekir. Kadına kendi soyadıyla birlikte eşinin soyadını kullanma seçeneğinin tanınması, ona gerçek bir tercih hakkının tanınması değil; onun farklı muamele biçimleri arasında sıkıştırılmasıdır. Kadının

sadece eşinin soyadını kullanmasının kendi soyadını da kullanabildiği ikinci bir farklı muamele türüyle adil hale getirildiğinin söylenmesi, en başından farklı muamelenin de ciddiye alınmadığını göstermektedir. Nitekim Mahkeme, alıntılanan yargısında kadının kendi soyadını da kullanabileceğine dayanırken esasında “farklı muamele ile adil bir dengenin kurulması sağlanmıştır”dan başka bir şey söylememiştir. Dolayısıyla burada aynı zamanda bir dairesel akıl yürütme söz konusudur. Diğer bir deyişle, “farklı muamele”ye “X” denilecek olursa X’in orantılılığı, hiçbir gerekçeye dayanmadan yine X’in orantılı olmasıyla kanıtlanmaya çalışılmıştır. Öyle gözükmektedir ki Mahkeme, ayrımcılık yasağının kriterleri bakımından heteroseksüel matrisin unsurları da kuralı Anayasa’ya uygun bulmaya yetmeyince, hatalı akıl yürütmeye başvurmuş ve istediği sonuca ne olursa olsun ulaşmıştır.

2023 tarihli kararda ise Mahkeme kuralı Anayasa’ya uygun bulma çabasını terk edip önceki kararında yok saydığı Anayasa kuralları ile AİHM içtihadını uygulamış ve böylece Anayasa’ya aykırılık sonucuna hukukun ve akıl yürütmeyi sınırlarını zorlamadan kolaylıkla ulaşmıştır. Yine de Mahkemenin kuralı iptal ederken yukarıda tespit edilen eksiklikleri tam anlamıyla giderdiğini ve itiraz konusu kuraldaki eşitsizlik sorununun özüne indiğini söylemek mümkün değildir. Öncelikle, Mahkemenin bu kararda ayrımcılık yasağının unsurlarını muntazam bir şekilde uyguladığını ve önceki karardaki “akıl yürütme” hatalarına düşmediğini belirtmek gerekir. Bu yüzden bu karara yönelik eleştiri, kararda kadın sorusunun doğru sorulmaması ya da en azından bu soruya yeterince iyi cevap verilmemesine ilişkindir. Şöyle ki, Mahkeme en başında farklı muameleyi doğru temelde tespit etmiş ve incelediği kuralda “*eşler arasında cinsiyet temelinde farklı muamelenin yapıldığı*”nı belirtmiştir.⁸³³

Hatta Mahkeme bu kararda farklı muamelenin sadece kuralın lafzından kaynaklanmadığını, “*kadının yargı yoluna başvurmaksızın erkek ile eşit haklardan yararlanamaması*” şeklinde bir görünüm kazandığını da vurgulamıştır. Böylece Mahkeme, 2011 tarihli ret kararıyla konuyla ilgili daha sonraki yıllarda verdiği bireysel başvuru kararları arasındaki uyumsuzluğun kadınların haklarını doğrudan kullanmalarını engellediğini; bireysel başvuru sayesinde kadınların kendi soyadını kullanma hakkını dava yoluyla kullandığını ancak kuralın varlığı devam ettiği sürece bu haktan “dava koşullu” yararlanılabildiğini teslim etmiştir. Dolayısıyla, en azından

⁸³³ AYM, 2022/155, § 36.

kuralın Anayasa’ya aykırılığının incelendiği 2023 yılı itibariyle eşler arasındaki farklı muamelenin kadın eş için “soyadını dava yoluyla koruma” ve erkek eş için ise “soyadını külfetsiz, doğrudan ve kesin olarak koruma” şeklinde belirlediği netleştirilmiştir.

Ancak Mahkemenin hangi hak kapsamında inceleme yaptığının belirsiz kalması, ayrımcılık yasağı incelemesine genel olarak gölge düşürmüştür. Zira Mahkeme kadının haklarının bu eşitsizlikten neden ve nasıl etkilendiğine yine bakmamış, kuralı “*kadın ve erkek eşitliği*” kavramı üzerinden incelerken de sorunu kadın ve erkeğin hukuki eşitsizliğine indirgemıştır. Oysa bu kuralın kadınların sistematik olarak maruz kaldığı ayrımcılığın küçük bir parçası ancak tahakküm ilişkisinin önemli bir sembolü olduğunun tespit edilmesi, “hukuk”un da bu “*simgesel*” şiddetin bayrağından ibaret olduğunun anlaşılması gerekir.⁸³⁴ Bunun yolu, kadın sorusunun gerekçelendirmeye dahil edilmesidir: Kadının evlenmekle mutlaka eşinin soyadını alması, neyi korur ve kadına ne yaşatır? Ayrımcılık yasağının diğer unsurları, kuralın öngördüğü farklı muamelenin haklı ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığı ve sonucu itibariyle güttüğü amaca orantılı olup olmadığı, ancak bu soruların izinden gidilerek anlaşılabilir.

Ne var ki Mahkeme, kadın sorusu yerine “hukuki eşitlik” sorununa odaklanmıştır. Kararda dikkati ilk çeken, Mahkemenin medeni hukukun tarihine özel bir yer ayırarak mülga Medeni Kanun’daki düzenlemelerin “*zamanla toplumsal gereksinimlere cevap vermede yetersiz*” kaldığını ve “*insan hakları bağlamında kabul gören evrensel değerlerin yeterli ölçüde hayata geçirilebilmesini temin etmekten uzaklaştığını*” açıklamasıdır. Mahkemeye göre, Türk Medeni Kanunu’nun düzenlemeleri buradan hareketle eşler arasında eşitliğe yönelmiştir. Mahkeme, Kanun’un gerekçesinde de kadın-erkek eşitliği ilkesinin sürdürülmesinin amaçlandığını açıkça belirtildiği için mülga Kanun’un eşitliğe aykırı hükümlerinin TMK’ye dahil edilmediğini, bunun yanında Anayasa Mahkemesinin de iptal kararlarıyla “*kadın-erkek eşitliğini hayata geçirmeye yönelik hukuki gelişmeler*”e katkı sağladığını belirtmiştir. Mahkemenin devamında Anayasa’nın 10. ve 41.

⁸³⁴ Gülmelek Doğanay, “Eril Yargıya Karşı Kadının Soyadı Mücadelesi Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, Vol. 18(2), 2015, s. 92., Pierre Bourdieu, *Pratik Nedenler: Eylem Kuramı Üzerine*, Çev. Hülya Uğur Tanrıöver, İstanbul: Hil, 2006, s. 131.

maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi ve Sözleşme'ye Ek (7) Numaralı Protokol'ün eşler arasında eşitliği düzenleyen 5. maddesine yer vermesi de sadece dikkate alacağı normları belirleme amacını taşımadığını söylemek mümkündür. Mahkeme adeta içerisinde bulunduğumuz dönemin hukukunun da bu eşitlikte üstelediğini ortaya koymak istemiştir.

Mahkemenin eşitlik ilkesinin tarihine yaptığı bu yolculuk, cinsiyet eşitliğinden kadın ve erkeğin aynı haklara sahip olmasını anladığını göstermektedir. Zira Mahkeme bu yolculuğun mülga Medeni Kanun'da kadın ve erkeğin farklı haklara sahip olmasından TMK'de ekseriyetle aynı haklara sahip olmasına doğru şekillendiğini; Anayasa'da ve hatta AİHS'te yapılan değişiklik ve eklemelerin de bu yönde olduğunu anlatmıştır. Bunu yaparken, her ne kadar bu kararda AİHS'e ve AİHM içtihadına önemli bir yer ayırmışsa da norm denetimi kararlarındaki genel tavrıyla örtüşecek bir şekilde devletin kadına karşı ayrımcılığa yönelik yükümlülüklerini belirleyen uluslararası hukukun diğer kaynaklarını da yok saymıştır.⁸³⁵ Böylece Mahkeme, esas aldığı sınırlı sayıda kuraldan hareketle hukukun ve özellikle medeni hukukun kadınların ve erkeklerin *artık* haklarda eşitlenmesi gerektiğini kabul ettiği sonucuna ulaşmıştır. Ancak bu elbette “benzer durumda” olan kadın ve erkekler için geçerlidir. Nitekim Mahkeme bu kararda da Anayasa'nın 10. maddesinin “*eylemli değil hukuksal eşitlik*” öngördüğünü vurgulamayı atlamamıştır. Bu bakış açısı, itiraz konusu kural bakımından Anayasa'ya aykırılık tespiti yapmaya yetmişse de Mahkemenin hukuki durumları karşılaştırmaktan ibaret şekli eşitlik anlayışının eşitlik ilkesinin güvencelerini zayıflattığını söylemek gerekir. Çünkü Mahkemenin bu kararda temel olarak yaptığı, evlilik birliğinin tarafları olan eşlerin aynı durumda olduğunu tespit ederek “*benzer durumda olanlara farklı muamele yapılması*”nın meşru amacını irdelemektir.⁸³⁶ Diğer bir deyişle Mahkeme, AİHM'in de kararlarında yer verdiği karşılaştırılabilirlik testine başvurarak eşitlik ilkesini karşılaştırılabilir (benzer) durumda olanlarla sınırlı uygulamıştır.⁸³⁷

Kararın sonucu temel hak ve özgürlükler lehine olunca kararın yeterince güvence sağlayıp sağlamadığı sorusu geri planda kalmaktadır. Ancak Mahkemenin

⁸³⁵ Bunların önemli kısmına Engin Yıldırım 2011 tarihli kararın karşı oyunda yer vermiştir.

⁸³⁶ AYM, 2022/155, § 43.

⁸³⁷ AİHM, Lithgow ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, Karar Tarihi: 8.7.1986, § 177.

uyguladığı bu karşılaştırılabilirlik testine dikkati çekmek gerekir. Zira burada olumlu bir sonuca yol açsa da karşılaştırılabilirlik testi, tek başına uygulandığında ve bununla birlikte bağlama dikkat edilmediğinde, karşılaştırılabilir “durum”un nasıl tayin edileceğine ilişkin hiçbir kriter içermez ve keyfiliğe yol açabilecek bir belirsizlik taşır.⁸³⁸ Diğer bir deyişle, hangi durumları karşılaştıracağını belirleyecek olan da Mahkemenin kendisi olduğundan bu durumları eşitlik ilkesi bakımından bir karşılaştırma yapmaya müsaade etmeyecek şekilde de tespit etmesi ve böylece konuyu eşitlik sorunundan tamamen koparması mümkündür. Zaten Mahkemenin 1998 ve 2011 tarihli kararlarında yaptığı da budur. Mahkeme her iki kararda da ortak olarak *“durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir”* diyerek evlilik birliğinde kadının ve erkeğin farklı konumda olduğunu kabul etmiştir. Mahkemenin yukarıda eleştirildiği üzere cinsiyet temelinde farklı muamelenin olmadığı sonucuna ulaşması da bundan kaynaklanmaktadır. 1998 ve 2011 yıllarında ret, 2023 yılında ise iptal kararına yol açan karşılaştırılabilirlik testi, bu açıdan kaygan bir zemin yaratmaktadır.

Üstelik Mahkemenin bu zeminde eşitlik aleyhine verdiği kararlar, evli kadının soyadı meselesiyle de sınırlı değildir. Örneğin Mahkeme, 2017 tarihinde vermiş olduğu bir ret kararında, *“bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında”* ceza öngören Askeri Ceza Kanunu’nun 153. maddesinin “TSK’de görev yapan kişiler” ile “diğer kamu görevlileri” arasında bir farklılaşma yarattığına karar vermiştir.⁸³⁹ Mahkemeye göre, asker kişiler ile diğer kamu görevlileri aynı hukuk durumunda ya da karşılaştırılabilir benzer durumda olmadığı için eşitlik ilkesinin kurala uygulanma kabiliyeti yoktur. Mahkemenin buradaki değerlendirmesi, feminist teorinin hukuka ve hukukun uygulanmasına yönelttiği *belirsizlik tezi* eleştirisinin haklılığını göstermekte ve hükmün kurulmasında esas etkenin hukukun ‘objektif’ kriterlerinin değil yargıcın *tercihlerinin* olduğunu adeta ispatlamaktadır. Şöyle ki, bu kural bakımından Mahkemenin karşılaştırması gereken hukuki durumlar, “TSK’de görev yapan homoseksüel kişiler” ile “TSK’de görev yapan heteroseksüel kişiler”dir. Zira Engin Yıldırım’ın kararın karşı oyunda belirttiği gibi kural ile cezalandırılan, asker kişilerin

⁸³⁸ Ulaş Karan, Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s. 277.

⁸³⁹ AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, Karar Tarihi: 29.11.2017.

“cinsel yönelimle bağlantılı cinsel içerikli davranışları”dır.⁸⁴⁰ Mahkemenin kuralın ve onun nasıl uygulandığının tüm açıklığına rağmen kaygan zeminden yararlanıp hukuki durumları bağlamla ilgisiz tespit etmesi, ayrımcılık yasağının kriterlerinden kaçmak için elverişli bir manevradır.

Bu çarpıcı örneğin dışında, Mahkemenin karşılaştırılabilirlik testini benzer şekilde uyguladığı ve eşitlik ilkesinin diğer kriterlerini incelemekten imtina ettiği başka kararlarına da rastlamak mümkündür.⁸⁴¹ Bu yüzden, karşılaştırılabilirlik testinin dava konusuyla ilgisiz ve yanlış tespit edilen hukuki durumlar üzerinden eşitlik ilkesinin uygulanmasını engelleyici bir araca dönmemesi önemlidir. Aksi takdirde, eşitlik ilkesi, Mahkeme üyelerinin şahsi görüşlerine ve keyfiliğine terk edilmiş olacaktır. Nitekim evli kadının soyadı meselesine tekrar dönülüp 2023 tarihli kararın karşı oylarına bakıldığında, 1998 ve 2011 yıllarında dahi açıkça zikredilmeyen heteroseksüel matrisin yüksek sesle savunulduğu ve bu savununun tamamıyla karşılaştırılabilirlik testine dayandırıldığı görülecektir. Özellikle Muammer Topal’ın karşı oyu, bu konunun neden ciddiye alınması gerektiğini tek başına açıklamaktadır. Zira Topal’a göre, kadın ve erkek kanun önünde eşitse de fiilen “eşdeğer”dir ve her ikisinin eşdeğerliliğini belirleyen de “birbirlerine karşı birtakım üstünlüklere sahip olmaları”dır. Topal, buradan hareketle kadın ve erkeğin birbirinden farklı olduğunun kabulünün “fıtrat gerçekliğine” ve onların rollerine daha uygun olduğunu belirterek karşılaştırılabilirlik testini uygulamış ve itiraz konusu kural bakımından karşılaştırılabilir durumda iki kişiden söz edilemeyeceğini ileri sürmüştür.

Topal’ın erkeğin kadına üstün olduğunu açıkça yazdığı karşı oyunun fıtrat gibi kavramlara dayandığı için ‘hukuki’ olmadığı ya da Anayasa’daki ilkelere açıkça aykırılık teşkil ettiği için geçersiz argümanlara dayandığı düşünülebilir. Ancak

⁸⁴⁰ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında bu cinsel davranışların “aktif-pasif” şeklinde nitelendirildiği dahi görülmektedir. Bakınız Umut Güner, Pelin Kalkan, Yasemin Öz, Elif Ceylan Özsoy, Fırat Söyle, “Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu 1 Ocak – 30 Haziran 2010 Raporu”, 2011, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/24/Cinsel_Yonelim_veya_Cinsiyet_Kimligi_Izleme_Raporu.pdf, (Son Erişim Tarihi: 11 Şubat 2024), s. 28.

⁸⁴¹ Örneğin 4857 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile İş Kanunu kapsamı dışına çıkarılan işçileri belirleyen “50’den az işçi çalıştırılan (50 dâhil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmeleri” kuralı için Mahkeme karşılaştırılabilirlik testini açıkça uygulamamışsa da hukuki eşitliğe ilişkin benzer açıklamaları yaptıktan sonra aynı iş kolunda dahi olsa “50’den az işçi çalıştırılan” ve “50’den fazla işçi çalıştırılan” işletmelerin aynı durumda olmadığına kanaat getirerek eşitlik ilkesinin diğer kriterlerini incelememiştir. Mahkemeye göre, 50’den az işçi çalıştırılan iş yerleri, genellikle mevsimlik işçi çalıştırılan aile işletmeleridir. Bakınız AYM, E. 2013/23.

feminist teorinin ortaya koymaya çalıştığı üzere, hukuk tam da Muammer Topal'ın karşı oyu gibidir. Buradaki tek fark, Topal'ın karşı oyunda heteroseksüel matrisin objektif bir dile saklanmadan ayyuka çıkmasıdır. Bu yüzden, özellikle evli kadının soyadına ilişkin aynı kuralın tekrar yasalaşması halinde ya da kadının haklarını düzenleyen başka ayrımcı kuralların kabulünde, kadın ve erkek arasındaki bu karşılaştırma(ma)nın Anayasa Mahkemesinin karşı oyundan kararına taşınması uzak bir ihtimal değildir. Öyleyse, eşitlik ilkesinin bir güvence olabilmesi için bu kriterin bağlamla birlikte somutlaştırılması ve farazi yaklaşımlara ya da genel geçer ön yargılara terk edilmemesi gerekir. Bunun ön şartı, “şekli eşitlik” kavramını “maddi eşitlik” ile yumuşatmak ve karşılaştırılabilirlik testini de eşitlik ilkesinin uygulanmasının ön koşulu olmaktan çıkarmaktır. Karşılaştırılabilirliğin eşitlik ilkesine aykırı yorumlanmaması ya da kendi başına eşitlik ilkesinin tanımı haline getirilmemesi için maddi eşitlik anlayışına geçilmesi elzemdir. Aksi halde incelenen kuralı daha iyi anlamaya yarayacak bir araç olarak başvurulmuş bu kavram, eşitliğin yeni bir engeli haline gelecektir.

Öncelikle, maddi eşitlik, ayrımcı kuralın kişi ve gruplar arasında yarattığı farklılıktan hareketle “hukuk”i durumların benzer olmadığı ve eşitlik ilkesine aykırılık yaratmadığı savını durduracaktır. Bu sav, yine bir dairesel akıl yürütme olsa da Mahkemenin buna daha önce başvurmuş olması, bunu tekrar yapabileceğini göstermektedir. Maddi eşitlik anlayışı, “hukuki durum”la birlikte “fiili durum”un da gözetilmesini gerektirdiği için bu yanlış akıl yürütmenin “hukuki durum” kisvesi altında eşitlik ilkesini engellenmesine müsaade etmeyecektir. İkinci olarak, kuralın yarattığı farklı muamele bakımından “hukuki durum”lar benzer kabul edilip eşitlik ilkesinin incelenmesine devam edilse dahi maddi eşitlik, bunun devletin tüm yükümlülüklerinin göz önünde bulundurularak yapılmasını sağlar. Böylece devletin sadece ayrımcılık yapmama şeklindeki negatif yükümlülüğü değil, ayrımcılığı önleme ve engelleme şeklindeki pozitif yükümlülüğü de hukuki durum karşılaştırmasına esas alınır. Diğer bir deyişle, fiili eşitsizliklerin giderilmesi için devletin ayrımcılık mağduru gruba zaten farklı davranması gerekiyorsa, “benzer hukuki durum” karşılaştırılabilirlik testinin aracı yapılmadan tek başına bir sorun olarak değerlendirilebilir. Aksi durumda, karşılaştırılabilirlik testinde ne “benzer hukuki durum”lara saklı fiili ayrımcılık tartışılabilir ne de ayrımcılığın önlenmesi için “benzer

hukuki durumlar”ın yerine “farklı hukuki durumlar”ın olması gerektiği göz önünde bulundurulabilir.

Evli kadının soyadına ilişkin meselede sırasıyla eşitlik ilkesini karşılaştırılabilirlik testinden, bu testi ise heteroseksüel matrizen kurtarmak ve maddi eşitlikle bağdaştırmak için bağlama, yani kadın sorusuna geri dönülmelidir. İtiraz konusu kural bakımından karşılaştırılacak olan sadece “erkek eş” ve “kadın eş” midir; yoksa bu kural aynı zamanda “evli kadın” ve “evli olmayan kadın” farklılaştırmasını da mı içermektedir? Daha geniş perspektifle, bu kural kadını toplum ve aile içerisinde nasıl konumlandırır ve onu nasıl etkiler? Kadınların soyadına yönelik müdahalenin onların özel hayatına ve manevi varlığına nasıl etki ettiği bir önceki bölümde açıklanmıştı. Ancak burada bu olumsuz etkilerin aynı zamanda kadına biçilen rolleri belirlediğini de vurgulamak gerekir.

Kadının soyadı konusu, kadını genel olarak erkeğe aşağı gören ve bağımlı kılan çarkın küçük bir parçasıdır. Bu kuralla ailenin erkek üzerinden belirlenmesi ve aileye ait olan bireylerin tabi oldukları erkek ismiyle işaretlenmesi öngörülmektedir. Kendi soyadını korumak isteyen kadınlara yönelik “Senin soyadın da neticede babanın değil mi?” söylemi, eşitsizliği normalleştirdiği için haksız olmakla birlikte, bu açıdan çok da yanlış sayılmaz. Kadının evlenmeden önce “baba”yla, evlendikten sonra “koca”yla ilişkisini kuran bu sistem, soyadıyla nüfus kayıtlarının olduğu kadar eril tahakkümün tutarlılığını da sağlamaktadır. Bu yüzden kadınların “baba” soyadında kalmak anlamına gelse dahi soyadını korumasının önemi, aile adının erkek üzerinden belirlenmesine yönelik çarkın dişlerinden birini kırmasındadır. Bu, aynı zamanda heteroseksüel matrisin cinsiyet normlarında da bir kırılma yaratır. Kadının evli olan ve olmayan ayrımıyla işaretlenmemesi, ona karşı bunun üzerinden gelişecek ön yargıların ve beklentilerin beslenmesini engeller.

Öyleyse bu kural bakımından cinsiyet temelli farklı muamele söz konusu olmakla birlikte, bu muamelenin anlaşılması için kadın ve erkek eşin karşılaştırılması tek başına yeterli bir bilgi vermez. Tam da bu yüzden karşılaştırılabilirliğin başlı başına bir kriter olarak ele alınması, bağlama dikkat edilmeden uygulandığında eşitlik ilkesinin aleyhine sonuç doğuracağından sakıncalıdır. Nitekim itiraz konusu kuralda devletin kadının soyadına müdahalesi kadar nüfus kayıtlarının tutulması ve aile adının

belirlenmesi bakımından kadın ve erkeğin eşitsizliğini gidermeye yönelik gerekli tedbirleri almaması ve sistemi buna göre kurgulamaması sorunu da vardır. Mahkemenin de yapması gereken, kuralın karşılaştırılabilirlik testini geçip geçmediğine bakmak yerine devletin pozitif ve negatif yükümlülükleriyle ilgisini ortaya koymaktır. Anayasa yargısının eşitlik ilkesinin güvencesi olabilmesi için kadınların eşitliğine yönelik Anayasa Mahkemesi kararlarının Mahkemenin kararı verdiği günkü üye yapısına değil tutarlı bir içtihadı bağli olması şarttır.

Bununla birlikte, Mahkeme, karşılaştırılabilirlik testinden sonra incelediği meşru amaç kriterinde önemli tespitler yaparak yukarıdaki değinilen zayıflıkları bir dereceye kadar gidermiş gözükmektedir. Yine de incelemeye dayanak alınan hakkın belirli olmamasının yarattığı gölgenin meşru amaç kriteri üzerine düştüğünü de söylemek gerekir. Mahkeme, devletin farklı muamelenin “*nesnel ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde*” takdir yetkisinin bulunduğunu, ancak bu takdir yetkisinin kapsamının “*farklı muameleye konu hakkın niteliğine göre*” değişeceğini belirtmiştir.⁸⁴² Ancak bu açıklamaya rağmen farklı muameleye konu hakkın ne olduğu ve kadına yönelik farklı muamele bakımından takdir yetkisinin nasıl ve ne derecede daraldığı kararda değerlendirilmemiştir. Halbuki takdir yetkisinin bu anlamda daralması itiraz konusu kural bakımından önemsiz değildir. Yukarıdaki bölümde tespit edildiği üzere, kural kadınların hem özel hayatına hem de manevi varlığı hakkına çok yönlü müdahale etmektedir. Bu müdahale, sadece kadının haklarına değil aynı zamanda eşit varoluşuna ve evlilik birliği içerisinde özgürlüğüne ilişkin olduğu için kamusal sebeplerin karşısında kişisel menfaatlerin ağır basması gerektiği kabul edilmelidir.

Mahkeme devletin takdir yetkisini hak bağlamında daraltmamışsa da bu eksikliğin üzerini, 2011 tarihli kararından farklı olarak, şüpheli temel ile kapatmıştır. Nitekim Mahkeme kararın devamında cinsiyet temelinin şüpheli temel niteliğinde olduğunu belirlemiş ve “*cinsiyet temelli farklı muamele olduğunda kamu makamlarının takdir yetkisinin daralmaktadır*” şeklindeki açıklamasıyla itiraz konusu kural bakımından meşru amacın daha kuvvetli sebeplerle ortaya konmasını aramıştır. Mahkemeye göre, Anayasa’nın 10. maddesinin yanında 41. maddesinin özel olarak

⁸⁴²AYM, 2022/155, § 43, Benzer yönde bir değerlendirme için bakınız AYM, Nuriye Arpa Başvurusu, § 59.

güvence altına aldığı eşler arasındaki eşitlik ilkesinin karşısında, itiraz konusu kuralda *“kanun koyucunun son derece sınırlı bir takdir yetkisi bulunduğu”* kesindir.⁸⁴³ Mahkemenin buradan hareketle devletin soyadına ilişkin atfettiği önemli sebeplerin hiçbirinin kadına yönelik farklı muamele açısından ikna edici olmadığını ayrı ayrı tespit etmesi kararın en güçlü kısmını oluşturur.

Mahkeme, bu kararda kanun koyucunun meşru amacı olarak ileri sürülen sebeplerini tek tek çürütürken oku adeta kendine de döndürmüş ve 1998 ve 2011 yıllarında verdiği kararlarındaki gerekçelerin de geçersizliğini kanıtlamıştır. Bunu yaparken Mahkeme kuralın dayandığı iki farklı nedeni ele almıştır. Mahkemeye göre, bu nedenlerin ilki, yani kamu düzeninin korunması için *“nüfus kayıtlarındaki karışıklığın önlenmesi ve soy bağının sağlıklı bir şekilde tespit edilmesi”*, dijitalleşmenin sağladığı günümüz koşullarında güçlü bir sebep olmaktan çıkmıştır. Zira Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası vasıtasıyla herkesin bilgileri artık isimlerinden bağımsız olarak tutulmakta ve nüfus kayıtlarına ilişkin tüm veriler de birbirlerine bütünleşmiş bir şekilde sanal ortamda muhafaza edilmektedir. Bu yüzden Mahkemeye göre kadının soyadını ancak eşinin soyadıyla kullanmasının sağlanmak istenen kamu yararına hiçbir etkisi yoktur ve böyle bir nedenin farklı muamelenin meşru amacı olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

İkinci olarak, Mahkeme bu kuralın *“toplumsal değerlerin sonraki nesillere aktarılması gibi önemli işlevleri bulunan ailenin bir isimle anılmasının, başka bir ifadeyle aile bireylerinin aynı soyada sahip olmalarının aile bağlarını koruyacağı, bu sayede ailenin toplumsal işlevini yerine getirmesine katkı sağlayacağı”* yönündeki nedenlerin de ikna edici olmadığına karar vermiştir. Mahkeme bu sonuca ulaşırken, ailevi gerekçelere iki yönden cevap vermiştir. Birincisi, Mahkemeye göre, soyadı eğer ailenin bağları ve devamlılığı için önemliyse de bu önem bu aile adının neden mutlaka erkek soyadı üzerinden belirlendiğini açıklamaz. Bu noktada Mahkemenin soyadının gerekliliği ile belirlenme biçimi arasında bir ayrım yaptığı anlaşılmaktadır. Zira Mahkeme alternatif soyadı belirleme metotlarına değinmiş ve aile adı belirlenecekse de bunun aileyi kuran eşlerin ortak katılımı ile en baştan yapılmasının mümkün olduğunu söylemiştir. Mahkemenin üzerinde durduğu seçenekler, eşlerden birinin soyadının ortak soyadı olarak kullanılması, eşlerin evlenmeden önceki soyadlarının

⁸⁴³ AYM, 2022/155, § 43.

birleşiminden oluşan bir soyadının benimsenmesi ya da eşlerin evlenmeden önceki soyadlarından bağımsız yeni bir soyadı almalarıdır. İkincisi ise, aile bağlarının korunması için ortak soyadı kullanmanın dahi gerekli olmamasıdır. Mahkemeye göre, *“eşlerin ortak soyadı taşımamaları halinde aile bağlarının hiçbir şekilde korunamayacağının söylenmesi zordur”*.⁸⁴⁴

Mahkemenin itiraz konusu kural için ileri sürülen nedenlerin tamamına “cinsiyet temelli farklı muamele” açısından yanıt vermesi, konuyu eşitsizlik ekseninde tutarak Anayasa’nın 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermesi önemlidir. Diğer yandan hukuki sorunun orantılılık değerlendirmesine taşınmadan, *“farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanmaması sebebiyle”* Anayasa’ya aykırı bulunması da olumlu bir yaklaşımdır. Böylece Mahkeme devletin takdir yetkisini, hak ekseninde sınırlamamasına rağmen, gerçekten de sınırlı yorumlamıştır. Mahkeme bu meşru amaçları soyutlaştırarak “kamu yararı” üzerinden geçerli kabul etseydi ve kuralın orantısız olduğuna kararda değindiği alternatif soyadı seçenekleri ile varsaydı, iptal kararının olumlu etkisinin daha zayıf olacağını söylemek mümkündür. Zira orantılılık tartışması, kuralın tam da Mahkemenin belirttiği alternatif seçenekler ile yeni görünüm kazanması halinde orantılı sayılmasının önünü açabilirdi.

Özellikle Mahkemenin yine ‘objektif bir dille’ *“eşlere içlerinden birinin soyadını ortak soyadı olarak belirleme imkânı”* olarak bahsettiği seçeneğin eşlerin herhangi bir tercih belirtmemesi halinde otomatik uygulanacak seçenek olarak belirlenmesi; erkek eşin soyadının fiilen aile soyadı olarak kullanılmasına devam etmesiyle sonuçlanabilecektir. Mahkeme “içlerinden biri” derken kadına da erkekle eşit imkân verilmesini kastetmişse de bu imkânı erkeğe ait gören gelenek, hukuk sayesinde iyice yerleşmiştir. Bunun yanı sıra, soyadına atfedilen kutsal ve eril anlam kadının kendi soyadını kullanmak istemesini çatışmacı ve düşmanca bir tavır olarak addetmektedir. Tüm bunlar hesaba katıldığında kadının alternatif tercihlere erişiminin fiilen engelleneceğini, görünürdeki tercihinin eşinin soyadını ortak soyadı belirlemekten kullanacağını tahmin etmek zor değildir.⁸⁴⁵ Diğer bir deyişle, kadının

⁸⁴⁴ AYM, 2022/155, § 46.

