



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

## Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İçtihatı Hakkında Rehber

---

### LGBTİ hakları

31 Aralık 2021'de güncellendi.

Hukuk Müşavirliği bölümü tarafından hazırlanmıştır. Mahkeme açısından bağlayıcı değildir.

Bu rehberin bir bölümünü veya tamamını basılı veya elektronik yayın olarak tercüme etmek ve/veya çoğaltmak isteyen yayıncıların ve örgütlerin, izin sürecine ilişkin bilgi almak için [publishing@echr.coe.int](mailto:publishing@echr.coe.int) ile iletişime geçmeleri rica edilir.

İçtihat rehberlerinden hangilerinin tercüme edilmekte olduğunu öğrenmek isterseniz lütfen [Beklenen çeviriler](#) sayfasına bakınız.

Bu rehber esasen Fransızca hazırlanmıştır. Düzenli olarak güncellenecek olup en son 31 Aralık 2021’de güncellenmiştir. Editöryel değişikliklere tabii olabilir.

Bu rehber, Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin onayı ile yayımlanmış olup çeviri yapan Sosyal Politika, Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği (SPoD)’nin yegâne sorumluluğundadır.

İçtihat Rehberlerini <http://www.ECHR.coe.int> adresinden indirebilirsiniz (İçtihat- İçtihat analizi- İçtihat rehberleri). Yayın güncellemeleri için lütfen Mahkemenin Twitter hesabını takip ediniz: [https://twitter.com/ECHR\\_CEDH](https://twitter.com/ECHR_CEDH).

© Avrupa Konseyi / Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2021

## İçindekiler

<b>İçindekiler</b> .....	<b>3</b>
<b>Okurlara not</b> .....	<b>5</b>
<b>Çeviri notu</b> .....	<b>5</b>
<b>Giriş</b> .....	<b>6</b>
<b>I. Kötü muamele kapsamındaki yükümlülükler</b> .....	<b>7</b>
A. İlgili eşik.....	7
B. Kötü muameleye karşı koruma ve ilgilileri soruşturma ve cezalandırmaya ilişkin genel yükümlülükler .....	8
C. Nefret saikli şiddeti önleme ve ayrımcı saikleri soruşturmaya yönelik yükümlülük.....	9
D. Göç bağlamında yükümlülükler .....	12
1. Geri göndermeme .....	12
a. Tehlike .....	13
b. Güvenilirlik .....	13
c. Çözümlemiş davalar .....	14
d. Tutulma .....	15
<b>II. Özel hayat ve aile hayatı hususları</b> .....	<b>16</b>
A. Genel hususlar .....	16
1. Özel hayat ve aile hayatı kavramları .....	16
2. Negatif ve pozitif yükümlülükler.....	17
3. Takdir marjı ve konsensüs.....	18
B. Ana konular.....	20
1. Translara ilişkin hususlar.....	20
a. Operasyon .....	20
b. Cinsiyetin tanınması (ör. Yasal belgelerde cinsiyet hanesinin değiştirilmesi) .....	21
c. Tıbbi harcamalar.....	22
2. Evlilik .....	23
3. Medeni birliktelik.....	24
4. Ebeveynlik hususları .....	25
<b>III. İfade ve örgütlenme özgürlüğü</b> .....	<b>27</b>
A. İfade özgürlüğü .....	27
1. İtibar .....	27
2. Nefret söylemi .....	28
3. Eşcinsellikle ilgili dayatılmış sessizlik ve yasal kısıtlamalar .....	29
B. Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü .....	30
1. Kayıtlar .....	30
2. Gösteriler.....	31
i. Negatif yükümlülükler .....	31
ii. Pozitif yükümlülükler.....	32
<b>IV. Ayrımcılık</b> .....	<b>34</b>

A. Genel hususlar .....	34
1. Karşılaştırılabilir durumlar .....	34
2. Meşru amaçlar ve gerekçeler .....	35
3. Takdir marjı .....	35
B. İçtihat örnekleri .....	36
1. Samimi ilişkiler .....	36
2. Medeni birliktelikler ve evlilik .....	36
3. Evlat edinme .....	37
4. Çocuğun velayeti, erişim ve çocuklarla ilgili diğer konular .....	39
5. Sosyal haklar .....	40
6. Oturum izni .....	40
7. 14. Madde kapsamındaki pozitif yükümlülükler .....	41
8. Toplanma, örgütlenme ve ifade .....	42
<b>Atıf yapılan davaların listesi .....</b>	<b>44</b>

## Okurlara not

Bu Rehber, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (bundan sonra “Mahkeme”, “Avrupa Mahkemesi” veya “Strazburg Mahkemesi” olarak anılacaktır.) temel hüküm ve kararları ile ilgili hukukçuları bilgilendirmek amacıyla yayımladığı İçtihat Rehberleri serisinin bir parçasıdır.

Özel olarak bu Rehber, LGBTİ haklarına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (bundan sonra “Sözleşme” ya da “Avrupa Sözleşmesi”) içtihatını farklı maddelerin altında özetler ve analiz eder. Sistematik bir şekilde atıf yapılan maddeler içtihat rehberleriyle birlikte okunmalıdır.

