

EŞCİNSEL BİRLİKTELİKLERİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE TANINMASI*

(THE RECOGNITION OF SAME-SEX RELATIONSHIPS WITHIN THE
FRAMEWORK OF EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS)

Emre Birden**

“Hiç bir şey faal bir cehaletten daha korkunç değildir”¹.
“Eşcinsellik bir tercih değildir, eşitlikse öyledir”².

ÖZ

Eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanınması konusu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bünyesinde iki ana başlıkta incelenmiştir. Bunlardan birincisi, düzenli birliktelik yaşayan eşcinsel çiftlerin Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında “aile” olarak nitelenmesi meselesidir. Sözleşme organları uzun bir süre, düzenli ilişki yaşayan eşcinsel çiftleri aile olarak kabul etmemişlerdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nihayet, önemli ilkesel ve metodolojik uyumsuzluklar pahasına gerçekleşen bu *ratione materiae* uygulanamazlığı kaldırmış ve aile hayatına saygı hakkını eşcinsel birlikteliklere uygulamaya başlamıştır. Söz konusu ikinci meseleyse bu birlikteliklerin ulusal hukuklarda tanınmasıdır. Bu bağlamdaki tartışma iki hukuki çerçevede gelişmiştir. Mahkeme bir yandan Sözleşme'nin 12. maddesinin eşcinsel evliliğe uygulanamaz olduğu kanaatini değiştirmiş ve fakat bu maddenin eşcinsel evlilik hakkını tanıma kararını devletlere bıraktığına karar vermiştir. Mahkeme öte yandan geli-

* Bu makale 10.08.2015 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 28.09.2015 tarihinde hakem onayından geçmiştir.

** Dr. Emre Birden.

¹ Johann Wolfgang von GOETHE, *Maximes et Réflexions*, P. Deshusses (çev.), Editions Payot & Rivage, Paris, 2001, s.60, §250.

² Fransızca aslı “*l'homosexualité n'est pas un choix, l'égalité si !*” olan bu özlü cümle, Fransa'da eşcinsel evliliğin yasalaşması talebiyle yapılan gösterilerde kullanılmıştır.

şimci yorum aracılığıyla, evlilik imkanının yokluğunda eşcinsel kişiler için evliliğe alternatif hukuki tanıma yollarının öngörülmesi pozitif yükümlülüğünü ilan etmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, eşcinsel birliktelik, eşcinsel evlilik, medeni birliktelik, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, evlenme hakkı, ayırıcılık yasağı

ABSTRACT

*The recognition of same-sex relationships is examined based on two main issues in the context of the European Convention on Human Rights. The first issue is the qualification of same-sex couples living in stable relationships as "family" under Article 8. The Convention organs did not accept same-sex couples living in stable relationships as family for a long time. The European Court of Human Rights has finally removed this inapplicability *ratione materiae* which created considerable incompatibilities on principles and methodology and started to apply the right to respect for family life to same-sex relationships. The second issue is the recognition of these relationships under national law. The discussion in this context has been developed within two legal frameworks. On the one hand, the Court has changed its opinion about the inapplicability of Article 12 of the Convention to same-sex marriages but judged that the article leaves the decision on the recognition of same-sex marriage to Member States. On the other hand, the Court has announced, through its evolutive interpretation, the positive obligation to recognize alternative legal status to marriage for homosexual persons in the absence of same-sex marriage.*

Keywords: *European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights; same-sex relationship; same-sex marriage; civil union; right to respect for private and family life; right to marry; prohibition of discrimination*

Geleneksel olarak toplumsal yaşamın temel unsuru olarak kabul edilen “aile” kurumuna³ ilişkin olarak son on yıllarda beliren olgusal ve hukuki gelişmeler, bireysel özerklik ve eşitlik ideallerine ilişkin deneyim ve taleplerin demokratik toplumlarda gösterdiği ilerlemeyi tercüme etmektedir. 20. yüzyılın ikinci yarısında aile kurumuyla ilgili beliren radikal dönüşümün kökeninde 1950’lerin ortalarında doğum kontrol hapının icadı⁴, 1960’larda cinsel özgürleşmenin Batı toplumlarında sosyal bir olgu olarak kendisini göstermesi, bu doğrultuda evliliğin gitgide başka ilişki biçimleri arasında sıradan bir seçenek haline gelmesi⁵, kürtaj konusundaki mevzuatların çoğunlukla yumuşaması ve kadının özerkliğine saygıyı ön plana çıkarması, genel olarak cinsiyetler arası ve cinsel yönelimler arası eşitlik fikrinin ve bu fikrin siyasi ve hukuki icrasının kuvvet kazanması, sofistike biyomedikal tekniklerin ve bu arada yapay dölleme ile ilgili olanların belirip yaygınlaşması⁶ gibi olgular saptanabilir. Bu çerçevede bireysel özerkliğe atfedilen önem ve bireye özel yaşamını inşa etmede tanınan özgürlük, kurumsallaşmış aileden gelen zorlamaların tahammül edilemez hale gelmesine yol açmıştır⁷. Renchon’un işaret

³ Hukuk düzleminde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 16. maddesinin üçüncü fıkrası, ailenin toplumun doğal ve temel bir unsuru olduğunu ve toplum ve devlet tarafından korunma hakkı bulunduğunu ifade etmektedir. Ayrıca bkz.: 1982 Türkiye Anayasası m.41/1 ve 1975 Yunanistan Anayasası m.21.

⁴ Bozon, modern doğum kontrolünün yaygınlaşması sonucunda doğurganlığın artık kişisel bir proje olarak değerlendirildiğini gözlemlemektedir. Michel BOZON, *Sociologie de la sexualité*, 2. baskı, Armand Colin, Paris, 2009, s.28.

⁵ Bozon, günümüzde sevgiyle ve eş olmakla ilgili yolların çeşitlenmesine tanıklık edildiğini belirtmektedir. Bu çerçevede kurumsal evliliğin zayıfladığı, evli olmayan çift sayısının arttığı, Fransa’daki medeni dayanışma sözleşmesinin ilgi gördüğü, yeni çift ilişkilerine girme yada yeni cinsel partnerlere sahip olma ve aynı anda iki ilişki yaşama gibi olguların önem kazandığı görülmektedir. *Ibid.*, s.32-34.

⁶ Yapay döllemeyle birlikte artık söz konusu olan, çocuk sahibi olup olmamaktan, çocuk isteyip istememeye doğru bir geçiştir. Dominique FOLSCHÉID, Jean-Jacques WUNENBURGER, “La vie commençaante”, in *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, Dominique FOLSCHÉID, Brigitte FEUILLET-LE MINTER, Jean-François MATTEI (der.), PUF, Paris, 1997, s.199. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kendisiyle genetik bağ taşıdığı bir çocuk sahibi olma ya da olmama kararına saygı hakkını özel hayat hakkının içinde görmektedir. AİHM, Evans - Birleşik Krallık kararı (Büyük Daire), 10 Nisan 2007, başvuru n° 6339/05, §72 ve §90.

⁷ Christine ROPERS, “Reste-t-il un ordre public familial ?”, in *Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation)*, Christian PIGACHE (der.), Publications de l’Université de Rouen, Rouen, 2004, s.90.

ettiği üzere, birey açısından aileyi neyin oluşturduğunu gitgide daha az toplum daha çok bireyin kendisi belirlemektedir⁸. Bu süreçte aile kavramı geleneksel evlilik modelinin sınırlarını aşmış, olgusal ve hukuki olarak yeni ilişki biçimlerini kapsayacak şekilde genişlemiştir. Böylece aileyi yaşamsal toplumsal işlevlere yönelmiş addeden ve bireyi de onun yalnızca bir unsuru olarak kabul eden holist perspektif geçerliliğini yitirmektedir⁹. Bu doğrultuda ailenin paradoksal zaferinden de bahsedilmektedir, zira kurumsal niteliğini yitirmekle birlikte aile bireycilik tarafından bireysel özerkliğin odağı olarak güçlendirilmiştir¹⁰.

Aile kavramıyla ilgili bu genel dönüşüm, eşcinsel birlikteliklerin hukuki algılanış ve tanımlanışına da doğal olarak etki etmiştir. Bu çerçevede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) organları da eşcinsel kişilerin çeşitli hak taleplerini içeren başvurularla karşılaşmışlardır. Bununla beraber, Sözleşme'nin normatif düzenlemelerinde kural olarak "herkes" tabirinin kullanılıyor olmasına ve 14. maddede öngörülen ayrımcılık yasağına rağmen, cinsel yönelimin Sözleşme bünyesinde korunan hak ve özgürlüklerden istifade etmek noktasında bir ayırım ölçütü olmamak gerektiğinin farklı tipteki uyuşmazlıklarda kabulü, ancak ka-

⁸ Jean-Louis RENCHON, "Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme", *in* Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, Frédéric KRENC, Michel PUÉCHAVY (der.), Bruylant/Nemesis, Bruxelles, 2008, s.158.

⁹ Jacques COMMAILLE, Claude MARTIN, "Les conditions d'une démocratisation de la vie privée", *in* Au-delà du PACS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité, Daniel BORRILLO, Éric FASSIN, Marcela IACUB (der.), PUF, Paris, 1999, s.66-67.

¹⁰ Caroline THOMPSON, "L'homoparentalité: enjeux psychologiques", *in* L'homoparentalité. Réflexions sur le mariage et l'adoption, Conseil d'analyse de la société, note n° 6 - février 2007, La documentation française, Paris, s.33. Deschavanne da eşcinsel çiftlerin aile hakkı taleplerinde ailenin paradoksal zaferini görmektedir. Bu arada yazar, modern ailenin dört niteliğini şöyle sıralamaktadır: bireycilik, koşullarda eşitlik, yapaycılık ve sekülerleşme. Yapaycılıktan kasıt, cinsellikle doğumun birbirlerinden ayrılması ve soy bağına kurulmasında insan iradesinin belirleyici olmasıdır. Éric DESCHAVANNE, "La prohibition de l'homofamille à l'épreuve de l'égalité démocratique", *in* L'homoparentalité. Réflexions sur le mariage et l'adoption, Conseil d'analyse de la société, note n° 6 - février 2007, La documentation française, Paris, s.53-57.

demeli ve evrimsel bir sürecin sonucunda mümkün olabilmiştir¹¹. Eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanınması konusundaki normatif ilerleme, eşcinsel kişilerin haklarının korunmasıyla ilgili genel sürecin gelişimselliğini çarpıcı şekilde örneklemektedir. Sözleşme’yi dinamik ve gelişimci şekilde yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme), eşcinsel birliktelikleri içtihadî gelişimi sonucunda zaman içinde korumaya başlamıştır.

Eşcinsel çiftin toplumun kamusal görünürlüğe sahip meşru bir parçası olma arzu ve talebi, özel yaşamın mahrem alanında homoseksüel cinselliği yaşamaya ilişkin sınırlı özgürlük taleplerinin çok ötesine geçmekte ve heteroseksüel ve ataerkil toplumsal kökleri derinden sarsmaktaydı. Cinsel azınlık haklarına ilişkin taleplerle geleneksel ahlak arasındaki bu çekişme karşısında Mahkeme, düzenli birliktelik yaşayan eşcinsel çiftlerin Sözleşme’nin 8. maddesi anlamında “aile” oluşturduğunu zaman içerisinde kabul etmiştir (I.). Eşcinsel çiftin ulusal hukuk düzeni tarafından resmi olarak tanınma talebiyle ilgili olarak da evrimsel bir yaklaşım gösteren Mahkeme, içtihadının vardığı son gelişim aşamasında devletin eşcinsel birliktelikleri hukuken tanıma yükümlüğünde olduğunu ilan etmiştir (II.).

I. Eşcinsel Çiftin Sözleşme’nin 8. Maddesi Anlamında Aile Olarak Tanınması

Sözleşme organları, eşcinsel kişilerin yaşadıkları düzenli birlikteliklerle ilgili hak taleplerini uzun bir süre aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirmediler. Oysa bu bakış açısı, Sözleşme organlarının aile kavramına ilişkin genel yaklaşımıyla çelişmekteydi. Aile kavramının Sözleşme’nin 8. maddesi bağlamındaki olağan tanımı, taraf devletlerin yetki alanlarındaki yerel ahlaklar ölçü alınmadan, olgusal bir temelde yapılmaktaydı (A). Buna karşın, Sözleşme hukukundaki bu nesnel hukuki niteleme ölçütü çerçevesinde eşcinsel çiftin aile olarak tanınması,

¹¹ Eşcinsel kimliğe bağlı farklı hak taleplerinin Mahkeme’ce korunmasına ilişkin sürecin başlangıç noktası olarak Dudgeon - Birleşik Krallık kararı işaretlenebilir. Mahkeme bu kararında, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun daha eski tarihlerde Sözleşme ihlali yaratmadığı kanaatinde olduğu eşcinsel ilişkinin hukuk tarafından bastırılması olgusunda, özel hayata saygı hakkının ihlalini saptamıştır. AİHM, Dudgeon - İrlanda kararı, 21 Ekim 1981, başvuru n° 7525/76.

ancak eşcinsel ilişkilere uygulanan istisnai hukuki rejimin zaman içerisinde tasfiye edilmesiyle gerçekleşebilmiştir (B).

A. Aile Kavramının Olgusal Temelde Tanımlanması

Sözleşme'nin 8. maddesinde öngörülmüş olan aile hayatına saygı hakkı salt aile kurma arzusunun güvence altına alması ve korunacak bir ailenin halihazırdaki varlığını ön varsayar¹². Şu halde bu hakkın verili bir duruma uygulanabilirliği öncelikle olgusal dünyadaki bazı ilişki biçimlerinin Sözleşme anlamında "aile" olarak nitelenebilmelerini gerektirir. Aile kurumunun tarihsel, sosyolojik ve hukuki açılarından durağan olmadığını gözlemleyen Mahkeme¹³, aileyle ilgili eskizi yukarıda çizilen kültürel dönüşümün ayırındadır¹⁴. Mahkeme bu çerçevede hakların etkililiği temel yorum ilkesinden hareket etmiş ve insanların içinde yaşadıkları somut gerçeklikleri aile kavramına ilişkin hukuki nitelemesinde temel parametre saymıştır. Bu yaklaşımını şu önermesi ifade etmektedir: "“*aile hayatının*” var olup olmadığı sorunu, öncelikle yakın kişisel bağların fiili gerçekliğine bağlı bir olgu sorunudur”¹⁵. Mahkeme bu itibarla, aile hayatı hakkının yorumunun özel ve aile hayatını yaşama şekliyle ilgili olarak birden fazla mümkün yol ya da seçenek olduğu düşüncesini dikkate alarak gerçekleştirilmenin gerektiğini belirtmektedir¹⁶. Böylece aile hayatının eksiksiz bir tanıma elvermediği ve geniş bir kavram oluş-

¹² Bu anlamda bkz.: AİHM, Fretté - Fransa kararı, 26 Şubat 2002, başvuru n° 36515/97, §32. Buna karşın eklemek gerekir ki, aile hayatı hakkı bazı koşullarda gelişebilecek olan potansiyel bir ilişki hakkında da uygulanabilir. AİHM, E.B. - Fransa kararı, 22 Ocak 2008, başvuru n° 43546/02, §41.