⁸⁴⁵ Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi üzerinden yapılan bir araştırmada 2021 yılı verilerine göre sadece eşinin soyadını kullanan kadınların evli kadınların yüzde 96,4’ünü oluşturması; eşinin soyadıyla birlikte kendi soyadını kullanan evli kadın oranının yüzde 3,6’da kalması bunun somut kanıtıdır. Diğer bir deyişle, çift soyadı ‘imkânı’nın kullanımı da fiili engeller sebebiyle tercih edilmemiştir. Bakınız

kendi soyadını korumak için hiçbir şey yapmak zorunda olmaması ile eşi ve ailesinden gelebilecek baskılara göğüs gererek kanuni hakkını dilekçe vererek ya da form doldurarak kullanması arasında fark vardır. Nitekim bu kural iptal edilene kadar kadınların ancak dava yoluyla hakkını kullanabilmesinin fonksiyonu da bu olmuştur. Bir kadının hakkını kullanabilmek için eşine dava açabilmesi ve buna rağmen evlilik birliğini huzur içerisinde sürdürebilmesi, ancak eşlerin birbirlerine eşitlikçi yaklaştıkları bir ilişkide mümkündür. Bu ise, eril tahakküme dayalı toplumda türüne az rastlanır bir ilişkidir.

Neticede Mahkemenin kadının eşitsizliğini besleyen sebeplere meşruiyet tanımama tercihi, yadsınamayacak önemdedir. Zira her ne kadar Mahkeme tüm bu nedenlere baktıktan sonra itiraz konusu kuralın başka bir nedenini tespit edemediğini belirtmişse de kuralın ana nedeni heteroseksüel matristir. Mevcut sistemde evlilik, kadının özneliğini evlilik birliğinin içerisinde eritir ve onu bir “birey” olmaktan çıkarıp “evli kadın” haline getirir; en azından sistemin kurgusu bu yöndedir. Evliliğin kadının soyadına etkisi, ona hem evlilik birliği içerisindeki hem de toplumdaki konumunu ve rolünü hatırlatmaya hizmet eder. Dolayısıyla, biraz irdelendiğinde bu kuralın özel olarak kadının maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile özel hayat saygı hakkını; genel olarak ise toplum içerisinde eşit ve özgür bir birey olarak varoluşunu sınırladığı hemen ortaya çıkmaktadır. Feminist teorinin çabası da bu gibi kuralların eril tahakkümü besleyen yönlerini afişe etmektir. Nitekim feminist çaba olmadan, itiraz konusu kuralın bağlamı anlaşılamadığı gibi devletin hangi yükümlülüklerinin söz konusu olduğu da tespit edilememektedir. Tüm bu bağlam, devletin kadını eşitlemeye dair pozitif yükümlülüğünü ve kadını erkeğe göre ikincilleştirmemeye dair negatif yükümlülüğünü somutlaştırmakta ve bunların devlete karşı ileri sürülmesini de kolaylaştırmaktadır. Mahkeme, yukarıda tespit edilen eksiklikleri yüzünden belki bunu tam anlamıyla yapamamıştır, ancak eril tahakkümün nedenlerini meşru saymayarak da önemli bir adım atmıştır.

2. Bireysel Başvuru

Anayasa Mahkemesinin kadının soyadına ilişkin bireysel başvuru kararları, 2011 ve 2023 tarihli norm denetimi kararları arasındaki dönemde verilmiştir. 2013

Şebnem Beşe Canpolat, “Türkiye’de Evli Kadınların Soyadı Tercihi: Çift Soyadı Kullanan Kadınların Demografik Özellikleri”, **Mülkiye Dergisi**, Vol.47(3), 2023, ss. 1006-1048.

yılında karara bağlanan ve bu konudaki ilk dosya olan *Sevim Akat Eşki* başvurusunun bireysel başvuru yolunun hukuku şekillendirebilecek önemli bir yol olduğunu fark ettiren dosyalardan biri olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Mahkemenin erken dönem bireysel başvuru kararlarından olan bu başvuru, başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği kararıyla sonuçlanmış ve AİHM kararlarının iç hukukta uygulanabilmesinin güvencesini oluşturduğu için heyecan yaratmıştır. Ancak, bu kararın objektif etkisi uzun bir süre tanınmamış ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2015 yılında verdiği karara kadar evlenen kadınların evlenmeden önceki soyadlarını tek başına kullanmaları dava yoluyla dahi mümkün olmamıştır. Bu yüzden Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında bu konuyla meşgul olmaya devam etmiş, 2014 yılında *Gülsim Genç*, 2015 yılında ise *Ayşe Sena Sezgin Arslan* ve *Neşe Aslanbay Akbıyık* başvurularında başvuru kadınların soyadı hakkına ilişkin şikayetlerini tekrar incelemiştir. Bunlardan *Ayşe Sena Sezgin Arslan* başvurusu, başvurucunun sadece idareden talepte bulunması ve yargısal başvuru yollarını tüketmemesi nedeniyle kabul edilemez bulunmuşsa da Anayasa Mahkemesi kararlarının Anayasa'nın 153. maddesine rağmen idare makamları tarafından uygulanmadığını göstermesi bakımından dikkate değerdir. Nitekim Yargıtayın 2015 yılında verdiği kararında TMK madde 187'nin uygulanmasının AİHS'in 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesini ihlal ettiğini nihayet 'kabul etmesi' de yukarıdaki bölümde açıklandığı gibi Anayasa Mahkemesi kararlarının ancak Aile Mahkemesinde açılan davalarda uygulanmasını sağlamıştır. Diğer bir deyişle, kadınların idareye başvurarak soyadını korumaları yine mümkün olmamış, kadınlar bu haklarını ancak dava yoluyla elde edebilmişlerdir.

Bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı ve objektif etkisi sorunu, kadının soyadı kuralına özgü değildir.⁸⁴⁶ Ancak, bu mesele özelinde bireysel başvuru kararlarını uygulamamak ya da uygulamasını yargısal yollarla sınırlı tutmak, heteroseksüel matrisi kadınlara dayatmanın elverişli bir aracı olmuştur. Zira yaratılan ikili durum, hem TMK madde 187'nin varlığını sürdürerek evlenen kadını kural olarak kocasına tabi tutmaya devam etmiş hem de kadınları bunu 'çok istiyorlarsa' eşlerine dava açmak zorunda bırakarak soyadı haklarını kullanmaktan caydırmıştır. Bir vatandaşın avukat desteği olmadan gerekli tüm belgeleri eksiksiz toparlayıp adliyenin

⁸⁴⁶ Bu sorunu örneklerle ele alan bir çalışma için bakınız Ece Göztepe Çelebi, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, Vol. 33, 2016.

karmaşık düzeninde tek başına dava açabilmesinin zorluğu ile bu zorluğa eklenen dava masrafları bir yana, sürecin psikolojik yönünün caydırıcılığı da yüksektir. Zira en nihayetinde bu davada davacı kadın Nüfus Müdürlüğü'nün yanında eşini de hasım göstermeli ve eşine aile mahkemesinden bir dava dilekçesinin tebliğ edilmesine göz yummalıdır. Diğer yandan, bu sürecin hızlı ve sorunsuz sonuçlanabilmesi için erkek eşi davayı kabul etmeye ve duruşmaya katılmaya ikna etmek de pek çok kadın için onları vazgeçirecek uğraşlardır. Hal böyleyken, aşağıda incelenecek bireysel başvuru kararlarının hukukumuzda gerçek bir etki doğurduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Bireysel başvuru kararlarına karşı derece mahkemelerinin geliştirdiği ve maalesef gün geçtikçe yerleşen refleks göz önünde bulundurulduğunda, Mahkemenin verdiği bireysel başvuru kararlarının kadının soyadı meselesinin çözülmemesinin tek müsebbibi olmadığı aşikardır. Ancak, Mahkemenin bu kararlardaki yaklaşımının ve verdiği ya da vermekten imtina ettiği mesajların evli kadının soyadına veya genel olarak özne sorununa kümülatif etkisinin olmadığı da söylenemez. Bu yüzden, norm denetimi kararıyla mesele, kuralın tekrar yasalaşmasına yönelik yukarıda işaret edilen tehlike gerçekleşmezse, bireysel başvuruya tekrar yansımayacak şekilde sonuçlandırılmışsa da bu kararlardaki sorunların tartışılması gerekir. Nitekim Mahkeme bu kararlarında da kaçınılmaz olarak heteroseksüel matrisi ele almış ve onun yarattığı eşitsizliğe yönelik tutumunu ortaya koymuştur.

Gülsim Genç ve Neşe Aslanbay Akbıyık kararlarının metni, *Sevim Akat Eşki* başvurusununkiyle çok küçük birkaç fark dışında neredeyse aynı olduğu için kararların bir arada ele alınması mümkündür. Bu kararların hepsinde Mahkeme, başvuru sahiplerinin soyadlarına yönelik hak ihlali iddialarını Anayasa'nın 17. maddesi açısından değerlendirmiştir. *Sevim Akat Eşki*'nin iddialarını Anayasa'nın 17. maddesiyle birlikte 20. maddesine de dayandırması; *Neşe Aslanbay Akbıyık*'ın ise bunlardan sadece Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmesine rağmen Anayasa Mahkemesi, kararların tümünde konuyu "*ihlal iddialarının mahiyeti gereği*"⁸⁴⁷ Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında incelemiştir. Mahkemenin, soyadına ilişkin norm denetimi kararlarının aksine, incelediği hakkın kapsamını belirlemesini tek başına olumlu bir gelişme addetmek mümkün değildir. Zira bireysel başvuru yolunun kabul

⁸⁴⁷ AYM, *Neşe Aslanbay Akbıyık* Başvurusu, § 17.

edilebilirlik şartlarından biri Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden AİHS kapsamına giren bir hakkın ihlal edildiğini ileri sürmektir. Bu yüzden hangi hak kapsamında başvurunun kabul edilebilir bulunduğunun tespiti, bireysel başvuru incelemesinin zorunlu bir unsurudur.

Bununla birlikte, Mahkemenin konuyu Anayasa’nın 20. maddesi yerine 17. maddesi bağlamında incelemeye karar vermesi, önemlidir. Mahkeme bu kararlarında kişilerin isim hakkının “*vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı*” olduğunu belirtmiş; “*başvurucunun sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmasına yetkili idari ve yargısal merciler tarafından izin verilmemesi şeklindeki uygulamanın*” bu hakkın niteliklerinin “*kadının soyadı bakımından geçerliliğini etkilediğini*” tespit etmiştir.⁸⁴⁸ Mahkeme bu tespitlerine AİHM içtihadından destek alarak ve konuya “*bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi*” kavramı üzerinden yaklaşarak ulaşmıştır.⁸⁴⁹ Mahkeme, tıpkı AİHM gibi⁸⁵⁰, isim hakkının “*dış dünya ile ilişki kurma noktasında son derece önemli*”⁸⁵¹ olduğunu; soyadının sadece mesleki bağlamda değil kişilerin “*özel ve aile yaşamında diğer insanlarla sosyal, kültürel ya da diğer türden ilişkiler kurabilmesi*” için “*onları dış dünyaya tanıtma fonksiyonu*” üstlendiğini açıklamıştır.⁸⁵² Dolayısıyla, Mahkemenin gözünde konuyu “*mahiyeti gereği*” Anayasa’nın 17. maddesi kapsamına taşıyan, soyadının kişinin manevi varlığını oluşturan ve temsil eden yönüdür.

Mahkemenin, yukarıdaki bölümlerde incelendiği ve eleştirildiği üzere, kararlarında konunun mahiyetini zaman zaman yok saydığı ve ihlalin derinliğine inmek istemediğinde “özel hayat” kavramıyla sınırlı inceleme yaptığı göz önünde bulundurulduğunda, 17. maddeyi tercih etmesi eşitsizliğin giderilmesi açısından iyi bir başlangıç olmuştur. Dahası, kararlar farklı bölümler tarafından farklı tarihlerde verilmiş olsa da Mahkeme üç kararda da tercihinin Anayasa’nın 17. maddesinden yana kullanmıştır. Yine de feminist bakış açısıyla, bu olumlu tercihin eksiklerine de dikkat

⁸⁴⁸ AYM, Gülsim Genç Başvurusu, § 26., AYM, Sevim Akat Eşki, § 32., AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, § 31.

⁸⁴⁹ AYM, Gülsim Genç Başvurusu, § 22., AYM, Sevim Akat Eşki, § 28., AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, § 27.

⁸⁵⁰ AİHM, Burghartz/İsviçre, § 24., AİHM, Stjerna/Finlandiya, § 37., AİHM, Niemietz/Almanya Başvurusu, Başvuru No. 13710/88, Karar Tarihi: 16.12.1992, § 29.

⁸⁵¹ AYM, Gülsim Genç Başvurusu, § 22., AYM, Sevim Akat Eşki, § 28., AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, § 27.

⁸⁵² AYM, Gülsim Genç Başvurusu, § 23., AYM, Sevim Akat Eşki § 29., AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, § 28.

çekmek gerekir. Mahkemenin hakkın kapsamını belirlerken dayandığı gerekçeler, soyadının kişinin manevi varlığı bakımından *genel* önemine dairdir. Ancak, Mahkeme *kadının* soyadına yönelik müdahalenin *kadının* manevi varlığına etkisine yönelik bir değerlendirme yapmamıştır. Dolayısıyla, karar metninde şikâyetin konusunu oluşturması sebebiyle ister istemez “kadının soyadı” tamlamasını kullanılmışsa da konunun kadınların eşit varoluşuna ilişkin olduğu ima dahi edilmemiştir. Bunun kaçınılmaz sonucu ise, TMK madde 187’nin uygulamasının hakkın koruduğu alana nasıl ve ne derecede müdahale ettiğinin yine tam olarak belirlenmemesidir.

Söz konusu eksiklik, hakkın kapsamı incelemesindeki bir muhakeme sorunundan ziyade Mahkemenin yaklaşımından kaynaklandığı için kararların devamında varlığını arttırarak hissettirmiştir. Mahkemenin çalışmada incelenen diğer kararlarındakiyle benzerlik taşıyan bu yaklaşımı, aşağıda irdelenecektir. Ancak bu esnada kadının soyadı meselesindeki büyük resmi de özellikle akılda tutmak gerekir. Zira kadının soyadı konusu, çalışmada incelenen diğer konulara nazaran uzun yıllar boyunca meydan okunmuş, Mahkemenin önüne daha fazla ve farklı hukuki yollar kullanılarak taşınmış bir meseledir. Kuşkusuz, norm denetimi ile bireysel başvurunun etkileri bir değildir. Norm denetimi meselenin kaynağı olan kuralın hukuki *varlığını* tehlikeye düşüren bir denetim sağlarken bireysel başvuru, kuralın *uygulamasının* yarattığı ihlali tespit eden bir inceleme ile sınırlı kalmaktadır. Ancak, bu farklılık Mahkemenin kadının soyadına yönelik kararlarının neden idari ve yargısal makamlar tarafından ciddiye alınmadığını açıklamaz. Bu yüzden, bu kararlardaki sorunlara bakarken meselenin Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararına kadar çözülemediğini hesaba katmak ve kararların bunda bir payı olup olmadığını da sorgulamak gerekir. Elbette mahkeme kararının uygulanması kararı veren mahkemenin değil, bu kararı uygulayacak idari ve yargısal makamların sorumluluğundadır. Dolayısıyla, burada kastedilen kararlarının uygulanmamasından Anayasa Mahkemesini sorumlu tutmak değildir. Ancak, Mahkemenin kararları vasıtasıyla verdiği mesajlar da yadsınmamalıdır. Çalışmanın devamındaki eleştirilerde bu mesajların izi sürülecek ve kadının soyadı meselesinde bireysel başvuru kararlarının yaygın etki doğuramamasının ardındaki hukuki boşluklar tespit edilecektir.

a) Sınırlama Kriterlerine İlişkin Sorunlar

Mahkeme, evlenmeden önceki soyadlarını tek başına kullanamayan kadın başvurucuların iddialarını Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında inceleyeceğini açıkladıktan sonra bu hakkın ihlal edilip edilmediği değerlendirmesi için Anayasa'nın 13. maddesine başvurmuştur. Ancak, Mahkemenin sınırlama kriterlerine ilişkin incelemesi tek bir kriterle sınırlı kalmıştır: Kanunilik. Mahkeme, başvurucuların soyadı hakkına TMK madde 187'ye dayanılarak müdahale edilmesini "*müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zorunluluğu*"na aykırı bulmuştur. Zira Mahkemeye göre, Anayasa'nın 90. maddesi, TMK madde 187 ile AİHS madde 8'in "*aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle*" çıkan uyuşmazlığı AİHS'in 8. maddesinin uygulanmasını zorunlu kılarak çözmektedir. Bu yüzden, TMK madde 187, Anayasa'nın 17. maddesini sınırlayacak bir hukuki dayanak niteliğinde değildir.

Bununla birlikte, Mahkeme kanunilik değerlendirmesine geçmeden evvel Anayasa'nın 17. maddesinde manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik "*herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemeyeceğini*" not düşmüştür.⁸⁵³ Mahkeme devamında Anayasa'nın 13. maddesinin bir kriter olarak belirlediği özel sınırlama sebebi öngörmeyen manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı için de "*hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları*" ile "*Anayasanın diğer maddelerinde yer alan kurallar*"ın sınırlama sebebi oluşturacağını belirtmiştir. Ancak, Mahkemenin genel sınırlama sebebine ilişkin yerleşmiş içtihadının bir tekrarıdan ibaret bu tespitleri neden yaptığı anlaşılmamaktadır. Zira eğer bir müdahalenin yasal dayanağı yoksa zaten hukuki olmayan bu müdahalenin meşru amacını sorgulamaya gerek yoktur.

Üstelik Mahkemenin bu tespitlerini ucu açık bırakması da iyi bir tercih olmamıştır. Zira evli kadının soyadı bakımından bu hakkın doğal sınırının ne olduğu ya da Anayasa'daki hangi diğer kuralın bu hakkın sınırlandırılmasının sebebi olacağı belirsiz kalmıştır. Mahkemenin benzer durumlarda "kamu düzeni" gibi genel geçer sebeplere başvurduğu ve TMK madde 187'yi incelediği 2011 tarihli norm denetimi kararında da bu sebebi meşru kabul ettiği göz önünde bulundurulduğunda, meşru amaç

⁸⁵³ AYM, Sevim Akat Eşki Başvurusu, § 33.

incelenseydi yine kamu düzeninin esas alınacağını tahmin etmek zor değildir. Yine de kadının manevi varlığını koruma hakkını sınırlayacak “diğer Anayasa kuralı”nın Anayasa’nın 41. maddesi olmasına alan açan, ki Mahkeme 2011 tarihli kararında bu maddeye özellikle atıfta bulunmuştur, bu boşluk sınırlama kriterlerinin temel hak ve özgürlükler lehine uygulanması açısından sorunludur. Nitekim, Mahkeme kararda uygulamadığı bu tespitlere yer vererek kadınların manevi varlıklarının “aile” kavramıyla sınırlandırılabilceğı -meğerki bu sınırlama orantılı olsun- ihtimalini dışlamayan bir yorum yapmıştır. Başvurucuların manevi varlıklarının TMK madde 187 uygulaması sebebiyle nasıl zedelendiğinin belirlenmemesi eksikliğine eklenen bu belirsizlik, sınırlama kriterlerinin güvencesini azaltmıştır.

Diğer yandan, Mahkemenin detaylıca incelediğı “kanunilik” kriterinde ise soru işareti doğuran bir içtihat geliştirdiğı göze çarpmaktadır. Mahkeme ilk defa *Sevim Akat Eşki* başvurusunda, Anayasa’nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının son cümlesinin bir zımni ilga kuralı olduğunu değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” şeklindeki kural, “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırır*”.⁸⁵⁴ Mahkemeyi bu sonuca ulaştıran gerekçeler ise karışıktır. Mahkeme, önce 2004 yılında Anayasa’nın 90. maddesine eklenen bu cümlemin kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler arasında “*bir çeşit*” hiyerarşi ihdas ettiğini söylemiştir.⁸⁵⁵ Ancak, Mahkemenin devamındaki açıklamaları aslında bu ilişkiyi hiyerarşi olarak addetmediğini göstermektedir. Zira Mahkemeye göre, bir kanun ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme arasında uyuşmazlık varsa, sözleşmeye “*öncelik tanınır*” ve kanun “*göz ardı edilir*”.⁸⁵⁶ Mahkeme ayrıca böyle bir uyuşmazlıkta uygulayıcıların uluslararası sözleşmeyi uygulama yükümlölüklerinin olduğunu da belirtmiştir.

⁸⁵⁴ AYM, Sevim Akat Eşki Başvurusu, § 45.

⁸⁵⁵ Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasındaki bu cümlemin herhangi bir normlar hiyerarşisi kuralı niteliğinde olmadığını, sadece uluslararası sözleşmelerin iç hukukta kanunlar gibi uygulanması gerektiğini gösterdiğini savunan görüş için bakınız Tolga Şirin, Necdet Umut Orcan, “Anayasa Madde 90 Gereğı Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu: Siyasal İtirazlara Hukuksal Yanıtlar”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Vol.10(20), 2021, ss. 301-358.

⁸⁵⁶ AYM, Neşe Aslanbay Akbiyık Başvurusu, § 40.

Mahkemenin bu yorumu, ilk bakışta, aralarında bir uyuşmazlık doğduğunda bu uyuşmazlıktan her defasında uluslararası sözleşmenin galip, kanunun ise mağlup geleceği izlenimini yaratır. Ancak, bu değerlendirmenin kanunun geçerliliğini insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeden aldığı veya kanunların bu türdeki uluslararası sözleşmelere uygun olması gerektiği anlamına gelmediğine dikkat etmek gerekir. Bu bakımdan Mahkemenin “öncelik tanıma” ve “göz ardı etme” fiillerini özellikle tercih ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Öyle gözükmektedir ki Mahkeme “bir çeşit hiyerarşi” derken kanun ile insan haklarına ilişkin sözleşme arasında hiyerarşiye benzeyen bir ilişki olsa dahi bunun hiyerarşi niteliğinde olmadığını vurgulamak istemiştir. Nitekim Mahkemenin değerlendirme biçimi, bu kuralı bir “özel çatışma kuralı” olarak gördüğüne işaret etmektedir.

Öğretide Anayasa’nın 90. maddesinin beşinci fıkrasındaki bu kuralın özel çatışma kuralı olduğunu savunan görüş⁸⁵⁷, diğer uluslararası sözleşmeler gibi insan haklarına ilişkin olanların da kanun hükmünde olduğunu, ancak bir kanunla çatışmaları halinde genel-özel, eski-yeni şeklindeki çatışma çözücü kurallar yerine “temel hak ve özgürlükler lehine kural”ın uygulanması gerektiğini kabul eder.⁸⁵⁸ Bu görüşe göre, kural ile insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin otomatik olarak uygulanması zorunlu kılınmamıştır.⁸⁵⁹ Zira bu kuralın Anayasa’ya eklenmesinin arka planında, özellikle AIHS’in ve AIHM içtihadının uygulanmasını sağlama ve böylece

⁸⁵⁷ İnsan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin normlar hiyerarşisindeki yerine yönelik görüşler çok çeşitlidir. Ancak burada hukuki sorun bu olmadığı için Anayasa Mahkemesinin *Sevim Akat Eşki* başvurusunda yaklaştığı görüş üzerinden değerlendirme yapılmıştır. Öğretide bu türdeki sözleşmeleri kanunların üzerinde, anayasal değerde ve hatta anayasanın üzerinde gören görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşleri, yargı makamların uygulamasıyla birlikte açıklayan birkaç çalışma için bakınız Olgun Akbulut, “Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 9(115-116), 2014, ss. 14-20., Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta, 2018, ss. 530-540., Bertil Emrah Oder, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Anayasal Yorumunda 1983-2007 Bilançosu: Örnekler ve Ana Yönelim”, içinde Haz. Şebnem Sayhan, Yücel Karlıklı, **Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı**, İstanbul: Çizgi, 2008, ss. 387-417., İbrahim Şahbaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol. 54, 2004, ss. 188-194. Ayrıca bu konudaki tüm literatürü tarayıp listeleyen bir çalışma için bakınız Tolga Şirin, Necdet Umut Orcan, “Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu: Siyasal İtirazlara Hukuksal Yanıtlar”, ss. 303-305.

⁸⁵⁸ Rona Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol. 70, 2007, s. 212. Benzer yönde bir değerlendirme için bakınız Levent Gönenç, Selin Esen, “The Problem of the Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution”, **European Journal of Law Reform**, Vol. 8(4), 2006, ss. 493-497.

⁸⁵⁹ Mesut Gülmez, “İkinci Oturum: Bildiri ve Yorumlar”, içinde Türkiye Barolar Birliği, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005, s. 80.

AİHM'e başvuruları azaltma amacı yatar.⁸⁶⁰ Bununla birlikte AİHS, sıraladığı haklardan ibaret değildir. Sözleşme 53. maddesi ile Sözleşme hükümlerinden hiçbirinin devletin halihazırda tanımış olduğu insan haklarını sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamayacağını da belirtmiştir. Dolayısıyla, bir kanun maddesinin insan hakları açısından daha kapsamlı ve güvenceli olması halinde, Sözleşme metni ya da AİHM içtihadı bu kuralın uygulanmaması için öne sürülemez. Öyleyse bu halde devletin yükümlülüğü Sözleşme'yi değil, kanunu uygulamaktır. Anayasa Mahkemesinin de Sözleşme'nin uygulanması açısından hiyerarşiyi reddedip "öncelik tanıma" ifadesini kullanması bu görüşle örtüşmektedir. Kadının soyadı bakımından AİHM içtihadı ve AİHS önceliklendirilmiştir, çünkü kadının manevi varlığı hakkı bakımından AİHS'in yorumu daha güvencelidir. TMK madde 187'in AİHS madde 8 karşısında uygulanma kabiliyetini yitirmesi de bundan kaynaklanır.

Bununla birlikte, sorun zaten Mahkemenin insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeleri normlar hiyerarşisinde nereye yerleştirdiği değildir. Burada soru işaretini yaratan nokta, Mahkemenin bu açıklamaları yaptıktan sonra kuralı aynı zamanda "zımni ilga kuralı" olarak nitelemesidir. Zımni ilga, normlar hiyerarşisinde birbirine denk ve fakat farklı hükümler içeren iki normdan yenisinin eskisini üstü kapalı bir şekilde yürürlükten kaldırmasını; diğer bir deyişle yenisinin eskisi yerine gelmesini ifade ettiğinden Mahkemenin bu kavrama başvurusu yukarıda yorumlanan yaklaşımıyla ilk bakışta ilgili gözükmemektedir. Ancak, Mahkemenin kadının soyadına yönelik müdahalenin yasal dayanağının olmadığını bu kavram üzerinden tespit etmesi, birbiriyle yarışan iki farklı sonuç doğurmuştur. Bunlardan ilki, Mahkemenin kadının

⁸⁶⁰ 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun gerekçesinde bu amaç, şu cümlelerle belirtilmiştir: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde her yıl Türkiye'ye karşı çok sayıda dava açılmakta ve Türkiye pek çok davada tazminata mahkum edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede bireysel başvuru kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bunu hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye'de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir. Diğer yandan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004 (6) Sayılı Tavsiye Kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınmasının gerekliliğine değinilmiş; aynı şekilde, Venedik Komisyonu da 2004 yılında kamuoyuna duyurulan bireysel başvuruya ilişkin Anayasa değişikliği önerisini olumlu bulduğunu ifade etmiştir" Bakınız Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019, https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekceli_anayasa.pdf, (Son Erişim Tarihi: 10 Şubat 2024), s. 922.

soyadı sorununun yapısal bir durumdan kaynaklandığına işaret ederek soruna güçlü bir çözüm önermiş olmasıdır. İkincisi ise, Mahkemenin uluslararası sözleşmeler bakımından uygulamaya yabancı bu kavramın hukukun içerisine nasıl yerleştirileceğini belirsiz bırakarak çözümü hiçbir zaman gerçekleştiremeyecek bir temenniye döndürmesidir. Böylece zımni ilga, çözüm önerisinin gücü oranında çözümden uzaklaştıran bir kavram olmuştur.

Şöyle ki, yukarıda da işaret edildiği üzere Mahkeme bu kavramı ilk defa *Sevim Akat Eşki* başvurusunda kullanmıştır.⁸⁶¹ Mahkeme, daha sonra *Gülsim Genç ve Neşe Aslanbay Akbıyık* başvurularında bu içtihadını aynen tekrarlamış, ancak zımni ilga kuralına kadının soyadı meselesi haricinde sadece adil yargılanma hakkı kapsamında inceleme yaptığı *Adalet Mehtap Buluryer* başvurusunda yer vermiştir.⁸⁶² Bununla birlikte, *Adalet Mehtap Buluryer* başvurusu, zımni ilga kuralı bakımından *Sevim Akat Eşki* başvurusundakinden başka bir açıklama içermemektedir. Zaten bu başvurunun zımni ilga kuralına dair bir örnek oluşturduğunu söylemek de zordur. Zira Mahkeme, bu kararda adil yargılanma hakkını incelerken hukuki sorunun merkezine insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ile çatışan kanunun uygulanmasını koymamıştır. Her ne kadar zımni ilga kuralına atıf yapmış ve yasal mevzuatın “*AİHS hükümleri ile çatıştığı*”nı⁸⁶³ tespit etmişse de Mahkemenin bu kararda adil ve hakkaniyete uygun bir yargılama yapılmadığı sonucuna ulaşmasının gerekçesi, hükmün başvurucunun iddialarını ve delillerini dayandığı AİHM kararları “*değerlendirilmeksizin ve tartışılmaksızın*” kurulmasıdır.⁸⁶⁴ Diğer bir deyişle, Mahkeme bu sefer zımni ilga kuralının yargısal makamlara sadece *göz önünde bulundurma* yükümlülüğü yüklediğini kabul etmiş, ancak bunun onlara AİHM kararlarını *mutlaka uygulamalarını* dayatan bir yükümlülük olduğunu anıştıracak bir hüküm kurmamıştır.⁸⁶⁵ Aksi halde Mahkemenin AİHS yerine kanun maddelerini

⁸⁶¹ Böyle bir kavrama norm denetimi kararında rastlamak mümkün değildir. Zira norm denetimi zaten kuralın Anayasa’ya aykırılığına ilişkindir, uluslararası sözleşme karşısında uygulanabilirliğine dair bir inceleme içermez.

⁸⁶² AYM, Adalet Mehtap Buluryer Başvurusu, Başvuru No: 2013/5447, Karar Tarihi: 16.10.2014, § 47.

⁸⁶³ AYM, Adalet Mehtap Buluryer Başvurusu, § 51.

⁸⁶⁴ AYM, Adalet Mehtap Buluryer Başvurusu, § 53.