¹³ AİHM, Mazurek - France kararı, 1 Şubat 2000, başvuru n° 34406/97, §52.

¹⁴ Bkz. *supra*, s. 161-162.

¹⁵ AİHM, K. ve T. - Finlandiya kararı, 12 Temmuz 2001, başvuru n° 25702/94, §150. O kadar ki, yakın bir kişisel ilişkinin varlığını gösteren hukuki veya olgusal verilerin yokluğunda sırf biyolojik akrabalık aile hayatı oluşturmaz. AİHM, L. - Hollanda kararı, 1 Haziran 2004, başvuru n° 45582/99, §37. Ayrıca salt yapay döllemeyle çocuk sahibi olabilmesi için bir kadına spermini vermek, vericiyle çocuk arasındaki ilişkiye aile hayatına saygı hakkının uygulanabilmesi için yeterli olmaz. AİHK, M. - Hollanda kabul edilemezlik kararı, 8 Şubat 1993, başvuru n° 16944/90.

¹⁶ AİHM, X ve diğerleri - Avusturya kararı, 19 Şubat 2013, başvuru n° 19010/07, §139; AİHM, Vallianatos ve diğerleri - Yunanistan kararı, 7 Kasım 2013, başvuru n° 29381/09 ve 32684/09, §84; AİHM, Kozak - Polonya kararı, 2 Mart 2010, başvuru n° 13102/02, §98.

turduğu görüşündedir¹⁷. Olgusal bir zeminde algılanan aile kavramının kapsamı, bireylerin ilişki kurma biçimlerine ilişkin kişisel tercihlerine göre değişmektedir¹⁸. Görüldüğü üzere aile kavramı olgusal olarak tanımlanan değişken içerikli bir kavram şeklinde tasarlanmakta olup, toplumun dayattığı hakim ilişki modeline ve de özellikle geleneksel heteroseksüel evliliğe atıf yapan normatif ve ahlaki bir eksende¹⁹ algılanmaktadır²⁰. Tanımı bu doğrultuda devletin takdirine bırakılmayan ve Sözleşme hukuku anlamında özerk bir kavram oluşturan “aile hayatı”²¹, bireyin yaşamıyla ilgili olarak yaptığı seçimleri, hayat tarzını, özerkliğini, gerçek hayatta duyduğu somut ve fiili hukuki korunma ihtiyacını Sözleşme’nin dinamik ve gelişimci yorumu ışığında temel alan olgusal bir çerçevede anlaşılmaktadır. Özetle, verili bir toplumda geçerli olan egemen aile modeline uygunluk, Sözleşme anlamında aile hayatına saygı hakkından yararlanabilmenin ön koşulu değildir.

Aile hayatına saygı hakkının uygulanabilirliği konusunun olgusal bir mercekle çözülüşüne değişik örnekler verilebilir. Evlilik dışında doğmuş çocukların anneleriyle aralarında soybağının kurulması ve miras hakları açısından evlilik içinde doğmuş çocuklara kıyasla tabi oldukları aleyhteki hukuki rejimin Sözleşme’nin 8. ve 14. maddeleri bağlamında tartışıldığı *Marckx - Belçika* davasında savunmacı Hükümet, anneyle çocuk arasındaki tabii bağın aile hayatı kavramına girmediğini ve bu kavramın bir evliliğin varlığını gerektirdiğini savlamıştır²². Buna karşın,

¹⁷ AİHM, *Maskhadova ve diğ. - Rusya* kararı, 6 Haziran 2013, başvuru n° 18071/05, §208.

¹⁸ Söz konusu olan, normatif bir tanımın zaman içerisinde basit bir olgusal gözlemin lehine terk edilmiştir. Jean HAUSER, “Le droit à une vie familiale: quelles conséquences quant à la conception de la famille ?”, in *Le droit à une vie familiale*, Jean-Jacques LEMOULAND, Monique LUBY (der.), Dalloz, Paris, 2007, s. 89.

¹⁹ Ahlaki bir eksende algılanmamak demek, ahlaka aykırı olmak değil, ahlakla ilgisiz olmak demektir. Bir başka deyişle, ahlaka uygunluk/aykırılık şablonuna tabi olmaktır.

²⁰ Buna karşın, evlilik kimi devletlerin iç hukuklarında ailenin temeli olarak değerlendirilmektedir. Örneğin 1947 İtalya Anayasası’nın 29. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi şöyle öngörür: “Cumhuriyet, evlilik üzerine kurulu doğal bir topluluk olarak ailenin haklarını tanır”.

²¹ Bu anlamda, bkz.: Karen REID, *A practitioner’s guide to the European Convention on Human Rights*, 3. baskı, Sweet & Maxwell, London, 2008, s.48.

²² AİHK, *Marckx - Belçika* kabul edilebilirlik kararı, 29 Eylül 1975, başvuru n° 6833/74, Karar Gereği Kısmı, II/A/2.

8. maddenin “meşru” ve “tabii” aileler arasında ayırım yapmadığını, böyle bir ayırımın Sözleşme’de kullanılan “herkes” tabirine aykırı olacağını ve 14. maddenin doğuma dayalı ayrımcılığı yasakladığını ifade eden Mahkeme bu görüşü reddetmiştir²³. Aile kavramı bu şekilde “tabii” aileyi de içerecek şekilde yorumlanmış ve aralarında fiili bir aile hayatı olan anne ve çocuğa uygulanmıştır. Aile hayatı hakkının uygulanabilirliği meselesinin çözümünde, söz konusu tarihsel devrede Belçika Devleti’nin yetki alanında hakim olan yerel cinsel ahlak referans alınmamıştır. Başvurucu küçük Alexandra’nın doğmasına sebebiyet veren cinsel ilişkinin evlilik içi olmaması, söz konusu hukuki sorunun çözümü açısından önem taşıyan bir veri olarak değerlendirilmemiştir²⁴. Aile kavramının tanımının olgusal temelde yapılıyor oluşuna ilişkin bir başka örneği *X, Y ve Z - Birleşik Krallık* kararı sunmaktadır. Bu davadaki ihtilafli ilişkinin özneleri, kadın cinsiyetinden erkek cinsiyetine ameliyatla geçmiş olan X, onun kadın partneri olan Y ve Y’den, Y’nin X’le ilişkisi esnasında verici yoluyla yapay döllemeyle doğmuş olan Z’dir. Başvurucular, doğumundan itibaren Z’nin babalık görevini X’in üstlenmiş olduğuna dikkat çekmişler ve bu ikisi arasındaki ilişkinin hukuken tanınmamasının Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Savunmacı Hükümet, X’in iç hukuk tarafından halen kadın cinsiyetinden sayıldığını, bu sebeple de söz konusu olanın iki kadının birlikte yaşaması olduğunu öne sürmüştür. Bu durumunsa, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun (Komisyon) yaklaşımı doğrultusunda aile kavramına girmediği tezini savunmuş ve aile hayatı hakkının söz konusu ilişkiye uygulanabilirliğine itiraz etmiştir. Hükümet ayrıca X ile Z arasında bir aile hayatının söz konusu olmadığını, zira bu ikisi arasında kan bağı, evlilik ya da evlat edinmeyle bir hısımlık ilişkisinin kurulmamış olduğunu ileri sürmüştür²⁵. Buna karşın 1997 tarihli bu kararında Mahkeme, *de facto* aile bağlarının söz konusu üç başvurucuyu birleştirdiğini tespit etmiş-

²³ AİHM, Marckx - Belçika kararı, 13 Haziran 1979, başvuru n° 6833/74, §31.

²⁴ Mahkeme, hukuken zina oluşturan ve bir çocuğu da içeren takriben on beş yıllık fiili bir aile ilişkisinin de aile kavramının içine girdiğini kabul etmiştir. AİHM, Johnston ve diğerleri İrlanda kararı, 18 Aralık 1986, başvuru n° 9697/82, §56. Ayrıca bkz.: AİHM, Kroon ve diğerleri - Hollanda kararı, 27 Ekim 1994, başvuru n° 18535/91, §§29-30.

²⁵ AİHM, X, Y ve Z - Birleşik Krallık kararı, 22 Nisan 1997, başvuru n° 21830/93, §34.

tir²⁶. Sözleşme'nin 8. maddesi anlamındaki aile hayatı kavramının kapsamı yalnızca evlilikle kurulmuş ailelerle sınırlı değildir ve *de facto* başka ilişkileri de içerebilir²⁷.

Görüldüğü üzere, aileyi neyin oluşturduğu ahlaki bir ideale ya da toplumsal değer yargılarına göre tespit edilmemektedir. Olgusallaşan ve genel ahlakla ilgisizleşen aile kavramının değişken içeriğinin tanımı, kişilerin yaşam tarzlarına ve yaşadıkları ilişki biçimlerine bağlı olarak yapılmaktadır. Aile, bireyler arasındaki çeşitli somut ilişki biçimlerinin pratik hukuki çerçevesi olarak tahayyül edilmekte ve aile hayatı hakkının uygulanabilirliği sorunu da bu doğrultuda nesnel bir şekilde çözülmektedir. Bireyin hayatındaki fiili gerçekliklerin bu şekilde aile hayatı hakkının uygulanabilirlik incelemesi sırasında dikkate alınması, söz konusu fiili gerçeklikleri yaratan irade ve tercihlerin saygı görmesi anlamına gelmektedir. Bu anlamda Sözleşme'nin 8. maddesindeki aile kavramının bu olgusal temeldeki tanımı, heteroseksüel ve ataerkil toplumsal ahlakları değil, bireyi ve bireysel etiği korumaktadır. Böylece aile hukukunun muhafazakar bir ahlakın taraflı hamiliğinden uzaklaştırılıp, bireysel özerkliği koruyan insancıl, empatik ve çoğulcu bir konuma taşınması yolunda önemli bir adım atılmış olmaktadır. Buna karşın, başka toplumsal ahlaka aykırılık varsayımlarında bireyi hukuken koruyan bu özgürleştirici devinimden Sözleşme hukukunda eşcinsel çiftin yararlanabilmesi, ancak gecikmeli olarak mümkün olabilmektedir.

B. Eşcinsel Çiftin Mahkeme Tarafından Gecikmeli Şekilde Aile Olarak Tanınması

Sözleşme organları önceleri, aile kavramının hukuki niteliğinde dayanılan olgusal tanım şablonunu istikrarlı eşcinsel birliktelikler açısından devre dışı bırakıyorlardı. Bu şekilde, aile hayatı kavramının uygulanması konusunda eşcinsel çiftin tabi olduğu hukuki rejim, diğer ilişki türlerine uygulanan genel hukuki rejimden farklılaşmıştı. Komisyon, istikrarlı eşcinsel ilişkilere aile hayatına saygı hakkının değil, koşullara göre özel hayata saygı hakkının ya da konuta saygı hakkının uygulanacağını kabul etmekteydi. *X. ve Y. - Birleşik Krallık* davasındaki eşcinsel başvuruçular, aralarından Malezyalı olanın Britanyalı olanla

²⁶ *Ibid.*, §37.

²⁷ *Ibid.*, §36.

birlikte Birleşik Krallık'ta ikamet etmesine izin verilmemesinden şikâyet etmekteydiler. Komisyon, eşcinsellik konusuna yaklaşım biçimindeki çağcıl gelişime rağmen eşcinsel ilişkiye aile hayatına saygı hakkının uygulanamaz olduğuna kanaat getirip, olayda özel hayat hakkının uygulanacağını belirledi²⁸. *S. - Birleşik Krallık* davasındaki başvuru, kadın partneriyle üç yıl boyunca lezbiyen bir ilişkide erkek ve kadın eşler gibi yaşamışlardı, zira başvurusunun partneri olan kadın kişi bir erkek gibi giyinmekteydi. Partnerinin vefatı üzerine, başvuru ölmüş partnerinin kira sözleşmesinin devrini talep etmiş, ancak bu talebi iç hukuk bünyesinde kabul edilmemişti²⁹. Yine partnerlerden birisinin ölmüş olduğu *Röösli - Almanya* davasında da, hayatta kalan eşcinsel partner lehine kira sözleşmesinin devrine izin verilmemişti³⁰. Komisyon bu son iki başvuruyu, aile hayatına saygı hakkını eşcinsel çifte uygulamamaya devam ederek 8. maddedeki konuta saygı hakkı ekseninde inceledi.

Mahkeme, *Mata Estevez* kabul edilemezlik kararıyla Komisyon'un bu pozisyonunu takip etti. Bu davadaki uyuşmazlık, eşcinsel bir kişinin hayatta kalan eşler için öngörülmüş olan sosyal güvenlik yardımlarından yararlanma talebinin reddedilmesinden doğmuştu. Başvuru ölen partneriyle on yıldan fazla bir süre birlikte yaşamıştı. İki partner gelirlerini birlikte kullanmışlar ve masraflarını bölüşmüşlerdi. Buna karşın olay zamanında yürürlükte olan ve eşcinsel evliliğe izin vermeyen İspanyol mevzuatı³¹, söz konusu dul maaşını sadece evlilik hali için öngörmekteydi ve bu sebeple de başvuru iç hukuk tarafından hayatta kalan eş olarak nitelenmemişti. Başvuru, kendisine dul maaşı bağlanmamasının Sözleşme'nin 8. ve 14. maddeleri bağlamında ayrımcı bir uygulama oluşturduğunu savlamaktaydı. Mahkeme, her ne kadar çok sayıda Avrupa devletinde eşcinsel kişiler arasındaki düzenli fiili birlikteliklerin yasal ve hukuki olarak tanınması yönünde bir gelişimin olduğunu kabul etse de, son tahlilde bu alanda yaygın şekilde paylaşılan ortak bir paydanın bulunmadığını ifade etmiş, Sözleşmeciler devletlerin bu alanda büyük

²⁸ AİHK, X. ve Y. - Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, 3 Mayıs 1983, başvuru n° 9369/81.