⁸⁶⁵ Mahkeme, “*Somut başvuru açısından, başvurucunun temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası andlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağı ve bu kapsamda AİHS’in ve AİHM içtihadının yargı mercilerince dikkate alınmadığı ve tartışılmadığı anlaşılmaktadır.*” açıklamasından sonra “*Mahkemece, bu hususlar değerlendirilmeksizin ve tartışılmaksızın davanın reddine karar verildiği, dolayısıyla, yargılamanın tümü ve sonucu bakımından adil ve hakkaniyete uygun bir yargılama yapılmadığı anlaşılmaktadır.*” sonucuna ulaşmıştır. Diğer bir deyişle, AİHS ile yargılamanın konusunu oluşturan kamu görevlileri tarafından kurulan sendikaların toplu görüşme ve toplu sözleşme haklarının kanuni tanımları arasında bir çatışma kastedilmişse de

uygulayan derece mahkemelerinin bariz takdir hatasına düştüğünü ve kararın keyfilik içerdiğini kabul etmesi gerekirdi.⁸⁶⁶

Dolayısıyla, Mahkemenin zımni ilga kuralına ilişkin içtihadı, kadının soyadı meselesiyle sınırlı kalmıştır. Mahkemenin TMK madde 187'ye dayanılarak kadının soyadına yapılacak müdahalelerin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen kanunilik kriterine aykırılık teşkil edeceğine karar vermesi, şüphesiz hukuku olumlu yönde şekillendirmeye yönelik bir içtihatdır. Mahkeme bu kararı vermekle TMK madde 187'nin meşru amacının ya da ölçülülüğün tartışılmasının yersiz olacağını, çünkü böyle bir kuralın zaten uygulanabilme gücünün olmadığını ortaya koymak istemiştir. Bu yaklaşım gerçekten de ihlalin yasadan kaynaklandığı ve bu yasaya alternatif bir insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşme kuralının var olduğu halde, adli ve idari makamların yasal mevzuat sebebiyle ellerinin kollarının bağlı olmadığını; böyle bir durumda insan haklarını ihlal etmeme yükümlülüğünü mevzuatı uygulamaya yönelik yükümlülüğe tercih etmelerinin gerektiğini güçlü bir şekilde açıklamaktadır. Esasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmeler Anayasa'nın 90. maddesi gereğince hukukumuzun bir parçası ve üstelik kanun hükmündeyken, ilgili makamların bu sözleşmeleri uygulama yükümlülüğü insan haklarına ilişkin olanlarla da sınırlı değildir.⁸⁶⁷ Ancak, bunları yabancılama ve uygulamama eğilimi, konu insan haklarına ilişkin olduğunda, Anayasa'nın aynı maddesinde belirtilen “esas alma” kuralının belirsizliğinin de karşısında daha ciddi bir sorun yaratmaktadır. Mahkemenin bu soruna kökten çözüm üretmeye çalışarak yasaları her şeyin üzerinde tutma alışkanlığına set çekmesi ve böylece Anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler rejimini ve en az yasalar kadar güce sahip uluslararası sözleşmeleri göz ardı eden makamlara Anayasa'yı uygulama yükümlülüğünü hatırlatması önemlidir.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 90. maddesinin son cümlesinin TMK madde 187'yi zımnen ilga ettiğini kabul etmek mümkün değildir. Öğretide de Mahkemenin

yargılamada kanunların yerine AIHS'in uygulanması gerektiği açıkça kabul edilmemiştir. Bakınız AYM, Adalet Mehtap Buluryer Başvurusu, § 52-53.

⁸⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, “yapılan yargılama sırasında hukuk kurallarının yorum ve uygulanmasının “öngörülemez” nitelikte olmasını ve “bariz takdir hatası” içermesini” Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermektedir. Bakınız AYM, Kenan Özteriş Başvurusu, Başvuru No: 2012/989, Karar Tarihi: 19.12.2013, § 54-65.

⁸⁶⁷ Temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan sözleşme maddesi ile kanun maddesinden hangisinin uygulanacağına ilişkin genel çatışma kurallarına başvurulması da kendi başına o kuralı dikkate almanın bir yoludur. Diğer bir deyişle, bu durum usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası andlaşmaların uygulanmasına yönelik genel yükümlülüğü ortadan kaldırmaz.

zımni ilga olarak ifade ettiği hususun aslında “ihmal” anlamına geldiği, Anayasa’nın 90. maddesinin de bu bağlamda derece mahkemelerine TMK madde 187’yi ihmal ederek AİHS’i uygulama yükümlülüğü yüklediği isabetle ortaya konmuştur.⁸⁶⁸ Nitekim bir kanun, ancak insan haklarına ilişkin milletlerarası sözleşmeyle çatıştığı ölçüde uygulanma kabiliyetini yitirir, yoksa o kanun ne yürürlükten kalkar ne de çatışmayı yaratan konu haricinde uygulanamaz olur. TMK madde 187 bağlamında düşünüldüğünde, TMK madde 187 ile AİHS arasında çatışma ancak evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanmak isteyen kadınların manevi varlığı hakkı bakımından geçerlidir. Evlendikten sonra eşinin soyadını tek başına ya da evlenmeden önceki soyadına ilaveten kullanmak isteyen kadınlar için TMK madde 187 uygulanamaz değildir. Öyleyse, burada gerçek bir ilgadan bahsetmek mümkün değildir.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin 2023 yılında vermiş olduğu norm denetimi kararı da bunu destekler niteliktedir. Mahkeme bu kararda, Anayasa’nın 152. maddesinde öngörülen ve genellikle sıkı sıkıya uyguladığı ilk inceleme kriterlerinden “davaya uygulanacak kuralı” belirlerken TMK madde 187’nin “*Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir*” şeklindeki iki cümlesinin davada uygulanma imkânının olmadığını; buna karşılık evlenen kadını mutlaka eşinin soyadını kullanmaya zorlayan birinci cümlesinin davaya uygulanacak kural olduğuna karar vermiştir. Diğer bir deyişle, Mahkeme, İstanbul 8. Aile Mahkemesinin bu yargılamada TMK madde 187’yi uygulayabileceğini kabul etmiştir. Zira, davaya uygulanacak kural, Mahkemenin bu kararında da tekrar dile getirdiği üzere, “*bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kural*”dır.⁸⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurudaki içtihadını takip etseydi dava konusu bakımından davanın çözümünde uygulanacak kuralın AİHS madde 8 olduğuna ve bu yüzden TMK madde 187’nin uygulanma kabiliyeti olmadığına karar vererek itiraz başvurusunu ilk incelemeden reddetmesi gerekirdi. Elbette Mahkemenin bunu yapmayarak normun Anayasa’ya aykırılığını incelemesi ve nihayetinde iptal etmesi meselenin çözümü bakımından daha etkili bir seçenek

⁸⁶⁸ Ozan Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, **Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları**, Yıldırım Uler’e Armağan, 2014, s. 80., Serap Helvacı, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı”, **Public and Private International Law Bulletin**, Vol.35(1), 2015, s. 166.

⁸⁶⁹ AYM, E.2022/155, § 2.

olmuştur. Ancak, burada işaret edilen, Mahkemenin de zımni ilga konusundaki kendi içtihadını özümsememiş olmasıdır.

Üstelik Mahkemenin zımni ilga kuralını benimsemediğini gösteren tek emare, ilk inceleme kriterlerinde saklı da değildir. Anayasa Mahkemesi, idari makamlardan ve derece mahkemelerinden Anayasa'nın 90. maddesini zımni ilga kuralı olarak yorumlamasını beklerken kendisini bu yükümlülükten adeta sıyırmıştır. AİHM'in *Vedat Şorli/Türkiye*⁸⁷⁰ kararından yaklaşık altı ay sonra karara bağladığı *Kübra Çankaya* başvurusunda Mahkeme, başvurucunun sosyal medya paylaşımları nedeniyle Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanına hakaret suçundan dolayı tutulmasının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.⁸⁷¹ Mahkeme, *“başvurucunun sosyal medya paylaşımları incelendiğinde üzerine atılı suçları işlediğine yönelik kuvvetli şüphenin bulunduğu açıktır”* şeklinde değerlendirme yaparken AİHM'in *Vedat Şorli* kararını hiç anmamıştır.⁸⁷² Oysa AİHM bu kararında TCK madde 299 kapsamında uygulanan tedbir ve verilen karar ne kadar hafif olursa olsun siyasi ifade özgürlüğüne yönelik bu türde bir müdahalenin haklı sayılamayacağını açıkça ortaya koymuştur.⁸⁷³ Dolayısıyla, Hicabi Dursun'un da karşı oyunda belirttiği gibi, eğer Anayasa'nın 90. maddesinin son cümlesi zımni ilga kuralıysa TCK madde 299'un AİHS'in 10. maddesi karşısında uygulanma kabiliyeti kalmamıştır. Bu sebeple, Mahkemenin de içtihadını takip etmesi halinde TCK madde 299'a dayanılarak kişinin tutulmasının hukuki dayanaktan yoksun olduğuna karar vermesi gerekirdi.

Mahkemenin zımni ilga içtihadını uygulamaktan imtina edişi, kadının soyadı meselesinde bireysel başvuru kararlarının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu içtihadına kadar neden objektif etki doğurmadığını da açıklar niteliktedir. Mahkeme, “uygulayıcılara” kanunu göz ardı ederek insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeleri uygulama yükümlülüğünü yüklemiştir, ancak kararlarında bu yükümlülüğün ne zaman ortaya çıkacağı ve nasıl uygulanacağı konusunda tutarlı bir yaklaşım ortaya koyamamıştır. Halbuki Mahkeme de özellikle bireysel başvuru yolunda Anayasa'nın 90. maddesindeki kurallarla bağlı “uygulayıcı”lardan biridir.

⁸⁷⁰ Bakınız AİHM, *Vedat Şorli/Türkiye*, Başvuru No: 42048/19, Karar Tarihi: 19.10.2021.

⁸⁷¹ AYM, *Kübra Çankaya* Başvurusu, Başvuru No: 2021/7876, Karar Tarihi: 13.4.2022.

⁸⁷² Ibid.

⁸⁷³ AİHM, *Vedat Şorli/Türkiye*, §§ 43-48.

Zımni ilga kuralını geliştiren Anayasa Mahkemesi dahi bunu yapmazken, derece mahkemelerinin bu kuralı uygulamasını beklemek gerçekçi değildir. Öte yandan, derece mahkemelerinin bu içtihadı uygulamamaya yönelik refleksinin yalnızca yasayı önceleme alışkanlığına ve uluslararası sözleşmelerin reddine dayandığını söylemek de doğru olmayacaktır. Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı derece mahkemeleri bakımından Anayasa ile onlara tanınmış yetkileri nasıl kullanacaklarına dair de bir belirsizlik yaratmıştır. Bu yüzden yargı mercilerinin bu içtihadı tereddütlerle yaklaşmaları, yasa ile uluslararası sözleşmeler arasındaki ilişkinin yanı sıra görev ve yetkilerini de etkilemesinden kaynaklanmaktadır.

Gerçekten de öğretide zımni ilgi içtihadının “uluslararası insan hakları sözleşmelerine uygunluğunun denetlenmesi yoluyla” derece mahkemelerine “kısmen anayasallık denetimine benzer yeni bir yargısal denetim” yetkisi verdiği tartışılmıştır.⁸⁷⁴ Eğer içtihadı bu yönden yaklaşılacak olursa, Anayasa’nın 152. maddesinin uygulaması bakımından da derece mahkemelerinin hareket kabiliyeti bulanıklaşmaktadır. Şöyle ki, eğer bir kanun maddesi ile AİHS maddesi arasında uyumsuzluk varsa, kanunun AİHS’e aykırılığı dolaylı olarak Anayasa’ya aykırılığını da gündeme getirmektedir. Zira, AİHS’te güvence altına alınan tüm haklar, Anayasa’da da düzenlenmiştir. Zaten bireysel başvuru yolu da AİHS ile Anayasa’nın kesişimindeki haklara özgüdür. Öyleyse, bir kuralın AİHS’e ve AİHM kararına aykırı olduğunu tespit eden hâkim, o kuralın aynı zamanda Anayasa’ya aykırı olduğu kanaatine de sahip olabilir.⁸⁷⁵ Böyle bir durumda, hâkim bu değerlendirmeyi yapıp kanunu ihmal mi etmelidir, yoksa Anayasa’ya aykırı gördüğü kuralı Anayasa’nın 152. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine mi taşınmalıdır?⁸⁷⁶ Görünen o ki, 2023 tarihli norm denetimi kararı için itiraz yoluna başvuran İstanbul 8. Aile Mahkemesi, ikinci seçeneği tercih etmiş ve Anayasa Mahkemesi de davaya uygulanacak kuralın

⁸⁷⁴ Ali Acar, “Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımni İlga Tespiti ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Vol. 6(11), 2017, s. 175.

⁸⁷⁵ Burada AİHS’e aykırılığın Anayasa’ya aykırılığı dolaylı yoldan doğurması ele alınmıştır, ancak AİHS’in Anayasa’ya aykırılık incelemesinde ölçü norm olarak kullanılmasına ilişkin bir değerlendirme için bakınız Hasan Tahsin Fendoğlu, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Vol. 17, 2000, ss. 363-384.

⁸⁷⁶ Burada Anayasa Mahkemesinin *Hulusi Yılmaz* kararını da tekrar hatırlamak gerekir. Bu kararda Mahkeme, tespit ettiği ihlalin sonuçlarının giderilebilmesi için derece mahkemesine yeniden yargılamada Anayasa’ya aykırı olan kanun hükmüne karşı itiraz yoluna gitme yükümlülüğünü de belirtmişti. Mahkemenin bu içtihadı görece yeni olmasına rağmen, bu konuyla da doğrudan bağlantılıdır. Zira bu halde hâkimin kanunu ihmal yükümlülüğü ile kanuna karşı itiraz yoluna başvurma yükümlülüğü karşı karşıya gelmekte ve hâkim için aşılması zor bir ikilem yaratmaktadır. AYM, *Hulusi Yılmaz* Başvurusu, §§52-58.

TMK madde 187 olduğunu teyit etmiştir.⁸⁷⁷ Ancak, zımni ilga içtihadı, hâkimlere bir nevi yaygın denetim yetkisini üstlenerek ilk seçeneği tercih etmelerini söylemektedir. İşte bu yönüyle de içtihat, “*bir devlet organına anayasayla veya kanunla ayrıca ve açıkça yetki verilmemişse o devlet organının o konuda yetkisiz*” olduğu kuralına takılan ve yepyeni bir tartışmanın ateşini fitilleyen bir soru işareti halini almaktadır.⁸⁷⁸

Mahkemenin kadının soyadı konusunu bir temel hak ve özgürlüğün ihlali meselesinden çıkarıp yetki sorununa dönüştürmesi, AİHS’le uyumsuzluk içerisindeki yasaların uygulanma kabiliyetinden ziyade kendi kararlarının uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmıştır. Bireysel başvuru incelemesinin “AİHM böyle karar verdiği için böyle olmalıdır” formülüne sıkıştırılması hem AİHS’in içselleştirilmesini engellemekte hem de uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Elbette Anayasa’nın 90. maddesi gereği, hukukumuzun bir parçası olan AİHS’i tüm makamlar uygulamakla yükümlüdür. Ancak, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda bunu yapmak yerine AİHM’in işaret ettiği tüm hususları en baştan değerlendirerek kadının soyadına ilişkin TMK madde 187’nin meşru amaçtan ve orantılılıktan yoksun bir kural olduğuna karar vermesi, yargısal makamlar açısından uygulaması daha kolay bir içtihat yaratabilirdi. Üstelik ihlalin sebepleri ve sonuçları, Anayasa Mahkemesi tarafından da ayrıca tespit edilmiş olurdu. Mahkemenin bu belirsizliği yaratmak pahasına, ihlal kararının sorumluluğunu adeta AİHM’e yükleyerek sorunu AİHM kararlarının uygulanmasına indirgemesi, bireysel başvuruda TMK madde 187’nin kadının temel hak ve özgürlük sorunu olarak detaylıca tartışılmasının önüne geçmiştir.

b) Ayrımcılık Yasağına İlişkin Sorunlar

Sevim Akat Eşki başvurusu başta olmak üzere, bu başvurunun kopyası niteliğindeki *Gülsim Genç* ve *Neşe Aslanbay Akbıyık* başvurularının ayrımcılık yasağına ilişkin temel sorunu, ayrımcılık yasağı bakımından hiçbir değerlendirme içermemeleridir. Başvurucuların hepsi, iddialarını Anayasa’nın 10. maddesine dayandırarak TMK madde 187 uygulamasının aynı zamanda ayrımcılık yasağını da

⁸⁷⁷ TMK madde 187’yi 2022 yılında Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile taşıyan İstanbul 8. Aile Mahkemesi Hâkimi de zımni ilga içtihadına katılmamakta ve burada ancak ihmalin söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Bakınız İmge Işıklar Ülgen, “Evlendikten Sonra Kadınların Münhasıran Kendi Soyadlarını Kullanması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Vol. 168, 2023, ss. 1-47. s. 35.

⁸⁷⁸ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa: Ekin, 2019, s. 96.

ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık, Mahkeme, başvuruların hiçbirinde meseleyi eşitlik ilkesi ya da ayrımcılık yasağı kapsamında ele almamıştır. Bunu yaparken Mahkeme, başvurucuların iddialarının Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında incelendiği ve bu sebeple ulaşılan ihlal sonucunun Anayasa'nın 10. maddesi bakımından ayrı bir inceleme gerektirmediği şeklinde bir gerekçe de sunmamış; iddialarının bu yönünü tamamen yok saymıştır. Mahkemenin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yaptığı incelemenin ayrımcılık yasağı bir yana başvurucuların manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı bakımından dahi ihlalin ağırlığını ortaya koyan bir değerlendirme içermemesi göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa'nın 10. maddesi bakımından yapılacak incelemenin yerini dolduramayacağı aşıkardır. Ancak, Mahkeme, böyle bir varsayımda dahi bulunmaya gerek görmemiş ve ayrımcılık yasağı iddialarına kulağını kapatmıştır.

Oysa Mahkemenin “AİHM böyle karar verdiği için böyle olmalıdır” formülünü ayrımcılık yasağına da uygulaması ve kararlarında alıntılacağı AİHM'in *Ünal Tekeli/Türkiye*, *Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye*⁸⁷⁹, *Tuncer Güneş/Türkiye*⁸⁸⁰, *Tanbay Tüten/Türkiye*⁸⁸¹ kararlarını en azından özetleyerek ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşması işten bile değildir. Üstelik Mahkeme bu kararlarda AİHM'in “*kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. Maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna*” vardığını açıkça belirtmiştir.⁸⁸² AİHM kararlarının ardından diğer bazı uluslararası hukuk belgelerine de değinen Mahkeme, konuyu “*cinsiyetler arası eşitlik ve cinsiyete dayalı ayrımcılıkla ilgili husus*” olarak da nitelemiştir.⁸⁸³

Bu bakımdan Mahkemenin ayrımcılık yasağı incelemesi yapmaması, açık bir mesaj taşımaktadır. Mahkeme, kadınların soyadına ilişkin haklarının uluslararası hukukta bir eşitsizlik meselesi olarak ele alındığını özellikle açıklamış, ancak kendisi için konunun alelade bir temel hak ve özgürlük ihlalinin öteye gidemeyeceğini de

⁸⁷⁹ Bakınız AİHM, *Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye*, Başvuru No: 7971/07, Karar Tarihi: 28.5.2013.

⁸⁸⁰ Bakınız AİHM, *Tuncer Güneş/Türkiye*, Başvuru No: 26268/08, Karar Tarihi: 3.9.2013.

⁸⁸¹ Bakınız AİHM, *Tanbay Tüten/Türkiye*, Başvuru No: 38249/09, Karar Tarihi: 10.12.2013.

⁸⁸² AYM, *Sevim Akat Eşki Başvurusu*, § 42. AYM, *Gülsim Genç Başvurusu*, § 37., AYM, *Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu*, § 42.

⁸⁸³ Bu belgeler, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'dir. Mahkemenin kararda bu sözleşmeleri nasıl ele aldığı bu başlığın devamında değerlendirilecektir.

ortaya koymuştur. Mahkemenin bu yaklaşımını, zımni ilga kavramı üzerinden AİHM kararlarının otomatik olarak uygulanmasını öneren ama başvuru kadınların temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından nasıl ihlal edildiğini irdelemeyen içtihadının devamı olarak yorumlamak mümkündür. Öyle gözükmemektedir ki Mahkeme için ihlal kararı vermek, temel hak ve özgürlüklerin güvencesini sağlamaktan ziyade, AİHM'e başvurulmasını engellemeye ve sorunu iç hukukta çözmeye yettiği kadarıyla gereklidir. Öte yandan, bu kararlara hiçbir ek gerekçe yazılmadığını da not düşmek gerekir. 2011 tarihli norm denetimi kararında karşı oy kullanarak TMK madde 187'nin Anayasa'nın 10. maddesini ihlal ettiği görüşünü savunan üyeler Serruh Kaleli, Zehra Ayla Perktas ve Engin Yıldırım, bu başvurularda ayrımcılık yasağının da incelenmesi gerektiğine dair bir görüş bildirmemiştir.⁸⁸⁴

Böylece, *Sevim Akat Eski*, *Gülsim Genç* ve *Neşe Aslanbay Akbıyık* başvuruları, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalara dair çarpıcı bir içtihatla uluslararası hukuku önceliyor gözüktüğü halde dahi Anayasa Mahkemesinin uluslararası hukukla mesafesini nasıl koruduğunun bir başka örneği olmuştur. Bununla birlikte, bu kararların Mahkemenin uluslararası hukuku dikkate almadığı diğer kararlardan farkı, Mahkemenin ihlal sonucuna sadece ve sadece AİHM kararına dayanarak ulaşmasıdır. Dolayısıyla, ilk bakışta, Mahkemenin kadının soyadına ilişkin bireysel başvurularda uluslararası hukuku uygulamaktan başka bir şey yapmadığı düşünülebilir. Ancak, Mahkemenin zımni ilga içtihadıyla AİHM kararlarının 'mekanik' uygulamasını önermesi, bu kararların uygulandığı anlamına gelmemektedir. Zira AİHM, evli kadının soyadına ilişkin verdiği kararlarda ayrımcılık yasağına sadece gerekçesinde yer vermemiş, hükmünü bu yasağın ihlali üzerinden kurmuştur. Bu yüzden, Anayasa Mahkemesinin AİHM kararlarıyla paralelliği *hukuki meselenin özüne inmeyen herhangi bir sebepten* ihlal kararı vermekle sağlamaya yöneldiğini ve bunu yaparken heteroseksüel matrisi sarsacak ihlal tespitlerinden kaçındığını söylemek mümkündür.

Bu sebeple, Mahkemenin anılan bireysel başvuru kararlarında Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 23/4. maddesine ya da Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 16./1. maddesine atıf yapmasının hiçbir hukuki değeri yoktur. Zira bu belgeler anılan

⁸⁸⁴ Serruh Kaleli, *Sevim Akat Eski* ve *Gülsim Genç* başvurularını inceleyen bölüme başkanlık etmiş; Zehra Ayla Perktas *Sevim Akat Eski* başvurusunda üye olarak oy kullanmış, Engin Yıldırım ise *Gülsim Genç* başvurusuna üye olarak katılmıştır.

maddelerinde sırasıyla taraf devletlerin “eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri almalarını”⁸⁸⁵ öngörüyor ve “kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacakları ve özellikle kadın erkek eşitliğine dayanılarak aile adı, meslek ve iş seçimi dahil her iki eş için geçerli, eşit kişisel haklar sağlayacaklarını”⁸⁸⁶ düzenliyor ise, Anayasa Mahkemesinin de TMK madde 187’nin uygulamasının bu düzenlemeler açısından ne gibi sorunlar taşıdığını tartışması gerekir. Üstelik, Anayasa’nın 90. maddesinin son cümlesi, AİHS ile sınırlı değildir; insan haklarına ilişkin Türkiye’nin taraf olduğu bu uluslararası sözleşmeleri de kapsamaktadır.⁸⁸⁷

TMK madde 187’nin norm denetimi kararlarının incelendiği bölümde evli kadının soyadına yönelik bu kuralın kadının manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel hayata saygı hakkına nasıl müdahale ettiği tartışılmış, bu müdahalenin aynı zamanda devletin ayrımcılık yasağı bakımından pozitif ve negatif yükümlülüklerini ihlal ettiği de açıklanmıştı. Bu yüzden burada ayrımcılık yasağı bakımından Mahkemenin incelemesi gereken hususlar tekrar edilmeyecektir. Ancak, bir bütün olarak bakıldığında, bu bölümü Mahkemenin yaklaşımında ne geçen yılların ne de bireysel başvuru mekanizmasının köklü bir değişim yarattığına işaret ederek tamamlamak gerekir.

Evli kadının soyadı kuralı bakımından bu bölümde üzerinde durulan 1998 ve 2023 tarihleri arasındaki zaman, önemli mevzuat ve Anayasa değişikliklerinin gerçekleştiği ve uluslararası hukukta insan haklarının en azından söylemsel düzeyde giderek eşitlikçiliğe yöneldiği bir döneme tekabül eder. Diğer yandan, bireysel başvuru, Türkiye’de ne kadar kapsamı dar tutulmuş olursa olsun, Anayasa Mahkemesine Anayasa’da güvence altına alınan ve norm denetiminde de ölçü norm olarak başvurduğu hakları insan hakları perspektifinden ve daha önemlisi ise hakları

⁸⁸⁵ Bakınız Resmî Gazete, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair 2003/5851 sayılı Karar.

⁸⁸⁶ Resmî Gazete, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne Katılmamızın Onaylanması Hakkında 85/9722 sayılı Karar, Sayı: 18898, 14 Ekim 1985, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18898.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 7 Kasım 2022).

⁸⁸⁷ Sözleşmelerin alıntılanan maddeleri devletlere pozitif yükümlülük yüklediği için bunların doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığı düşünülebilir. Ancak, bu yorum, Anayasa’nın 90. maddesi gereğince bu sözleşmelerin dikkate alınması yükümlülüğünü kaldırmaz. Kaldı ki, sözleşmelerin yüklediği eşit davranma yükümlülüğü, söz konusu devletin kadının soyadına dokunmamasına yönelik negatif yükümlülük olduğunda doğrudanlık da kazanmaktadır.

ihlal edilen başvuruçuların şikayetleri özelinde bağlamsal olarak ele alma imkânını vermiştir. Ancak Mahkemenin, AİHS ile sınırlı olsa da uluslararası hukukla Anayasa'nın birbirine adeta entegre edildiği bireysel başvuru yolunda dahi heteroseksüel matrisi ayrımcılık yasağına tercih ettiği ve uluslararası hukuku da araçsallaştırdığı görülmektedir.

Evli kadının soyadına ilişkin bireysel başvuru kararları, tarihlerine ve onlardan sonra gelen norm denetimi kararına bakıldığında “eski”miş sayılabilir. Ancak, çalışmanın ikinci bölümünde incelenen yakın tarihli diğer bireysel başvuru kararlarına yöneltilen eleştiriler göz önünde bulundurularak bu kararların güncelliğini de koruduğunu teslim etmek gerekir. Zira Mahkemenin kararlarında ortak olan, norm denetimi kararlarında uluslararası hukuka mümkün olduğunca yer vermeyerek Anayasa'yı dar yorumlamak, bireysel başvuru kararlarında ise AİHS ve AİHM kararlarını özetleyerek gerekçeyi ve hükmü bunlardan bağımsız kurmaktır. Böylece Mahkeme heteroseksüel matrisin devamlılığını sağlamaktadır. Evli kadının soyadına ilişkin kural iptal edilirken dahi bu düzenlemenin evlilik birliği içerisinde kadının statüsüne ilişkin ne ifade ettiğinin ve kadının kamusal alanda varoluşuna hangi yönlerden ket vurduğunun tartışılmaması, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarındaki sonuç odaklı yaklaşımının sonucudur. Mahkeme AİHS ile görünürde uyum sağlarken heteroseksüel matrisin belirlediği cinsiyet ve cinsiyet normlarına bağlılığını titizlikle korumuştur. Mahkemenin bir temel hak ve özgürlüğün ihlalini tespit ettiğinde dahi konuyu ayrımcılık yasağı incelemesinden ya da eşitliği ima edecek değerlendirmelerden kaçırması, heteroseksüel matrisin masaya yatırılmamasını sağlamakta ve aynı zamanda ‘tanınan’ özgürlüklerin matrisi alaşağı edecek şekilde geniş yorumlanmasının da önüne geçmektedir.

SONUÇ

Bugünün demokrasi ve insan hakları anlayışı, hukukun herkes için olduğu kabulüne dayanır. Bu kabul, bir yandan insan haklarının tanınmasının ve görünürde eşitlikçi ve kapsayıcı kuralların varlığının demokrasi için işlevsel ve yeterli olduğu yanılmasını yaratırken diğer yandan hukuki ya da fiili eşitsizliklerin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı gibi kurumsal araçlarla giderilmesini önerir. Buna bağlı olarak, hukukun eşitsizliğe ilişkin kusurlarına ya da farklı kişi ya da grupların eşitsizlik deneyimlerine verilen cevap da eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının etkinliği sorununa sıkışır. Şüphesiz, herkesin insan haklarından eşit bir şekilde yararlanabilmesi için eşitlik ilkesinin uygulanması ve uygulanmadığı halde bunun denetiminin yapılması önemlidir. Ancak bununla sınırlı bakış açısı, demokrasiyi, insan haklarını ya da eşitliği kutsallaştırarak bu kavramların vadettikleri sonucu verememesindeki payını görmezden gelir. Diğer bir deyişle, nihai hedef olan “insan haklarına dayalı demokratik düzen”in önündeki engellere odaklanılırken bu hedefin kendisinin de dışlayıcı ve ayrımcı olabileceği akla gelmez.

Buna karşılık, feminizm için hukukun en eşitlikçi gözüken yüzü bile eleştiriden muaf değildir. Zira feminist teoriye göre, hukuk ve hukukun yöneldiğini iddia ettiği demokratik, eşitlikçi düzen baştan aşağı eril tahakkümün kodlarına göre belirlenir ve bu sebeple yapısal olarak eşitsizliğe mahkumdur. Dolayısıyla, eğer cinsiyetçiliğe dayanan eril tahakkümle sorunun özüne inilerek mücadele edilecekse, hukukun eril tahakkümden etkilenen ve eril tahakkümü besleyen tüm yönlerinin açığa çıkarılması gerekir. Hukukun feminist eleştirisini yapmak, eşitsizlik sorununu tüm gerçekliğiyle tartışmaya açmanın, hukuku eşitsizlik yaratmayan bir yapıya dönüştürmenin ve soruna hukukun içinden çözümler üretmenin olmazsa olmaz bir yoludur. Bu yüzden feminist teori, eleştirileriyle hukukçuları hukukun ve hukukun eşitliği gerçekleştirmek için kabul ettiği araçların bir bütün olarak *gerçekte* kimler için neyi ifade ettiğini düşünmeye davet eder.

Elbette, tarafsız, nesnel ve bilimsel addedilen hukukun eril tahakkümle kuşatılmış olduğunu bir çırpıda teslim etmek kolay değildir. Hukukun gerçekliğiyle

yüzleşmek, her şeyden evvel, ona yönelik olumlu ön yargıları aşma çabasını gerektirir. Ancak, hukukun meşruiyetinin dayandığı teoriler, hukukun kimler tarafından nasıl üretildiği, hukuk kurallarının tarafsızlığı, diğer tüm hukuk kurallarının yanı sıra insan haklarının ve eşitlik ilkesinin kapsayıcılığı ve uygulanma biçimleri irdelendiğinde, hukuka yönelik feminist kuşkunun uyanması işten bile değildir. Bu anlamda, hukuku alışlagelmiş tanımlarına meydan okuyarak eleştirmek başta çaba istese de bir kere bu çabaya girildiğinde feminist teorinin eleştirilerini kavramak ve hukuka feminist perspektiften bakmak, hukukçulara zannedildiği kadar yabancı ya da zorlayıcı gelmeyecektir.

Bu çalışmada, feminist teorinin hukukun dönüşümüne katkısı Anayasa Mahkemesi kararlarının feminist eleştirisi üzerinden gösterilmek istenmiştir. Ancak, Mahkemenin seçilen kararlarının incelenmesinden evvel, Anayasa Mahkemesi kararlarına içkin tahakkümcü bakış açısının ve kararlara yönelik eleştirilerin anlaşılabilmesi için, hukukun yukarıda işaret edilen yönlerine değinilerek eril tahakkümün hukuka nasıl sirayet ettiği açıklanmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, devletin ve hukukun meşruiyetini açıklayan demokratik teoriler olan sosyal sözleşme teorileri ile anayasayı yapan ve değiştiren demokratik kurucu iktidarlar, eril tahakküm düzeni içerisinde ortaya çıkıp ona yaslanırlar. Sosyal sözleşme teorilerinin feminist eleştirisi, devletin en başından itibaren tahakküm ilişkileri üzerinden kurulduğuna ve bu yüzden devlete karşı bir özne olarak dikkate alınacak “birey”in ya da “vatandaş”ın da herkes değil sosyal sözleşmeyi kuranlar, başka bir deyişle tahakküm edenler olduğuna dikkat çeker. Diğer taraftan, devletin kurucu belgesi olan anayasanın yapımı ve değiştirilmesi bakımından da durum farklı değildir. Kurucu iktidarların en demokratik versiyonlarında dahi, tahakküm altında bulunanların bu iktidarlara katılımı ya hiç yoktur ya da çok sınırlı kalır. Bu yüzden, kurucu iktidarlara feminist yaklaşım, bu iktidarların kapsayıcılığının kadın kotası gibi kategorik ve matematiksel sonuçlar öngören araçlarla sağlanamayacağını, tahakküm altında bulunanların kurucu iktidarlara paydaş olabilmesi için tahakküm ilişkilerinin hedef alınması gerektiğini savunur. Aksi halde, demokratik addedilen katılım, yine herkesin değil, hükmeden grubun çeşitliliği ve çok sesliliğini ifade edecek, görünürdeki kadın ve öteki katılımı da tahakküm altındakilere ses olamayacaktır.