²⁹ AİHK, S. - Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, 14 Mayıs 1986, başvuru n° 11716/85.

³⁰ AİHK, Röösli - Almanya kabul edilemezlik kararı, 15 Mayıs 1996, başvuru n° 28318/95.

³¹ Eşcinsel evlilik İspanya'da 2005 yılında yasalaşmıştır.

bir takdir marjından yararlanmaya devam ettiklerini belirtmiş ve aile hayatına saygı hakkını söz konusu eşcinsel birlikteliğe uygulamamıştır³².

Böylece aile kavramının tanımında esas alınan olgusal ölçüt, eşcinsel çiftle ilgili olarak terk edilmişti. Eşcinsel birliktelik, aile hayatına saygı hakkıyla *ratione materiae* (konu bakımından) bağdaşmaz addediliyordu. Eşcinsel partnerlerin aleyhindeki bu istisna, iki metodolojik aykırılık pahasına ortaya çıkmıştı. Bunlardan birincisi, oydaşmacı yorumun Mahkeme'nin inceleme şablonunda eşcinsel çiftin durumuna ilişkin olarak işlevsel bir sapmayla kullanılmasıydı. Bu yorum metodu, *Mata Estevez* kabul edilemezlik kararında aile hayatı hakkının uygulanamazlığının saptanması aşamasında kullanıldı³³. Oysa Mahkeme olağan olarak bu metoda 8. maddenin uygulanabilirliği bir kez tespit edildikten sonra, esasa ilişkin incelemesi esnasında başvuruyordu. Örneğin *Marckx* davasında, savunmacı Belçika Hükümeti'nin bir anneyle onun evlilik dışında doğmuş çocuğu arasındaki ilişkiye aile hayatına saygı hakkının uygulanamayacağı yönündeki itirazına karşın Mahkeme, bu hakkın ilgililere uygulanabilirliğine aralarındaki ilişkinin olgusal gerçekliğine atıf yaparak ve oydaşmacı yoruma başvurmadan karar vermiştir³⁴. Oydaşmacı yorum bu kararda daha sonraki esasa ilişkin aşamada, savunmacı Hükümet'in evlilik içinde ve dışında doğmuş çocuklar arasındaki hukuki rejim farklılığını umutsuzca haklılaştırma girişimine karşı devreye girmiştir. Yine *X, Y ve Z - Birleşik Krallık* kararında da oydaşmacı yorum, aile hayatı hakkının uygulanabilirliği bir kez tespit edildikten sonra, bu defa savunmacı Hükümet lehinde devreye girmiştir. Mahkeme bu kararında transseksüel kişilere velayet hakkının verilmesi ve verici aracılığıyla yapay dölllenmeyle doğmuş bir çocukla baba görevini üstlenen kişi arasındaki ilişkiye dair toplumsal gerçekliğin hukuka aktarılması konularında bir Avrupa standardının bulunmadığını saptamış, savunmacı devletin bu konuda geniş bir takdir marjı bulunduğuna hükmetmiş³⁵ ve ihti-

³² AİHM, *Mata Estevez* - İspanya kabul edilemezlik kararı, 10 Mayıs 2001, başvuru n° 56501/00.

³³ Bu arada Mahkeme, söz konusu *Mata Estevez* kabul edilemezlik kararında nötr şekilde sade bir konsensüs ölçütüyle yetinmemiş ve "yaygın şekilde paylaşılan ortak bir payda" gibi devlet lehine işleyen yüksek seviyeli bir oydaşma eşiğini ölçü almıştır. Bkz.: *Ibid.*

³⁴ AİHM, *Marckx* - Belçika kararı, *op.cit.*, §31.

³⁵ AİHM, *X, Y ve Z - Birleşik Krallık* kararı, *op.cit.*, §44.

laflı durumun Sözleşme ihlali doğurmadığını saptamıştır. Görüldüğü üzere, X, Y ve Z davasındaki başvurucuların talepleriyle ilgili bir Avrupa konsensüsünün bulunmaması sebebiyle ortaya çıkan geniş takdir marjı esasa ilişkin inceleme sırasında devreye girerken, eşcinsel kişilerin talepleri hakkında bir Avrupa konsensüsünün bulunmaması bizatihi aile hayatına saygı hakkının eşcinsel birliktelikler hakkında uygulanabilmesine mani olmuş ve esasa ilişkin bir incelemenin yapılabilmesini engellemiştir³⁶.

Aile hayatı kavramının olgusal tanımının eşcinsel çift açısından terk edilmesi, ikinci bir metodolojik uygunsuzluk üzerine inşa edilmişti. Sözleşme organları, kendilerine aile hayatı hakkını uygulamadıkları eşcinsel çiftlere bir koruma sağlamak amacıyla özel hayata ve konuta saygı haklarını devreye sokmuşlardır. *Mata Estevez* kabul edilemezlik kararında Mahkeme, eşcinsel başvurucunun sevgi ve cinsellik içeren ilişkisine özel hayat hakkının uygulandığını saptamıştır³⁷. Eşcinsel aşk, aile hayatı hakkının kapsamından dışlanırken, özel hayat hakkının ikame edici uygulanışıyla teselli edilmek istenmiştir. Esasen aile hayatı kavramının içerisinde görülmeyen kimi durumların özel hayat ya da konut hakkı kavramları içerisine dahil edilmesi uygulaması, eşcinsel çiftle sınırlı olmayan genel bir tekniktir³⁸. Bununla birlikte, özel hayat hakkının aile hayatının yokluğunda uygulandığı diğer durumlarla istikrarlı eşcinsel birliktelik durumunun karşılaştırılması, eşcinsel çiftin maruz kaldığı aleyhteki metodolojik istisnayı açık şekilde gözler önüne serecektir.

³⁶ Mahkeme *Mata Estevez* kabul edilemezlik kararında Avrupa konsensüsü yokluğunda ortaya çıkan takdir marjını anarken *mutatis mutandis* Cossey kararına ve *a contrario* Smith ve Grady kararına atıf yapmıştır. AİHM, *Mata Estevez* - İspanya kabul edilemezlik kararı, *op.cit.* Oysa bu atıflar aile hayatı hakkının eşcinsel birlikteliklere uygulanamazlığı görüşünü desteklemek şöyle dursun, aksine onu çürütürler. Zira söz konusu iki kararda da Avrupa standardı arayışı uygulanabilirlik incelemesi sırasında değil ama esasa ilişkin inceleme esnasında gündeme gelmiştir.

³⁷ AİHM, *Mata Estevez* - İspanya kabul edilemezlik kararı, *op.cit.* Daha genel olarak özel hayat ve aile hayatı kavramlarının Mahkeme kararlarında birbirlerini ikame etmeleri ve karıştırılmaları olgusu üzerine, bkz.: Frédéric SUDRE, “Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, s. 694-701.

³⁸ Mahkeme, aile hayatı oluşturmayan yakın ilişkilere Sözleşme organlarının genel olarak özel hayat hakkını uyguladıklarını belirtiyor. AİHM, *Znamenskaya* - Rusya kararı, 2 Haziran 2005, başvuru n° 77785/01, §27.

Wakefield kabul edilemezlik kararında Komisyon, İngiltere'deki bir cezaevinde hükümlü olarak bulunan başvuruyla İskoçya'da ikamet eden nişanlısı arasındaki birlikteliğin aile hayatı oluşturmadığına kanaat getirmiş, bu türden bir ilişkinin bir kere görüşmüş olmak ve mektuplaşmaktan daha önemli bağlar gerektirdiğini belirtmiş ve buna karşın ihtilaflı ilişkinin başvuruçunun özel hayat hakkının uygulama alanına girdiğini ifade etmiştir³⁹. Görüldüğü üzere, söz konusu iki nişanlı arasında daha önemli bağların yokluğu, ilişkileri hakkında aile hayatı hakkının uygulanmaması ve özel hayat hakkının ikame edici uygulaması sonuçlarını doğurmuştur. Oysa aralarında burada söz konusu olandan daha önemli bağların var olması, eşcinsel partnerlere aile hayatı hakkının uygulanması açısından yeterli addedilmemiştir. *Znamenskaya* davası, bir kadının hamileliğinin 35. haftasında ölü doğmuş olan bebeğiyle biyolojik babası arasında soybağını kurdurup, bebeğin soyadını değiştirmek arzusuna ilişkindi. Mahkeme ilgililer arasında kişisel bağların yokluğunu dikkate aldı, zira çocuk ölü doğmuştu ve biyolojik babası da başvuruçudan doğumdan önce ayrılmış ve kısa süre sonra da ölmüştü. Ancak başvuruçunun fetüsle çok güçlü bir bağ kurmuş olacağını dikkate alan Mahkeme, söz konusu duruma özel hayat hakkını uygulamıştır⁴⁰. Bu kararda da örneklendiği üzere, aile hayatı hakkının uygulanmayıp da özel hayat hakkının uygulanması, bir sevgi bağının bulunup da ilgililer arasında düzenli fiili bağların bulunmadığı durumlarda gerçekleşmekteydi⁴¹. Bundan ötürü, bu ikame stratejisinin düzenli eşcinsel birliktelikler hakkında uygulaması içtihat çizgisinde bir anormallik oluşturuyordu ve bu tekniğin temelindeki, fiili bağların yokluğunda sevgi ilişkilerine koruma sağlamakla ilgili anlaşılabilir ekle de meşru kılınamıyordu. Görüldüğü üzere düzenli fiili bağlar içeren eşcinsel çift ilişkisi, kendilerine aile hayatı hakkının uygulanmama sebebi tam da düzenli fiili bağlardan mahrumiyet olan ilişki tipleriyle birlikte sınıflanmış ve uygulanabilirlik açısından aynı hukuki muameleye tabi olmuştur.

³⁹ AİHK, *Wakefield - Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı*, 1 Ekim 1990, başvuru n° 15817/89.

⁴⁰ AİHM, *Znamenskaya - Rusya kararı*, *op.cit.*, §27. Kararda gebeliğin 35. haftasına ulaşmış fetüsten hatalı şekilde cenin olarak bahsedilmiştir.

⁴¹ Özel hayat hakkının bir başka ikame edici uygulaması için, bkz.: AİHM, *Krisztián Barnabás Tóth - Macaristan kararı*, 12 Şubat 2013, başvuru n° 48494/06, §28.

Eşcinsel çifti aile hayatı hakkında dışlayan bu istisnai hukuki rejim, cinsel yönelimleriyle sınıflanmış bir kategori insanın Sözleşme’ce tanınmış bir insan hakkından mahrum olmaları sonucunu doğuruyordu. Burada eşcinsel kişilerin heteroseksüel bir çift içerisinde yer almaları halinde aile hayatı hakkında yararlanabilecekleri ve bu itibarla bu *ratione materiae* bağdaşmazlık sebebiyle aslında aile hayatı haklarından mutlak surette mahrum olmayacakları yönündeki görüş savunulamaz. Mahkeme, kendisiyle aynı kromozomik cinsiyetten olan bir kişiyle hukuken evlenemeyen ameliyatlı transseksüel kişinin eski cinsiyetine karşı cinsiyetten bir kişiyle evlenebileceğini ve bu sebeple de evlenme hakkından mahrum olmadığını öne sürmeyi samimi bulmamaktadır. Bu itibarla, bir kadın yaşamı süren, bir erkekle ilişki yaşayan ve yalnızca bir erkekle evlenmeyi arzu eden bir başvuru, bunu yapma imkânı olmaması sebebiyle evlenme hakkının özüne dokunulduğundan şikayet edebilir⁴². Buradaki akıl yürütme, cinsel yönelimleriyle uyumlu bir çift ilişkisi içerisinde aile hayatı haklarından faydalanamayan eşcinsel kişiler için de *mutatis mutandis* geçerlidir. Eşcinsel bir kişinin karşı cinsiyetten bir kişiyle çift ilişkisine girip, aile hayatı hakkında yararlanabileceği demagojik savı hakların etkiliği ilkesiyle çelişir ve anlamsız olur.

Sözleşme haklarından bir tanesinin cinsel yönelimleriyle ayırt edilen bir insan kategorisine uygulanmaması sonucunu doğuran bu *ratione materiae* bağdaşmazlık, Sözleşme’nin aile hayatı hakkının “herkes” için tanınmış olduğunu ifade eden 1. ve 8. maddeleri ve ayrımcılık yasağını öngören 14. maddesiyle de onulamaz bir çelişki içerisindeydi. Esasen Mahkeme başka bir konu vesilesiyle “meşru” ve “tabii” aileler arasında yapılan ayrıma karşı çıkmış, böyle bir ayrımın 8. maddedeki “herkes” ifadesine ters düştüğünü belirtmiştir. Bu açıdan, 14. maddenin Sözleşme’de düzenlenmiş hak ve özgürlüklerden yararlanırken doğuma dayalı ayrımcılığı yasakladığını ve bu yorumu desteklediğini ifade etmiştir⁴³. Bu akıl yürütme aynı şekilde aile hayatı hakkının eşcinsel birliktelik yaşayan kişilere uygulanışı konusunda da geçerli olmalıydı ve

⁴² AİHM, Christine Goodwin - Birleşik Krallık kararı, 11 Temmuz 2002, başvuru n° 28957/95, §101; AİHM, I. - Birleşik Krallık kararı, 11 Temmuz 2002, başvuru n° 25680/94, §81. Hakkın özüne dokunan müdahale Sözleşme ihlali oluşturur. Bkz. örneğin: AİHM, Heaney ve McGuinness - İrlanda kararı, 21 Aralık 2000, başvuru n° 34720/97, §58.

⁴³ AİHM, Marckx - Belçika kararı, *op.cit.*, §31.

Sözleşme'nin 1., 8. ve 14. maddelerinin ışığında, eşcinsel kişiler arasındaki düzenli ilişkilerin daha en başta aile kavramı içerisine dahil edilmesi gerekirdi⁴⁴. Eşcinsel kişilerin aile hayatı haklarının asgari etkililiği, cinsel yönelimin bu hakkın uygulanabilirliğine engel olan dışlayıcı bir ölçüt olarak dikkate alınmamasını gerektirirdi.