Öte yandan, yine çalışmanın ilk bölümünde tartışıldığı üzere, devletin ve hukukun içine doğduğu eril tahakkümün etkisi, hukukun üretilme süreciyle de sınırlı değildir. Tahakküm, hukukla etkileşimini sonrasında da sürdürür. Başka bir anlatımla, anayasa ve mevzuat, kendilerini yapanlardan ayrı ve soyut bir varlığa sahip olsalar da eril tahakkümün bir parçası olmaya devam eder. Eril tahakkümün hukuk üzerindeki etkisinin garantisi, onun tüm toplumsal düzeni şekillendirip anlamlandıran bir yapı olmasıdır. Şöyle ki, hukuk kurallarının önemli bir bölümünün eril tahakküme açıkça tarafgirlik edebilmesinin ardında, öncelikle, bu kuralların tahakkümü elinde bulunduranlar tarafından oluşturulması yatar. Ancak, bu bariz tarafgirliğin en önemli dayanağı, kuralları yapanlar değil, eril tahakkümün yerleşikliği ve doğallığıdır. Nitekim, eril tahakkümün dayattığı heteronormatif ikili cinsiyet sistemi ve bu cinsiyet sistemine göre belirlenen toplumsal roller, hukuk kurallarının dayanağını teşkil ederken bu kuralların eşitsiz ve tahakkümcü olduğuna yönelik hiçbir soru işaretinin oluşmamasını sağlayan, tahakkümün içselleştirilmiş ‘normal’liğidir. Diğer taraftan, toplumsal cinsiyete ve cinsiyet kimliklerinin çeşitliliğine ilişkin algının değişmesi, eril tahakkümü açıkça destekleyen kuralların fark edilmesini ve tartışılmasını mümkün kılrsa da eril tahakkümün hukukun üzerindeki sinsi etkisini, hukukun örtülü tarafgirliğini ayırt etmek daha zordur. Zira hukuk kurallarının eril tahakküme örtük desteğinin anlaşılabilmesi, bu kuralların neye göz kapattığının ve nasıl uygulandığının ayrıca araştırılmasını gerektirir.

Hukuk kuralların örtülü tarafgirliğini, onların ‘nesnel’ ve ‘tarafsız’ dili sağlar. Kuralların herkesi kapsayıcı görünümü, onların bir yandan *ötekilerin* deneyimlerine ve ihtiyaçlarına göz kapatılarak belirlendiğini gizlerken diğer yandan *ötekilerin* aleyhine ama ‘hukuka uygun bir şekilde’ uygulanabilmesine de zemin oluşturur. Başka bir ifadeyle, kuralların objektifliği, onların içinin eril tahakkümün sübjektifliğiyle doldurulabilmesinin teminatıdır. Bu durum, hukuk kurallarının geneli için olduğu kadar insan hakları ve eşitlik ilkesi için de geçerlidir. Bu yüzden, insan haklarının ve eşitliğin ilkesel düzeyde herkes için oluşu, ayrımcılığa maruz kalanlar için pek bir şey ifade etmez.

İnsan haklarının “insan”ı kavramsal olarak incelendiğinde ve insan haklarının farklı kuşaklarında bu hakların kimler için nasıl uygulandığına bakıldığında, herkesi

kucaklamadığı sonucuna ulaşılır. İnsan haklarının dışlayıcılığı, çalışmada verilen kadınların belirli iş kollarından kategorik olarak dışlandığı örneklerdeki gibi eril tahakkümün hükmettiği kişi ve grupları belirli haklardan açıkça mahrum bırakması şeklinde olabileceği gibi, kendi kaderini tayin hakkı örneğinde görüldüğü üzere hakkın öznesinin ayrıcalıklı gruplar üzerinden belirlenmesi ve sınırlandırılmasıyla da kendisini gösterebilir. Keza kadınların eril tahakkümün kodlarıyla özel alana mahkûm edilmesi, insan haklarının da özel alan/kamusal alan ayrımına göre biçimlenmesi, aynı sonuca hizmet eder. Feminist teoriye göre insan haklarındaki ortak sorun, hakların tanınmasında ve uygulanmasında tahakkümcü bakış açısının hâkim olması, bu sebeple de kadınların ve ötekilerin ihtiyaçlarına cevap verecek hukuki bir mekanizma sunamamasıdır. Benzer sorun, eşitlik ilkesinin tanımlanması ve uygulanmasında da görülür. Nitekim hak ekseninde eşitlik anlayışı, hakkın kapsamını ve öznesini eril tahakkümün normlarıyla daraltıp eşitlik ilkesini ileri sürülemez hale getirirken tek eksenli eşitlik anlayışı ise çok katmanlı eşitsizliklerin hukuken giderilmesine adeta bir set çeker ve mevcut tahakküm ilişkilerinin sürmesine ön ayak olur. Bu bakımdan, insan haklarının ve eşitlik ilkesinin öznesi, kâğıt üzerinde herkestir, ancak onlardan yararlanacak olan sadece eril tahakkümün izin verdiği kişilerdir.

Feminist teoriye göre, insan hakları ve eşitlik ilkesi, hukukun uygulanmasına hâkim tahakkümcü yorumdan kurtarılmadıkça eşitsizliği gidermek bir yana eşitsizliğin “hak” ve “hukuki eşitlik” örtüsü altına gömülerek konu dışı bırakılmasına yol açar. Genel olarak hukuku, özel olarak insan haklarını ve eşitlik ilkesini tahakkümcü yorumdan kurtarmaya yarayacak olan, feminist hukuk metodolojisidir. Feminist teorinin alternatif yöntemleri olan kadın sorusu, feminist pratik akıl yürütme ve bilinç yükseltme, hukukun eril tahakküme göre üretildiğini ve uygulandığını göstermeye yarar. Ancak, daha da önemlisi, bu yöntemler hukukun mevcut uygulamasının bir tercihten ibaret olduğunu fark ettirir ve hukukçuların “hukuk tekniği”nde sakladıkları eril tahakküm çerçevesini aşamayacak, tek ve zorunlu olmaktan çıkarır.

Çalışma kapsamında incelenen sosyal sözleşme teorileri, kurucu iktidarlar, insan hakları ve eşitlik ilkesi, anayasa hukukunun temel konularını oluşturduğu için bunlara yönelik feminist eleştirinin aynı zamanda anayasa hukukunun eleştirisi niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, feminist metodolojinin Anayasa Mahkemesi kararlarına uygulanması, bu eleştiriye bir adım öteye taşıyarak

Anayasa'daki kurallarının yorumlanmasındaki kusurları gösterir ve Mahkemenin gelecek kararlarını bu kusurları giderecek şekilde vermesine katkı sağlar. Bu bakımdan, feminist teorinin yöntemlerinin anayasa hukukunda ve Anayasa Mahkemesi kararlarında uygulanması, teorinin pratiğe yansımalarının ve eşitsizliğin giderilmesinde hukukun gerçek anlamda etki doğurmasının bir yoludur.

Anayasa Mahkemesi kararlarına feminist bakış açısıyla yaklaşmak, klasik karar incelemesinin yanında kararlara bir dizi sorunun, kadın sorusunun, yöneltmesini gerektirir: Mahkeme, hukuki sorunun tespitinde başvurucunun iddiasını ve gerekçesini dikkate almış mıdır? Mahkeme, incelemesinde kullanabileceği birden fazla kural varsa bu kurallardan birini diğerine tercih etmiş midir? Öyleyse bu tercihin, hakkın öznesi açısından hukuki sonuçları nedir? Kararda esas alınan ölçü normlar ve hukuki kavramlar hangi varsayımlara dayanır? Bu varsayımlar, hangi bakış açısını yansıtır? Bu bakış açısı, bazı kişilerin ya da grupların hukuki çıkarlarını görünmez kılar veyahut dışlar mı? Mahkeme, dışlanan bakış açılarını ve deneyimleri, Anayasa'daki kuralların uygulanmasına nasıl dahil edebilir? Şu kadar ki, bu sorular, feminist cevaplar garanti etmez. Bunlara feminist perspektiften yanıt verebilmek için, bilinç yükseltmeye ara vermeden devam edilmeli ve feminist pratik akıl yürütmenin bağlamsal değerlendirmesine başvurulmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin bütün kararlarına, konuları cinsiyet kimliği ya da toplumsal cinsiyet normlarıyla ilgili olsun ya da olmasın, bu soruların yöneltmesi ve kararların feminist alternatiflerinin araştırılması mümkündür. Ancak, bu çalışma için seçilen örneklem dahilinde incelenen kararlar, cinsiyet kimliği ile ad ve soyadıyla ilgili olduğundan bu sorulara verilen cevaplar, kararlara dair sorunların ve önerilerin feminist bakış açısıyla belirlenmesinin yanı sıra, Mahkemenin cinsiyete ve cinsiyet normlarına dair yaklaşımının tespit edilmesine de olanak sağlamıştır. Mahkemenin çalışma kapsamında incelenen kararları, şu şekilde sıralanabilir:

1. TMK madde 40'ta cinsiyet değiştirme ameliyatının ön koşulu olarak düzenlenen üreme yeteneğinden yoksunluk şartının Anayasa'ya aykırılığının incelendiği 29 Kasım 2017 tarihli norm denetimi kararı.
2. TMK madde 40'ta cinsiyet değiştirme ameliyatının ön koşulu olarak düzenlenen üreme yeteneğinden yoksunluk şartı sebebiyle ameliyat izni

alamayan başvuruçuların bireysel başvurularının incelendiği *M.K. ve Sahra Bayraktar* kararları.

3. TMK madde 40'ta nüfus sicilinde cinsiyet bilgisi değişikliğinin ön koşulu olarak düzenlenen cinsiyet değiştirme ameliyatı şartının Anayasa'ya aykırılığının incelendiği 29 Kasım 2017 tarihli norm denetimi kararı.
4. Nüfus sicillerinde yer alan cinsiyet bilgilerini değiştirmedikleri gerekçesiyle ad değiştirme talepleri reddedilen başvuruçuların bireysel başvurularının incelendiği *H.K. ve Turgay Karaca* kararları.
5. Kadının evlendikten sonra mutlaka eşinin soyadını kullanmasını öngören TMK madde 187'nin Anayasa'ya aykırılığının incelendiği 10 Mart 2011 tarihli ve 22 Mart 2023 tarihli norm denetimi kararları.
6. Evlenmeden önceki soyadlarını evlendikten sonra eşlerinin soyadları olmaksızın kullanma talepleri reddedilen başvuruçuların bireysel başvurularının incelendiği *Gülsim Genç, Neşe Aslanbay Akbıyık ve Sevim Akat Eşki* kararları.

Kararların feminist eleştirisinden çıkan bulgular, çalışmanın ikinci bölümünün başında sıralanan sorulara da cevaben her bir karar incelemesinde ayrı ayrı belirlenmiştir. Ancak, bunların derlenerek anlamlı bir bütün olarak sunulmasına ihtiyaç vardır. Bu ihtiyacı karşılamak üzere, çalışmanın bulguları, karar incelemesi boyunca okuyucunun göz önünde bulundurması istenen sorular aracılığıyla şu şekilde özetlenebilir:

- *Mahkeme, cinsiyet ve cinsiyet normlarını nasıl tanımlar?*

Mahkeme, “cinsiyet” kavramından sadece biyolojik cinsiyeti anlamaktadır. Mahkemeye göre, kişinin cinsiyeti, doğuştan sahip olduğu üreme organı ve sistemi ile belirlenir. Bu yüzden cinsiyet, biyolojik, fizyolojik ve genetikdir; sosyal değildir. Bu yaklaşımın uzantısı olarak, Mahkeme kararlarında ikili cinsiyet sistemine dayanmakta ve kişilerin kadın ya da erkek olarak tanımlanması gerektiğini kabul etmektedir. Mahkeme açısından kişilerin bu iki cinsiyetten hangisine dahil olduğunun nüfus sicilinde ‘doğru’ bir şekilde kayda alınması, hukukun kötüye kullanılmaması ve hukuk düzeninin korunması için oldukça önemli bir ihtiyaçtır. Hakların kötüye kullanılması ve hukukun heteroseksüel matrisle tutarlı yapısının değişmesine yönelik endişesi,

Mahkemenin ikili cinsiyet sistemi dışında kalan cinsiyet kimliklerini ve cinsiyet geçişkenliğini reddetmesinin de başlıca sebebidir.

Bu bakış açısı, dünyayı kadın ve erkek ayrımı üzerinden anlamlandıran toplumsal cinsiyet kalıplarının Mahkeme tarafından sahiplenilmesine de yol açmıştır. Mahkemenin özellikle transfobisini gerekçelendirirken verdiği örnekler, hukuk kurallarının kadın ve erkek için onların cinsiyetine dayalı toplumsal rollerine göre belirlenmesini doğal ve “olması gereken” saydığını göstermektedir. Bu yüzden, Mahkeme örneğin trans başvuruçuların ad değişikliği taleplerinin nüfus sicillerinde yazılı cinsiyet bilgisini değiştirmedikleri gerekçesiyle reddedilmesini özel hayata saygı hakkının ihlali bulduğu kararlarında da heteroseksüel matrisi sarsacak bir değerlendirme yapmamayı tercih etmiştir. Sonucuna bakıldığında transların kimliklerini özgürce inşa etmeleri açısından olumlu addedilebilecek bu kararlarda dahi Mahkemenin ihlal kararını vermesini sağlayan, onların cinsiyet kimliklerini toplumsal cinsiyet normlarının dayattıklarından bağımsız özgürce inşa etmeleri gerekliliği değil, bu başvurularda adın cinsiyet ve toplumsal cinsiyet normları açısından önemsiz görülmesidir. Diğer bir deyişle, Mahkemeye göre, ikili cinsiyet sistemi ve bunun üzerinden belirlenen cinsiyet normlarından sapmalar, ancak heteroseksüel matrise ciddi bir tehdit oluşturmadıkları takdirde hak olarak tanınabilirler.

- *Mahkeme, özneye dair meseleleri hangi haklar kapsamında değerlendirir?*

Çalışma kapsamında incelenen kararlardan hareketle, Mahkemenin özneye dair meseleleri ağırlıklı olarak Anayasa’nın 20. maddesi ile güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirdiğini söylemek mümkündür. Mahkeme bazen özel hayata saygı hakkını Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile birlikte de değerlendirmekte, ancak Anayasa’nın 17. maddesine nadiren tek başına başvurmaktadır. Ele alınan kararlar kişinin bedeni, cinsiyeti ve ismi üzerinde karar verme imkânı ve devletin buna müdahalesiyle ilgili olduğu için bu konuların hem özel hayata saygı hakkını hem de kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ilgilendirdiği aşıkardır. Ancak, bu haklar, konuları itibariyle birbirleriyle örtüşse de farklı koruma alanları öngörürler. Söz gelimi, kişinin bedenine yönelik müdahalelerin, özellikle de belirli bir ağırlık kazandıysa, özel hayata saygı

hakkından ziyade kişinin maddi bütünlüğü hakkı kapsamında incelenmesi gerekir. Yine örneğin, kişinin yaşam tarzını belirlemesi imkânı genel olarak özel hayata saygı hakkı kapsamında korunur. Bununla birlikte, konunun kişinin cinsiyet kimliği ya da kişiliğinin ve toplum içerisindeki konumunun önemli bir yönünü oluşturması halinde artık kendi kaderini tayin hakkı söz konusu olur ve kişinin manevi varlığının korunması hakkı bakımından değerlendirilmesi beklenir. Şüphesiz, bu hakları birbirinden keskin bir şekilde ayırmak her zaman mümkün olmayabilir, ancak biri diğerine tercih edilirken bu tercihin nedenleri açıklanabilmelidir.

Buna karşılık, Mahkemenin önüne özneye dair bir hukuki mesele geldiğinde, konuyu hangi hak bağlamında değerlendireceğini önceden tahmin etmek pek mümkün gözükmemektedir. Zira Mahkemenin bu konuda tutarlı bir yaklaşımı yoktur. Örneğin Mahkeme TMK madde 40'ta düzenlenen nüfus siciline cinsiyet değişikliği için cinsiyet değiştirme ameliyatı şartını ve bu ameliyat için öngörülen üreme yeteneğinden yoksunluk şartını Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerini bir arada ele alarak incelemiştir. Bu kararlarda, incelediği kuralların bu haklardan hangisinin hangi yönüne dokunduğuna dair bir açıklama da yapmamıştır. Daha sonra, üreme yeteneğinden yoksunluk şartını bireysel başvuru kapsamında incelediğinde ise bir başvuruda sadece Anayasa'nın 17. maddesi, diğerinde ise sadece Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirme yapmayı tercih etmiş, norm denetiminden farklı olarak iki maddeyi aynı potada eritmemiştir. Benzer şekilde, Mahkeme trans başvuru sahiplerinin ad değişikliği taleplerini Anayasa'nın 20. maddesi bağlamında incelerken evli kadının soyadına ilişkin başvurularını Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında değerlendirmiştir.

Mahkemenin inceleme yapacağı hakkı belirlerken gösterdiği tutarsızlığı, en azından çalışma kapsamında incelenen kararlar üzerinden, iki nedene bağlamak mümkündür. Öncelikle Mahkeme, ister 20. madde ister 17. madde bağlamında inceleme yapsın, kişilerin iddialarının boyutunu, ağırlığını özenli bir şekilde değerlendirmemekte, haklara yönelik müdahaleleri detaylı ve çok yönlü olarak tespit etmemektedir. Bu yüzden, görünen o ki, Mahkeme için 17. madde ya da 20. madde kapsamında değerlendirme yapmak arasında önemli bir fark yoktur. Örneğin, evli kadının soyadına ilişkin meselede hem norm denetiminde hem de bireysel başvuruda Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında inceleme yapılması, buna ilişkin kuralın kadınların özerkliğine ve manevi varlığına yaptığı müdahale bakımından

değerlendirilmesine yol açmamıştır. Sadece bu karar değil, çalışma kapsamında incelenen diğer kararlar için de Mahkemenin atıf yaptığı Anayasa maddeleri karar metninden çıkarılsa ve inceleme yapılan hakkın izi gerekçelerden sürülse, Mahkemenin özel hayata saygı hakkı bakımından mı yoksa maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bakımından mı inceleme yaptığını belirlemeye imkân yoktur.

İkinci olarak, çalışmada tartışıldığı üzere, Mahkeme için incelenen hakkı ve bu hakkın kapsamını belirlemek, incelediği konuyu nasıl sorunsallaştıracağına ilişkin bir manevra alanı da yaratmaktadır. Mahkemenin üreme yeteneğinden yoksunluk şartı sebebiyle ameliyat izni alamayan kişilerin başvurularını incelediği iki kararda farklı haklar kapsamında inceleme yapması bunun en açık örneğidir. *M.K.* başvurusunda ilgili kuralın kişilerin bedensel bütünlüklerine yönelik tıbbi müdahale olmasının yanında cinsiyet kimliğine ve kişisel gelişim hakkına da müdahale ettiği açıklanmış ve Anayasa'nın 17. maddesi bakımından inceleme yapılmıştır. Ancak, *Sahra Bayraktar* başvurusunda aynı konu Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında incelenirken, meseleye tıbbi müdahale üzerinden yaklaşan norm denetimi kararına yapılan atfa rağmen, ihlal iddialarının niteliği görmezden gelinmiş ve konu kişinin nüfus sicilindeki bilgilerini değiştirme imkânına indirgenmiştir. Diğer bir deyişle, Mahkemenin yarattığı tutarsızlık, aynı zamanda eril tahakkümü korumaya yönelik bilinçli bir tercihten de kaynaklanmaktadır. Böylece Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık ya da temel hak ve özgürlük ihlali tespiti yaparken hakların eril tahakkümü bozacak şekilde tanınmasını engellemekte, en azından tahakküm altındakilere özgür ve eşitçe var olmaya yönelik taleplerini tahakküme karşı ileri sürebilecekleri mesajını vermemeye gayret etmektedir.

- *Mahkeme, meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulması gereken kriterleri nasıl uygular?*

Mahkemenin Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminin kriterlerinden biri olan meşru amaç (sebebe bağlılık) kriterini sınırlamanın sınırından ziyade sınırlamanın alelade aşaması olarak gördüğünü, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük kriterlerini ise detaylıca incelemeyen

uyguladığını söylemek mümkündür. Bunun temel sebebi, Mahkemenin meşru amacı her defasında varsayması, geri kalan kriterleri de meşru amaca denk ele almasıdır. Şöyle ki, Mahkeme, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük kriterlerinin alt kriterleri olan zorlayıcı toplumsal ihtiyaç, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık kriterlerini meşru amaca göre incelemek yerine meşru amacın varlığını bu kriterlere otomatik olarak riayet edildiği şeklinde yorumlamaktadır.

Mahkemenin meşru amaç kriterini çok geniş ele aldığı ve özellikle Anayasa'nın herhangi bir sınırlama sebebi belirlemediği temel hak ve özgürlükler bakımından adeta genel sınırlama sebepleri varmış gibi davrandığı, pek çok kararında gözlemlenebilir. Ancak, bu çalışma kapsamında ele alınan kararlarda ortaya çıkan, Mahkemenin, özel sınırlama sebebi ya da genel sınırlama sebebi olarak ele almasından bağımsız olarak, kamu düzeni, genel sağlık gibi meşru amaçları eril tahakkümün amaçları olarak yorumladığıdır. Bu yaklaşım, şüphesiz Anayasa'da herhangi bir sınırlama nedeni belirlenmeyen temel hak ve özgürlükler açısından eril tahakküme dayanan her türlü sebebin kamu düzeni başlığı altında meşru sayılmasına yol açacağı için daha büyük tehlike taşır. Ancak sınırlama nedeni belirlenen haklar bakımından da tahakkümcü yorumun insan hakları aleyhine sonuç doğuracağı aşikardır. Bu yüzden, Mahkemenin meşru amaca yönelik tahakkümcü bakış açısının, tahakküm altındakilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve gerçekleştirilmesinin önünde ciddi bir engel olduğunu söylemek gerekir.

Mahkemenin, örneğin, TMK madde 40'ta düzenlenen üreme yeteneğinden yoksunluk şartının norm denetiminde kamu düzenine, bireysel başvuruda ise kamu düzeni ve genel sağlık sebeplerine dayandığını kabul etmesi, transların üremesinin engellenmesinin öjenik bakış açısıyla meşrulaştırılmasından başka bir şey değildir. Yine, nüfus siciline cinsiyet bilgisinin değiştirilmesinin dış genital organ ameliyatına bağlı kılınmasının ya da evli kadının mutlaka eşinin soyadını da kullanmasının (2011 yılında verilen kararda) kamu düzeninden görülmesi, Mahkemenin kamu düzeninden heteroseksüel matrisi anladığını açıkça ortaya koymaktadır. Zira Mahkeme için kamu düzeninin korunmasının olmazsa olmaz şartı, diğer her şeyin yanında, doğumda belirlenen biyolojik cinsiyetin ve toplumsal cinsiyet normlarının korunmasıdır.

Mahkemenin kamu düzeninin korunması meşru amacını eril tahakkümün korunmasına yönelik genel bir amaç olarak anlaması, diğer sınırlama kriterlerini detaylıca değerlendirmeden neden meşru amacın varlığıyla özdeşleştirdiğini de açıklar. Örneğin Mahkeme üreme yeteneğinden yoksunluk şartının gereksiz ve ölçüsüz bir tıbbi müdahale olduğu sonucuna varırken dahi transların zorunlu olarak kısırlaştırılmasını öngören düzenlemenin esasında meşru ve gerekli olduğu kabulünü terk etmemiştir. Mahkeme için bu şart, sadece TMK madde 40'ın üreme yeteneğini kaybetme sonucunu kaçınılmaz olarak doğuran cinsiyet değiştirme ameliyatını öngörmesi sebebiyle artık eril tahakkümün korunması için böyle bir ek şarta gerek olmadığı gerekçesiyle aykırıdır. Yoksa, eril tahakkümün transları yok etmeye yönelik düzeni, kendi başına bu tıbbi şartı gerekli ve ölçülü kılar. Tam da bu yüzden, aynı gün verilen diğer norm denetimi kararında nüfus sicilinde cinsiyet değişikliği için belirlenen dış genital organ ameliyatı şartı demokratik toplumda gerekli ve ölçülü görülmüştür. Halbuki bu ameliyat, sterilizasyon işleminden daha ağır sonuçları olan bir tıbbi müdahaledir. Ancak, Mahkemeye göre, eril tahakkümün korunması meşru amacının karşısında müdahalenin ağırlığı anlamını yitirir. Diğer bir deyişle, Mahkeme, konu eril tahakkümün korunması olunca meşru amaca aşırı ağırlık vermekte, değerlendirilen meselenin kişinin kimliği ya da varoluşuyla ilgili olmasını devletin takdir yetkisini sınırlayan bir nedenden ziyade eril tahakkümden yana güçlendiren neden olarak görmektedir.

- *Mahkeme, kararlarında uluslararası hukukun eşitliğe yönelik kaynaklarını dikkate alır mı?*

Çalışma kapsamında incelenen kararlara bakıldığında, Mahkemenin uluslararası hukukun kaynaklarına istikrarlı bir şekilde atıf yapmadığı, atıf yaptığı ise bunları kararlarının gerekçesinde gerçek anlamda dikkate almadığı sonucu çıkmaktadır.⁸⁸⁸ Örneğin, TMK madde 40'ta düzenlenen üreme yeteneğinden yoksunluk şartı ile cinsiyet değişikliği ameliyatı şartının Anayasa'ya aykırılığının incelendiği kararlarda ne AİHS'e ne AİHM kararlarına ne de Birleşmiş Milletlerin ya da Avrupa Konseyinin ilke ve tavsiye metinlerine atıf vardır. Kararlar, sadece ve sadece Anayasa'ya göre

⁸⁸⁸ Mahkemenin uluslararası içtihadı yaptığı atıfların “bindelik dilimlerle ifade edilebilecek kadar istisnai bir alana sıkışmış” olduğunu belirterek aynı sonuca ulaşan başka bir çalışma için bakınız Ersoy Kontacı, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yabancı ve Uluslararası İchtihatların Yeri”, **Anayasa Yargısı**, Vol. 40(1), 2023, s. 298.

verilmiştir. Elbette, uluslararası hukukun belirlediği ilke ve kuralların Anayasa’da da karşılığı vardır ve Anayasa’nın bunlara paralel olarak yorumlanması mümkündür. Ancak, Mahkeme, Anayasa’nın tahakkümcü yorumunu meşrulaştırmak için uluslararası hukuku görmezden gelmektedir. Zira bunlara ve özellikle AİHM kararlarına aykırılık teşkil edecek sonuçlara ulaşırken bunlara atıf yapmanın Mahkemenin vereceği kararlara bir katkısı yoktur.

Mahkemenin uluslararası hukuku görmezden gelişi, “Uluslararası Hukuk” başlığının açıldığı ve bu başlığın altında uluslararası mevzuatın ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının özetlendiği kararları için de geçerlidir. Örneğin, *M.K.* kararında AİHM’in *Y.Y./Türkiye* kararına atıf yapan Mahkeme, bu kararda AİHM’in devletin sunduğu meşru amaçlara yönelik eleştirisini dikkate almamış, kamu düzeni ve genel sağlık gibi sebepleri kategorik olarak meşru amaç saymış, ihlal sonucuna da norm denetimi kararını takip ederek ulaşmıştır. Keza *H.K. ve Turgay Karaca* başvurularında da Mahkemenin uluslararası hukuka değinmesi, uluslararası hukukun translar açısından ayrımcılığı yasakladığı belgeleri uygulaması anlamına gelmemiş, Mahkeme konuyu trans kimliği ve transların eşit varoluşu ekseninden itina ile uzaklaştırmıştır.

Soyadına ilişkin, 2011 tarihli norm denetimi kararından sonra verilen kararlarında ise Mahkeme, uluslararası hukuku ve AİHM kararlarını takip etmiş gözükmesine rağmen bunları içerik olarak dikkate aldığı kaynaklar haline getirmemiş, AİHM kararında yapılan tespitleri gerekçelerine yansıtmamıştır. Bu yüzden, soyadı konusunda Mahkemenin en nihayetinde ihlal ya da Anayasa’ya aykırılık kararları vermesi, onu AİHM kararlarından ayrımcılık yasağı bakımından ayrılmaktan da alıkoyamamıştır. Zira Mahkeme bu kararlarında ayrımcılık yasağını ya hiç değerlendirmemiş ya da belirli bir hak bağlamında detaylı bir şekilde incelememeyi tercih etmiştir. Neticede, Mahkemenin kararlarında uluslararası hukukun eşitliğe yönelik kaynaklarını andığı ve görünürde takip ettiği durumda bile bunları ciddi anlamda dikkate almadığını ve bu kaynaklara ancak sonuç odaklı yaklaştığını söylemek mümkündür.

- *Mahkemenin özneye yaklaşımında norm denetimi ve bireysel başvuru arasında herhangi bir farklılık var mıdır?*

Çalışma kapsamında incelenen kararlar, norm denetimi ile bireysel başvuru kararları arasında önemli bir tutum farklılığına işaret etmektedir. Gerçi, bu kararların tamamında Mahkemenin hukuku eril tahakkümün kodlarına göre yorumlamak bakımından tutarlı olduğunu, eşitlik lehine verdiği kararlarında dahi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi ile ayrımcılık yasağını tahakküm altındakilere güvence oluşturacak şekilde detaylı uygulamadığını tekrar not etmek gerekir. Ancak, Mahkemenin norm denetimi ile bireysel başvuru kararlarına bakıldığında hemen göze çarpan, bireysel başvuru kararlarında Anayasa'daki hak ve özgürlükleri, bireysel başvurunun konusu gereği AİHS başta olmak üzere ancak bununla sınırlı olmayarak, uluslararası insan hakları hukukun kaynaklarıyla birlikte incelemeye yönelirken norm denetimi kararlarında bunlardan bağımsız değerlendirmesidir. Diğer bir deyişle, norm denetiminde Anayasa Mahkemesinin tutumu, Anayasa'yı uluslararası hukukun hak ve eşitlik anlayışından ayrı yorumlamak, Anayasa'yı kendi başına ele almak yönündedir.

Yukarıda Anayasa Mahkemesinin uluslararası hukuk kaynaklarına atıf yaptığı ya da AİHM kararlarına görünürde paralel hüküm kurduğu durumda dahi bunları içselleştirmediğine ve gerekçelerine yansıtmadığına işaret edildiği için Mahkemenin bu tutumunun belirgin bir farklılık yaratmadığı düşünülebilir. Ne var ki, Mahkemenin kanunların Anayasa'ya uygunluğunu incelerken uluslararası hukuku görmezden gelmesi, önemli bir mesaj niteliğindedir. Mahkemenin bu tutumuyla verdiği mesaj, yasa koyucunun Anayasa'ya uygun kanun çıkarma yükümlülüğünün insan haklarına da uyma yükümlülüğünü zorunlu olarak içermiştir. Nitekim çalışma kapsamında ele alınan kararlar bağlamında Mahkeme, özel hayata saygı hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını norm denetiminde bir insan hakkı olarak değil, alelade bir Anayasa kuralı olarak görme eğilimindedir.