Ayrıca eklemek gerekir ki, Sözleşme açısından bir hakkın uygulanabilirliğinin incelenmesi safhası, hak taleplerinin kabul edilebilirliğine yönelik olarak yalnızca bir ilk filtre sağlar. Bu inceleme aşamasında olabildiğince esnek ölçütlerin nesnel biçimde uygulanması, Sözleşme korumasının etkililiği açısından elzemdir⁴⁵. Şu halde, eğer toplumun eşcinsel birlikteliklere bakış açısı hukuki bir değerlendirme ölçütü olarak dikkate alınmak gerekiyor idiyse, bunun aile hayatı hakkının uygulanabilirliğinin saptanması aşamasında değil de, sonraki esasa ilişkin inceleme esnasında gündeme gelmesi gerekirdi. Esasen *Mata Estevez* davasında Mahkeme, kendisiyle metodolojik olarak tutarlı bir biçimde aile hayatı hakkının eşcinsel bir birliktelik yaşayan kişilere uygulanabilirliğine kanaat getirebilir ve Avrupa konsensüsü yokluğu parametresini daha sonraki aşamada, davadaki ihtilafı ayırmanın 14. madde anlamında nesnel ve makul bir gerekçeye dayanıp dayanmadığını incelerken dikkate alabilirdi⁴⁶. Oysa eşcinsel bir birliktelik yaşayan kişilerin aile hayatı kavramı-

⁴⁴ 14. maddenin doğuma dayalı ayrımcılığı açıkça yasaklamış olmasına karşın cinsel yönelimi ismen anmamış olması, yukarıdaki yoruma engel değildir. 14. maddede öngörülmuş ayrımcılık sebeplerine ilişkin liste sınırlayıcı değildir. Bkz.: AİHM, Engel ve diğerleri - Hollanda kararı, 8 Haziran 1976, başvuru n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 ve 5370/72, §72; AİHM, P.V. - İspanya kararı, 30 Kasım 2010, başvuru n° 35159/09, §30.

⁴⁵ Sözleşme'nin uygulanabilirliği bakımından dar bir yorumun benimsenmemesi görüşü için, bkz. Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, "Splendeurs et Misères de l'Ordre Public Européen - Les Trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'homme (1996-1997-1998)", Cahiers de droit européen, 2000, n°5-6, s.698.

⁴⁶ Buradaki görüş salt metodolojik nitelikte bir eleştiri oluşturur ve eşcinsel çiftin farklı taleplerinin esasa dair incelemesi esnasında ortak bir Avrupa paydasının yokluğunun mutlak olarak belirleyici bir maddi parametre sayılmasının meşru olacağına dair bir kanaati ima etmez. Aksine, Radačić'in de ifade ettiği üzere insan haklarını uygulamaktan konsensüs yokluğu sebebiyle, yani bir anlamda bireyin hayat tarzının çoğunluğunkine uymaması ya da çoğunluğun bireyin sorunlarından etkilenmemesinden ötürü kaçınmanın, insan haklarının temelindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu doğrudur. Ivana RADAČIĆ, "The margin of appreciation, consensus, morality and the rights of the vulnerable groups", Zb. Prav. fak. Rij. (1991) v. 31, br. 1, (2010), s.612.

nın dışında tutulmaları, eşcinsel kişilerin aile hayatıyla ilgili her türlü korunma talebini topluca reddetmek anlamına geliyor ve onlara ancak özel hayat hakkının stratejik devreye girişiyle sınırlı lütfekar bir kapsamda koruma sağlıyor oluyordu.

Mahkeme bu rencide edici dışlamaya nihayet 2010 tarihli *Schalk ve Kopf* kararıyla noktayı koymuştur. Bu kararla birlikte aile hayatı kavramının tanımında başvurulmuş nesnel ölçüt, eşcinsel çift hakkında da uygulanmaya başlamıştır. Mahkeme bu kararında önce konuyla ilgili eski bakış açısını hatırlatmış ve ardından Sözleşme'yi güncel koşullar ışığında yeniden yorumlamıştır. Bu çerçevede, *Mata Estevez* kararının tarihi olan 2001'den beri Avrupa Konseyi üyesi birçok devlette toplumun eşcinsel çiftlere yönelik yaklaşımında hızlı bir evrim yaşandığını ve çok sayıda üye devletin eşcinsel çiftleri hukuken tanıdığını gözlemlemiştir. Yine Avrupa Birliği hukukunun kimi düzenlemelerinin de eşcinsel çiftleri aile kavramına dahil etmek yönündeki artan eğilimi yansıttığını belirtmiştir⁴⁷. Bu evrimi dikkate alan Mahkeme, eşcinsel çiftlerin heteroseksüel çiftlerin aksine Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında bir aile hayatına sahip olamayacakları görüşünü sürdürmenin yapay olduğunu ifade etmiş ve somut olayda istikrarlı şekilde birlikte yaşayan iki eşcinsel kişi arasındaki çift ilişkisini, aynı durumda bulunan bir heteroseksüel çiftinkine denk olacak şekilde aile hayatı olarak nitelemiştir⁴⁸. Bu önemli gelişmeyle, aile hayatına saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde bireyin cinsel yönelimi bir ölçüt olmaktan çıkmıştır⁴⁹. Bu karardan itibaren eşcinsel çift ilişkisi yaşayan kişilerin aile hayatlarını

⁴⁷ AİHM, *Schalk ve Kopf* - Avusturya kararı, 24 Haziran 2010, başvuru n° 30141/04, §93.

⁴⁸ *Ibid.*, §94. Bkz. *mutatis mutandis*: AİHM, P.B. ve J.S. - Avusturya kararı, 22 Temmuz 2010, başvuru n° 18984/02 §§29-30. Bu arada Mahkeme daha sonraki kararlarında, partnerlerin birlikte yaşıyor olmalarının bir eşcinsel ilişkinin aile hayatı sayılabilmesinin ön koşulu olmadığını ifade etmiştir. AİHM, *Vallianatos ve diğerleri* - Yunanistan kararı, *op.cit.*, §49 ve §73. AİHM, *Oliari ve diğerleri* - İtalya kararı, 21 Temmuz 2015, başvuru n° 18766/11 ve 36030/11, §169.

⁴⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de *Schalk ve Kopf* kararından bir kaç ay önce, evli olmayan çiftler için ulusal mevzuatlarının hak ve ödevler öngörmesi halinde, üye devletlerin bu mevzuatlarını ayrımcılık yapmadan hem heteroseksüel ve hem de eşcinsel çiftlere uygulamaları gerektiğini ifade etmiştir. Bkz.: Cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla mücadele etmeye yönelik tedbirler hakkında Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere yönelik CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı'na Ek, 31 Mart 2010, §23.

ilgilendiren çeşitli talepleri hakkında Sözleşme'nin 8. maddesinde öngörülmüş olan aile hayatı hakkı uygulanmaya başlanmıştır⁵⁰.

Düzenli eşcinsel birlikteliklerin aile hayatı olarak kabul edilme sürecinde yaşanan bu sancılar, Sözleşme organlarının kuvvetli toplumsal ön yargıları karşılığında alacak bir hukuki nitelemeden kaçınma kaygısıyla ilgiliydi. Mahkeme, kültür ve geleneklerle yakinen ilgili aile hukuku alanında toplumsal hassasiyetleri yukarıdan inme bir norm aracılığıyla zorlamak istememiş ve kimi muhafazakâr yerel ahlaklarca kabul edilmeyip tepki görebileceğini farketmediği bir nitelemeden ve böyle bir durumun kendi uluslararası meşruiyeti üzerindeki olası negatif sonuçlarından kaçınmıştır. Mahkeme bu şekilde asıl olarak Sözleşme hukuk sisteminin etkililiğini korumaya yönelik bir ihtiyat saikiyle hareket ederek söz konusu alandaki olağan değerlendirme ölçütlerini terk etmiştir. Daha sonraki evredeyse dinamik yorum metodu aracılığıyla Sözleşme'ye taraf devletlerde ve Avrupa Birliği hukukunda eşcinsel birlikteliklere yaklaşım tarzıyla ilgili olarak beliren olumlu gelişmeleri dikkate almış ve bu alandaki içtihadî gelişimini böylece Avrupa'daki toplumsal ve hukuki evrim üzerinde temellendirmiştir. Her ne kadar ikincil bir bölgesel hak koruma sisteminde yargısal faaliyet gösteren bir mahkemenin yorum yaparken kendi uluslararası meşruiyetini ve koruyucusu olduğu hukuk düzeninin etkililiğini ve devamlılığını dikkate alması doğal olsa da, bu yöndeki bir duyarlılığın yukarıda teşhir edildiği kapsamda ilkesel ve metodolojik sorunlara yol açması kabul edilebilir değildir. Toplumsal ahlakın dolaylı olarak dikkate alınışının bir insan kategorisinin belirli bir hakka ulaşma imkanına bu şekilde engel olması, bireyin çıkarlarıyla toplumun çıkarları arasındaki adil denge arayışını, ki adı geçen diyalektik erek Sözleşme hukukunun temel yorum şiarıdır⁵¹, aşikar şekilde örselemiş olmaktadır. Mahkeme'nin hakların uygulanabilirliğinin belirlenmesi esnasında nesnel ve genişletici ölçütlerle hareket etmesi ve gerekli görülmesi halinde de, ulusal takdir marjını yalnızca

⁵⁰ Schalk ve Kopf - Avusturya kararı sonrası devrede aile hayatı hakkının eşcinsel çift ilişkisi yaşayan partnerlere uygulanış örnekleri olarak, bkz.: AİHM, Gas ve Dubois - Fransa kararı, 15 Mart 2012, başvuru n° 25951/07, §37; AİHM, X ve diğerleri - Avusturya kararı, *op.cit.*, §§95-96; AİHM, Vallianatos ve diğerleri - Yunanistan kararı, *op.cit.*, §73; AİHM, Oliari ve diğerleri - İtalya kararı, *op.cit.*, §103.

⁵¹ Adil denge arayışına atıf yapan sayısız karar arasında bkz. örneğin: AİHM, Kurić ve diğerleri - Slovenya kararı, 26 Haziran 2012, başvuru n° 26828/06, §354.

esasa ilişkin incelemesi sırasında göz önünde bulundurması başat bir gerekliliktir.

Yukarıda gösterilmiş olan gelişimin sonucunda aile olarak nitelenmiş bulunan eşcinsel çiftin iç hukuk düzenince tanınması gerekliliğinin ortaya çıkışı da, yine Mahkeme'nin yaklaşımındaki evrimin sonucu olarak zaman içinde mümkün olabilmektedir.

II. Eşcinsel Birlikteliklerin İç Hukuk Düzeni Tarafından Tanınması Gereği

Eşcinsel kişiler doğal olarak aralarındaki birlikteliklerin hukuk düzeni tarafından heteroseksüel muadillerinin birliktelikleri gibi tanınmasını arzularlar. Heteroseksüel kişiler gibi sevgi ilişkisi yaşayabilen ve toplumsal hayatta onlar gibi kabul görme ve güvenlik ihtiyaçları olan eşcinsel çiftlerin bu talepleri, son derece insani bir beklenti ve ihtiyaca karşılık gelir⁵². Buna karşın hemcinsler arası ilişkilerin hukuken tanınması talebine karşı çıkmak adına çeşitli gerekçeler ileri sürülmüştür. Bunlar arasında eşcinsel çiftin üreme işlevinin eksikliği savı, eşcinsel ilişkiyi anormal ve/veya tabiata aykırı addeden iddia ve eşcinselliğin dince yasaklanmış olduğu şeklindeki anti-laik tez sayılabilir. Ayrıca eşcinsel çifti sembolik düzen ve kültür için bir tehlike olarak mimleyen sav aracılığıyla muhafazakâr blok, eşcinsel çiftin hukuki statü kazanması talebine karşı antropolojiyi araçsallaştırmaktan da geri kalmamıştır⁵³. Buna karşın bu konuda atılacak adım, esas itibariyle bilimsel nitelikte değil ama aksiyolojik ve daha da özgül olarak politik mahiyettedir. Bu anlamda Chauvin, tarihin ve siyasi mücadelelerin olumsal bir sonucu

⁵² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, heteroseksüel çiftler gibi düzenli ilişkilere girebilen eşcinsel çiftlerin, hukuken tanınma ve ilişkilerinin korunma ihtiyacı açısından heteroseksüel çiftlerle kıyaslanabilir bir durumda olduklarını ifade etmiştir. AİHM, Schalk ve Kopf - Avusturya kararı, *op.cit.*, §99; AİHM, Oliari ve diğerleri - İtalya kararı, *op.cit.*, §165. Mahkeme yine bu son kararında, tanınmanın eşcinsel çiftlere bir meşruiyet duygusu sağlayacağını da belirtmiştir. §174.

⁵³ Eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanınmaması fikrini savunmak amacıyla Fransa'daki özel hukukçular tarafından 1995'le 1998 yılları arasında başvuru gördükleri bir dökümü için, bkz.: Daniel BORRILLO, "Fantasmes des juristes vs Ratio juris: la doxa des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe", *in* Au-delà du PACS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité, Daniel BORRILLO, Éric FASSIN, Marcela IACUB (der.), PUF, Paris, 1999, s.164-172. Yazar bu minvalde on bir farklı savı listelemiştir.

olan sembolik düzenin değişmez ve ebedi olmadığını altını çiziyor ve değiştirilmeye elverişli olduğunu belirtiyor⁵⁴. Bu bağlamda altı çizilmesi gereken husus, eşcinsel çifte hukuki statü tanınması konusunun heteroseksist uygarlık açısından politik bir tehdit oluşturmakta olduğudur, zira böylece sosyoseksüel hiyerarşileri ve eşitsizlikleri doğalmış gibi sunan ve cinsel, kurumsal, sembolik ve epistemolojik ayrıcalıkları meşrulaştıran hakim ideoloji sorgulanıyor olmaktadır⁵⁵. Belirtildiği üzere, bu anlamda Fransa’da medeni dayanışma sözleşmesi (*Pacs*) hakkında gerçekleşmiş olan tartışma sadece değerlerle ilgili değildi. Bu tartışma aynı zamanda özel yaşamla kamusal yaşam arasındaki ilişkileri tasarlama biçimine de ilişkindi ve bu sebeple de politik bir nitelik taşımaktaydı⁵⁶. *Pacs* konusunun toplumda yarattığı gerilim, eşcinselliğin meşrulaştırılmasının, heteroseksüelliğin artık meşruiyeti cisimleştiriyor olmadığı ve kurumsal ayrıcalığını yitiyor olduğu anlamlarına geliyor olmasındandı. *Pacs* konusu bu itibarla Fransa’da herkesi ilgilendirdi, zira bu çerçevede aslında heteroseksist sembolik düzenin kendisi sorgulanmış oldu⁵⁷. Eşcinsel çiftin tanınma talebinin aslında hakim ataerkil ve heteroseksist ideolojiye kökten bir itirazı içerdiği dikkate alındığında, bu konunun farklı ülkelerde yarattığı toplumsal gerilimlerin şiddeti daha iyi anlaşılabilir. Zaman zaman toplumsal hassasiyet kisvesi altında kutsanan eşcinsel hakları karşıtı tepkilerin bu hiyerarşik ve ötekileştirici kültürel temellerinin farkında olunması önemlidir, zira ancak bu şekilde hukukun popülist ve otoriter şekilde bir cinsel ve cinsiyetçi iktidar aracı olarak işleminin normalleşmesi tehditine karşı uyanık kalınabilir.

Eşcinsel birlikteliklerin tanınmasıyla ilgili hukuki tartışma iki ana çerçevede gelişmiştir. Eşcinsel kişiler bir yandan geleneksel olarak heteroseksüel nitelik taşıyan evlilik kurumunun kendilerine doğru genişletilmesini talep etmişlerdir. Buna karşın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin konuyu ikincillik ilkesi temelinde ele alan yaklaşımı, hemcinseller arası evlilik hakkı talebine zaman içinde Sözleşme’nin 12. maddesinin uygulanabilirliğini kabul etmiş olmakla beraber, eşcinsel evliliğe izin

⁵⁴ Sébastien CHAUVIN, “Pénil”, in Dictionnaire de l’homophobie, Louis-Georges TIN (der.), PUF, Paris, 2003, s.311.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ COMMAILLE, MARTIN, *op.cit.*, s.61.

⁵⁷ Clarisse FABRE, Éric FASSIN, Liberté, Égalité, Sexualités. Actualité politique des questions sexuelles. Entretiens, Éditions 10/18, 2004, s.61-62.

verme konusundaki takdir yetkisini son tahlilde devletlere bırakmıştır (A). Öte yandan hak mücadelesi, eşcinsel çiftlere evliliğe alternatif bir tanınma imkânının sağlanması amacıyla da devam etmiştir. Hukuki güvence açısından bakıldığında da esasen ulaşılmaması gereken asli hedef, mutlak surette eşcinsel evliliğin tanınmasından ziyade, eşcinsel birlikteliklerin amaca uygun herhangi bir hukuki model çerçevesinde tanınıp korunması gerekliliğinin ilanıydı. Mahkeme'nin bu konudaki yaklaşımındaki dengeleyici evrim de, eşcinsel evliliğe izin vermeyen devletlerin eşcinsel birliktelikleri alternatif hukuki usullerle tanımaları yönünde bir pozitif yükümlülük ortaya çıkarmıştır (B).

A. Devletin Eşcinsel Evlilik Konusundaki Takdir Marjı

Eşcinsel evlilikle ilgili talepler, eşitlik ilkesinin Avrupa hukuk düzenlerinde temel biçimsel referans oluşturmaya başladığı bir tarihsel devrede görünürlük kazanmıştır. Kuşkusuz ki eşcinsel evlilik için verilen mücadele de öncelikle bir eşitlik mücadelesidir. Öte yandan bu yöndeki talepler, evlilik kurumuyla ilgili olarak ortaya çıkmış daha özgül bazı kültürel değişimlere de eşlik eder. Bu anlamda aşk evliliğinin ortaya çıkması ve yayılması tarihsel sürecine ve evliliğin geleneksel sebepleri olan soy ve dinin yerine duygunun geçmesine atıf yapan Ferry, eşcinsel evliliğe izin verilmesinin tarihin akış yönünde yer aldığını ifade eder. Duygu dünyasının gereklilikleri, biyolojik ve kutsal olanların yerine geçmiştir⁵⁸. İşte evliliğin toplumsal/kurumsal işlevsellikten bireysel/duygusal işlevselliğe bu kayışı, eşcinsel evliliğe ilişkin hak taleplerini destekleyen kültürel bir atmosfer hazırlamıştır. Bu arada evli heteroseksüel çiftlerin boşanma sayılarında son on yıllarda görülen önemli artış dikkate alındığında da denilebilir ki, eşcinsel kişilerin ilgisi evlilik kurumunun yeniden canlılık kazanıp güncelliğini korumasında etkili olmaktadır.

Sözleşme hukuku bağlamında Mahkeme, ilk olarak transseksüel kişilerin evlenme hakkıyla ilgili talepleri vesilesiyle geleneksel heteroseksüel ve üreme kapasitesi olan evli çift paradigmasına bağlı kalmış ve eşcinsel evliliğin 12. maddeyle *ratione materiae* bağdaşmaz olduğu gö-

⁵⁸ Luc FERRY, "Préface", in *L'homoparentalité. Réflexions sur le mariage et l'adoption*, Conseil d'analyse de la société, note n° 6 - février 2007, La documentation française, Paris, s.7.

rüşünü benimsemiştir. Mahkeme bu devrede, evlenme ve aile kurma hakkını tanıyan 12. maddedeki bu iki unsur arasında zorunlu bir bağ olduğu fikrindeydi. Bu doğrultuda, bu maddenin farklı biyolojik cinsiyetteki iki kişi arasındaki geleneksel evliliği konu aldığını, maddenin lafzının bunu teyit ettiğini ve izlenen amacın esas olarak evliliği ailenin temeli olarak korumak olduğunu vurgulamıştı⁵⁹. Mahkeme daha sonra evlilikle aile kurma arasında yapısal bir bağ olduğunu varsayan ve evliliği üreme işleviyle tanımlayan bu klasik yaklaşımı terk etti. Kadın cinsiyetine geçmiş ameliyatlı bir transseksüel kişinin evlenme hakkını kullanamamasıyla ilgili 2002 tarihli *Christine Goodwin* kararında Mahkeme, 12. maddede bir erkek ve bir kadın için evlenme ve aile kurma temel hakkının güvencelenmiş olduğunu, buna karşın aile kurmanın evlenme için koşul oluşturmadığını ve bir çocuğu dünyaya getirme ya da yetiştirme konularındaki yetersizliğin bir çifti evlenme hakkından yoksun bırakamayacağını ifade etti⁶⁰. Evlilikle üremenin normatif düzlemde Mahkeme tarafından böylece birbirlerinden ayrılması⁶¹, evliliğin sosyolojik anlamının zorunlu olarak toplumun devamlılığını sağlama işlevine indirgenmediği Avrupa'daki çağcıl kültürel gelişimle de uyumludur.

Üreme kapasitesinin 12. maddeden yararlanabilmek açısından bir koşul olmadığının ilanı üzerine ortaya çıkan yeni soru, eşcinsel evliliğin bu düzenlemenin uygulama alanına dahil olup olmadığıydı. Aslen evlilikle üreme kapasitesinin ayrışması, eşcinsel evliliğin kabulü lehine öne sürülen dayanaklardan birisiydi⁶². Bu gelişmeye rağmen Mahkeme, bir

⁵⁹ AİHM, Rees - Birleşik Krallık kararı, 10 Ekim 1986, başvuru n° 9532/81 §49; AİHM, Sheffield ve Horsham - Birleşik Krallık kararı, 30 Temmuz 1998, başvuru n° 22985/93 ve 23390/94, §66; AİHM, Cossey - Birleşik Krallık kararı, 27 Eylül 1990, başvuru n° 10843/84, §43. Bkz. ayrıca: AİHK, C. ve L.M. - Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, 9 Ekim 1989, başvuru n° 14753/89, Karar Gerekeşi Kısmı, §3.

⁶⁰ AİHM, Christine Goodwin - Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §98. Aynı şekilde bkz.: AİHM, I. - Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §78.

⁶¹ Mahkeme bu görüşe varırken, cinsiyetin tanımında saf biyolojik ölçütün dikkate alınmasından vazgeçmiştir. AİHM, Christine Goodwin - Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §100; AİHM, I. - Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §80. Bu perspektif yenilemesi, ameliyatlı transseksüel kişilerin Sözleşme'nin 12. maddesinden yeni cinsiyetleri itibarıyla faydalanabilmelerini mümkün kılmıştır.

⁶² Dagonnet, bireylerin gelişim ve memnuniyetleriyle ilgili olan evliliğe eşcinsel kişileri kabul etmemenin, aileyi, kendisinden sürekli olarak uzaklaştığı biyolojik kade-

süre daha Sözleşme’de düzenlenen evlenme hakkının heteroseksüel evlilikle sınırlı olduğu kanaatini taşıdı. Mahkeme bu devrede, öncelikle 12. maddenin lafzının yalnızca heteroseksüel evliliğe ilişkin olduğu görüşünü esas aldı. Bu çerçevede, bu düzenlemedeki cümlenin birinci kısmının erkekle kadın arasında gerçekleşecek evliliğe dair hakka ilişkin olduğunu ifade etti. Bu arada Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 9. maddesinin lafzınınsa erkeğe ve kadına atıf yapmayarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesinin lafzından bilinçli olarak ayrıldığına da *a contrario* atıf yaptı⁶³. Bu çerçevede anılabilecek *Parry* davasındaki başvuru, evli çiftlerindeki transseksüel eşin cinsiyet değişikliğinin hukuken tam olarak tanınmasının boşanmaları ön koşuluna bağlı olmasından şikâyetçiydiler. Mahkeme, cinsiyet değişikliği tanınmış bir kişinin evlenmesi mümkün olsa da, eşcinsel evliliğin iç hukukta öngörülmediğine dikkat çekti ve Sözleşme’nin 12. maddesinin geleneksel heteroseksüel evliliği düzenlediğini hatırlattı. Kimi Sözleşme’ci devletlerin evliliği aynı cinsiyetteki partnerlere doğru genişletmiş olmalarının bu devletlerin kendi toplumlarında evliliğin rolüyle ilgili kendi yaklaşımlarını yansıttığını ve böyle bir tercihin 1950 tarihli Sözleşme’de taraf devletlerce ifade edilmiş bir temel hakkın yorumundan kaynaklanmadığını belirtti⁶⁴. Mahkeme bu şekilde Sözleşme’nin 12. maddesinin eşcinsel evliliğe *ratione materiae* uygulanamaz olduğu görüşünde sebat etti. Şu halde iç hukuklarında eşcinsel evliliğe izin veremeyen devletler bu durumu Mahkeme önünde meşrulaştırmak yükümlülüğünden muaftılar, zira bu yöndeki talepler Sözleşme’nin uygulama alanında görülmemektedir.

rine yeniden kapatmak anlamına geleceğini söylemektedir. François DAGOGNET, “La famille sans la nature: une politique de la morale contre le moralisme”, in *Au-delà du PACS. L’expertise familiale à l’épreuve de l’homosexualité*, Daniel BORRILLO, Éric FASSIN, Marcela IACUB (der.), PUF, Paris, 1999, s.83.

⁶³ AİHM, Christine Goodwin - Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §100; AİHM, I. - Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §80. Buradaki akıl yürütmenin zımnî temeli, 12. maddede erkek ve kadının zikredilmiş olmasının ancak özel olarak aralarındaki ilişkinin ima edilmesi halinde bir anlam taşıyacak olmasıdır. Aksi halde Sözleşme’de kural olarak kullanılmış olan “herkes” sözcüğü kasıtlı olarak bu sözcüklerle ikame edilmezdi.

⁶⁴ AİHM, *Parry* - Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, 28 Kasım 2006, başvuru n° 42971/05, Karar Gerekçesi Kısmı, III-B. Bkz. *mutatis mutandis*: AİHM, R. ve F. - Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, 28 Kasım 2006, başvuru n° 35748/05.

Mahkeme nihayet 2010 tarihli *Schalk ve Kopf* kararıyla, eşcinsel evliliğin 12. maddeyle *ratione materiae* bağdaşmazlığı görüşünü değiştirdi. Avusturya hukukunda eşcinsel evliliğin tanınmamasına ilişkin bir başvuru üzerine Mahkeme, tek başına dikkate alındığında 12. maddenin lafzı eşcinsel kişiler arasındaki evliliği yasaklıyor olmasa da, Sözleşme'nin diğer maddelerinde “herkes” ve “hiç kimse” ifadelerinin kullanıldığına dikkat çekti. Buradan hareketle, 12. maddedeki sözcüklerin bilinçli olarak o şekilde seçildiğini ve Sözleşme'nin kabul edildiği 1950'li yıllarda evliliğin bir erkekle bir kadın arasında gerçekleşen geleneksel birleşme olarak anlaşılmış olduğunu saptadı⁶⁵. Kırk yedi taraf devlet arasından o sırada sadece altı tanesinin izin verdiği eşcinsel evlilik konusunda bir Avrupa konsensüsünün bulunmadığını belirledi⁶⁶. Buna karşın, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 9. maddesinin eşcinsel evliliğe ilişkin olan yasaları da kapsayacak şekilde ulusal yasalara gönderme yaptığını dikkate aldı. Şart'taki bu atfın, eşcinsel evliliğe izin verip vermeme hususunda devletlere tanınmış bir takdir marjına karşılık geldiğine işaret etti. Yine Mahkeme, söz konusu 9. maddenin eşcinsel evliliğe izin vermekle de onu yasaklamakla da bağdaştığını kaydeden ve hukuken bağlayıcı olan Şart'ın Yorumu'na atıf yaptı⁶⁷. Mahkeme bu şekilde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 9. maddesini dikkate alarak Sözleşme'nin 12. maddesinin uygulama alanını eşcinsel evliliğe doğru genişletti⁶⁸. Eşcinsel evlilik bu karardan itibaren artık 12. maddenin uygulama alanında yer almaktadır. Metodolojik açıdan *Schalk ve Kopf* kararıyla gerçekleşen bu gelişme önemlidir. Zira Mahkeme bu kararda dinamik ve gelişimci yorum aracılığıyla Sözleşme'nin normatif bir düzenlemesinin uygulanabilirliğinin sınırıyla ilgili olarak tarihsel yoruma dayalı daha önceki görüşünü değiştirmiştir. Bu demektir ki, Sözleşme'nin imzalandığı anda Sözleşme'deki bir hakka ilişkin olarak kasıtlı olarak öngörülmüş olan verili bir *ratione materiae* sınır, ilgili hakkın gelecekteki uygulama alanının belirlenmesinde mutlak bir engel oluşturmayacaktır.