Evli kadının soyadı meselesinin yanı sıra, üreme yeteneğinden yoksunluk ya da cinsiyet değiştirme ameliyatı şartı gibi kişinin cinsiyet kimliğine, fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne ağır müdahaleler öngören kuralların dahi hakka yönelik müdahaleden ziyade kamu düzeni ve kamu yararı üzerinden değerlendirilmesinin bir sebebi de budur. Zira Mahkeme, norm denetiminde esas aldığı ölçü norm bir insan hakkı olsa

dahi, yasaların anayasaya uygunluğu denetiminin geleneksel olarak dışında tutulan yerindelik denetimi yapmamaya azami özen göstermekte ve böylece yasa koyucunun siyasi takdirinin demokratik toplumda isabetli olup olmadığını değerlendirmekten kaçınmaktadır. Halbuki yasa koyucu, Anayasa'nın 13. maddesi gereğince, Anayasa'daki hak ve özgürlüklere yönelik siyasi takdirini her zaman demokratik toplumun gereklerine göre belirlemek zorundadır.

Mahkemenin norm denetiminde benimsediği bu tutum, yasa koyucunun kamu yararını belirlemedeki (eril tahakküme dayanan) siyasi takdirini, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma rejimindeki meşru amaç ve demokratik toplumdaki gereklilik kriterlerinden ayrı ve bunları baskılayan bir unsura dönüştürmektedir. Mahkemenin Anayasa'nın 13. maddesindeki meşru amaç/sebebe bağlılık kriterini geniş yorumladığı da dikkate alındığında, yasa koyucunun ötekilerin varoluşuna ve özgürlüklerine kasteden ve Mahkemece hemen meşru bulunan sebeplerinin bu hakları en başından itibaren tahakküme göre belirlediğini söylemek mümkündür. Evli kadının soyadına ilişkin kuralın norm denetiminde Anayasa'ya uygun bulunduktan sadece iki yıl sonra bireysel başvuruda manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali olarak görülmesi, ancak bunun kadınlar için etkin bir sonuç doğurmaması bu anlamda çarpıcı bir örnektir. Gerçekten de bireysel başvuruda ne kadar ihlal kararı verilirse verilsin, eril tahakküme göre belirlenen mevzuatın korunması, Anayasa ile güvence altına alınan insan hakkının tahakküm altındakilere sınırlı ve şartlı uygulanmasına yol açmıştır. Neticede, insan hakları, kanunların anayasaya uygunluğu denetiminde geri plana atılmış, bireysel başvuruya sıkıştırılmış ve böylece sunabildiği güvenceler eril tahakkümle malul kalmıştır.

Çalışma kapsamında tespit edilen bu sorunlar, Mahkemenin ayrımcılık yasağına yaklaşımını da açıklar. Ele alınan kararların hepsi, cinsiyet tanımları ve normları sebebiyle ayrımcılık teşkil eden bir kurala ya da uygulamaya dair olmasına rağmen ayrımcılık yasağı Mahkeme tarafından nadiren incelenmiş, incelendiğinde ise ayrımcılık yasağının kriterleri adeta 'öylesine' uygulanmıştır. Nitekim bu kararlardan ayrımcılık yasağının uygulanarak ihlal edildiği sonucuna ulaşılan tek karar olan evli kadının soyadına ilişkin 2023 tarihli norm denetimi kararında Mahkeme, incelemesini belirli bir hak bağlamında dahi yapmamıştır. Dolayısıyla, eşitlik ilkesine aykırılık sonucuna da söz konusu ayrımcılığın evli kadınların hangi haklarını nasıl etkilediğini

araştırmadan, eşitsizlik sorununu açıkça tespit etmeden ulaşmıştır. Bu tutum, Mahkemenin özneye dair meseleleri hangi hak bağlamında incelediğinin belirsiz ve tutarsız olması ile uluslararası insan hakları hukukunu göz ardı etmesiyle de örtüşür. Keza meşru amaç kriterinin, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük kriterlerini işlevsizleştirecek şekilde geniş yorumlanması da ayrımcılık yasağına yönelik bu yaklaşımı destekler. Zira Mahkeme tüm bunlarla, uluslararası insan haklarının eşitsizlik sorununa verdiği cevapları yok saymakta, ayrımcılık iddiasında bulunan kişilerin bir hukuk öznesi, hak sahibi olarak haklarını ileri sürmesini engellemekte ve yasa koyucunun ayrımcılığa yönelik sebeplerine ağırlık vererek insan haklarının güvencelerini zayıflatmaktadır.

Öyleyse, çalışma boyunca Anayasa Mahkemesinin kararlarına yöneltilen her eleştiri esasında ayrımcılık yasağının etkin bir şekilde uygulanmamasına yol açan genel yaklaşımı açığa çıkarmaya yöneliktir. Ancak, bu kararlara feminist teori bakımından yaklaşmak, Anayasa Mahkemesinin ayrımcılık yasağını hiç uygulamamasının ya da kriterlerini özenli bir şekilde değerlendirmemesinin ötesinde bir soruna da işaret etmektedir. Mahkeme, tüm bunların yanında, benimsediği cinsiyet tanımıyla ve cinsiyet normlarına yönelik kabulleriyle kararlarını açıkça eril tahakkümün gerekçelerine dayandırmaktadır. Bu yüzden, meselenin ayrımcılık yasağının bir ölçü norm olarak uygulanıp uygulanmamasından ibaret olmadığını, Anayasa Mahkemesinin ayrımcılık yasağına uyma yükümlülüğünü de ilgilendirdiğini vurgulamak gerekir. Zira Mahkemenin eril tahakküme yaslanan gerekçeleri ve bu gerekçelerle verilen kararlar, ayrımcılığı hukuken meşrulaştırmakta ve anayasallaştırmaktadır. Bu durum, ayrımcılık yasağının bizatihi Anayasa Mahkemesi kararları ile ihlal edilmesi tehlikesine işaret eder. Gerçekten de Mahkemenin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile bağlı olduğunu göz ardı ederek kararlarında eril tahakküme yaslanmaya devam etmesi, incelediği kural ya da uygulamanın ayrımcı olup olmadığından bağımsız olarak Mahkemenin kararlarının ayrımcı olmasına yol açacaktır.

Neticede, Anayasa Mahkemesi kararlarını feminist teori bakımından incelemek, Mahkemenin kararlarına içkin eril tahakkümü açığa çıkarmayı ve kararların gerekçeleri ve sonuçlarıyla ayrımcılığa etkilerini belirlemeyi mümkün kılar ve böylece Anayasa'nın ve insan haklarının eşitlikçi bir şekilde yorumlanmasına ve

uygulanmasına katkı sağlar. Ancak, daha da önemlisi, eşitliğin güvencesi olması gereken anayasa yargısının da ayrımcılığın bir sebebi haline gelebileceğini göstererek bunu engellemeyi hedefler. Bununla birlikte, bu çalışma ve çalışmada yöneltilen eleştiriler, feminist teorinin anayasa yargısına nihai katkısı olarak algılanmamalı, aksine, anayasa hukukunda feminist bilinç yükseltme faaliyetinin küçük bir parçası olarak ele alınmalıdır. Diğer bir deyişle, elbette bu çalışmanın kendisine de yöneltilecek eleştiri ve önerilerle, anayasa hukukuna ve anayasa yargısına feminist teorinin gözünden bakmaya devam edilmeli, hukukun tahakkümcü yorumdan kurtarılması ve eşitliğe yönelmesi için feminist çaba sürdürülmelidir.



KAYNAKÇA

KİTAP, KİTAP BÖLÜMÜ, MAKALE VE ÇEVİRİM İÇİ KAYNAKLAR

ABDO Nahla, “Middle East Politics through Feminist Lenses: Negotiating the Terms of Solidarity”, **Alternatives**, Vol. 18(1), 1993, ss. 29-38.

ACAR Ali, “Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımni İlga Tespiti ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Vol. 6(11), 2017, ss. 137-190.

AESCHYLUS, **The Oresteia**, Çev. Robert Fagles, Londra: Penguin Books, 1977.

African Commission on Human and People’s Rights, “General Comment No. 4 on the African Charter on Human and Peoples’ Rights: The Right to Redress for Victims of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Punishment or Treatment (Article 5)”, 2017, https://policehumanrightsresources.org/content/uploads/2021/07/achpr_general_comment_no._4_english.pdf?x49094, (Son Erişim Tarihi: 7 Şubat 2024).

AHMED Sara, **Complaint!**, Durham: Duke University Press, 2021.

AHMED Sara, **Feminist Bir Yaşam Sürmek**, Çev. Beyza Sumer Aydaş, İstanbul: Sel, 2017.

AKBULUT Olgun, “Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 9(115-116), 2014, ss. 7-45.

AKÇABAY Fehmiye Ceren, “Feminist Hukuk Metodolojisi: Hukuk Uygulaması ve Politika” içinde Ed. Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, Ankara: Seçkin, 2018, ss. 17-56.

AKİPEK Jale, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, 2013.

ALAATTİNOĞLU Daniela, “Forced Sterilisation in the Istanbul Convention” içinde Ed. Johanna Niemi, Lourdes Peroni, Vladislava Stoyanova, **International Law and Violence Against Women**, Londra: Routledge, 2020, ss. 173-188.

ALÇIK Merve, “Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Vol. 21, 2019, ss. 1875-1906.

ALDANMAZ FİDAN Bahar, İlayda Eskitaşçıoğlu, “Türkiye’de Regl Yoksulluğu Araştırması”, Konuşmamız Gerek Derneği, 2022, <https://konusmamizgerek.org/turkiyede-regl-yoksullugu-arastirmasi/>, (Son Erişim Tarihi: 7 Kasım 2022).

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Ankara: Yetkin, 1996.

ALTUNJAN Tanja, **Reproductive Violence and International Criminal Law**, The Hague: International Criminal Justice Series 29. T.M.C. Asser Press, 2021.

American Convention on Human Rights: "Pact of San José, Costa Rica", 22 Kasım 1969, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201144/volume-1144-i-17955-english.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2024).

American Psychiatric Association, “What Is Gender Dysphoria?”, <https://www.psychiatry.org/patients-families/gender-dysphoria/what-is-gender-dysphoria#:~:text=Gender%20dysphoria%3A%20A%20concept%20designated,dive%20people%20experience%20gender%20dysphoria>, (Son Erişim Tarihi: 2 Şubat 2024).

Amerikan Psikiyatri Birliği, **Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal Elkitabı Beşinci Baskı (DSM-5), Tanı Ölçütleri Başvuru Elkitabı**, Çev. Ertuğrul Köroğlu, Ankara: Hekimler Yayın Birliği, 2013.

Amerikan Psikologlar Derneği, Transgender ve Toplumsal Cinsiyete Uymayan Kişilerle Psikolojik Uygulamalar Kılavuzu, Çev. Koray Başar, Vahap Karakuş, Turgay Bayındır, <https://kaosgldernegi.org/images/library/2017kilavuzweb.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 7 Şubat 2024).

Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği, “Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneğinin Cumhurbaşkanının İstanbul Sözleşmesi’ne İlişkin Kararı Hakkındaki Açıklaması”, 23 Mart 2021, <https://anayasader.org/anayasa-hukuku-arastirmalari-derneginin-cumhurbaskaninin-istanbul-sozlesmesine-iliskin-karari-hakkindaki-aciklamasi/>, (Son Erişim Tarihi: 15 Nisan 2024).

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemini Destekleme Projesi, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemi İhtiyaç Analizi Raporu, <https://rm.coe.int/16806f2347>, (Son Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024).

ANAYURT Ömer, **Anayasa Hukuku Genel Kısım**, Ankara: Seçkin, 2019.

ARAL Vecdi, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, İstanbul: On İki Levha, 2010.

ARENDT Hannah, **The Origins of Totalitarianism**, Orlando, Florida: Harcourt, Brace & Company, 1973.

ARICI Oğuz, “Oresteia: Bir Modern Devlet ve Adalet Tartışması”, **Tiyatro Eleştirmenliği ve Dramaturji Bölümü Dergisi**, Vol. 17, 2011, ss. 1-17.

ARSLAN ÖNCÜ Gülay, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, içinde Ed. Sibel İnçeoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, İstanbul: Beta, 2013, ss. 301-332.

Asian Human Rights Commission, Asian Legal Resource Centre, “Asian Human Rights Charter: A People’s Charter”, 17 Mayıs 1998, <https://www.refworld.org/legal/resolution/radr/1998/en/38601>, (Son Erişim Tarihi: 8 Mart 2024).

ATAMER Yeşim M., Z. Damla Taşkın, “Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri”, **Yargıtay Dergisi**, Vol. 42(4), 2016, ss. 719-782.

ATILGAN Eylem Ümit, **Türkiye'deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukuki Bir Araştırma: Haksız Tahrik Kararlarında Eril Tahakküm Kodları**, Ankara: Turhan, 2015.

AUSTIN Erika Laine, “Women’s STD Prevention and Detection Practices: The Specificity of Social Location”, **Race, Gender & Class**, Vol. 12(1), 2005, ss. 59-81.

Avrupa Konseyi, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 2011, <https://rm.coe.int/1680462545>, (Son Erişim Tarihi: 10 Nisan 2024).

AYBAY Rona, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol. 70, 2007, ss. 187-213.

AYBAY Rona, **An Introduction to Law**, İstanbul: İstanbul Bilgi University Press, 2019.

AYTEMİZ SEYMEN Oya, Hazal Tolu Yılmaz, Özlem Aydın, “Hukuki Düzenlemelerin Cinsiyete Dayalı Cam Tavan Algısını Önlemedeki İşlerliği Üzerine Bir Değerlendirme”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Hazal Tolu Yılmaz, Doğan Kara, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 5**, İstanbul: On İki Levha, 2024, ss. 345- 396.

BAĞÇECİ Hamide, **Siyasal Katılım Aracı Olarak Referandum: Avrupa Birliği ve Türkiye Uygulamaları**, İstanbul: On İki Levha, 2020.

BAĞDATLI Narin, “Feminizm ve Sol: Türkiye’de 1970’lerde ‘Kadın Sorunu’”, içinde Ed. Feryal Saygılıgil, Nacide Berber, **Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce Onuncu Cilt: Feminizm**, İstanbul: İletişim, 2020, ss. 362-371.

BAKICI Sedat, **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Ankara: Adalet, 2008.

BALBUS Isaac D., “Commodity Form and Legal Form: An Essay on the “Relative Autonomy” of the Law”, **Law & Society Review**, Vol. 11(3), ss. 571-588.

BARTLETT Katharine T., “Feminist Legal Methods”, **Harvard Law Review**, Vol. 103(4), 1990, ss. 829-888.

BAŞAR Koray, Şahika Yüksel, “Çocukluktan yetişkinliğe cinsiyet kimliği ile ilgili sorunlar: uygun değerlendirme ve izlem”, **Psikiyatride Güncel – Cinsel İşlev Bozuklukları**, Vol. 4(4), 2014, ss. 389-404.

BATUM Süheyl, Didem Yılmaz, Serkan Köybaşı, **Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Genel Esaslar**, İstanbul: On İki Levha, 2021.

BEBEL August, **Kadın ve Sosyalizm**, Çev. Sabiha Sertel, Sevinç Altınçekiç, İstanbul: Yordam, 2019.

BENHABIB Seyla, Judith Butler, Drucilla Cornell, Nancy Fraser, **Çatışan Feminizmler: Felsefi Fikir Alışverişi**, Çev. Feride Evren Sezer, İstanbul: Metis, 2021.

BENNET Anna Nelson, “‘Because She Would Not Be Governed’: Medieval Women, Power, and the Politicization of Witchcraft”, **Open Access Master’s Theses**, 2015, <https://digitalcommons.uri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1529&context=theses>, (Son Erişim Tarihi: 15 Nisan 2024).

BERKTAY Fatmagül, **Tarihin Cinsiyeti**, İstanbul: Metis, 2018.

BEŞE CANPOLAT Şebnem, “Türkiye’de Evli Kadınların Soyadı Tercihi: Çift Soyadı Kullanan Kadınların Demografik Özellikleri”, **Mülkiye Dergisi**, Vol.47(3), 2023, ss. 1006-1048.

BINGHAM Tom, **The Business of Judging: Selected Essays and Speeches: 1985-1999**, Oxford: Oxford University Press, 2011.

Bianet, “EŞİK: Tüm kadınları soyadı hakkına sahip çıkmaya çağırıyoruz”, 6 Şubat 2024, <https://bianet.org/haber/esik-tum-kadınları-soyadi-hakkına-sahip-cikmaya-cagırıyoruz-291468>, (Son Erişim Tarihi: 19 Mayıs 2024).

Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu, “Türkiye’deki Mülteci Kadınlar ve Kız Çocuklarında Menstrüel Hijyen Yönetimi”, 2022, https://turkiye.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/turkiyedeki_multeci_kadınlar_ve_kız_cocuklarında_menstruel_hijyen_yonetimi_arastirma_raporu.pdf, (Son Erişim Tarihi: 8 Kasım 2022).

BONIFACIO Joseph H., Catherine Maser, Katie Stadelman, Mark Palmert, “Management of gender dysphoria in adolescents in primary care”, **Canadian Medical Association Journal**, Vol. 191(3), ss. E69-175.

BORA Aksu, **Kadınların Sınıfı: Ücretli Ev Emeği ve Kadın Öznelliğinin İnşası**, İstanbul: İletişim, 2018.

BOURDIEU Pierre, **Masculine Domination**, Çev. Richard Nice, Stanford, California: Stanford University Press, 2001.

BOURDIEU Pierre, **Pratik Nedenler: Eylem Kuramı Üzerine**, Çev. Hülya Uğur Tanrıöver, İstanbul: Hil, 2006.

BOWMAN Cynthia Grant, Elizabeth M.Schneider, “Feminist Legal Theory, Feminist Lawmaking, and the Legal Profession”, **Fordham Law Review**, Vol.67(2), 1998, ss. 249-271.

BOYAR Oya, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, içinde Ed. Sibel İncoğlu, Ed. Sibel İncoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, İstanbul: Beta, 2013, ss. 53-80.

BOYAR Oya, Sezen Kama Işık, “Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir Bakış”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Vol. 25(2), 2019, ss. 602-623.

BOYD Susan B., "Motherhood and Law: Constructing and Challenging Normativity" içinde Ed. Margaret Davies, Vanessa E. Munro, **The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory**, Londra, New York: Routledge, 2016, ss. 267- 283.

BURKE Edmund, Ed. Conor Cruise O'Brien, **Reflections on the Revolution in France**, Londra: Penguin Books, 2004.

BUTLER Judith, **Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi**, Çev. Başak Ertür, İstanbul: Metis, 2020.

CAIN Patricia A., "Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories", **Berkeley Women's Law Journal**, Vol. 4, 1988, ss. 191-214.

Cambridge Dictionary, "Unisex", <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/unisex>, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

CARMICHAEL Ailsa, "Foreword", içinde Ed. Sharon Cowan, Chloë Kennedy, Vanessa E. Munro, **Scottish Feminist Judgements: (Re)Creating Law from the Outside In**, Oxford: Hart Publishing, 2019.

CARRUTHERS Peter, "Against the Moral Standing of Animals", University of Maryland, https://umd.instructure.com/courses/1056989/files/31386860?module_item_id=7083907sym, (Son Erişim Tarihi: 3 Mart 2024).

CEBECİ Şeyma, "Terk Nedeniyle Mağdurun Hastalığa Yakalanması, Yaralanması ya da Ölmesi Suçunu Düzenleyen TCK m. 97/2'nin Kanunilik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi" içinde Ed. Pınar Başak Coşkun, Barkın Özyurt, Yağmur Öykü Yönet, **Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi III. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu 26-27 Kasım 2022**, İstanbul: On İki Levha, 2023, ss. 641- 671.

CHARLESWORTH Hilary, Christine Chinkin, "Violence against women: a global issue" içinde Ed. Julie Stubbs, **Women, Male Violence and the Law**, Sydney: Institute of Criminology Series no.6, 1994.

CHARLESWORTH Hilary, Christine Chinkin, **The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis**, Manchester: Juris Publishing, 2000.

CHITTOLINI Giorgio, "The "Private," the "Public," the State", **The Journal of Modern History**, Vol. 67, 1995, ss. S34-S61.

CHRISTIE Nils, "The Ideal Victim", içinde Ed. Ezzat A. Fattah, **From Crime Policy to Victim Policy: Reorienting the Justice System**, Londra: Palgrave Macmillan, 1986, ss. 17-30.

COLEMAN E, A. E. Radix, W. P. Bouman, G. R. Brown, A. L. C. de Vries, M. B. Deutsch, R. Ettner, L. Fraser, M. Goodman, J. Green, A. B. Hancock, T. W. Johnson, D. H. Karasic, G. A. Knudson, S. F. Leibowitz, H. F. L. Meyer-Bahlburg, S. J. Monstrey, J. Motmans, L. Nahata, T. O. Nieder, S. L. Reisner, C. Richards, L. S. Schechter, V. Tangpricha, A. C. Tishelman, M. A., A. Van Trotsenburg, S. Winter, K. Ducheny, N. J. Adams, T. M. Adrián, L. R. Allen, D. Azul, H. Bagga, K. Başar, D. S. Bathory, J. J. Belinky, D. R. Berg, J. U. Berli, R. O. Bluebond-Langner, M.- B.

Bouman, M. L. Bowers, P. J. Brassard, J. Byrne, L. Capitán, C. J. Cargill, J. M. Carswell, S. C. Chang, G. Chelvakumar, T. Corneil, K. B. Dalke, G. De Cuypere, E. de Vries, M. Den Heijer, A. H. Devor, C. Dhejne, A. D'Marco, E. K. Edmiston, L. Edwards-Leeper, R. Ehrbar, D. Ehrensaft, J. Eisfeld, E. Elaut, L. Erickson-Schroth, J. L. Feldman, A. D. Fisher, M. M. Garcia, L. Gijs, S. E. Green, B. P. Hall, T. L. D. Hardy, M. S. Irwig, L. A. Jacobs, A. C. Janssen, K. Johnson, D. T. Klink, B. P. C. Kreukels, L. E. Kuper, E. J. Kvach, M. A. Malouf, R. Massey, T. Mazur, C. McLachlan, S. D. Morrison, S. W. Mosser, P. M. Neira, U. Nygren, J. M. Oates, J. Obedin-Maliver, G. Pagkalos, J. Patton, N. Phanuphak, K. Rachlin, T. Reed, G. N. Rider, J. Ristori, S. Robbins-Cherry, S. A. Roberts, K. A. Rodriguez-Wallberg, S. M. Rosenthal, K. Sabir, J. D. Safer, A. I. Scheim, L. J. Seal, T. J. Sehoole, K. Spencer, C. St. Amand, T. D. Steensma, J. F. Strang, G. B. Taylor, K. Tilleman, G. G. T'Sjoen, L. N. Vala, N. M. Van Mello, J. F. Veale, J. A. Vencill, B. Vincent, L. M. Wesp, M.A. West & J. Arcelus "Standards of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People, Version 8", **International Journal of Transgender Health**, Vol. 23(S1), 2022, ss. 1-258.

COLLINS Hugh, **Marxism and Law**, Oxford, New York: Oxford University Press, 1982.

COLLINS Paul M., Kenneth L. Manning, Robert A. Carp, "Gender, Critical Mass, and Judicial Decision Making", **Law and Policy**, Vol. 32(2), 2010, ss. 260-281.

COLLINS Todd, Laura Moyer, "Gender, Race, and Intersectionality on the Federal Appellate Bench", **Political Research Quarterly**, Vol. 61(2), ss. 219-227.

Consultative Council of European Judges, "Opinion No:20, The Role of Courts with respect to the Uniform Application of the Law", 2017, <https://rm.coe.int/opinion-no-20-2017-on-the-role-of-courts-with-respect-to-the-uniform-a/16807661e3>, (Son Erişim Tarihi: 2 Şubat 2024).

Cornell Law School Legal Information Institute Wex Definitions Team, "stare decisis", https://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis, (Son Erişim Tarihi: 3 Şubat 2024).

Council of Europe Commissioner for Human Rights, "Issue Paper on Human Rights and Gender Identity", 2009, <https://rm.coe.int/human-rights-and-gender-identity-issue-paper-commissioned-and-publishe/16806da753>, (Son Erişim Tarihi: 30 Ekim 2023).

Council of Europe Parliamentary Assembly, "Recommendation 1700 (2005): Discrimination Against Women In the Workforce and the Workplace", 27 Nisan 2005, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17323&lang=en>, (Son Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2024).

Council of Europe Parliamentary Assembly, "Resolution 1728 (2010): Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity", 29 Nisan 2010, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17853>, (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2024).

Council of Europe Steering Committee on Anti-Discrimination, Diversity and Inclusion, “Thematic Report on Legal Gender Recognition in Europe”, 2022, <https://rm.coe.int/thematic-report-on-legal-gender-recognition-in-europe-2022/1680a729b3>, (Son Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024).

Council of Europe The Committee of Ministers Department for the Execution of Judgements of the European Court of Human Rights, “Turkey: Main Issues Before the Committee of Ministers-Ongoing Supervision”, <https://rm.coe.int/mi-turkey-eng/1680a23cae>, (Son Erişim Tarihi: 12 Şubat 2024.)

Council of Europe The Committee of Ministers, “Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity”, 31 Mart 2010, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cf40a, (Son Erişim Tarihi: 30 Ekim 2023).

CRENSHAW Kimberle, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, **University of Chicago Legal forum**, Vol. 1989(1), 1989, ss.139-168.

CULLIMORE Charles, “Uganda: The Making of a Constitution”, **The Journal of Modern African Studies**, Vol. 32(4), 1994, ss. 707-711.

ÇAĞLAR Fatma İrem, “Feminist Perspektiften İnsan Hakları”, içinde Haz. Hayrettin Ökçesiz, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi: 7. Kitap**, İstanbul: İstanbul Barosu, 2003, ss. 73-98.

ÇAĞLAR GÜRGEY Fatma İrem, “‘Feminist Hukuk Kuramı’ Nedir?”, **Hukuk Kuramı**, Vol. 1(5), 2014, ss. 28-44.

ÇAKIR Bawer, “Üniversite Yurdu Eşcinsel Öğrenciye de Dar”, **Bianet**, 21 Mayıs 2009, <https://bianet.org/haber/universite-yurdu-escinsel-ogrenciye-de-dar-114673>, (Son Erişim Tarihi: 3 Şubat 2024).

ÇAKIR Serpil, **Osmanlı Kadın Hareketi**, İstanbul: Metis, 2011.

ÇAKIRCA Seda İrem, “Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Vol. 70(2), 2012, ss. 145-164.

ÇELİK Elif, “İnsan Onurundan İnsanın Kırılganlığına: İnsan Haklarının Temelinde Yatan Kavramları Yeniden Ele Almak”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2015.

D’AGOSTINO Fred, Gerald Gaus, John Trasher, “Contemporary Approaches to the Social Contract”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Vol. Winter, 2021, <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/contractarianism-contemporary/>, (Son Erişim Tarihi: 10 Haziran 2022).

DAHL Robert A., **On Democracy**, New Haven, Londra: Yale University Press, 1998.

DAVIS Angela, **Women, Race & Class**, Londra: Penguin Books, 2019.

de BEAUVOIR Simone, **İkinci Cinsiyet: Yaşanmış Deneyim**, Çev. Gülnur Acar Savran, İstanbul: Koç Üniversitesi, 2023.

de Gouges Olympe, “Kadının ve Kadın Yurttaşın Hakları Bildirgesi”, Çev. Ece Göztepe, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 45(1), 1996, ss. 185-193.

DEDE İsmail, “İnterseks Çocuklara Yönelik Cinsiyet Atama Operasyonlarında Rızanın Hukuka Uygunluğu Sorunu”, içinde Ed. Emir Göka, Uğur Orhan, Hüseyin Can Aksoy, **Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu “Ceren Damar Şenel’in Anısına” 26-27 Kasım 2021**, İstanbul: On İki Levha, 2022, ss. 1-27.

DEDE İsmail, “Kişisel Durum Kayıtları Bağlamında Yeni Bir Soru: İnterseks Kapsayıcı Cinsiyet Kavramı Mümkün Müdür?”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Dolunay Çörek, Göktürk Öcal, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 2**, İstanbul: On İki Levha, 2021, ss. 239-278.

DEMİRBAŞ Hilal Başak, **Türkiye’de LGBTİ Mahpus Olmak**, İstanbul: TCPS Kitaplığı, 2018.

DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin, 2011.

DEUTZ Andrew M., “Gender and International Human Rights”, **The Fletcher Forum of World Affairs**, Vol. 17(2), 1993, ss. 33-51.

DIXON Rosalind, “Female Justices, Feminism and the Politics of Judicial Appointment: A Re-Examination”, **Yale Journal of Law and Feminism**, Vol. 21(2), 2010, ss. 297- 338.

DİNÇKOL Bihterin, “Aristo ve Rousseau’da Kadın-Erkek Eşitsizliği”, içinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **Facultatis Decima Anniversaria: 10. Yıl Armağanı**, İstanbul: Marmara Üniversitesi, 1993, ss. 179-191.

DİREK Zeynep, **Cinsel Farkın İnşası: Felsefi Bir Problem Olarak Cinsiyet**, İstanbul: Metis, 2021.

DOĞANAY Gülmelek, “Eril Yargıya Karşı Kadının Soyadı Mücadelesi Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Sosyoloji Araştırmaları Dergisi**, Vol. 18(2), 2015, ss.46-107.

DOĞRU Osman, **Yaşama Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5**, Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3555/yasama-hakki.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2024).

DONNELLY Jack, “Cultural Relativism and Human Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 6(4), 1984, ss. 400-419.

DONOVAN Josephine, **Feminist Teori**, Çev. Aksu Bora, Meltem Ağduk Gevrek, Fevziye Sayılan, İstanbul: İletişim, 2021.

DULAR Nicole, “Mansplaining as Epistemic Injustice”, **Feminist Philosophy Quarterly**, Vol. 7(1), 2021, Article 1.

DURAL Mustafa, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.

DURMAZ AKSU Evrim, “Kadın ve Doğa: Tarihsel Bağlardan Güncel İttifaklara”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 1**, İstanbul: On İki Levha, 2019, ss. 201-222.

DURU Buse, Selma Özdan, “Uluslararası Bildiriler Çerçevesinde Hayvan Hukuku İncelemesi”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 18(1), 2023, ss. 169-198.

DUVA Özlem, “Mitos’tan Logos’a Yargının Cinsiyetlendirilmesi ve Hukukun Eril İnşası: Didem Yaylalı ve Eril Yargının Tüm Mağdurlarına”, **Ankara Barosu Dergisi**, Vol. 4. 2015, ss. 27-44.

DWORKIN Andrea, **Intercourse**, Londra, Secker, Warburg: Arrow, 1988.

EAGLETON Terry, **Ideology: An Introduction**, Londra, New York: Verso, 1991.

ECO Umberto, **Antik Yunan**, Çev. Leyla Tonguç Basmacı, İstanbul. Alfa, 2017.

EFRATI Noga, “Re-Living Yesterday’s Battles: Women and Constitution-Making in Post-Saddam Iraq” içinde Ed. Ruth Rubio-Marin, Helen Irving, **Women as Constitution Makers: Case Studies From the New Democratic Era**, New York: Cambridge University Press, 2019, ss. 153-189.

EKİNCİ Başak, “Kıyıda Yaşayanlarımız: Trans Seks İşçileri, Hukuk ve Ayrımcılık Yaşığı” içinde Ed. Emir Göka, Uğur Orhan, Hüseyin Can Aksoy, **Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu “Ceren Damar Şenel’in Anısına” 26-27 Kasım 2021**, İstanbul: On İki Levha, 2022, ss. 535-567.