⁶⁵ AİHM, *Schalk ve Kopf* - Avusturya kararı, *op.cit.*, §55.

⁶⁶ *Ibid.*, §58.

⁶⁷ *Ibid.*, §60.

⁶⁸ *Ibid.*, §61.

12. maddenin eşcinsel evliliğe uygulanabilirliğini kabul etmesine rağmen, Mahkeme bu düzenlemenin devletlere eşcinsel evliliğe izin verme yükümlülüğünü isnat etmediği görüşündedir⁶⁹. Eşcinsel evliliğe izin verilip verilmemesi kararı, halihazırda Sözleşmeciler devletlerin ulusal yasalarına tabidir⁷⁰. Mahkeme *Schalk ve Kopf* kararında bu pozisyonunu temellendirirken, evliliğin, bir toplumdan diğerine kayda değer ölçüde farklılaşabilen, derin şekilde kökleşmiş toplumsal ve kültürel çağrışımlar taşıdığına işaret etmiştir. Ardından da, toplumun ihtiyaçlarını değerlendirip onlara yanıt verme açısından en iyi konumda bulunan ulusal makamların değerlendirmesinin yerine kendi değerlendirmesini geçirecek şekilde acele etmemesi gerektiğini anımsatmıştır⁷¹. Mahkeme bu şekilde, hassas ahlaki tercihlerin yapıldığı bir alan olarak gördüğü evlilik konusunda⁷² ikincillik ilkesine başvurmuş ve eşcinsel evlilik konusunda verilecek kararı iç hukuklara bırakmıştır.

12. maddenin uygulama alanını eşcinsel evliliğe doğru genişletirken Avrupa konsensüsünün yokluğunu engel saymayan Mahkeme, eşcinsel evliliğe izin verip vermeme konusunda tanıdığı ulusal takdir marjını temellendirmek açısından da Avrupa konsensüsünün yokluğuna atıf

⁶⁹ *Ibid.*, §§54-64. Bkz. *mutatis mutandis*: AİHM, Gas ve Dubois - Fransa kararı, *op.cit.*, §66; AİHM, X ve diğerleri - Avusturya kararı, *op.cit.*, §106; AİHM, Hämäläinen - Finlandiya kararı (Büyük Daire), 16 Temmuz 2014, başvuru n° 37359/09, §96; AİHM, Oliari ve diğerleri - İtalya kararı, *op.cit.*, §192. Ayrıca 12. maddenin yokluğunda eşcinseller için evlenme hakkının 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddeden çıkarılabileceği savı da, 12. maddenin *lex specialis* niteliğine takılmaktadır. AİHM, Schalk ve Kopf - Avusturya kararı, *op.cit.*, §101. Aynı doğrultuda bkz.: AİHM, Gas ve Dubois - Fransa kararı, *op.cit.*, §66; AİHM, Hämäläinen - Finlandiya kararı (Büyük Daire), *op.cit.*, §71.

⁷⁰ AİHM, Schalk ve Kopf - Avusturya kararı, *op.cit.*, §61.

⁷¹ *Ibid.*, §62. Parry davasındaki başvurucular, evlilik kurumunun taşıdığı tarihi ve toplumsal değeri gündeme getirmişlerdir. Zira bu değer, evliliğe atfettikleri duygusal önemin sebebinin oluşturmaktaydı. Fakat Mahkeme, ulusal makamların başvurucuların taleplerine olumlu yanıt vermelerini engelleyen tam da o esnada ulusal yasalarca tanıdığı şekliyle bu değer olduğunu ifade etmiştir. AİHM, Parry - Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, *op.cit.* Bkz. *mutatis mutandis*: AİHM, R. ve F. - Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, *op.cit.*

⁷² AİHM, B. ve L. - Birleşik Krallık kararı, 13 Eylül 2005, başvuru n° 36536/02, §36; AİHM, Parry - Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, *op.cit.*

yapma ihtiyacı duymamıştı⁷³. Yukarıda aktarıldığı üzere, bu çerçevede evlilik kurumunun tarihi ve kültürel değerini devletlere bırakılan takdir marjını meşrulaştırmakta yeterli bir dayanak saymıştı. Buna karşın, *Schalk ve Kopf* kararında takdir marjını kararın verildiği tarih itibariyle tanıyan Mahkeme⁷⁴, bu alanın ileride dinamik yoruma açık olabileceğini anırtmıştır. Daha sonraysa, ana konusu 12. madde olmayan *Alexeiev* kararında eşcinsellerin haklarına ilişkin içtihadını kuş bakışı özetlerken, eşcinsel kişilerin evlenme hakkıyla ilgili bir konsensüsün bulunmadığını ve devletlerin bu alanda geniş bir takdir marjına sahip olduğunu ifade etmiştir⁷⁵. Yine *Hämäläinen* kararında da Büyük Daire, eşcinsel evliliğe izin verilmesi konusunda bir Avrupa standardının bulunmadığına açık şekilde atıf yapmıştır⁷⁶. Bu konuda konsensüs yokluğuna yapılan göndermeler, eşcinsel evlilik konusunun oydaşmacı yoruma kapalı olmadığını gösterir ve ileride oluşabilecek bir Avrupa konsensüsü doğrultusunda bu konuda bir Avrupa normunun ortaya çıkması ihtimalini teorik bir potansiyel olarak içerir⁷⁷.

Öyle gözükmektedir ki, Mahkeme bir yandan bazı taraf devletlerde ortaya çıkan hukuksal ve toplumsal gelişmeleri dikkate alıp eşcinsel evlilik hakkını Sözleşme'nin uygulama alanına taşımak istemiş, diğer yandansa henüz bir Avrupa konsensüsünün belirmediği bu hassas sahada kendi toplumsal dinamikleriyle o yöne yönelmemiş devletleri zorlamayı uygun görmemiştir. Sözleşme'nin koruma mekanizmasının ikincilliğini göz önünde bulundurup bir orta yol bulma amacıyla hareket eden Mahkeme, böylece bir taraftan eşcinsel evliliğe izin veren devletler açısından bu hakkın uygulanışına ilişkin olarak normatif bir güvence getirmeyi ve uzun vadede eşcinsel evlilik konusunda oluşabilecek ortak bir Avrupa anlayışına doğru Sözleşme hukuku bünyesindeki ilk adımı atmayı arzu-

⁷³ Bu arada Mahkeme, 1987 tarihli F. kararında 12. maddenin oydaşmacı yoruma kapalı olduğunu anırtmıştı. Bkz.: AİHM, F. - İsviçre kararı, 18 Aralık 1987, başvuru n° 11329/85, §33.

⁷⁴ AİHM, *Schalk ve Kopf* - Avusturya kararı, *op.cit.*, §61.

⁷⁵ AİHM, *Alexeiev* - Rusya kararı, 21 Ekim 2010, başvuru n° 4916/07, 25924/08 ve 14599/09, §83.

⁷⁶ AİHM, *Hämäläinen* - Finlandiya kararı (Büyük Daire), *op.cit.*, §74.

⁷⁷ Mahkeme *Oliari ve diğerleri* kararında da eşcinsel evlilik konusundaki kademeli gelişime ve eşcinsel evliliğin Avrupa Konseyi'ne üye on bir devlet tarafından tanıyor olduğuna işaret etti. AİHM, *Oliari ve diğerleri* - İtalya kararı, *op.cit.*, §192.

lamıştır. Diğer taraftansa, eşcinsel evlilik konusunun taşıdığı kültürel önemi ve doğurduğu toplumsal hassasiyetleri dikkate almış ve hukukun bu alandaki evrimini toplumsal dinamiklerin taşıyıcısı olan ulusal takdir marjına bırakmıştır. Denilebilir ki, Mahkeme cinsel yönelim temelli ayrımcılığın olası bir kademeli silinişini, pratikte reddedilme ihtimali olan ivedi bir dikey değişime tercih etmiş ve bir kez daha Sözleşme hukuk sisteminin etkililiğini korumak amacından ilham alan pragmatik bir ihtiyat duruşu sergilemiştir.

Bu arada Mahkeme'nin eşcinsel evlilik konusundaki bu tavrı irdeleyenirken, 12. maddenin lafzının, 8., 9., 10. ve 11. maddelerin lafzından farklı olduğu da gözlemlenebilir. 12. madde çerçevesinde devletin evliliğe ilişkin düzenleme yapma yetkisi, bu dört maddeye ilişkin düzenleme yetkisinden daha geniştir⁷⁸. Mahkeme *Parry* kabul edilemezlik kararında, 12. maddenin açıkça evliliğin "ulusal yasalar" aracılığıyla düzenleneceğini ifade ettiğini kaydediyor ve bu karardaki ihlal yokluğu gözlemine temellendirirken de ulusal yasalara atıf yapıyor⁷⁹. Yine *Schalk ve Kopf* kararında, devletin eşcinsel evlilik konusundaki takdir marjını ilan ederken 12. maddenin lafzına dayanıyor⁸⁰.

Bununla birlikte, her ne kadar Mahkeme'nin 12. maddeyle ilgili hassas bir konuda ikincillik ilkesini öne çıkarmakta kendisini daha fazla serbest hissetmesi ilkesel olarak anlaşılabilir gözükse dahi, önce eşcinsel evliliğin 12. maddenin uygulama alanına girdiğini kabul edip, ardından devletin kendi ulusal hukuk düzeninde bu hakkı tanımama konusunda takdir marjına sahip olduğunu ilan etmek paradoksal bir durum oluşturur ve Sözleşme'nin genel yorum esaslarıyla çelişir. Bilindiği üzere, hakların etkililiği ilkesi Sözleşme'nin yorumunda başat bir yer tutar. Mahkeme, Sözleşme'nin amacının teorik ve göstermelik hakları değil, somut ve etkililik taşıyan hakları korumak olduğunu ifade eder⁸¹.

⁷⁸ Bu anlamda, bkz. Yargıçlar Thór Vilhjálmsson, Bindschedler-Robert, Gölçüklü, Matscher, Pinheiro Farinha, Walsh, De Meyer ve Valticos'un F. - İsviçre kararına muhalif ortak görüşleri. AİHM, F. - İsviçre kararı, *op.cit.* Bkz. ayrıca: Montserrat ENRICH MAS, "Article 12", in La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, 2. baskı, Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (der.), Economica, Paris, 1999. s.447.

⁷⁹ AİHM, *Parry* - Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, *op.cit.*

⁸⁰ AİHM, *Schalk ve Kopf* - Avusturya kararı, *op.cit.*, §61.

⁸¹ AİHM, *Airey* - İrlanda kararı, 9 Ekim 1979, başvuru n° 6289/73, §24.

Oysa devlete 12. maddenin uygulama alanına giren eşcinsel evlilik hakkının iç hukukta tanınıp tanınmaması konusunda mutlak bir takdir marjının tanınması, bu hakkı kaçınılmaz olarak teorik ve göstermelik hale indirger. Öte yandan Mahkeme, evlenme hakkına ilişkin sınırların bu hakkın özüne dokunmaması gerektiğini belirtir⁸². Eşcinsel bir kişinin karşı cinsiyetten bir kişiyle evlenmek suretiyle evlenme hakkını kullanabileceğini söylemek anlamsız olacağından⁸³, devlete 12. maddenin uygulama alanına giren eşcinsel evliliği iç hukukta tanımamaya ilişkin bir takdir marjının bırakılması, bu hakkın özüne dokunulma olasılığını peşinen kabul etmek olur⁸⁴. Ayrıca 12. madde bir kez eşcinsel evliliğe uygulanmaya başladıktan sonra, taraf devletlerin yetki alanlarında eşcinsel evliliğe izin verilmemesi Sözleşme’de tanınan haklardan yararlanmada ayrımcılık yasağını öngören 14. maddeyle de çelişir⁸⁵. Buna karşın Mahkeme, cinsel yönelim temelli ayrımcılığa 8. madde bağlamında karşı çıkan görüşünü 12. maddenin uygulanışına aktarmamıştır. Bir başka deyişle devletlere, geleneksel evliliği ve/veya aileyi korumak amaçlarını gerçekleştirmek adına hangi sebeple eşcinsel kişileri evlenme imkânın-

⁸² AİHM, Rees - Birleşik Krallık kararı, *op.cit.*, §50; AİHM, F. - İsviçre kararı, *op.cit.*, §32; AİHM, Parry - Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, *op.cit.*

⁸³ Bkz. *supra*, s.172.

⁸⁴ Marguénaud’nun da ifade ettiği üzere, eğer evlenme özgürlüğü ulusal yasalarca herhangi bir amaca yönelik olarak ve asgari bir oranlilik gerekliliği olmadan sınırlandırılabilirse, bu özgürlüğün 12. madde bağlamında hiç bir anlamı olmaz. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, “La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme”, *in* Le droit de la famille à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme, Frédéric KRENC, Michel PUÉCHAVY (der.), Bruylant/Nemesis, Bruxelles, 2008, s.17.

⁸⁵ Mahkeme Oliari ve diğerleri kararında, 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde aracılığıyla bir evlenme hakkının çıkarılamayacağına ilişkin olarak Schalk ve Kopf kararında ifade ettiği görüşünün, 12. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde açısından da geçerli olduğunu söylemiştir. AİHM, Oliari ve diğerleri - İtalya kararı, *op.cit.*, §193. Mahkeme’nin 12. maddenin *lex specialis* niteliğine atıf yapan söz konusu görüşü için bkz. *supra*, s.182, dn.69. Oysa bu akıl yürütme 12. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde açısından geçerli olamaz, zira Mahkeme eşcinsel evliliğin 12. maddenin uygulama alanına girdiğini tespit etmiş bulunmaktadır. Şu halde Sözleşme’nin 12. maddesinde düzenlenen hakkın ayrımcılık yapılmadan uygulanması gerekir.

dan mahrum tutmalarının gerektiğini göstermek yükümlülüğünü izafe etmemiştir⁸⁶.

Görülmektedir ki eşcinsel evlilik konusunun *Schalk ve Kopf* kararından itibaren Sözleşme'nin 12. maddesi bağlamında ele alınış biçimi, bu konuda tavırları liberal/dinamik ve muhafazakâr/statik olan iki tür ulusal hukuk tipinin birbirlerine zıt tercihlerine Sözleşme'nin ikincilliği çerçevesinde eş zamanlı olarak saygı gösterecek hukuki şablonu ortaya çıkarma kaygısına dayanmaktadır. Ancak Mahkeme'nin bu hassas konuyla ilgili denge arayışı, Sözleşme hukukunun temel ilke ve değerleriyle uyumlu bir hukuki çerçeve sağlayamamıştır. Eşcinsel evliliğin akibetini böylece ulusal yasalara bırakan Mahkeme'nin 8. maddeyle ilgili gelişimci yorumuysa, eşcinsel evlilik hakkının bulunmadığı hukuk düzenlerinde alternatif bir hukuki tanıma imkânının eşcinsel çiftlere sunulması gerekliliğini zaman içinde ortaya koymuştur. Devletin eşcinsel birliktelikleri hukuken tanıma pozitif yükümlülüğü vardır.

B. Devletin Eşcinsel Birliktelikleri Hukuken Tanımaya İlişkin Pozitif Yükümlülüğü

Eşcinsel evliliğin tanınmadığı hukuk düzenlerinde evliliğe alternatif bir hukuki tanıma biçiminin öngörülmüş olup olmamasının sonuçları, heteroseksüel ve eşcinsel çiftler açısından aynı değildir. Heteroseksüel çiftler, eşcinsel çiftlerden farklı olarak böyle hukuk sistemlerinde birlikteliklerinin tanınmasını evlilik aracılığıyla sağlama imkânına zaten sahiptirler. Evlenmek istemeyen heteroseksüel çiftler açısından asıl mesele, evli kişilere tanınmış kimi hakların uygulama alanının kendilerine doğru genişletilmesi olmuştur. Özerkliklerine tutkun ve sayıları gitgide artmış olan kimi heteroseksüel kişiler, bir yandan özel hayatlarını esaslı ölçüde etkileyecek ödev ve sorumluluklara maruz kalmayı istemezken, öte yandan da çift ilişkilerinin asgari bir hukuki çerçevenin korumasından yararlanmasını talep etmişlerdir⁸⁷. Buna karşın Sözleşme organları, evli olmayan heteroseksüel çifte evli çiftin yararlandığı hak ve avantajların sağlanması konusunu ulusal takdir marjının içinde görmektedir⁸⁸.

⁸⁶ 8. madde ekseninde devlete bu tip bir yükümlülüğün yüklenilmesi hakkında bkz.: AİHM, Karner - Avusturya kararı, 24 Temmuz 2003, başvuru n° 40016/98, §41.

⁸⁷ Bu anlamda bkz.: ROPERS, *op.cit.*, s.93.

⁸⁸ Mahkeme evliliğin evlenen kişilere özgül bir statü sağladığının genel olarak kabul edildiğine işaret eder. AİHM, Shackell - Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, 27

Esasen Sözleşme'nin koruma mekanizmasının ikincil niteliği dikkate alındığında, devletin bazı hak ve avantajlardan yararlanabilmek için evlenme koşulunu öngörmesi 14. maddeyi ihlal etmez. Bu şekilde ilişkilerine bazı hak ve yükümlülüklerin dahil olup olmaması noktasında heteroseksüel bireylerin bir seçim yapma imkanına sahip oldukları söylenebilir. Evliliğe alternatif bir tanıma biçiminin iç hukukta öngörülmüş olmasıysa, heteroseksüel bireyin seçim özgürlüğünü daha da büyüten bir ek imkân olarak değerlendirilebilir.

Oysa evliliğin yalnızca heteroseksüel birliktelikler için mümkün olduğu hukuk düzenlerinde, eşcinsel kişilerin yararlanabileceği alternatif bir resmi tanıma modelinin varlığı konusu temel bir önem kazanmaktadır. Eşcinsel aile ve eşcinsel evlilik konularında olduğu gibi, Mahkeme'nin bu alandaki taleplere değgin içtihadı da gelişimsel bir çizgi izlemiş ve eşcinsel çiftlerin hukuken tanınmasına ilişkin pozitif yükümlülüğün doğumu zaman içerisinde gerçekleşebilmiştir. Eşcinsel kişilerin evliliğe alternatif bir statü edinme haklarının varlığı konusu, Mahkeme nezdinde öncelikle *Schalk ve Kopf* davasıyla gündeme geldi. Bu davadaki başvurucular, evliliğin yalnızca farklı cinsiyetteki iki kişi arasında gerçekleştirilebildiği Avusturya iç hukukunda, eşcinsel birlikteliklerini onaylayacak evlilik dışında bir hukuki imkânın bulunmamasından şikayet etmekteydiler. Bu başvuru yapıldıktan bir süre sonra Avusturya'da kayıtlı birlikteliğe ilişkin bir kanun yürürlüğe girmişti. Şu halde Mahkeme önündeki hukuki sorun, Avusturya'nın eşcinsel çiftler için evliliğe alternatif bir hukuki statüyü daha önceden tanımamış olmasının 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddeyi ihlal edip etmediği idi. Bu soruya olumsuz yanıt veren Mahkeme, aynı cinsiyetten olan kişilerin birlikteliklerinin hukuk düzenince tanınması konusunda devletlere bir takdir marjı tanıdı. Mahkeme, eşcinsel çiftlerin hukuken tanınmasına yönelik bir Avrupa konsensüsünün belirlemekte olduğunu ve bu gelişmenin bu

Nisan 2000, başvuru n° 45851/99, Karar Gerekçesi Kısmı, §1. Ayrıca bkz.: AİHM, Burden - Birleşik Krallık kararı (Büyük Daire), 29 Nisan 2008, başvuru n° 13378/05, §63; AİHM, Korosidou - Yunanistan kararı, 10 Şubat 2011, başvuru n° 9957/08, §64. Sosyal ve mali politika alanlarında evli olan ve olmayan çiftlere farklı muamelede bulunma konusunda bir ulusal takdir marjı bulunmaktadır. Bkz.: AİHM, Şerife Yiğit - Türkiye kararı, 2 Kasım 2010, başvuru n° 3976/05, §72. Bu konuda ayrıca bkz.: AİHK, Lindsay - Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, 11 Kasım 1986, başvuru n° 11089/84, Karar Gerekçesi Kısmı, 1-b; AİHM, Nylund - Finlandiya kabul edilemezlik kararı, 29 Haziran 1999, başvuru n° 27110/95, Karar Gerekçesi Kısmı, B-2.

karardan önceki on yıl içerisinde süratle gerçekleştiğini gözlemlemese de, eşcinsel çiftlere hukukten tanınma olanağı sunan devletlerin henüz çoğunlukta olmadığını ve bu alanda bir konsensüsün bulunmadığını saptadı. Buradan hareketle, devletlerin bu alanda yasal reformları gerçekleştirme hızını belirleme konusunda takdir marjları olduğuna hükmetti⁸⁹. Mahkeme, ihtilaflı Avusturya mevzuatının anılan gelişmeyi yansıttığı ve belirlemekte olan Avrupa konsensüsünün çerçevesine girdiği sonucuna ulaştı. Avusturya, kayıtlı birliktelik konusunu daha erken bir tarihte düzenlemiş olmamasından ötürü Sözleşme'yi ihlal etmiş sayılmadı⁹⁰.

Bir sonraki aşamada, eşcinsel çiftlere evliliğe alternatif bir hukuki tanınma imkânının sunulması konusunda ilgili bu ulusal takdir marjı kısmen sınırlandı. *Vallianatos ve diğçerleri* davasında başvuruçular, 2008 yılında Yunanistan'da yasalaşan birlikte yaşama sözleşmesinin yalnızca farklı cinsiyetten olan kişiler arasında gerçekleştirilebilir oluşundan şikayet etmekteydiler. Başvuruyu 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde ekseninde inceleyen Mahkeme, birlikte yaşama sözleşmesinin eşcinsel çiftlere doğru genişlemesinin ve böylece eşcinsel çift ilişkilerinin devlet tarafından resmi olarak tanınmasının, yaratacağı hukuki sonuçlardan bağımsız olarak eşcinsel partnerler açısından içkin bir değer taşıyacağına dikkat çekti⁹¹. Ayrıca cinsel yönelim temelli muamele farklılığı durumunda ulusal takdir marjının dar olacağını ifade etti⁹². Eşcinsel evliliğin tanınmadığı bir ülkede eşcinsel çiftlerin evliliğe alternatif olarak öngörölmüş sözleşmeden yararlanmakta özel olarak çıkarları bulunduğunu belirtti. Zira heteroseksüel çiftlerin durumunun aksine, bu tür bir sözleşme eşcinsel çiftlerin ilişkilerini hukukten tanınan bir biçime dönüştürmek için yegâne hukuki temeli oluşturur⁹³. Mahkeme ayrıca, bu alanda bir Avrupa konsensüsü belirmiş olmasa da, eşcinsel kişiler arasındaki ilişkilerin hukukten tanınma biçimlerinin ortaya çıkışına ilişkin güncel bir eğilimin varlığına dikkat çekti. Davanın daha özgöl olan konusu ile ilgili olaraksa, evlilik dışında medeni birliktelik biçimleri öngören on dokuz

⁸⁹ AİHM, Schalk ve Kopf - Avusturya kararı, *op.cit.*, §105.

⁹⁰ *Ibid.*, §106.

⁹¹ AİHM, Vallianatos ve diğçerleri - Yunanistan kararı, *op.cit.*, §81. Bkz. *mutatis mutandis*: AİHM, Oliari ve diğçerleri - İtalya kararı, *op.cit.*, §174

⁹² AİHM, Vallianatos ve diğçerleri - Yunanistan kararı, *op.cit.*, §85.

⁹³ *Ibid.*, §90.

devlet arasında Yunanistan'ın bu imkânı sadece heteroseksüel çiftlere sunan iki ülkeden birisi olduğunu saptadı⁹⁴. Mahkeme son tahlilde Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardı. Eşitlik ilkesi yörüngesindeki gelişimci katkısına rağmen, bu kararın normatif kapsamının sınırlı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Mahkeme açık şekilde, *Vallianatos ve diğerleri* davasının konusunun, *in abstracto* devletin eşcinsel kişiler için iç hukuklarında bir hukuki tanıma biçimi öngörmeleri genel yükümlülüğüne ilişkin olmadığına altını çizdi. Bu karar, eşcinsel çiftlerin yararlanamadığı ve yalnızca evli olmayan heteroseksüel çiftlerin başvurabildiği bir medeni birliktelik sistemine ilişkin bir başvuru hakkındaydı⁹⁵. Şu halde bu karara dayanarak, devletlerin eşcinsel kişilerin yararlanabileceği evliliğe alternatif bir hukuki statü öngörmek yönünde bir pozitif yükümlülükleri bulunduğu söylenemezdi. Buna karşın bu karar, bir kez evliliğe alternatif bir medeni birliktelik kurumundan yararlanma imkânını heteroseksüel çifte sağlayan devletin, aynı olanağı eşcinsel çifte de sunması gerekliliğinin altını çizmekteydi.

Vallianatos ve diğerleri kararıyla katedilen yol değerli ama yetersizdi. İnsan onuru ve özgürlüğünün özünü oluşturduğu Sözleşme sisteminde⁹⁶, sıklıkla toplumsal ön yargılara maruz kalarak yaşamlarını sürdürmeye çalışan eşcinsel kişilerin hukuken tanınma ve korunma ihtiyaçlarını ciddiye almak ivedi bir gerekliliktir. Üstelik eşcinsel çiftlerin yararlanabileceği alternatif bir tanıma biçiminin varlığı, heteroseksüel evliliğe isnat edilen tarihi ve kültürel önemle de çelişmeyecekti⁹⁷. Zaten aslolan da heteroseksüel ve eşcinsel çiftlere yönelik hukuki tanıma biçimlerinin aynı şekilde isimlendirilmesi değil ama bu cinsel kategorilere tanınan hak ve ödevlerde eşitliğin temin edilmesidir. Eşcinsel çiftlerin

⁹⁴ Mahkeme ayrıca Avrupa Konseyi bünyesindeki cinsel yönelim temelli ayrımcılık karşıtı resmi belgelere de atıf yaptı. Bkz.: *Ibid.*, §91.

⁹⁵ *Ibid.*, §75.

⁹⁶ AİHM, S.W. - Birleşik Krallık kararı, 22 Kasım 1995, başvuru n° 20166/92, §44; AİHM, Van Kück - Almanya kararı, 12 Haziran 2003, başvuru n° 35968/97, §69.

⁹⁷ Fassin'e göre negatif tepkilere yol açan, bizatihi eşcinseller için evlilik değil ama var olan evliliğin eşcinsel kişilere açılmasıdır. Zira bu açış, heteroseksist ve cinsiyetçi olan hakim norma dokunur. Oysa eşcinsel çift ile ilgili olarak heteroseksüel evlilik dışında bir statünün gündeme gelmesi, bu alanda hukuki gelişmelerin sağlanmasını mümkün kılmıştır. Éric FASSIN, "Famille", *in* Dictionnaire de l'homophobie, Louis-Georges TIN (der.), PUF, Paris, 2003, s.278-279.

hukuken tanınması konusuyla ilgili olarak beklenen bu olumlu gelişme nihayet *Oliari ve diğerleri* kararıyla hayat bulmuştur. Bu davada erkeklerden kurulu üç eşcinsel çift, İtalyan hukukunun eşcinsel çiftlere ne evlilik ne de alternatif bir medeni birliktelik imkânı sunduğundan şikayet etmekteydiler. Mahkeme ilk defa bu kararıyla, iç hukukta eşcinsel birliktelikleri tanımaya ve korumaya yönelik olarak medeni birliktelik ya da kayıtlı birliktelik gibi bir hukuki çerçevenin oluşturulmamış olmasının 8. maddeyi ihlal ettiğini saptamıştır⁹⁸. Her ne kadar karar çerçevesinde İtalyan hukukunun ve toplumunun özgül durumuna yapılan kapsamlı atıflar⁹⁹, kararın içeriğinin salt İtalya devletiyle sınırlı olduğu şüphesini yaratmaya elverişli göreceli bir muğlaklık yaratsa da, kararın normatif kapsamının Sözleşme'ye taraf devletler açısından genellik taşıdığını ve eşcinsel birlikteliklerin ulusal hukuklarda tanınma gerekliliğine dair bir Avrupa normunun böylece oluşmuş olduğunu gösteren üç objektif unsur bulunmaktadır. İlk olarak, Mahkeme Sözleşme ihlalini saptarken İtalya'nın başvuruçuların eşcinsel birlikteliklerini tanımaya ve korumaya yönelik bir hukuki çerçeve sağlama pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğunu tespit etmiştir¹⁰⁰. Bu şekilde devletlerin eşcinsel çiftleri hukuken tanıma ve koruma pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu ilan edilmiş olmaktadır. İkinci olarak Mahkeme, Avrupa konsensüsü yokluğunda ahlaki açıdan hassas konularda devletlere tanıdığını söylediği geniş takdir marjının eşcinsel çiftlerin hukuken tanınma ve asgari korunma genel ihtiyacı hakkında geçerli olamayacağını ve bu konuya bireyin varoluşunu ve kimliğini ilgilendiren meselelerde devreye giren dar takdir marjının uygulanacağını ilan etmiştir¹⁰¹. Şu halde aynı konuda Mahkeme önüne gelebilecek yeni bir davada başka bir devlet, temsil ettiği toplumun eşcinsel çiftlere yaklaşım konusunda eşcinsel çiftleri benimsemiş olan İtalyan toplumundan daha muhafazakâr olduğu

⁹⁸ Mahkeme 8. maddenin ihlali saptamasıyla yetinmiş, konuyu ayrıca 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde çerçevesinde incelememiştir. Bkz.: AİHM, *Oliari ve diğerleri* - İtalya kararı, *op.cit.*, §188.