ENOCH David, “II—What’s Wrong with Paternalism: Autonomy, Belief, and Action”, **Proceedings of the Aristotelian Society**, Vol. 116(1), 2016, ss. 21-48.

EPSTEIN Lee, Jack Knight, “How social identity and social diversity affect judging”, **Leiden Journal of International Law**, Vol.35(4), 2022, ss. 897-911.

Equaldex, “Legal recognition of non-binary gender”, <https://www.equaldex.com/issue/non-binary-gender-recognition>, (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2024).

EREM Faruk, “Ceza Hukukunda ‘Hakkın Kullanılması’”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 41(1-4), 1989-1990.

EREN Abdurrahman, **Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar, Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2020.

ERGÜL Ozan, “Berraklaştırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol. 104, 2013, ss. 37-54.

FENDOĞLU Hasan Tahsin, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Vol. 17, 2000, ss. 363-384.

FINEMAN Martha Albertson, “The Sexual Family” içinde Ed. Martha Albertson Fineman, Jack E. Jackson, Adam P. Romero, **Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations**, Farnham, Surrey, England: Routledge, 2009, ss. 45-63.

FLINTERMAN Cees, “The Universality of Human Rights and Cultural Diversity” içinde Ed. Wybo P. Heere, **Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence: Proceedings of the Third Joint Conference Held in The Hague, The Netherlands, July 13-15, 1995**, The Hague : T.M.C. Asser Instituut, 1996.

FOUCAULT Michael, **Cinselliğin Tarihi**, Çev. Hülya Uğur Tanrıöver, İstanbul: Ayrıntı, 2007.

FOUCAULT Michel, **Özne ve İktidar**, Çev. Işık Ergüden, Osman Akınbay, İstanbul: Ayrıntı, 2021.

FRADELLA Henry F., “The Imperative of Rejecting 'Gender-Critical' Feminism in the Law”, **William & Mary Journal of Race, Gender, & Social Justice**, Vol. 30(2), 2023, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4419750>, (Son Erişim Tarihi: 3 Şubat 2024).

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

GANGL Markus, Andrea Ziefle, “Motherhood, Labor Force Behavior, and Women’s Careers: An Empirical Assessment of the Wage Penalty for Motherhood in Britain, Germany, and the United States”, **Demography**, Vol.46(2), ss. 341-369.

Genç LGBTİ+ Derneği, **LGBTİ+ Yurt Deneyimleri**, 2018, <https://genclgbti.files.wordpress.com/2018/10/lgbti-yurt-deneyimleri.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024).

GHANDAKLY Elizabeth C., Rachel Fabi, “Sterilization in US Immigration and Customs Enforcement’s (ICE’s) Detention: Ethical Failures and Systemic Injustice”, **American Journal of Public Health**, Vol. 111(5), 2021, ss. 832-834.

GILLIGAN Carol, **In A Different Voice: Psychological Theory and Women’s Development**, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

GOETZ Anne Marie, “No Shortcuts to Power: Constraints on Women's Political Effectiveness in Uganda”, **The Journal of Modern African Studies**, Vol.40(4), 2002, ss. 549-575.

GOODMAN Dena, “Public Sphere and Private Life: Toward a Synthesis of Current Historiographical Approaches to the Old Regime”, **History and Theory**, Vo. 31(1), 1992, ss.1-20.

GÖKBERK Macit, **Felsefe Tarihi**, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1990.

GÖNENÇ Levent, Selin Esen, “The Problem of the Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution”, **European Journal of Law Reform**, Vol. 8(4), 2006, ss. 485-500.

GÖREN Zafer, “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)”, **Anayasa Yargısı**, Vol. 11, 1994, ss. 97-134.

GÖZLER Kemal, “Anayasa Mahkemesinin HAGB Kararının Kendi İçinde Değerlendirilmesi”, <https://www.anayasa.gen.tr/hagb-2.htm>, (Son Erişim Tarihi: 20 Mayıs 2024).

GÖZLER Kemal, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Vol. 61(3), 2015, ss. 131-166.

GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri”, içinde Ed. Ozan Ergül, **Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2013, ss. 15- 118.

GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Bursa: Ekin, 2019.

GÖZLER Kemal, **Kurucu İktidar**, Bursa: Ekin, 2016.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa: Ekin, 2019.

GÖZTEPE ÇELEBİ Ece, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi”, **Anayasa Yargısı**, Vol.32(1), 2015, ss. 17-33.

GÖZTEPE ÇELEBİ Ece, “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, **Anayasa Yargısı**, Vol. 33, 2016, ss. 93-118.

GÖZTEPE Ece, “Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol. 95, 2011, ss. 13-40.

GÖZTEPE Ece, “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan ve Dolaylı “Çağrı Kararları” Üzerine Bir İnceleme”, **Anayasa Yargısı**, Vol. 38(1), 2021, ss. 43-83.

GÖZTEPE Ece, **Anayasa Şikâyeti**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998.

GROSSMAN Joel B., “Social Backgrounds and Judicial Decision-Making”, **Harvard Law Review**, Vol. 79(8), 1966, ss. 1551-1564.

GUNNING Isabella, “Arrogant Perception, World-Travelling and Multicultural Feminism: The Case of Female Genital Surgeries”, **Columbia Human Rights Law Review**, Vol. 23(2), 1992, ss. 189-248.

GÜLMEZ Mesut, “İkinci Oturum: Bildiri ve Yorumlar”, içinde Türkiye Barolar Birliği, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005, ss. 38-82.

GÜNER Umut, Pelin Kalkan, Yasemin Öz, Elif Ceylan Özsoy, Fırat Söyle, “Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu 1 Ocak – 30 Haziran 2010 Raporu”, 2011,

https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/24/Cinsel_Yonelim_veya_Cinsiyet_Kimligi_Izleme_Raporu.pdf, (Son Erişim Tarihi: 11 şubat 2024).

HABERMAS Jürgen, **Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society**, Çev. Thomas Burger, Cambridge, Mass: Polity Press, 1989.

HALİS Müjgan, “Ekonomik kriz transların hormon ilaçlarını da vurdu: Eczane eczane ilaç arıyorlar”, Independent Türkçe, 12 Eylül 2022, <https://www.indyturk.com/node/551741/haber/ekonomik-kriz-transların-hormon-ilacılarını-da-vurdu-eczane-eczane-ilacı-arıyorlar> (Son Erişim Tarihi: 8 Haziran 2023).

HANISCH Carol, “The Personal is Political” içinde Ed. Barbara A. Crow, **Radical Feminism: A Documentary Reader**, New York: New York University Press, 2000, ss. 113-121.

HARAWAY Donna J., **Simians, Cyborgs, and Women: The Reinvention of Nature**, New York: Routledge, 1991.

HARRIS David John, Michael O’Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2021.

HELVACI Serap, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı”, **Public and Private International Law Bulletin**, Vol.35(1), 2015, ss. 157-169.

HEPER Altan, “Feminizm ve Hukuk”, **Hukuk Kuramı**, Vol. 1(5), 2014, ss. 11-27.

HEPER Altan, “Hannah Arendt’te Haklara Sahip Olma Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Vol. 28(2), 2022, ss. 650-661.

HEVIA Martín, Andrés Constantin, “Gendered Power Relations and Informed Consent: The I.V. v. Bolivia Case”, **Health and Human Rights**, Vol. 20(2), 2018, ss. 197-203.

HOBBS Thomas, **Leviathan**, Çev. Semih Lim, İstanbul: Yapı Kredi, 2001.

hooks bell, **Feminism is For Everybody: Passionate Politics**, Cambridge, MA: South End Press, 2000.

hooks bell, **Feminist Theory: From Margin to Center**, Boston, MA: South End Press, 1984.

Human Rights Watch, “New Health Guidelines Propel Transgender Rights”, 27 Mayıs 2019, <https://www.hrw.org/news/2019/05/27/new-health-guidelines-propel-transgender-rights>, (Son Erişim Tarihi: 4 şubat 2024).

HUN Sinem, “Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Somut Norm Denetimine Tabiyken: Trans Geçiş Sürecinde ‘Bekletmeler’in Trans Öznelliklere Etkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Vol.4, 2015, ss. 311- 316.

HUNTINGTON Samuel P., **The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century**, Norman ve Londra: University of Oklahoma Press, 1991.

HUSAK Douglas, "Legal Paternalism", içinde Ed. Hugh LaFollette, **The Oxford Handbook of Practical Ethics**, New York: Oxford University Press, 2003, ss. 387-413.

Inter-Parliamentary Union, "Compare data on Parliaments: Percentage of women", https://data.ipu.org/compare?field=chamber%3A%3Acurrent_women_percent&structure=any__lower_chamber#map, (Son Erişim Tarihi: 7 Kasım 2022).

International Labour Organization, "C045-Underground Work (Women) Convention, 1935 (No. 45)", https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C045, (Son Erişim Tarihi: 3 Nisan 2024).

International Labour Organization, "C089- Night Work (Women) Convention (Revised), 1948 (No. 89)", https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C089, (Son Erişim Tarihi: 3 Nisan 2024).

International League of Animal Rights, "Universal Declaration on Animal Rights", 1977, http://jose.kersten.free.fr/aap/pages/uk/UDAR_uk.html, (Son Erişim Tarihi: 15 Nisan 2024).

İŞİK Mehmet Fatih, "Örtbas Edilmiş Mizojini: Imposter Fenomeni, Korumacı Cinsiyetçilik ve Cam Tavan Sendromu", **İstanbul Üniversitesi Kadın Araştırmaları Dergisi**, Vol. 25, 2022, ss. 99-110.

İŞIKLAR ÜLGEN İmge, "Evlendikten Sonra Kadınların Münhasıran Kendi Soyadlarını Kullanması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol. 168, 2023, ss. 1-47.

İŞIKTAÇ Yasemin, Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023.

İNCEOĞLU Sibel (Ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, İstanbul: Beta, 2013.

JADHVANI Shalini, "Hormone Therapy For Transgender Youth(Benefits, Results, Expectations & More)", ClinicSpots: Holistic Healthcare, 12 Mayıs 2023, <https://www.clinicspots.com/tr/blog/hormone-therapy-for-transgender-youth-benefits-results-expectations-and-more>, (Son Erişim Tarihi: 7 Haziran 2023).

JOHNSON Laura, Yafan Chen, Amanda Stylianou, Alexandra Arnold, "Examining the Impact Economic Abuse on Survivors of Intimate Partner Violence: A Scoping Review", **BMC Public Health**, Vol. 22, 2022, <https://doi.org/10.1186/s12889-022-13297-4>, (Son Erişim Tarihi: 12 Nisan 2024).

JONES Charlotte, Jen Slater, "The toilet debate: Stalling trans possibilities and defending 'women's protected spaces'", **The Sociological Review**, Vol. 68(4), 2020, ss. 834-851.

KABOĞLU İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, İstanbul: Legal, 2017.

KABOĞLU İbrahim Ö., **Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**, Ankara: İmge Kitabevi, 1997.

Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu, “Davalarımız”, <https://kadincinayetlerinidurduracagiz.net/kategori/davalarimiz>, (Son Erişim Tarihi: 12 Nisan 2024).

KALEM BERK Seda, “Toplumsal Cinsiyet ve Profesyonelleşme: Hukuk Mesleğinde Kadın Örneği”, **Sosyoloji Araştırmaları Dergisi**, Vol. 16(1), 2013, ss. 74-103.

KANADOĞLU Osman Korkut, Ahmet Mert Duygun, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, İstanbul: On İki Levha, 2020.

KANDİYOTİ Deniz, **Cariyeler, Bacılar, Yurttaşlar: Kimlikler ve Toplumsal Dönüşümler**, İstanbul: Metis, 2022.

KANT Immanuel, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çev. İoanna Kuçuradi, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2002.

Kaos GL Derneği, Haz. Deniz Gedizlioğlu, **LGBTİ+ Hakları Alanında Çeviri Sözlüğü**, Ankara: Kaos GL Derneği, 2020, <https://kaosgldernegi.org/images/library/cevirisozlugu2020.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 12 Nisan 2024).

Kaos GL Derneği, Haz. Umut Güven, **LGBTİ+ Temel Kavramlar: Atölye Kolaylaştırıcı Kılavuzu**, Ankara: Kaos GL Derneği, 2021, <https://kaosgldernegi.org/images/library/kolaylas-tirici-kilavuz.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 12 Nisan 2024).

KARABACAK Fulya, “Antik Yunan’da Kadın”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/89670/818453.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Son Erişim Tarihi: 10 Nisan 2024).

KARACA Nuray, “Yeniden ve Yeniden Üretilen Eril Tahakküm”, **Atatürk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi**, Vol. 65, 2020, ss. 405-416.

KARAMAN Ebru, **Eşitlik İlkesi Çerçevesinde Siyasi Partilerde Kadın Kotası**, İstanbul: On İki Levha, 2016.

KARAN Ulaş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, **Anayasa Yargısı**, Vol.32, 2015, ss. 235-306.

KARAN Ulaş, **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Rehberi**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2015.

KARAN Ulaş, **Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası**, İstanbul: On İki Levha, 2018.

KARAN Ulaş, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, İstanbul: On İki Levha, 2017.

KENNEDY Duncan, “Legal Education as Training for Hierarchy” içinde David Kaiyrs, **The Politics of Law**, New York: Pantheon, 1982, https://duncankennedy.net/documents/Legal%20Education%20as%20Training%20for%20Hierarchy_Politics%20of%20Law.pdf, (Son Erişim Tarihi: 29 Mayıs 2022).

KENNEDY Duncan, **A Critique of Adjudication (fin de siecle)**, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998.

KEPENEK Irmak, “İnsan Hakları Kimin Hakları?” içinde Ed. Zülfiye Yılmaz, **Cumhuriyet’in Yüzüncü Yılına Kadın Hukukçuların Armağanı: Kamu Hukukunun Temel Sorunları ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarına Bir Katkı**, İstanbul: On İki Levha, 2023, ss. 209-230.

KLAUTKE Egbert, “‘The Germans are beating us at our own game’: American eugenics and the German sterilization law of 1933”, **History of the Human Sciences**, Vol. 29(3), 2016, ss. 25-43.

KOLOŞ Umut, “Hukuka Bakışta Başka Bir Boyut: Hukuk Fetişizmi”, içinde Haz. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi: 24. Kitap**, İstanbul: İstanbul Barosu, 2012, ss. 119-136.

KONTACI Ersoy, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yabancı ve Uluslararası İçtihatların Yeri”, **Anayasa Yargısı**, Vol. 40(1), 2023, ss. 271-305.

KÖSE Baki, “LGBTİ+ Mahpusların Durumu”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Hazal Tolu Yılmaz, Doğan Kara, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 5**, İstanbul: On İki Levha, 2024, ss. 1-26.

KRESS Ken, “Legal Indeterminacy”, **California Law Review**, Vol. 77(2), 1989, ss. 283-337.

KUENYEHIA Akua, “The Impact of Structural Adjustment Programs on Women’s International Human Rights: The Example of Ghana”, içinde Rebecca J. Cook, **Human Rights of Women: National and International Perspectives**, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, ss. 422-436.

KURNAZ Işıl, “LGBTQ Haklarının Korunmasında Anayasa Yargısı ve Stratejik İnsan Hakları Davaları: Türkiye Örneği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol. 148, 2020, ss. 9-46.

KYMLICKA Will, **Multicultural Citizenship**, Oxford: Clarendon Press, 1995.

LANHAM Michele, Kathleen Ridgeway, Robyn Dayton, Britany Castillo, Claire Brennan, Dirk A. Davis, Dadrina Emmanuel, Giuliana J. Morales, Clifford Cherisher, Brandy Rodriguez, Juana Cooke, Karin Santi, Emily Evens, “‘We’re Going to Leave You for Last, Because of How You Are’: Transgender Women’s Experiences of Gender-Based Violence in Healthcare, Education, and Police Encounters in Latin America and the Caribbean” **Violence and Gender**, Vol. 6(1), 2019, ss. 37-46.

LARGENT Mark A., **Breeding Contempt: The History of Coerced Sterilization in the United States**, New Brunswick: Rutgers University Press, 2008.

LE GUIN Ursula K., **Karanlığin Sol Eli**, Çev. Ümit Altuğ, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2021.

LEE Theresa Man Ling, "Rethinking the Personal and the Political: Feminist Activism and Civic Engagement", **Hypatia**, Vol. 22(4), 2007, ss. 163-179.

LINZ Juan J., "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?" içinde Ed. Juan J. Linz, Arturo Valenzuela, **The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives**, Baltimore, Londra: The John Hopkins University Press, 1994, ss. 3-87.

LINZ Juan J., Alfred Stepan, **Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe**, Baltimore ve Londra: The Johns Hopkins University Press, 1996.

LOCKE John, Ed. Ian Shapiro, **Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration**, New Haven ve Londra: Yale University Press, 2003.

LORDE Audre, **Sister Outsider: Essays and Speeches**, California, New York: Crossing Press, 2007.

LOWE Pam, Sarah-Jane Page, "Rights-Based Claims Made by UK Anti-Abortion Activists", **Health and Human Rights Journal**, Vol. 21(2), 2019, ss. 133-144.

MACKINNON Catharine A., "Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory", **Feminist Theory**, Vol. 7(3), 1982, ss. 515-544.

MACKINNON Catharine A., **Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru**, Çev. Türkan Yöney, Sabir Yücesoy, İstanbul: Metis, 2015.

MAKARACI BAŞAK Aslı, Seda Öktem Çevik, "Cinsiyet Değişikliğine İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Dolunay Çörek, Göktürk Öcal, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 2**, İstanbul: On İki Levha, 2021, ss. 1-18.

MARTIN Thomas R., **Tarih Öncesinden Helenistik Çağa Eski Yunan**, Çev. Ümit Hüsrev Yosul, İstanbul: Say, 2012.

MARTÍN-FERNÁNDEZ Manuel, Enrique Gracia, Marisol Lila, "Psychological Intimate Partner Violence Against Women in the European Union: A Cross-national Invariance Study", **BMC Public Health**, Vol. 19, 2019, <https://doi.org/10.1186/s12889-019-7998-0>, (Son Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2024).

MASSARO Toni M., "Empathy, Legal Storytelling, and The Rule of Law: New Words, Old Wounds?" **Michigan Law Review**, Vol. 87(8), 1989, ss. 2099-2127.

MCCOLGAN Aileen, "In Defence of Battered Women Who Kill", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 13(4), 1993, ss. 508-529.

MCHENRY Sara E., "'Gay Is Good': History of Homosexuality in the DSM and Modern Psychiatry", **American Journal of Psychiatry Residents' Journal**, Vol. 18(1), 2022, ss. 2-18.

MENKEL-MEADOW Carrie, “Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or “The Fem-Crits Go to Law School”, **Journal of Legal Education**, Vol. 38(1/2), 1988, ss. 61-85.

MERT Bengisu, “AİHS 8. Madde Kapsamında Transseksüellerin Cinsiyet Kimliklerinin Tanınmasının AYM ve AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Hazal Tolu Yılmaz, Doğan Kara, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 5**, İstanbul: On İki Levha, 2024, ss. 43-70.

MICHEL Janet, Annette Mettler, Silvia Schönenberger, Daniela Gunz, “Period poverty: why it should be everyone’s business”, **Journal of Global Health Reports**, Vol. 6, 2022, doi:10.29392/001c.32436 (Son Erişim Tarihi: 8 Kasım 2022).

MILL John Stuart, Ed. Stefan Collini, **On Liberty; with The Subjection of Women and Chapters on Socialism**, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 1995.

MILLS Charles W., **The Racial Contract**, Ithaca ve Londra: Cornell University Press, 1997.

MINOW Martha, “Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover”, **Yale Law Journal**, Vol. 96(8), 1987, ss. 1860-1915.

MONOPOLI Paula A., “Feminist Legal History and Legal Pedagogy”, **Virginia Law Review Online**, Vol. 108, 2022, ss. 91-111.

MOROĞLU Nazan, “Kadının Kimlik Sorunu ‘Kadının Soyadı’”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol. 99, 2012, ss. 245- 268.

MORRISON Ann M., Randall P. White, Ellen Van Velsor, **Breaking The Glass Ceiling: Can Women Reach The Top Of America's Largest Corporations?**, New York: Basic Books, 1994.

MORSINK Johannes, “Women’s Rights in the Universal Declaration, **Human Rights Quarterly**, Vol. 13(2), 1991, ss. 229-256.

MUNRO Vanessa E., “Feminist Judgments Projects at Intersection”, **Feminist Legal Studies**, Vol.29, 2021, ss.251-261.

NAFFINE Ngaire, “Can Women be Legal Persons?, içinde Ed. Susan James, Stephanie Palmer, **Visible Women: Essays on Feminist Legal Theory and Political Philosophy**, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2022, ss. 69-90.

NHS, “Treatment: Gender dysphoria”, <https://www.nhs.uk/conditions/gender-dysphoria/treatment/>, (Son Erişim Tarihi: 8 Haziran 2023).

Nişanyan Kişi Adları Sözlüğü, “Suat”, <https://www.nisanyanadlar.com/isim/Suat>, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

Nişanyan Kişi Adları Sözlüğü, “Süreyya”, <https://www.nisanyanadlar.com/isim/Süreyya> (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

Nişanyan Kişi Adları Sözlüğü, “Tüm Adlar”, <https://www.nisanyanadlar.com/tum-adlar>, (Son Erişim Tarihi: 10 Şubat 2024).

NTV, “Türkiye’de en yaygın kullanılan soyadları: Yılmaz, Kaya ve Demir”, 17 Temmuz 2021, https://www.ntv.com.tr/turkiye/turkiyede-en-yaygin-kullanilan-soyadlari-yilmaz-kaya-ve-demir,u3g7rmm_J0ulazDT-kVdDw#, (Son Erişim Tarihi: 10 Şubat 2024).

O’BRIEN Mary, **Reproducing the World: Essays in Feminist Theory**, Boulder, San Francisco, Londra: Westview Press, 1989.

O’DONNELL Guillermo A., “Democracy, Law and Comparative Politics”, **Studies in Comparative International Development**, Vol. 36, ss.7-36.

O’DONOGHUE Aoife, **Constitutionalism in Global Constitutionalisation**, Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2014.

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

ODER Bertil Emrah, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Anayasal Yorumunda 1983-2007 Bilançosu: Örnekler ve Ana Yönelim”, içinde Haz. Şebnem Sayhan, Yücel Karlıklı, **Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı**, İstanbul: Çizgi, 2008, ss. 387-417.

ODER Bertil Emrah, “Women and Constitution-Making in Turkey: From Ottoman Modernism to a Constitutionalism of Women’s Platform” içinde Ed. Ruth Rubio-Marin, Helen Irving, **Women as Constitution Makers: Case Studies From the New Democratic Era**, New York: Cambridge University Press, 2019, ss. 270-312.

ODER Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, İstanbul: Beta, 2010.

OKIN Susan Moller, “Feminism, the Individual, and Contract Theory”, **Ethics**, Vol. 100(3), 1990, ss. 658-669.

OKIN Susan Moller, **Justice, Gender and the Family**, New York: Basic Books, 1989.

OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, “Kadın Eşin Soyadına İlişkin Ataerkil Düzenlemede Yargı Eliyle Yapılan Düzeltme”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Hazal Tolu Yılmaz, Doğan Kara, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 5**, İstanbul: On İki Levha, 2024, ss. 397-412.

ORDOVER Nancy, **American Eugenics: Race, Queer Anatomy, and the Science of Nationalism**, Minneapolis: University of Minnesota Press, 2003.

OSELLA Stefano, Ruth Rubio-Marín, “Gender recognition at the crossroads: Four models and the compass of comparative law”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 21(2), 2023, ss. 574- 602.

ÖRSTEN ESİRGİN Seda, Nevin Ünal Özkorkut, “Türk Hukuk Tarihinde Kadın”, içinde Ed. Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, Ankara: Seçkin, 2019, ss. 91-114.

ÖZ TÜYDAŞ Buket, “Örselenmiş Kadın Sendromunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Hazal Tolu Yılmaz, Doğan Kara, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 5**, İstanbul: On İki Levha, 2024, ss. 117-166.

ÖZBUDUN Ergun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Vol. 62(3), ss. 257-268.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin, 2019.

ÖZEKES Muhammet, “Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Vol.6, 2006, ss. 1-16.

ÖZEL BİLİM İrem, Aysel Bülez, “Cam Tavandan Yansımalar”, **İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi**, Vol. 7(1), 2018, ss. 48-58.

ÖZENÇ Berke, **Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak: Kelsen Schmitt’e Karşı**, İletişim: İstanbul, 2022.

ÖZKAN Serhat, “Haksız Rekabet Mi, İnterfobi mi? Spor Tahkim Mahkemesi’nin Caster Semenya Kararına İlişkin Bir İnceleme”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 2, 2021, ss. 229-258.

ÖZSOY Şule, **1982 Anayasası’nın Yapım Süreci**, İstanbul: On İki Levha, 2010.

ÖZTUNÇEL İ. Tuana, “İkili Cinsiyet Sistemi, Transların ve/veya Nonbinary’lerin Tanınması ve Cinsiyetlendirilmiş Hukuki Özneliğin Sınırlılığı Karşısında Cinsiyetsiz Bir Hukukun Olasılığı”, **Hukuk Kuramı**, Vol. 9(1), 2024, ss. 1-34.

PAK Merve Deniz, “Feminist Distopyada İktidar, Baskı ve Direniş: Damızlık Kızın Öyküsü”, **IBAD Sosyal Bilimler Dergisi**, Özel Sayı, 2019, ss.1-11.

PASHUKANIS Evgeny B., Ed. Chris Arthur, **The General Theory of Law and Marxism**, Pluto Press, 1989, <https://doi.org/10.2307/j.ctt18mvnjd>, (Son Erişim Tarihi: 10 Mart 2024).

PATEMAN Carole, **The Sexual Contract**, Stanford, California: Stanford University Press, 1988.

PHILLIPS Anne, **Demokrasinin Cinsiyeti**, Çev. Alev Türker, İstanbul: Metis, 2015.

PIERCY Marge, **Zamanın Kırısındaki Kadın**, Çev. Füsun Tülek, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2019.

PLUMWOOD Val, **Feminism and the Mastery of Nature**, Londra ve New York: Routledge, 2003.

POWELL Lisa, “Eugenics and Equality: Does the Constitution Allow Policies Designed to Discourage Reproduction Among Disfavored Groups?”, **Yale Law & Policy Review**, Vol. 20, 2002, ss. 481-512.

RACKLEY Kadie, Taylor Payne, Ashley Bennett, Germin Awad, “Gender and the Impostor Phenomenon”, içinde Ed. Kevin Cokley, **The Impostor Phenomenon**:

Psychological Research, Theory, and Interventions, Washington, DC: American Psychological Association, 2024, ss. 161-180.

RAO Arati, “The Politics of gender and culture in international human rights discourse” içinde Ed. Julie Peters and Andrea Wolper, **Women’s Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives**, New York: Routledge, 1995.

RAUF Mehmet, **Eylül**, İstanbul: Can Yayınları, 2019.

RAWLS John, **A Theory of Justice: Revised Edition**, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

RAZ Joseph, “Can There Be a Theory of Law?” içinde Ed. Martin P. Golding, William A. Edmundson, **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Malden, MA, Oxford, Victoria: Blackwell, 2006, ss. 324-342.

Red Lactrans, “Human Rights Violations of Trans Women in Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras and Panama”, 2015, <http://redlactrans.org.ar/site/wp-content/uploads/2013/05/ReportREDLACTRANS.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 31 Ekim 2023).

Resmî Gazete, Anayasa Mahkemesi Üyeliğine Seçme Kararı, Sayı: 32446, 31 Ocak 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2024/01/20240131-12.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 12 Şubat 2024).

Resmî Gazete, Anayasa Mahkemesi Üyeliğine Seçme Kararı, Sayı: 32523, 20 Nisan 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2024/04/20240420-33.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2024).

Resmî Gazete, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin İhtirazi Kayıtlı Onaylanmasına Dair 94/6423 sayılı Karar, Sayı: 22184, 27 Ocak 1995, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>, (Son Erişim Tarihi 8 Şubat 2024).

Resmî Gazete, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair 2003/5923 sayılı Karar, Sayı: 25196, 11 Ağustos 2023, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/08/20030811.htm#4>, (Son Erişim Tarihi: 12 Şubat 2024).

Resmî Gazete, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin Resmî Gazete ile Yayınlanması ve Yayından Sonra Okullarda ve Diğer Eğitim Müesseselerinde Okutulması ve Yorumlanması ve Bu Beyanname Hakkında Radyo ve Gazetelerde Münasip Neşriyatta Bulunulmasına Dair 9119 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Sayı: 7217, 27 Mayıs 1949, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 12 Şubat 2024).

Resmî Gazete, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne Katılmamızın Onaylanması Hakkında 85/9722 sayılı Karar, Sayı: 18898, 14 Ekim 1985, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18898.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 7 Kasım 2022).

Resmî Gazete, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair 2003/5851 sayılı Karar, Sayı: 25175, 21

Temmuz 2003, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2>, (Son Erişim Tarihi: 7 Kasım 2022).

Resmî Gazete, Milli Güvenlik Konseyi Kararı Karar No 1: Türkiye Cumhuriyeti Milli Güvenlik Konseyi Yasama Görevleri İçtüzüğü, Sayı: 17119, 28 Eylül 1980, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17119.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 16 Mayıs 2024). Resmî Gazete, Teşkilatı Esasiye Kanununun 10 ve 11'inci Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 2599 sayılı Kanun, Sayı: 2877, 11 Aralık 1934, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/2877.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 17 Mayıs 2024).

RHODE Deborah L., “Feminist Critical Theories” içinde Ed. Katharine T. Bartlett, Rosanne Kennedy, **Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender**, New York, Londra: Routledge, 2018, ss. 333-350.

RHODE Deborah L., “Feminist Critical Theories”, **Stanford Law Review**, Vol. 42(3), 1990, ss. 617-638.

RICHARDSON Janice, “Feminist Engagements with Social Contract Theory” içinde Ed. Ann Garry, Serene J. Khader, Alison Stone, **The Routledge Companion to Feminist Philosophy**, New York, Londra: Routledge, 2017, ss. 82-93.

RICHARDSON Janice, “Jean Hampton’s Reworking of Rawls: Is “Feminist Contractarianism” Useful for Feminism?” içinde Ed. Ruth Abbey, **Feminist Interpretations of John Rawls**, University Park, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2013, ss. 133-149.

ROCHEFORT Florence, **Feminizmler Tarihi**, Çev. Özlem Altun, İstanbul: Sel, 2020.

ROSEN Ruth, **The World Split Open: How the Modern Women’s Movement Changed America**, New York: Viking Books, 2000.

ROTHENBERG Bess, “‘We Don’t Have Time for Social Change’: Cultural Compromise and the Battered Woman Syndrome”, **Gender and Society**, Vol. 17(5), ss. 771-787.

ROUSSEAU Jean-Jacques, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı**, Çev. Rasih Nuri İleri, İstanbul: Say, 2010.

ROUSSEAU Jean-Jacques, **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2011.

ROUSSEAU Stéphanie, “Indigenous and Feminist Movements at the Constituent Assembly in Bolivia: Locating the Representation of Indigenous Women”, **Latin American Research Review**, Vol. 46(2), 2011, ss. 5-28.

ROWLANDS Mark, “Contractarianism and Animal Rights”, **Journal of Applied Philosophy**, Vol. 14(3), 1997, ss. 235-247.

ROY J., “‘Polis’ and ‘Oikos’ in Classical Athens”, **Greece & Rome**, Vol. 46(1), 1999, ss. 1-18.

RUBIO-MARIN Ruth, Helen Irving, “Introduction: Women as Constitution-Makers: The Promises and the Challenges of Participation” içinde Ed. Ruth Rubio-Marin,

Helen Irving, **Women as Constitution Makers: Case Studies From the New Democratic Era**, New York: Cambridge University Press, 2019, ss. 1-30.