⁹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özellikle İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında bir çok defa eşcinsel partnerlerin hak ve yükümlülüklerinin hukuken tanınması gerekliliğini vurgulamış olmasına ve bu ülkede yapılan araştırmaların toplumun eşcinsel çiftleri kabul ettiğini ve bu çiftlerin tanınması ve korunması fikrini desteklediğini gösterdiğine atıf yapmıştır. *Ibid.*, §§179-181.

¹⁰⁰ *Ibid.*, §185.

¹⁰¹ *Ibid.*, §177.

savı temelinde daha geniş bir takdir marjı edinmemek gerekecektir. Üçüncü olarak Mahkeme, eşcinsel çiftlerin hukuken tanınmasına yönelik hareketin *Schalk ve Kopf* kararından beri Avrupa'da süratle gelişmeye devam ettiğini saptamıştır. *Oliari ve diğerleri* kararının tarihinde, Avrupa Konseyi'nin kırk yedi üyesinden yirmi dördünü içeren küçük bir çoğunluğun bu yönde yasal düzenlemeler yapmış olduğunu ifade etmiştir. Aynı süratli gelişimin küresel olarak ve bu arada Amerika ve Avustralya ülkelerinde de belirdiğini gözlemlemiş ve eşcinsel çiftlerin hukuken tanınmasına yönelik süregelen uluslararası hareketi dikkate almıştır¹⁰². Avrupa konsensüsünün varlığını açıkça ilan etmemiş olmasından ötürü Mahkeme'nin buradaki ifade tarzı nispi bir çekingenlik taşır gözükse de, Mahkeme ilk defa Avrupa Konseyi ülkeleri içerisinde bir çoğunluğun eşcinsel çiftleri hukuken tanıdığını saptamış ve bu yönde hem dünyada ve hem de Avrupa'da gerçekleşen hukuki gelişmeleri gerekçe olarak kullanmıştır. Burada söz konusu olan, yine İtalya'nın özgül durumuyla sınırlı olmayan objektif bir ölçüttür.

Eşcinsel çiftin hukuken tanınması gerekliliğini sağlam şekilde gerekçelendiren bu objektif temeller ışığında, Mahkeme'ce İtalyan topluma ve hukukuna yapılan atıfların yalnızca kararın kabul edilebilirliğini arttırmaya yönelik bir ikna stratejisi oluşturduğunu¹⁰³ ve bu karar itibarıyla bundan böyle Avrupa Konseyi'ne üye tüm devletlerin eşcinsel çiftleri hukuken tanıma yükümlülüğünde bulunduğunu söylemek gerekir. Burada söz konusu olan, ulusal takdir marjına tabi olmayan ve devletlerin uymakla yükümlü oldukları bir Avrupa hukuk normunun doğumudur. Böylece Sözleşme hukukunun eşitlik, hoşgörü ve hakların etkililiği gibi yorum ilkelerinin kavşağında dev bir hukuki adım atılmış ve eşcinsel çiftin 8. madde anlamında aile olarak nitelenmesiyle başlayan süreç, devletlerin iç hukuklarında eşcinsel birliktelikleri tanıma zorunluluğunun ilanı ile doğal sonucuna ulaşmıştır. Bu karar aynı zamanda 12.

¹⁰² *Ibid.*, §178. Vallianatos ve diğerleri ve Oliari ve diğerleri kararlarındaki ihlal tespitlerinden sonra, bu son kararda bahsedilen yirmi dört devletlik çoğunluğun Yunanistan ve İtalya'nın katılımıyla daha da büyümesi beklenebilir.

¹⁰³ Devletçe öne sürülen hak sınırlayıcı ahlaki gerekliliğe karşı ulusal hukuk düzenindeki iç değişim perspektifine Avrupa konsensüsünün bulunduğu hallerde Mahkeme'ce bağımlı bir ölçüt olarak atıf yapılması hakkında bkz.: Emre BİRDEN, *La limitation des droits de l'homme au nom de la morale. Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, doktora tezi, Panthéon-Assas Üniversitesi, Paris, 2014, s.91-98.

maddenin eşcinsel evliliği zorunlu kılmadığı yönündeki içtihat çizgisini de dengeleyici bir konumdadır. Devletler bundan böyle ya Sözleşme uyarınca kabulü zorunlu olmayan eşcinsel evliliği kendi takdirleriyle tanımak ya da eşcinsel çiftler için evliliğe alternatif bir hukuki tanıma biçimini öngörmek mükellefiyetindedirler.

Ekleme gerekir ki, eşcinsel evliliğin yokluğunda eşcinsel kişilere sunulacak evliliğe alternatif modelin biçim ve kapsamının belirlenmesi konusunda devletlerin bir takdir marjı vardır. *Schalk ve Kopf* davasında başvuruçular, devletin eşcinsel kişilere evlilik dışında bir hukuki tanıma imkânını vermesi halinde, bu çerçevede her açıdan evliliğe karşılık gelen bir statü tanınması gerektiğini ileri sürmüşlerdi. Buna karşın Mahkeme, eşcinsel çifte evlilik dışında bir hukuki yolla verilecek statünün kapsamının belirlenmesi noktasında devlete bir takdir marjı tanıdı¹⁰⁴. Mahkeme, eşcinsel çiftleri hukuken tanıma pozitif yükümlülüğünü ilan ettiği *Oliari ve diğerleri* kararında da, evliliğe alternatif hukuki tanıma biçimiyle izafe edilecek hak ve yükümlülüklerin kapsamının belirlenmesi bakımından devletin belirli bir takdir marjı bulunduğunu belirtti¹⁰⁵. Bu ulusal takdir marjının doğal olarak bir sınırı vardır, zira aksi halde eşcinsel kişilere tanınmış bu hak etkililik kazanamaz. Aynı *Oliari ve diğerleri* kararında Mahkeme, evlilik imkânının bulunmadığı durumda bir medeni birliktelik ya da kayıtlı birliktelik olanağının bulunmasının, eşcinsel çiftlerin ilişkilerinin yasal olarak tanınması ve devletin gereksiz müdahaleleri olmadan düzenli çiftlerle ilgili çekirdek haklarla korunması için en uygun yol olacağını ifade etti¹⁰⁶. Şu halde devletin eşcinsel birliktelikleri hukuken tanıma ve koruma pozitif yükümlülüğünü etkili şekilde yerine getirmek adına, çift ilişkisinin sağlıklı şekilde sürdürülebilmesi için gerekli asgari hakları eşcinsel partnerlere tanınması

¹⁰⁴ AİHM, *Schalk ve Kopf - Avusturya kararı*, *op.cit.*, §108. Mahkeme, Avusturya hukukunda kayıtlı birlikteliğin bir çok açıdan evliliğe denk ya da benzer bir hukuki statü elde etme imkanı sunduğunu, maddi sonuçlar bakımından bu ikisi arasındaki farkların asgari düzeyde olduğunu, buna karşın velayet hakları açısından aralarındaki farkların önemli olduğunu saptadı. Bununla birlikte bu durum, genel itibariyle Avrupa Konseyi'ne üye diğer devletlerin bu konudaki yönelimleriyle uyumluydu. §109. Bkz. ayrıca: AİHM, *Gas ve Dubois - Fransa kararı*, *op.cit.*, §66.

¹⁰⁵ AİHM, *Oliari ve diğerleri - İtalya kararı*, *op.cit.*, §177.

¹⁰⁶ *Ibid.*, §174.

ve bunu da ideal olarak medeni birliktelik tipinde bir hukuki model içerisinde gerçekleştirmesi gerekir¹⁰⁷.

KAYNAKÇA

Andriantsimbazovina, Joël, “Splendeurs et Misères de l’Ordre Public Européen - Les Trois dernières années de l’ancienne Cour européenne des droits de l’homme (1996-1997-1998)”, *Cahiers de droit européen*, 2000, n°5-6, s.657-718.

Birden, Emre, *La limitation des droits de l’homme au nom de la morale. Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, doktora tezi, Panthéon-Assas Üniversitesi, Paris, 2014.

Borrillo, Daniel, “Fantasmes des juristes vs Ratio juris: la doxa des privatistes sur l’union entre personnes de même sexe”, in *Au-delà du PACS. L’expertise familiale à l’épreuve de l’homosexualité*, Daniel BORRILLO, Éric FASSIN, Marcela IACUB (der.), PUF, Paris, 1999, s.161-190.

Bozon, Michel, *Sociologie de la sexualité*, 2. baskı, Armand Colin, Paris, 2009.

Chauvin, Sébastien, “Péril”, in *Dictionnaire de l’homophobie*, Louis-Georges TIN (der.), PUF, Paris, 2003, s.310-312.

Commaille, Jacques; MARTIN, Claude, “Les conditions d’une démocratisation de la vie privée”, in *Au-delà du PACS. L’expertise familiale à l’épreuve de l’homosexualité*, Daniel BORRILLO, Éric FASSIN, Marcela IACUB (der.), PUF, Paris, 1999, s.61-78.

Dagognet, François, “La famille sans la nature: une politique de la morale contre le moralisme”, in *Au-delà du PACS. L’expertise familiale à l’épreuve de l’homosexualité*, Daniel BORRILLO, Éric FASSIN, Marcela IACUB (der.), PUF, Paris, 1999, s.79-85.

¹⁰⁷ Bu arada Mahkeme, cinsiyet değişikliğinin iç hukukta tanınmasının ilgilinin halihazırdaki evliliğinin sonlandırılması koşuluna bağlı olduğu ihtilaflarda, eşcinsel kişilerin yararlanabildiği mevcut evliliğe alternatif hukuki tanıma modelinin evliliğe yakın seviyede koruma sağlıyor olmasını dikkate alıyor gözükümüştür. Bkz.: AİHM, Hämäläinen - Finlandiya kararı (Büyük Daire), *op.cit.*, §87. Bkz. *mutatis mutandis*: AİHM, Parry - Birleşik Krallık kabul edilemezlik kararı, *op.cit.*

Deschavanne, Éric, “La prohibition de l’homofamille à l’épreuve de l’égalité démocratique”, in *L’homoparentalité. Réflexions sur le mariage et l’adoption*, Conseil d’analyse de la société, note n° 6 - février 2007, La documentation française, Paris, s.43-74.

Enrich Mas, Montserrat, “Article 12”, in *La Convention européenne des droits de l’homme, commentaire article par article*, 2. baskı, Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT (der.), Economica, Paris, 1999, s.437 vd.

Fabre, Clarisse; Fassin, Éric, *Liberté, Égalité, Sexualités. Actualité politique des questions sexuelles. Entretiens*, Éditions 10/18, 2004.

Fassin, Éric, “Famille”, in *Dictionnaire de l’homophobie*, Louis-Georges TIN (der.), PUF, Paris, 2003, s.278-279.

Ferry, Luc, “Préface”, in *L’homoparentalité. Réflexions sur le mariage et l’adoption*, Conseil d’analyse de la société, note n° 6 - février 2007, La documentation française, Paris, s.5-12.

Folscheid, Dominique; Wunenburger, Jean-Jacques, “La vie commençante”, in *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, Dominique FOLSCHEID, Brigitte FEUILLET-LE MINTER, Jean-François MATTEI (der.), PUF, Paris, 1997, s.195 vd.

Goethe, Johann Wolfgang von, *Maximes et Réflexions*, P. Deshusses (çev.), Editions Payot & Rivage, Paris, 2001.

Hauser, Jean, “Le droit à une vie familiale: quelles conséquences quant à la conception de la famille ?”, in *Le droit à une vie familiale*, Jean-Jacques LEMOULAND, Monique LUBY (der.), Dalloz, Paris, 2007, s.87 vd.

Marguénaud, Jean-Pierre, “La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Le droit de la famille à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme*, Frédéric KRENC, Michel PUÉCHAVY (der.), Bruylant/Nemesis, Bruxelles, 2008, s.15-28.

Radačić, Ivana, “The margin of appreciation, consensus, morality and the rights of the vulnerable groups”, *Zb. Prav. fak. Rij.* (1991) v. 31, br. 1, (2010), s.599-616.

Reid, Karen, *A practitioner’s guide to the European Convention on Human Rights*, 3. baskı, Sweet & Maxwell, London, 2008.

Renchon, Jean-Louis, “Considérations en forme de conclusions à propos de l’œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Le droit de la famille à l’épreuve de la Convention européenne des droits de l’homme*, Frédéric KRENC, Michel PUÉCHAVY (der.), Bruylant/Nemesis, Bruxelles, 2008, s.145-168.

Ropers, Christine, “Reste-t-il un ordre public familial ?”, in *Les évolutions du droit (Contractualisation et procéduralisation)*, Christian PIGACHE (der.), Publications de l’Université de Rouen, Rouen, 2004, s.89-104.

Sudre, Frédéric, “Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, s.694-701.

Thompson, Caroline, “L’homoparentalité: enjeux psychologiques”, in *L’homoparentalité. Réflexions sur le mariage et l’adoption*, Conseil d’analyse de la société, note n° 6 - février 2007, La documentation française, Paris, s.27-42.