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

SANCAR Serpil, **Siyasetin Cinsiyeti: Cinsiyetçiliğe Karşı Kadın Hakları Siyaseti**, İstanbul: Metis, 2024.

SAVELL Kristin, "The Mother of the Legal Person", içinde Ed. Susan James, Stephanie Palmer, **Visible Women: Essays on Feminist Legal Theory and Political Philosophy**, Oxford, Portland Oregon: Hart, 2002, ss. 29-67.

SCALES Ann, "Towards a Feminist Jurisprudence", **Indiana Law Journal**, Vol. 56(3), 1981, ss. 375-444.

SCALES Ann, **Hukuki Feminizm: Aktivizm, Savunma ve Hukuk Kuramı**, Çev. Ceren Akçabay, Ankara: Dost Kitabevi, 2019.

SCALES Ann, **Legal Feminism: Activism, Lawyering and Legal Theory**, New York ve Londra: New York University Press, 2006.

SCHNEIDER Elizabeth M., "The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement", **New York University Law Review**, Vol. 61, 1986, ss. 589-652.

SCOTT, James C., **Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Conditions Have Failed**, New Haven, Londra: Yale University Press, 1998.

SEROZAN Rona, "Hukukta Yöntem", **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, Vol. 8, Prof.Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı, 2013, ss. 2423-2440.

SEROZAN Rona, **Hukukta Yöntem-Mantık**, İstanbul: On İki Levha, 2024.

SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.

SERT Selin, "Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol. 118, 2015, ss. 255-270.

SERTKAYA ZORLU Eda, **Kadın-Erkek Eşitliği ve Ataerkil Zihniyet Açılarından Evlenen Kadına Tanınan Kıdem Tazminatı Korumasının Değerlendirilmesi**, İstanbul: On İki Levha, 2022.

SIMMONS William Paul, **Human Rights Law and the Marginalized Other**, New York: Cambridge University Press, 2011.

SMITH Patricia, Çev. Ceren Akçabay, "Feminist Hukuk Teorisinde Dört İzlek: Farklılık, Tahakküm, Eve Bağlılık ve İnkâr" içinde Ed. Martin P. Golding, William A. Edmundson, Türkçe Ed. Ertuğrul Uzun, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi**, İzmir: Işık Yayınları, 2021, ss. 173-198.

SOLANAS Valerie, **Erkekleri Doğrama Cemiyeti Manifestosu**, Çev. Ayşe Düzkan, İstanbul: Sel Yayınları, 2018.

Sosyal Politikalar Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği, **Cinsiyet Geçiş Kılavuzu**, 2017, <https://spod.org.tr/wp-content/uploads/2022/03/Cinsiyet-Gecis-Kilavuzu.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024).

SPENDER Dale, **Man Made Language**, Londra, Boston: Routledge & Kegan Paul, 1980.

STEELE Linda, “Court Authorised Sterilisation and Human Rights: Inequality, Discrimination and Violence Against Women and Girls with Disability”, **University of New South Wales Law Journal**, Vol. 39(3), 2016, ss. 1002-1037.

SUMBAS Ahu, “Toplumsal Cinsiyet Eşitlik Politikası Olarak Ebeveyn İzni”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol.8(2), 2018, ss. 167-194.

SUNATA Ulaş, Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, “Legal Gender Recognition in Turkey”, **International Journal of Discrimination and the Law**, Vol. 22(1), ss. 56-73.

SÜZGÜN ŞAHİN Fatma, “Feminist Hukuk Teorisinde Metodoloji”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Özel Sayı, 2017, ss. 473-496.

ŞAHBAZ İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Vol. 54, 2004, ss.178-216.

ŞARBAK Hilâl Nur, “Reflections on the Ethical Premises Underlying the Proposed UN Convention on Animal Health and Protection”, **Global Journal of Animal Law**, Vol. 10(2), 2022, <https://ojs.abo.fi/ojs/index.php/gjal/article/view/1753>, (Son Erişim Tarihi: 15 Nisan 2024).

ŞARE Ersin, “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 21(2), 2019, ss. 977-1023.

ŞEN İlker Gökhan, **Doğrudan Demokrasi: Kurumlar, Hukuki ve Siyasi Sorunlar**, İstanbul: On İki Levha, 2013.

ŞİRİN Tolga, “Homofobinin Anayasal Üretimi: Anayasa Mahkemesi ve Eşcinsellik”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Vol. 7(14), 2018, ss. 513-562.

ŞİRİN Tolga, “Yeni Bolivya Anayasası Üzerine Bazı Notlar” içinde Ed. Tolga Şirin, Özkaya Özlüer, Fevzi Özlüer, **Bolivya Anayasası: Hukuk, Demokrasi, Özerklik**, Ankara: Phoenix, 2012, ss. 7-40.

ŞİRİN Tolga, Necdet Umut Orcan, “Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu: Siyasal İtirazlara Hukuksal Yanıtlar”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Vol.10(20), 2021, ss. 301-358.

ŞİRİN Tolga, Necdet Umut Orcan, “Uluslararası Sözleşmelerden Çekilmenin Anayasal Esasları ve Başlıca Tartışmalar” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Vol. 13(50), 2022, ss. 241-278.

ŞİRİN Tolga, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, İstanbul: On İki Levha, 2013.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK Sultan, “Ad ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Vol.3(5), 2014, ss.11-36.

TALAY KEŞOĞLU Birsen, “Yalnızlıktan Meşruiyete...1980 Sonrası Kadın Hareketi ve Kurumsallaşma”, içinde Ed. Feryal Saygılıgil, Nacide Berber, **Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce Onuncu Cilt: Feminizm**, İstanbul: İletişim, 2020, ss. 148-157.

TAMARU Nanako, Olivia Holt-Ivry, Marie O’Reilly, “Beyond Revolution: How Women Influenced Constitution Making in Tunisia-Case Study”, Center for Inclusive Security, 2018, https://www.inclusivesecurity.org/wp-content/uploads/2018/03/Beyond-Revolution_Constitution-Making-in-Tunisia.pdf, (Son Erişim Tarihi: 6 Kasım 2022).

TANÖR Bülent, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta, 2018.

TANÖR Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2004.

TAR Yıldız, **İkiliğin Dışında ve Ötesinde: Non-Binary**, Ankara: Kaos GL Derneği, 2021, <https://kaosglderneği.org/images/library/nbbrosur.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024).

TAUB Nadine, Elizabeth M. Schneider, “Perspectives on Women’s Subordination and the Role of Law” içinde David Kaiyrs, **The Politics of Law**, New York: Pantheon, 1982, ss. 117-139.

TEKİN EPİK Meryem, Selin Umutlu, “Çalışma Yaşamında Ayrımcılığa Maruz Kalan Anneler: Isparta Banka Çalışanları Üzerine Bir Uygulama”, **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, Vol. 11(1), 2019, ss. 32-46.

TEZCAN Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2013.

TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta, 2017.

The International Panel of Experts in International Human Rights Law and on Sexual Orientation and Gender Identity, “Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity”, http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf, 2007, (Son Erişim Tarihi: 5 Haziran 2023).

The Organization of American States, “Inter-American Democratic Charter”, 11 Eylül 2001, https://www.oas.org/en/democratic-charter/pdf/demcharter_en.pdf#page=10, (Son Erişim Tarihi: 8 Mart 2024).

The U.S. National Archives and Records Administration, “Declaration of Independence: A Transcription”, <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>, (Son Erişim Tarihi: 10 Nisan 2024).

The United Nations General Assembly, “International Covenant on Civil and Political Rights”, 1967, https://treaties.un.org/doc/treaties/1976/03/19760323%2006-17%20am/ch_iv_04.pdf, (Son Erişim Tarihi: 17 Mayıs 2024).

The United Nations General Assembly, “The Universal Declaration of Human Rights”, 1948, <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/043/88/pdf/nr004388.pdf?token=SJDoOZpEat7uw9KJR2&fe=true>, (Son Erişim Tarihi: 17 Mayıs 2024).

The World Bank Data, “Proportion of seats held by women in national parliaments (%)”, https://data.worldbank.org/indicator/SG.GEN.PARL.ZS?most_recent_year_desc=true, (Son Erişim Tarihi: 1 Nisan 2024).

The World Society for the Protection of Animals, “The Universal Declaration on Animal Welfare”, https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/media/ca_-_en_files/case_for_a_udaw_tcm22-8305.pdf, (Son Erişim Tarihi: 15 Nisan 2024).

THEILEN Jens T., Andreas Baur, Felix Bieker, Regina Ammicht Quinn, Marit Hansen, Gloria Gonzalez Fuster, “Feminist data protection: an introduction”, **Internet Policy Review**, Vol. 10(4), 2021, <https://doi.org/10.14763/2021.4.1609>, (Son Erişim Tarihi: 12 Nisan 2024).

THOMAS Tracy A., “The Long History of Feminist Legal Theory” içinde Ed. Deborah L. Brake, Martha Chamallas ve Verna L. Williams, **The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States**, Forthcoming Oxford University Press, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3740082>, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

THOMSON George, **Tragedyanın Kökeni: Aiskhylos ve Atina**, Çev. Mehmet H. Doğan, İstanbul: Payel Yayınevi, 2004.

TOGAY Semih, “Trans Exclusionary Radical Feminism in Turkey: A Historical Overview”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Kültürel İncelemeler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2020, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, (Son Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2024).

TONG Rosemarie, Tina Fernandes Botts, **Feminist Düşünce**, Çev. Beyza Sumer Aydaş, İstanbul: Sel, 2021.

Transgender Europe, “Trans Rights Europe Map 2017”, 2017, <https://www.tgeu.org/files/uploads/2023/11/Map2017-PRINT.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 30 Ekim 2023).

Transgender Europe, Trans Rights Index Europe & Central Asia 2023, <https://transrightsmat.tgeu.org/index>, (Son Erişim Tarihi: 6 Şubat 2024).

TSUJI Yuichiro, “Forced sterilization and abortion in Japan: Family and constitution”, **Bratislava Law Review**, Vol. 2(2), 2018, ss. 50-63.

TUPRI Kaarlo, “The Common Core of the Rule of Law and the Rechtsstaat”, Law of Ukraine: Legal Journal, Vol. 4, 2013, ss. 14-17.

TURQUET Laura, Constanza Tabbush, Silke Staab, Loui Williamsi Brianna Howell, **Feminist Climate Justice: A Framework for Action**, New York: UN-Women, 2023, <https://www.unwomen.org/sites/default/files/2023-12/Feminist-climate-justice-A-framework-for-action-en.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 15 Mayıs 2024).

TUSHNET Mark, “Critical Legal Studies: A Political History”, **The Yale Law Journal**, Vol. 100(5), 1991, ss. 1515-1544.

TUSHNET Mark, “Critical Legal Theory” içinde Ed. Martin P. Golding, William A. Edmundson, **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Malden, MA, Oxford, Victoria: Blackwell, 2006, ss. 80-89.

TUSHNET Mark, “Defending the indeterminacy thesis”, **Quinnipiac Law Review**, Vol. 16, 1996, ss. 339-356.

Türk Ceza Kanunu-Madde Gerekçeleri, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 7 Nisan 2024).

Türk Dil Kurumu, “Feminizm”, <https://sozluk.gov.tr>, (Son Erişim Tarihi: 3 Nisan 2024).

Türk Dil Kurumu, “Özne”, <https://sozluk.gov.tr>, (Son Erişim Tarihi: 5 Haziran 2023).

Türk Dil Kurumu, “Üniseks”, <https://sozluk.gov.tr>, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

Türk Medeni Kanunu-Madde Gerekçeleri, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 7 Şubat 2024).

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Basın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü, **TBMM Albümü (1920-2010): 4. Cilt (1960-1983)**, Ankara: Gökçe Ofset, 2010, https://www5.tbmm.gov.tr/TBMM_Album/Cilt4/Cilt4.pdf, (Son Erişim Tarihi: 7 Kasım 2022).

Türkiye Büyük Millet Meclisi, “TBMM Meclis Genel Kurul Tutanağı 21. Dönem 1. Yasama Yılı 1. Birleşim”, 2 Mayıs 1999, <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak/787>, (Son Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2024).

Türkiye Büyük Millet Meclisi, “TBMM Zabıt Ceridesi Cilt 7, 13. Birleşim”, 16 Mart 1924, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c007/tbmm02007013.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 2 Temmuz 2024).

Türkiye Büyük Millet Meclisi, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)”, 12 Mayıs 2003, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 8 Nisan 2024).

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, “Adli İstatistikler 2021”, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/310520221416422021HIZME TEÖZELKITAP.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 14 Nisan 2024).

Türkiye Cumhuriyeti Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, “Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması”, 2014, <https://www.aile.gov.tr/uploads/athgm/uploads/pages/arastirmalar/tbna2014-kitap.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2024).

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019, https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekceli_anayasa.pdf, (Son Erişim Tarihi: 10 Şubat 2024).

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı, “Türkiye’nin İstanbul Sözleşmesi’nden Çekilmesine İlişkin Açıklama”, 21 Mart 2021, <https://www.iletisim.gov.tr/turkce/haberler/detay/turkiyenin-istanbul-sozlesmesinden-cekilmesine-iliskin-aciklama>, (Son Erişim Tarihi: 13 Nisan 2024).

Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü, “e-RAPOR/DOĞUM BİLEŞENİ KULLANICI KILAVUZU”, https://erapor.saglik.gov.tr/portal/documents/e-dogum_raporu_kullanici_kilavuzu.pdf, (Son Erişim Tarihi: 1 Nisan 2024).

Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı, “Yargıtay Yargı Etiği İlkeleri”, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/YargiEtiGillkeleri.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 2 Şubat 2024).

Türkiye İstatistik Kurumu, Adalet ve Seçim İstatistikleri Milletvekili Genel Seçimi İstatistik Tabloları, “Seçim Yılı ve Cinsiyete Göre Milletvekili Sayısı ve Meclisteki Temsil Oranı”, <https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=adalet-ve-secim-110&dil=1>, (Son Erişim: 29 Kasım 2022).

ULDRY Marine, EDF Women’s Committee, “Forced sterilisation of persons with disabilities in the European Union”, 2022, https://www.edf-feph.org/content/uploads/2022/09/Final-Forced-Sterilisation-Report-2022-European-Union-copia_compressed.pdf, (Son Erişim Tarihi: 9 Haziran 2023).

Uluslararası Af Örgütü, “‘Ne Bir Hastalık Ne de Bir Suç’: Türkiye’de Lezbiyen, Gey, Biseksüel ve Trans Bireyler Eşitlik İstiyor”, 2011, <https://www.amnesty.org.tr/public/uploads/files/Rapor/TURKEY%20%27NOT%20AN%20ILLNESS%20NOR%20A%20CRIME%27%20LESBIAN%2C%20GAY%2C%20BISEXUAL%20AND%20TRANSGENDER%20PEOPLE%20IN%20TURKEY%20DEMAND%20EQUALITY.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 31 Ekim 2023).

UN NEWS, “Proportion of women parliamentarians worldwide reaches ‘all-time high’”, 5 Mart 2021, <https://news.un.org/en/story/2021/03/1086582> (Son Erişim Tarihi: 1 Nisan 2024).

United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “Concluding observations on the second periodic report of Lithuania”, 24 Haziran 2014, <https://www.refworld.org/policy/polrec/cescr/2014/en/100506>, (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2024).

United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “General Comment No. 22 (2016) on the Right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)”, 4 Mart 2016,

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiae1vlbbOAekmaOwDOWsUe7N8TLM%2BP3HJPzxjHySkUoHMavD%2Fpyfcp3YlZg>, (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2024).

United Nations General Assembly Human Rights Council, “Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Mendez”, 1 Şubat 2013, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf, (Son Erişim Tarihi: 7 Şubat 2024).

United Nations General Assembly Human Rights Council, “Resolution adopted by the Human Rights Council on 30 June 2016: Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity”, 30 Haziran 2016, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g16/154/15/pdf/g1615415.pdf?token=pYlknwHIxcAbac4bfd&fe=true>, (Son Erişim Tarihi: 7 Şubat 2024).

United Nations High Commissioner for Human Rights, “Born Free and Equal: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law”, 2012, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2024).

United Nations High Commissioner for Human Rights, “Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity (A/HRC/19/41)”, 17 Kasım 2011, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_English.pdf, (Son Erişim Tarihi: 7 Şubat 2024).

United Nations, “African Charter on Human and People’s Rights”, 27 Haziran 1981, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201520/volume-1520-I-26363-English.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 8 Nisan 2024).

United Nations, “Report of the Fourth World Conference on Women: Beijing, 4-15 September 1995”, <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20E.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2024).

USLU Ferhat, **Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.

UYGUN Oktay, **Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar**, İstanbul: On İki Levha, 2017.

UYGUN Oktay, **Devlet Teorisi**, İstanbul: On İki Levha, 2017

UYGUN Oktay, **Hukuk Teorileri**, İstanbul: On İki Levha, 2017.

ÜLGİN Özen, **Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri**, İstanbul: On İki Levha, 2016.

ÜLGİN Özen, **İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme**, İstanbul: Beta, 2013.

ÜSKÜL ENGİN Zeynep Özlem, “Hukuk Sosyolojisi Açısından Kadın Sünneti”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Hazal Tolu Yılmaz, Doğan Kara, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 5**, İstanbul: On İki Levha, 2024, ss. 437-463.

ÜSKÜL ENGİN Zeynep Özlem, **Ekolojik Kriz, Etik ve Hukuk**, İstanbul: Filiz, 2017.

ÜSKÜL Zeynep Özlem, **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, İstanbul: Büke Yayıncılık, 2003.

Von der PFORDTEN Dietmar, “On the Foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat içinde Ed. James R. Silkenat, James E. Hickey Jr., Peter D. Barenboim, **The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)**, Cham, Switzerland: Springer, 2014, ss.15-28.

WACKS Raymond, **Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş**, Çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver, Serdar Ünver, Ankara: Astana Yayınları, 2017.

WALKER Christopher J., “Toward Democratic Consolidation? The Argentine Supreme Court, Judicial Independence, and the Rule of Law”, **High Court Quarterly Review**, Vol. 4, ss. 54-101.

WALL Illan rua, “What Passes for Legal Theory” içinde Ed. Illan rua Wall, Freya Middleton, Sahar Shah, CLAW, **The Critical Legal Pocketbook**, Oxford: Counterpress, 2021, ss. 23-30.

WAN Marco, “Thinking about Descriptions: Law & Literature, Legal Writing”, içinde Ed. Illan rua Wall, Freya Middleton, Sahar Shah, CLAW, **The Critical Legal Pocketbook**, Oxford: Counterpress, 2021, ss. 18-22.

WARNER Richard, “Yargılama ve Hukuki Akıl Yürütme”, Çev. Ertuğrul Uzun, içinde Ed. Martin P. Golding, William A. Edmundson, Türkçe Ed. Ertuğrul Uzun, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi**, İzmir: Işık Yayınları, 2021, ss. 457-478.

WEDEL Heidi, **Siyaset ve Cinsiyet: İstanbul Gecekondularında Kadınların Siyasal Katılımı**, Çev. Can Kurultay, İstanbul: Metis, 2019.

WEINDLING Paul, “International Eugenics: Swedish Sterilization in Context”, **Scandinavian Journal of History**, Vol. 24(2), 1999, ss. 179-197.

WEIR Allison, “Feminism and Freedom” içinde Ed. Ann Garry, Serene J. Khader, Alison Stone, **The Routledge Companion to Feminist Philosophy**, New York, Londra: Routledge, 2017, ss. 665-677.

WEST Robin, **Caring for Justice**, New York: New York University Press, 1999.

WILLIAMS Patricia, **The Alchemy of Race and Rights**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.

WISCHERMANN Ulla , Ilze Klavina Mueller, “Feminist Theories on the Separation of the Private and the Public: Looking Back, Looking Forward”, **Women in German Yearbook**, Vol. 20, 2004, ss. 184-197.

WISHIK Heather Ruth, “To Question Everything: The Inquiries of Feminist Jurisprudence”, **Berkeley Women’s Law Journal**, Vol. 1(1), 1985, ss. 64-77.

WITTIG Monique, “The Category of Sex”, **Feminist Issues**, Vol. 2., 1982, ss. 63-68.

WITTIG Monique, **The Straight Mind and Other Essays**, Boston: Beacon Press, 1992.

WOLLSTONECRAFT Marry, **Kadın Haklarının Gerekçelendirilmesi**, Çev. Deniz Hakyemez, İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2023.

World Health Organization, International Classification of Diseases 11th Revision, The global standard for diagnostic health information (ICD-11), <https://icd.who.int/en>, (Son Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024).

YALÇIN Türkan, **Türk Ceza Hukukunda Kadın**, Ankara: Savaş, 2019.

Yale Law School Lillian Goldman Law Library, “Declaration of the Rights of Man 1979”, The Avalon Project: Documents in Law, History and Diplomacy, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp, (Son Erişim Tarihi: 13 Nisan 2024).

YEMİŞKEN Elçin, **Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması**, İstanbul: On İki Levha, 2019.

YILDIRIM Engin, Serdar Güleler, “Anayasa Mahkemesi Kadın Üyelerinin Yargısal Tutumları: Ampirik Bir Araştırma”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Vol. 6(11), 2017, ss. 51-84.

YILDIRIM Ertuğrul Kaan, “Toplum Sözleşmesi ve Modern Ataerki Anlayışı”, içinde Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, Dolunay Çörek, Göktürk Öcal, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: Cilt 2**, İstanbul: On İki Levha, 2021.

YILMAZ Dilek, “Erkekler ‘kendilerine ait bir oda’ değil, devlet istemişlerdir”, İleri Haber, 20 Mart 2022, <https://ilerihaber.org/icerik/erkekler-kendilerine-ait-bir-oda-degil-devlet-istemislerdir-138266>, (Son Erişim Tarihi: 26 Mayıs 2022).

YILMAZ Zülfiye, Barış Bahçeci, “Gender of the Constituent Power of the Turkish Constitution of 1921”, IACL-AIDC Blog, 23 Mart 2021, <https://blog-iacl-aidc.org/2021-posts/2021/3/23/gender-of-the-constituent-power-of-the-turkish-constitution-of-1921-7gn6r>, (Son Erişim Tarihi: 3 Kasım 2022).

YOKUŞ SEVÜK Handan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Adalet, 2018.

YÜCEL Özge, “Cinsiyet Kimliğinin ve Cinsel Yönelimin Medeni Hukukta Statüsü”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Vol. 22(2), ss. 1817-1840.

YÜCEL Özge, “Medeni Hukuk Açısından Toplumsal Cinsiyet, Şiddet ve Ayrımcılık”, içinde Ed. Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, Ankara: Seçkin, 2019, ss. 323-368.

Yüksek Seçim Kurulu Seçmen Genel Müdürlüğü, “14 Mayıs 2023 Cumhurbaşkanı ve 28. Dönem Milletvekili Genel Seçimleri Seçim İstatistikleri Bülteni”, <https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/14%20Mayıs%202023%20Cumhurbaşkanı%20ve%2025.%20Dönem%20MV%20Genel%20Seçimleri%20İstatistikleri.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 20 Mayıs 2024).

Yüksek Seçim Kurulu, “25. Dönem Milletvekili Genel Seçimi, Milletvekillerinin Partilere Göre Cinsiyet Dağılımı”, https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/Milletvekili/7Haziran2015/2015-MV_yas_cinsiyet_egitim_dagilimi.pdf, (Son Erişim: 29 Kasım 2022).

Yüksek Seçim Kurulu, “26. Dönem Milletvekili Genel Seçimi, Milletvekillerinin Yaş Gruplarına Göre Cinsiyet Dağılımı”, <https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/Milletvekili/1Kasim2015/2015MVES-MVYasDagilimi-Grafik.pdf>, (Son Erişim: 29 Kasım 2022).

Yüksek Seçim Kurulu, “27. Dönem Milletvekili Genel Seçimi, Milletvekillerinin Yaş Gruplarına Göre Cinsiyet Dağılımı”, <https://www.ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/24Haziran2018/2018CBMV-MVCinsiyet.pdf>, (Son Erişim: 29 Kasım 2022).

YÜKSEL İsmail, **Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı**, Ankara: Adalet Yayınları, 2013.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1993.

ZABCI Filiz Çulha, “John Locke: Liberalizmin Düşüncedeki Öncüsü”, içinde Mehmet Ali Ağaoğulları, Filiz Çulha Zabcı, Reyda Ergün, **Kral Devletten Ulus Devlete**, Ankara: İmge, 2005.

ZAMPAS Christina, Adriana Lamačková, “Forced and coerced sterilization of women in Europe”, **International Journal of Gynecology and Obstetrics**, Vol. 114, 2011, ss. 163-166.

ZANGHELLINI Aleardo, “Philosophical Problems With the Gender-Critical Feminist Argument Against Trans Inclusion”, **SAGE Open**, Vol.10(2), 2020, <https://doi.org/10.1177/2158244020927029>, (Son Erişim Tarihi: 3 Şubat 2024).

ZENGİNKUZUCU Dikran M., “International Criminal Law and National Legal System in Türkiye: International Criminal Court and Türkiye”, **Legal Hukuk Dergisi**, Vol. 21(248), 2023, ss. 2857-2888.

ZİHNİOĞLU Yaprak, **Kadınsız İnkılap: Nezihe Muhiddin, Kadınlar Halk Fırkası, Kadın Birliği**, İstanbul: Metis, 2022.

MAHKEME VE KURUL KARARLARI

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları

- AYM, Abdulkerim Hammud Başvurusu, Başvuru No: 2019/24388, Karar Tarihi: 2.5.2023.
- AYM, Adalet Mehtap Buluryer Başvurusu, Başvuru No: 2013/5447, Karar Tarihi: 16.10.2014.
- AYM, Adem Öğüt ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/20527, Karar Tarihi: 22.11.2017.
- AYM, Ahmet Sevim Başvurusu, Başvuru No: 2013/474, Karar Tarihi: 9.9.2015.
- AYM, Aslan Faruk Toprak Başvurusu, Başvuru No: 2013/2957, Karar Tarihi: 24.3.2016.
- AYM, Atalay Yıldız Başvurusu, Başvuru No: 2021/14356, Karar Tarihi: 7.6.2023.
- AYM, Ayşe Sena Sezgin Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/13367, Karar Tarihi: 15.4.2015.
- AYM, Ayşe Tezel ve Diğerleri Başvurusu [GK], Başvuru No: 2018/14186, Karar Tarihi: 20.10.2022.
- AYM, B.S. Başvurusu, Başvuru No: 2015/8491, Karar Tarihi: 18.7.2018.
- AYM, B.U. Başvurusu, Başvuru No: 2013/2414, Karar Tarihi: 6.1.2016.
- AYM, Birgül Altun ve Davut Altun Başvurusu, Başvuru No: 2018/9265, Karar Tarihi: 19.7.2023.
- AYM, C.Ö. Başvurusu, Başvuru No: 2020/26150, Karar Tarihi: 2.11.2023.
- AYM, Cem Burak Karataş Başvurusu [GK], Başvuru No: 2014/19152, Karar Tarihi: 18.10.2017.
- AYM, Emin Aydın (2) Başvurusu Başvuru No: 2013/3178, Karar Tarihi: 25.6.2015.
- AYM, Esra Nur Özbey Başvurusu, Başvuru No: 2013/7443, Karar Tarihi: 20.5.2015.
- AYM, Fatma Kılıç ve İbrahim Haldız Başvurusu, Başvuru No: 2017/37387, Karar Tarihi: 21.4.2021.
- AYM, Gazal Kolanç ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2017/37897, Karar Tarihi: 5.7.2022.
- AYM, Gülbu Özgüler Başvurusu [GK], Başvuru No: 2013/7979, Karar Tarihi: 11.11.2015.
- AYM, Gülsim Genç Başvurusu, Başvuru No: 2013/4439, Karar Tarihi: 6.3.2014.
- AYM, H.K. Başvurusu, Başvuru No: 2019/42944, Karar Tarihi: 17.6.2021.
- AYM, H.Ö. Başvurusu, Başvuru No: 2019/20473, Karar Tarihi: 3.2.2022.
- AYM, Halime Sare Aysal Başvurusu [GK], Başvuru No: 2013/1789, Karar Tarihi: 11.11.2015.
- AYM, Hulusi Yılmaz Başvurusu, Başvuru No: 2017/17428, Karar Tarihi: 1.12.2022.
- AYM, İ.F.A. Başvurusu, Başvuru No: 2013/8564, Karar Tarihi: 17.2.2016.
- AYM, İbrahim Ataş Başvurusu, Başvuru No: 2013/1235, Karar Tarihi: 13.6.2013.
- AYM, İlker Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2019/36858, Karar Tarihi: 23.11.2022.
- AYM, İlknur Kızıltoprak Başvurusu, Başvuru No: 2015/11579, Karar Tarihi: 18.4.2019.
- AYM, Kadri Enes Berberoğlu Başvurusu (3) [GK], Başvuru No: 2020/32949, Karar Tarihi: 21.1.2021.
- AYM, Kenan Özteriş Başvurusu, Başvuru No: 2012/989, Karar Tarihi: 19.12.2013.
- AYM, Kübra Çankaya Başvurusu, Başvuru No: 2021/7876, Karar Tarihi: 13.4.2022.

- AYM, M.K. Başvurusu, Başvuru No: 2015/13077, Karar Tarihi: 12.6.2018.
- AYM, Mehmet Hasan Altan Başvurusu (3), Başvuru No: 2018/2620, Karar Tarihi: 9.1.2020.
- AYM, Mehmet Kurt Başvurusu [GK], Başvuru No: 2013/2552, Karar Tarihi: 25.2.2016.
- AYM, Melahat Sönmez Başvurusu, Başvuru No: 2013/7528, Karar Tarihi: 9.9.2015.
- AYM, Murat Demir Başvurusu [GK], Başvuru No: 2015/7216, Karar Tarihi: 27.3.2019.
- AYM, Murat Ünal Başvurusu, Başvuru No: 2015/226, Karar Tarihi: 12.12.2018.
- AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, Başvuru No: 2014/5836, Karar Tarihi: 16.4.2015.
- AYM, Nurcan Yolcu Başvurusu, Başvuru No: 2013/9880, Karar Tarihi: 11.11.2015.
- AYM, Nuriye Arpa Başvurusu, Başvuru No: 2018/18505, Karar Tarihi: 16.6.2021.
- AYM, Ö.Ç. Başvurusu, Başvuru No: 2014/8203, Karar Tarihi: 21.9.2016.
- AYM, Ömer Faruk Eminağaoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2015/7352, Karar Tarihi: 26.9.2019.
- AYM, Ömür Kara ve Onursal Özbek Başvurusu, Başvuru No: 2013/4825, Karar Tarihi: 24.3.2016.
- AYM, Özkan Şen Başvurusu, Başvuru No: 2012/791, Karar Tarihi: 7.11.2013.
- AYM, R.G. Başvurusu [GK], Başvuru No: 2017/31619, Karar Tarihi: 23.7.2020.
- AYM, Ramazan Ayyıldız Başvurusu, Başvuru No: 2019/32156, Karar Tarihi: 7.6.2023.
- AYM, Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2015/6728, Karar Tarihi: 1.2.2018.
- AYM, Rustem Esen Başvurusu [GK], Başvuru No: 2019/3189, Karar Tarihi: 17.1.2023.
- AYM, S.K.(B) Başvurusu, Başvuru No: 2014/18275, Karar Tarihi: 4.7.2018.
- AYM, Sahra Bayraktar Başvurusu, Başvuru No: 2015/9211, Karar Tarihi: 29.11.2018.
- AYM, Sara Akgül Başvurusu, Başvuru No: 2015/269, Karar Tarihi: 22.11.2018.
- AYM, Sarp Vahabi Başvurusu, Başvuru No: 2018/19972, Karar Tarihi: 11.7.2023.
- AYM, Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2013/7800, Karar Tarihi: 18.6.2014.
- AYM, Sevda Yılmaz Başvurusu, Başvuru No: 2017/37627, Karar Tarihi: 2.3.2023.
- AYM, Sevim Akat Eşki Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187, Karar Tarihi: 19.12.2013.
- AYM, Şahin Alpay Başvurusu (2) [GK], Başvuru No: 2018/3007, Karar Tarihi: 15.3.2018.
- AYM, Şahin Alpay Başvurusu (3), Başvuru No: 2018/10327, Karar Tarihi: 3.12.2020.
- AYM, Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2) [GK], Başvuru No: 2023/53898, Karar Tarihi: 25.10.2023.
- AYM, Şerafettin Can Atalay Başvurusu (3) [GK], Başvuru No: 2023/99744, Karar Tarihi: 21.12.2023.
- AYM, T.A.A. Başvurusu, Başvuru No: 2014/19081, Karar Tarihi: 1.2.2017.
- AYM, Tuğba Arslan Başvurusu [GK], Başvuru No: 2014/256, Karar Tarihi: 25.6.2014.
- AYM, Turgay Karaca Başvurusu, Başvuru No: 2018/34343, Karar Tarihi: 27.1.2021.
- AYM, Vedat Benli Başvurusu, Başvuru No: 2013/307, Karar Tarihi: 16.5.2013.
- AYM, Yaprak Yüksek Başvurusu, Başvuru No: 2013/9116, Karar Tarihi: 14.10.2015.
- AYM, Z.A. Başvurusu [GK], Başvuru No: 2013/2928, Karar Tarihi: 18.10.2017.
- AYM, Z.C. Başvurusu, Başvuru No: 2013/3262, Karar Tarihi: 11.5.2016.

Anayasa Mahkemesi Norm Denetimi Kararları

AYM, E. 1963/148, K. 1963/256, Karar Tarihi: 25.10.1963.
 AYM, E. 1973/10, K. 1973/12, Karar Tarihi: 22.3.1973.
 AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, Karar Tarihi: 7.3.1989.
 AYM, E. 1990/30, K. 1990/31, Karar Tarihi: 29.11.1990.
 AYM, E. 1990/36, K. 1991/8, Karar Tarihi: 9.4.1991.
 AYM, E. 1997/27, K. 1998/43, Karar Tarihi: 30.6.1998.
 AYM, E. 1997/61, K. 1998/59, Karar Tarihi: 29.9.1998.
 AYM, E. 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2001/2, Karar Tarihi: 22.6.2001.
 AYM, E. 2001/478, K. 2004/38, Karar Tarihi: 25.3.2004.
 AYM, E. 2003/27, K. 2007/84, Karar Tarihi: 22.11.2007.
 AYM, E. 2003/49, K. 2008/76, Karar Tarihi: 11.3.2008.
 AYM, E. 2005/114, K. 2009/105, Karar Tarihi: 2.7.2009.
 AYM, E. 2009/64, K. 2011/34, Karar Tarihi: 3.2.2011.
 AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, Karar Tarihi: 10.3.2011.
 AYM, E. 2009/47, K. 2011/51, Karar Tarihi: 17.3.2011.
 AYM, E. 2009/1, K. 2011/82, Karar Tarihi: 18.5.2011.
 AYM, E. 2011/34, K. 2012/48, Karar Tarihi: 30.03.2012.
 AYM, E. 2011/111, K. 2012/56, Karar Tarihi: 11.4. 2012.
 AYM, E. 2011/150, K. 2013/130, Karar Tarihi: 14.2.2013.
 AYM, E. 2012/97, K. 2013/51, Karar Tarihi: 3.4.2013.
 AYM, E. 2013/39, K. 2013/65, Karar Tarihi: 22.5.2013.
 AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, Karar Tarihi: 4.7.2013.
 AYM, E. 2013/23, K. 2013/123, Karar Tarihi: 31.10.2013.
 AYM, E. 2013/91, K. 2014/59, Karar Tarihi: 27.3.2014.
 AYM, E. 2013/95, K. 2014/176, Karar Tarihi: 13.11.2014.
 AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, Karar Tarihi: 14.5.2015.
 AYM, E. 2014/176, K. 2015/53, Karar Tarihi: 27.5.2015.
 AYM, E. 2015/68, K. 2017/166, Karar Tarihi: 29.11.2017.
 AYM, E. 2015/79, K. 2017/164, Karar Tarihi: 29.11.2017.
 AYM, E. 2017/130, K. 2017/165, Karar Tarihi: 29.11.2017.
 AYM, E. 2018/8, K. 2018/85, Karar Tarihi: 11.7.2018.
 AYM, E. 2019/6, K. 2019/25, Karar Tarihi: 11.4.2019.
 AYM, E. 2016/205, K. 2019/63, Karar Tarihi: 24.7.2019.
 AYM, E. 2019/79, K. 2019/76, Karar Tarihi: 19.9.2019.
 AYM, E. 2019/102, K. 2019/99, Karar Tarihi: 25.12.2019.
 AYM, E. 2019/101, K. 2020/26, Karar Tarihi: 11.6.2020.
 AYM, E. 2018/104, K. 2020/39, Karar Tarihi: 16.7.2020.
 AYM, E. 2020/62, K. 2020/69, Karar Tarihi: 12.11.2020.
 AYM, E. 2020/64, K. 2020/70, Karar Tarihi: 12.11.2020.
 AYM, E. 2021/80, K. 2021/99, Karar Tarihi: 16.12.2021.
 AYM, E. 2020/95, K. 2022/3, Karar Tarihi: 26.1.2022.
 AYM, E. 2021/121, K. 2022/88, Karar Tarihi: 20.7.2022.
 AYM, E. 2021/129, K. 2022/33, Karar Tarihi: 24.3.2022.
 AYM, E. 2022/15, K. 2022/73, Karar Tarihi: 1.6.2022.
 AYM, E. 2022/86, K. 2022/83, Karar Tarihi: 30.6.2022.
 AYM, E. 2022/65, K. 2022/102, Karar Tarihi: 8.9.2022.
 AYM, E. 2022/155, K. 2023/38, Karar Tarihi: 22.2.2023.

AYM, E. 2020/59, K.2023/53, Karar Tarihi: 22.03.2023.
 AYM, E. 2022/105, K. 2023/54, Karar Tarihi: 22.3.2023.
 AYM, E. 2023/44, K. 2023/71, Karar Tarihi: 5.4.2023.
 AYM, E. 2021/62, K. 2023/89, Karar Tarihi: 4.5.2023.
 AYM, E. 2023/34, K. 2024/60, Karar Tarihi: 22.2.2024.
 AYM, E. 2023/37, K. 2023/140, Karar Tarihi: 26.7.2023.
 AYM, E. 2023/93, K. 2023/191, Karar Tarihi: 8.11.2023.
 AYM, E. 2023/151, K. 2023/168, Karar Tarihi: 11.10.2023.
 AYM, E. 2023/177, K. 2024/30, Karar Tarihi: 1.2.2024.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AİHM, A,B,C/İrlanda, Başvuru No: 25579/05, Karar Tarihi: 16.12.2010.
 AİHM, A.M.V./Finlandiya, Başvuru No: 53251/13, Karar Tarihi: 23.3.2018.
 AİHM, A.P., Garçon ve Nicot/Fransa, Başvuru No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, Karar Tarihi: 6.4.2017.
 AİHM, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, Başvuru No. 9214/80, Karar Tarihi: 25.5.1985.
 AİHM, Aktaş ve Aslaniskender/Türkiye, Başvuru No: 18684/07, 21101/07, Karar Tarihi: 25.6.2019.
 AİHM, Animal Defenders International/Birleşik Krallık [BD], Başvuru No: 48876/08, Karar Tarihi: 22.04.2013.
 AİHM, Beizaras ve Levickas/Litvanya, Başvuru No: 41288/15, Karar Tarihi: 14.1.2020.
 AİHM, Belgian Linguistic Davası, Başvuru No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Karar Tarihi: 23.7.1968.
 AİHM, Budayeva ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02, 15343/02, Karar Tarihi: 20.3.2008.
 AİHM, Burghartz/İsviçre, Başvuru No: 16213/90, Karar Tarihi: 22.2.1994.
 AİHM, Christine Goodwin/Birleşik Krallık [BD], Başvuru No: 28957/95, Karar Tarihi: 11.7.2002.
 AİHM, D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 57325/00, Karar Tarihi: 13.11.2007.
 AİHM, Dudgeon/Birleşik Krallık, Başvuru No: 7525/76, Karar Tarihi: 22.10.1981.
 AİHM, Evans/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6339/05, Karar Tarihi: 10.4.2007.
 AİHM, Executief van de Moslms van België ve Diğerleri/Belçika, Başvuru No: 16760/22, 16849/22, 16850/22,16857/22,16860/22, 16864/22, 16869/22, 16877/22, 16881/22, Karar Tarihi: 13.2.2024.
 AİHM, Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14, 43439/14, Karar Tarihi: 17.1.2023.
 AİHM, G.M.B. ve K.M./İsviçre, Başvuru No: 36797/97, Karar Tarihi: 27.9.2001.
 AİHM, Gladysheva/Rusya, Başvuru No: 7097/10, Karar Tarihi: 06.12.2011.
 AİHM, Glor/İsviçre, Başvuru No:13444/04, Karar Tarihi: 30.4.2009.
 AİHM, Güzel Erdagöz/Türkiye, Başvuru No: 37483/02, Karar Tarihi: 21.10.2008.
 AİHM, Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 7.12.1976.
 AİHM, Henry Kismoun/Fransa, Başvuru No: 32265/10, Karar Tarihi: 5.12.2013.
 AİHM, Horváth ve Kiss/Macaristan, Başvuru No: 11146/11, Karar Tarihi: 29.1.2013.
 AİHM, K.A. ve A.D./Belçika, Başvuru No: 42758/98,45558/99, Karar Tarihi: 17.2.2005.

- AİHM, Karácsony ve Diğerleri/Macaristan [BD], Başvuru No: 42461/13, 44357/13, Karar Tarihi: 17.05.2016.
- AİHM, Kemal Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 30206/04, Karar Tarihi: 2.2.2010
- AİHM, Kilin/Rusya, Başvuru No: 10271/12, Karar Tarihi: 11.5.2021.
- AİHM, Koch/Almanya, Başvuru No: 497/09, Karar Tarihi: 19.7.2012.
- AİHM, Kozak/Polonya, Başvuru No: 13102/02, Karar Tarihi: 2.3.2010.
- AİHM, Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, Başvuru No: 7971/07, Karar Tarihi: 28.5.2013.
- AİHM, Leyla Şahin/Türkiye [BD], Başvuru No: 44774/98, Karar Tarihi: 10.11.2005.
- AİHM, Lithgow ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, Karar Tarihi: 8.7.1986.
- AİHM, Losonci Rose ve Rose/İsviçre, Başvuru No: 664/06, Karar Tarihi: 9.11.2010.
- AİHM, Mentzen/Letonya, Başvuru No: 71074/01, Karar Tarihi: 7.12.2004.
- AİHM, Mikulić/Hırvatistan, Başvuru No: 53176/99, Karar Tarihi: 7.2.2002
- AİHM, Morice/Fransa [BD], Başvuru No: 29369/10, Karar Tarihi: 23.4.2015
- AİHM, Niemietz/Almanya, Başvuru No: 13710/88, Karar Tarihi: 16.12.1992.
- AİHM, Nurcan Bayraktar/Türkiye, Başvuru No: 27094/20, Karar Tarihi: 27.6.2023.
- AİHM, Opuz/Türkiye, Başvuru No: 33401/02, Karar Tarihi: 9.6.2009.
- AİHM, Orlandi ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 26431/12; 26742/12; 44057/12 ve 60088/12, Karar Tarihi: 14.12.2017.
- AİHM, Öneriyıldız/Türkiye, Başvuru No: 48939/99, Karar Tarihi: 30.11.2004.
- AİHM, Pla ve Puncernau/Andora, Başvuru No: 69498/01, Karar Tarihi: 13.7.2004.
- AİHM, Pretty/Birleşik Krallık, Başvuru No: 2346/02, Karar Tarihi: 29.4.2002.
- AİHM, S. L./Avusturya, Başvuru No: 45330/99; Karar Tarihi: 9.1.2003.
- AİHM, S. ve Marper/Birleşik Krallık, Başvuru No: 30562/04, 30566/04, Karar Tarihi: 04.12.2008.
- AİHM, S.V./İtalya, Başvuru No: 55216/08, Karar Tarihi: 11.10.2018.
- AİHM, Schlumpf/İsviçre, Başvuru No: 29002/06, Karar Tarihi: 8.1.2009.
- AİHM, Semenya/İsviçre, Başvuru No: 10934/21, Karar Tarihi: 11.7.2023.
- AİHM, Smith ve Grady/Birleşik Krallık, Başvuru No: 33985/96, Karar Tarihi: 27.9.1999.
- AİHM, Solyanik/Rusya, Başvuru No: 47987/15, Karar Tarihi: 10.5.2022.
- AİHM, Sousa Goucha/Portekiz, Başvuru No: 70434/12, Karar Tarihi: 22.3.2016.
- AİHM, Stjerna/Finlandiya, Başvuru No: 18131/91, Karar Tarihi: 25.11.1994.
- AİHM, Tanbay Tüten/Türkiye, Başvuru No: 38249/09, Karar Tarihi: 10.12.2013.
- AİHM, Tuncer Güneş/Türkiye, Başvuru No: 26268/08, Karar Tarihi: 3.9.2013.
- AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, Başvuru No: 29865/96, Karar Tarihi: 16.11.2004.
- AİHM, Van Kück/Almanya, Başvuru No: 35968/97, Karar Tarihi: 12.6.2003.
- AİHM, Vedat Şorli/Türkiye, Başvuru No: 42048/19, Karar Tarihi: 19.10.2021.
- AİHM, Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve Diğerleri/İsviçre, Başvuru No: 53600/20, Karar Tarihi: 9.4.2024.
- AİHM, X ve Y/Hollanda, Başvuru No: 8978/80, Karar Tarihi: 26.3.1985.
- AİHM, X ve Y/Romanya, Başvuru No: 2145/16, 20607/16, Karar Tarihi: 19.01.2021.
- AİHM, Y.G./Rusya, Başvuru No: 8647/12, Karar Tarihi: 30.8.2022.
- AİHM, Y.Y./Türkiye, Başvuru No: 14793/08, Karar Tarihi: 10.3.2015.
- AİHM, Zarb Adami/Malta, Başvuru No: 17209/02, Karar Tarihi: 20.6.2006.

Komite, Kurul ve Diğer Kararlar

BM İnsan Hakları Komitesi, Şeyma Türkan/Türkiye, Başvuru No: 2274/2013, Karar Tarihi: 17.7.2018.

RTÜK, Toplantı No: 2020/34, Karar No: 10, Karar Tarihi: 19.8.2020, <https://www.rtuk.gov.tr/UstKurulKarar/Detay/14298>, (Son Erişim Tarihi: 6 Kasım 2022).

RTÜK, Toplantı No: 2020/34, Karar No: 11, Karar Tarihi: 19.8.2020, <https://www.rtuk.gov.tr/UstKurulKarar/Detay/14299>, (Son Erişim Tarihi: 6 Kasım 2022).

Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları

Erzurum BAM, 1. C.D., E. 2017/521, K. 2017/991, Karar Tarihi: 24.5.2017, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).

Yargıtay 1. C.D., E. 2008/7098, K. 2010/3459, Karar Tarihi: 11.5.2010, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).

Yargıtay 1. C.D., E. 2010/3334, K. 2012/4002, Karar Tarihi: 16.5.2012, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).

Yargıtay 1. C.D., E. 2011/2574 K. 2011/3496, Karar Tarihi: 31.5.2011, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 4 Nisan 2024).

Yargıtay 1. C.D., E. 2020/4699, K. 2021/13692, Karar Tarihi: 27.10.2021, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).

Yargıtay 14. C.D., E. 2012/4276, K. 2014/1689, Karar Tarihi: 16.09.2010., karararama.yargitay.gov.tr, (Son Erişim Tarihi: 10 Mart 2024).

Yargıtay 18. H.D., E. 2014/18248, K. 2015/7152, Karar Tarihi: 30.4.2015, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

Yargıtay 18. H.D., E. 2007/7881, K. 2007/8649, Karar Tarihi: 22.10.2007, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Şubat 2024).

Yargıtay 18. H.D., E. 2009/13381, K. 2010/3695, Karar Tarihi: 11.3.2010, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

Yargıtay 18. H.D., E. 2011/3049, K. 2011/5810, Karar Tarihi: 28.4.2011, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

Yargıtay 18. H.D., E. 2011/4142, K. 2011/7338, Karar Tarihi: 16.6.2011, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

Yargıtay 18. H.D., E. 2015/10507, K. 2016/6528, Karar Tarihi: 25.4.2016, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 18 Ekim 2023).

Yargıtay 18. H.D., E. 2015/1950, K. 2015/16125 K., Karar Tarihi: 9.11.2015, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

Yargıtay 18. H.D., E. 2015/3787, K. 2015/17157, Karar Tarihi: 25.11.2015, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

Yargıtay 18. H.D., E. 2015/4110, K. 2015/17703, Karar Tarihi: 3.12.2015, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).

Yargıtay 18. H.D., E. 2015/5694, K. 2016/347, Karar Tarihi: 13.1.2016, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 6 Şubat 2024).

Yargıtay 2. H.D., E. 2005/17485, K. 2006/1343, Karar Tarihi: 13.2.2006, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 18 Ekim 2023).

Yargıtay 8. H.D., E. 2017/1156, K. 2017/3268, Karar Tarihi: 9.3.2017, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Şubat 2024).

- Yargıtay 8. H.D., E. 2017/6122, K. 2017/14423, Karar Tarihi: 2.11.2017, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Şubat 2024).
- Yargıtay 8. H.D., E. 2017/7435, K. 2018/11219, Karar Tarihi: 12.4.2018, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).
- Yargıtay CGK, E. 2013/644 K. 2014/125, Karar Tarihi: 11.3.2014, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).
- Yargıtay CGK, E. 2014/161, K. 2015/493, Karar Tarihi: 8.1/2.2015, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).
- Yargıtay CGK, E. 2014/604, K. 2015/37, Karar Tarihi: 10.3.2015, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).
- Yargıtay CGK, E. 2015/986, K. 2018/102, Karar Tarihi: 20.3.2018, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).
- Yargıtay CGK, E. 2019/16, K. 2021/281, Karar Tarihi: 15.6.2021, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).
- Yargıtay CGK, E. 2021/276, K. 2023/79, Karar Tarihi: 8.2.2.2023, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 2 Nisan 2024).
- Yargıtay HGK, E. 2014/889, K. 2015/2011, Karar Tarihi: 30.9.2015, www.lexpera.com.tr, (Son Erişim Tarihi: 10 Şubat 2024).

EKLER

EK-1: Çalışma İçin Taranan Bireysel Başvuru Kararları

Başvuru Adı	Başvuru No	Karar Tarihi
A.J.	2020/11939	17/04/2024
A.K.	2015/10298	07/03/2019
A.Z.Ö.	2014/546	09/01/2014
Adem Aydın ve Zübeyda Aydın	2018/1156	18/05/2021
Asiye Karaaslan	2017/36555	10/02/2021
Asiye Lekesiz	2015/6064	13/09/2018
Ayla (Şenses) Kara	2013/7063	05/11/2015
Ayşe Çelik	2017/36722	27/10/2017
Ayşe Tezel ve Diğerleri	2018/14186	20/10/2022
Aysel Aslan	2019/12792	12/01/2021
Aysel Tuğluk (2)	2019/10405	31/03/2022
Ayşen Ciravoğlu Demirdizen	2016/1539	12/01/2021
Ayten Yıldırım	2014/1826	20/07/2017
B.A.	2016/9123	18/05/2021
B.K.	2020/21844	31/01/2023
B.P.O	2015/19012	27/03/2019
B.S.	2015/8491	18/07/2018
Besime Konca	2017/5867	10/02/2017
Beyhan Çatalkaya	2015/13947	05/08/2015
Burcu Reis	2016/5824	28/12/2021
C.Ö.	2020/26150	02/11/2023
Cem Burak Karataş	2014/19152	18/10/2017
Cemal Duğan	2014/19308	15/02/2017
Ceyda Sungur	2015/14363	18/08/2015
D.K.	2015/11159	25/09/2019
Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım	2014/5974	25/04/2014
Deniz Altınbaş ve Diğerleri	2014/2033	26/10/2017
Deniz Sarıcaoğlu	2017/35776	02/06/2020
Diana Kutlar	2017/33788	10/02/2021
Dilan Ögüz Canan	2014/20411	29/12/2014
E.A.	2014/19112	17/05/2018
E.Ç.	2018/6565	10/06/2020
Ebru Bilgin	2014/7998	19/07/2018
Emrullah Nuhbaşa	2017/17026	22/07/2020
Esat İnevi	2015/11677	8/7/2020
Esat Rennan Pekünlü	2013/6401	23/01/2014
Esra Aydın	2016/57050	10/11/2016
Esra Nur Özbey	2013/7443	20/05/2015
Eylem Çetin Demir	2014/2302	20/02/2014
Eylem Karadağ	2015/12060	23/10/2019
Ezgi Özen	2015/12753	08/05/2019
F.S. ve diğerleri	2016/11174	23/06/2020

Fadime Ekiz	2016/6741	07/09/2021
Fatih Ekinci	2017/27975	13/04/2022
Fatma Güneş	2016/8300	03/06/2020
Fatma Julia Ekinciler	2013/2758	17/02/2016
Feride Gökvardar	2016/72747	30/11/2016
Feride Kaya (2)	2016/13985	22/07/2016
Furkan Omurtag	2014/18179	17/11/2014
G.G.	2018/9416	09/06/2021
Gamze Armağan	2013/8840	15/12/2015
Gönül Yanık ve Diğerleri	2015/1937	02/02/2015
Gözde Başar	2016/3122	28/05/2019
Gülbu Özgüler	2013/7979	11/11/2015
Gülşah Öztürk ve Diğerleri	2013/3936	17/02/2016
Gülşim Genç	2013/4439	06/03/2014
H.K.	2019/42944	17/06/2021
H.Ö.	2019/20473	03/02/2022
Hayriye Özdemir	2013/3434	25/06/2015
Hilal Erdaş	2018/27658	06/10/2021
İ.F.A.	2013/8564	17/02/2016
İ.K.	2019/841	26/12/2018
İbrahim Acar	2016/3140	07/11/2019
İlker Başer ve Diğerleri	2013/1943	09/09/2015
K.A.	2017/38596	19/10/2021
K.Ş.	2016/14613	17/07/2019
Kemal Ördek	2016/11513	23/06/2020
Kırmızı Şemsiye Cinsel Sağlık ve İnsan Hakları Derneği Başvurusu	2016/14547	28/12/2021
Leyla Akbulut ve Sakina Ataş	2016/14834	12/01/2022
M.A.	2018/12916	07/10/2021
M.Ç.	2017/34600	06/02/2020
M.K.	2015/13077	12/06/2018
M.L. ve Diğerleri	2014/7469	22/11/2017
Mehmet Emin Ünver	2015/6147	18/07/2018
Meliha Kaplan	2016/8289	23/06/2020
Meliha Siviş	2015/18910	09/01/2019
Meral Talay	2018/8050	07/10/2021
Murat Ünal	2015/226	12/12/2018
Mustafa Karaca	2020/15967	20/05/2021
Mustafa Vural	2015/18609	11/09/2019
Nebiye Merttürk ve Neslihan Uyanık	2013/6071	14/04/2016
Neşe Aslanbay Akbıyık	2014/5836	16/04/2015
Nevzat Ateş	2018/4619	18/05/2021
Nuray Zencir	2018/3087	19/01/2018
Nurcan Yolcu	2013/9880	11/11/2015
Nuriye Arpa	2018/18505	16/06/2021
Ö.T.	2015/16029	19/02/2019
Onur Arslan	2017/17652	15/12/2020
Onurhan Solmaz	2012/1049	26/03/2013

R.G.	2017/31619	23/07/2020
R.K.	2013/6950	20/04/2016
Rabiya Hatun Bedir	2017/35569	18/06/2020
Rifat Erdalı	2017/39019	21/07/2020
S.B.	2014/5783	20/12/2017
S.Ç.	2016/58121	09/06/2020
S.E.	2017/40178	26/02/2020
S.K.(B.)	2014/18275	04/07/2018
S.M.	2016/6038	20/06/2019
S.Y.	2015/19127	18/07/2019
Sahra Bayraktar	2015/9211	29/11/2018
Sara Akgöl	2015/269	22/11/2018
Seher Arslan Köken	2017/5808	06/02/2017
Selçuk Karabıcak ve Diğerleri	2018/1514	22/11/2023
Selim Adıyaman	2013/8846	09/12/2013
Selma Irmak	2016/32948	01/12/2016
Semra Özel Üner	2014/12009	26/10/2016
Serpil Toros	2013/6382	09/03/2016
Sevim Akat Eşki	2013/2187	19/12/2013
Şeyma Fenercioğlu	2015/12747	21/07/2015
Şeyma Tekin	2018/34362	22/11/2018
Şükran İrge	2016/8660	06/05/2016
Şule Bayburt	2017/38724	21/07/2020
T.A.	2017/32972	29/09/2021
Tuğba Arslan	2014/256	25/06/2014
Turgay Karaca	2018/34343	27/01/2021
Türkan Aydoğmuş	2018/19000	12/01/2022
Ümmügülsüm Salgar	2016/12847	21/10/2021
Yeliz Erten	2020/99	23/12/2019
Yıldız Yıldız	2015/19293	17/07/2018
Z.A.	2015/6302	12/09/2019
Z.A.	2013/2928	18/10/2017
Z.C.	2013/3262	11/05/2016
Zana Döner	2015/5916	10/01/2019
Zerga Öztürk	2015/4556	09/03/2015

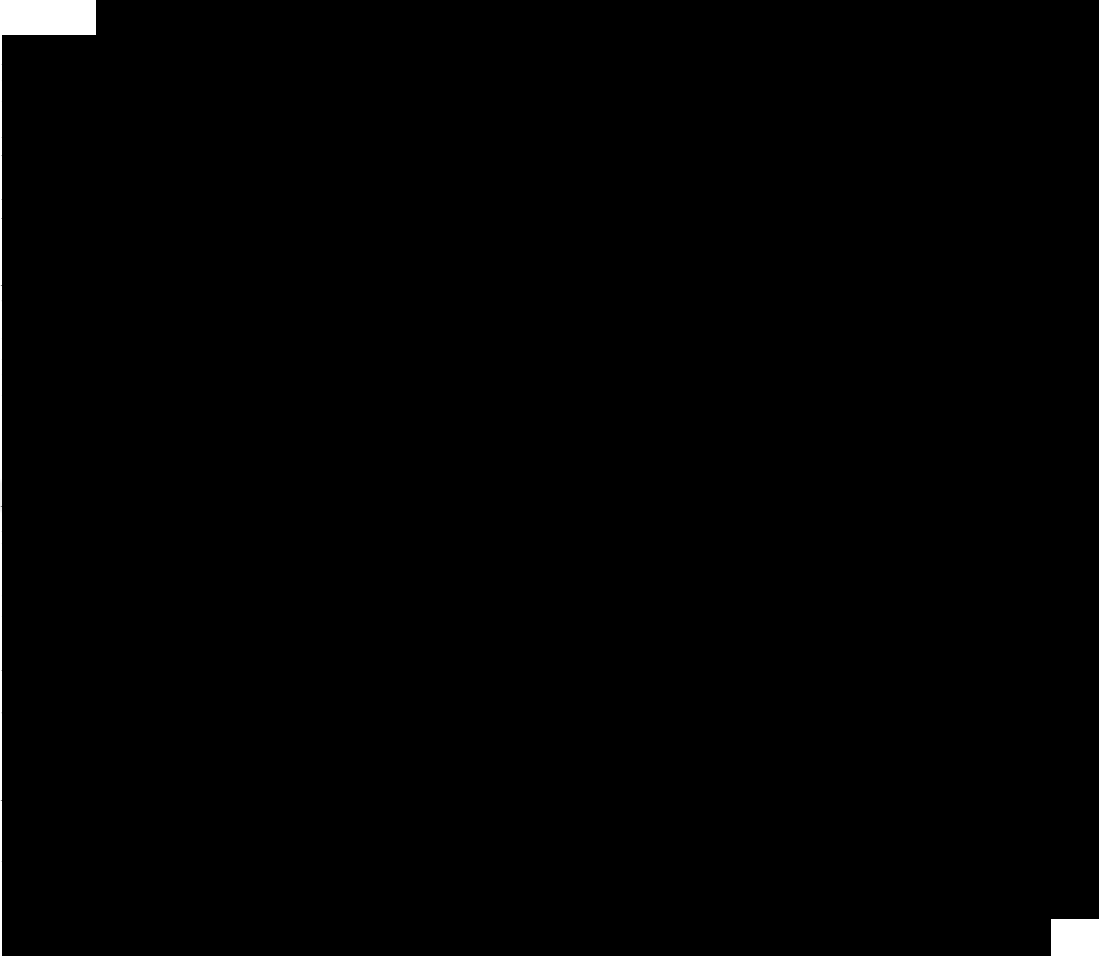
EK-2: Çalışma İçin Taranan Norm Denetimi Kararları

Esas No	Karar No	Karar Tarihi
1973/10	1973/12	22/03/1973
1987/1	1987/18	11/09/1987
1988/4	1989/3	12/01/1989
1989/1	1989/12	07/03/1989
1990/15	1991/5	28/02/1991
1990/30	1990/31	29/11/1990
1990/36	1991/8	09/04/1991
1993/23	1993/55	02/12/1993
1996/47	1997/43	08/04/1997
1997/61	1998/59	29/09/1998
1999/35	2002/104	12/11/2002
1999/47	1999/46	28/12/1999
2004/30	2008/55	07/02/2008
2005/103	2005/89	23/11/2005
2005/114	2009/105	02/07/2009
2005/86	2010/111	08/12/2010
2006/156	2008/125	19/06/2008
2006/166	2009/113	23/07/2009
2006/76	2008/142	18/09/2008
2008/30	2009/96	25/06/2009
2009/85	2011/49	10/03/2011
2010/119	2011/165	08/12/2011
2011/129	2012/81	24/05/2012
2011/136	2012/72	17/05/2012
2011/51	2012/32	01/03/2012
2012/103	2013/105	03/10/2013
2013/119	2013/141	28/11/2013
2014/36	2015/51	27/05/2015
2014/36	2015/51	27/05/2015
2015/26	2015/100	12/11/2015
2015/41	2017/98	04/05/2017
2015/43	2015/101	12/11/2015
2015/57	2015/58	17/06/2015
2015/68	2017/166	29/11/2017
2015/79	2017/164	29/11/2017
2016/132	2017/154	15/11/2017
2017/130	2017/165	29/11/2017
2019/2	2020/28	11/06/2020
2020/82	2021/20	18/03/2021
2021/9	2022/4	26/01/2022
2022/15	2022/73	01/06/2022
2022/155	2023/38	22/02/2023
2023/37	2023/140	26/07/2023

EK-3: Çalışma İçin Taranan Siyasi Parti Kapatma ve İhtar Kararları

Esas No	Karar No	Karar Tarihi
1999/2	2001/2	22/06/2001
2002/3	2003/1	22/01/2003
2008/1	2008/2	30/07/2008

ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Başak EKİNCİ
Tez Başlığı : Feminist Teori Bakımından Anayasa Mahkemesi Kararları
Savunma Tarihi : 01 / 07 / 2024
Danışman : Doç. Dr. Özen Ülgen ADADAĞ

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

Prof. Dr. Oktay UYGUN
Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ
Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK
Doç. Dr. Ulaş KARAN
Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ

Prof. Dr. Ulun AKTURAN
Enstitü Müdürü