Atıf yapılan içtihat, en önemli, başlıca ve/veya yakın tarihli hükümler ve kararlar arasından seçilmiştir.\*

Mahkemenin hükümleri ve kararları, yalnızca Mahkeme önüne gelen davalar hakkında karar verilmesine değil, daha genel olarak Sözleşmenin tayin ettiği kuralları açıklamaya, korumaya ve geliştirmeye de hizmet eder. Böylece, Devletlerin, Sözleşmeye Taraf Devletler olarak üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerine de katkı sağlar (*İrlanda / Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978, § 154, ve yakın zamanda, *Jeronovičs v. Litvanya* [BD], no. 44898/10, § 109, 5 Temmuz 2016).

Bu nedenle, Sözleşme tarafından kurulan sistemin misyonu, genel çıkar çerçevesinde, kamu politikası meselelerini belirlemek, böylece insan haklarının korunma standartlarını yükseltmek ve Sözleşme Devletleri topluluğu içerisinde insan hakları hukukunu yaygınlaştırmaktır (*Konstantin Markin v. Rusya* [BD], 30078/06, § 89, AİHM 2012). Nitekim Mahkeme, Sözleşmenin rolünü insan hakları alanında “Avrupa kamu düzeninin anayasal bir aracı” olarak vurgulamıştır (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda* [BD], no. 45036/98, § 156, AİHM 2005-VI).

## Çeviri notu

Giriş kısmında da belirtildiği üzere LGBTİ+ haklarına ilişkin terminoloji her geçen gün gelişerek daha kapsayıcı bir hale gelmektedir. Çeviri yapılırken Rehber’in aslına sadık kalmak adına kimi yerlerde ‘LGBT’ veya ‘LGBTİ’; ‘eşcinsel’ veya ‘homoseksüel’; ‘trans’ veya ‘transeksüel’; ‘cinsiyet uyum süreci’ veya ‘cinsiyet geçişi-değişimi’; ‘aynı cinsiyet’ veya ‘farklı cinsiyet’ kavramlarının birlikte kullanılmasının sebebi hem atıf yapılan kararlarda da bu terimlerin geçmesi hem de yıllar içerisinde LGBTİ+ haklarına dair gelişen ve değişen dili de göstermesidir. Bunun yanında çoğu terim mümkün olduğunca LGBTİ+ hareketin güncel olarak üstünde ortaklaştığı şekilde Türkçe’ye çevrilmiştir. Türkçe ’ye kazandırdığımız bu Rehber’in LGBTİ+ haklarına dair çalışan başta hukukçular olmak üzere bütün insan hakları aktörlerine faydalı ve verimli olmasını dileriz.

Gökkuşağının altında adil, eşit, özgür bir dünya!

---

\* Atıf yapılan içtihat, Mahkemenin ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun resmi dillerinden (İngilizce veya Fransızca) biri veya her ikisinde yazılmış olabilir. Aksi belirtilmediği sürece bütün atıflar, Mahkemenin bir Dairesinin verdiği esasa ilişkin karara yapılmıştır. “(kar.)” kısaltması Mahkemenin kararını, “[BD]” ise davanın Büyük Daire tarafından görüldüğünü ifade eder. Bu güncelleme paylaşıldığında henüz kesinleşmeyen Büyük Daire kararları yıldız (\*) ile işaretlenmiştir.

## Giriş

1. Sözleşme günümüz koşullarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir araçtır (*E.B. v. Fransa* [BD], 2008, § 92; *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* [BD], 2002, §§ 74-75). Bu durum Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İnterseks (LGBTİ) kişiler tarafından Mahkeme önüne getirilen iddialar doğrultusunda yıllar içinde gelişen Mahkeme içtihatı açısından özellikle önemlidir. LGBTİ'ler Mahkeme önüne Sözleşme'nin birçok farklı maddesi altında davalar getirmiş ve bu durum Mahkeme'ye Sözleşme kapsamındaki hakların niteliği ve kapsamı ile yerel makamların bu konudaki görevlerini belirleme şansı vermiştir.
2. Bu rehber, Mahkeme'nin LGBTİ'lere ilişkin içtihatına yönelik bir genel bakış imkânı sunmaktadır. Rehberin yapısı, Mahkeme önünde konu edilen farklı haklara ilişkin prensip ve güncel konuları en uygun şekilde LGBTİ bağlamında sunmaktadır.
3. İchtihatla birlikte, terminoloji de kendini geliştirmektedir. Mahkeme tarafından bazı yargılamalarda kullanılan terminoloji, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği veya ifadesi ve cinsiyet özellikleri bakımından insan hakları alanında sosyal ve dilbilim yönündeki gelişmeleri güncel olarak yansıtmayabilir. Ancak, bu kılavuzda kullanılan terminoloji, kılavuzun atıfta bulunduğu yargılama veya kararda kullanılan terminoloji ile aynıdır.

## I. Kötü muamele kapsamındaki yükümlülükler

### Sözleşme'nin 3. Maddesi

"Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

### Sözleşme'nin 5. Maddesi

"1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

(a) Kişinin yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

(b) Kişinin bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

(c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğunu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

(d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

(e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

(f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması.

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir."

### Sözleşme'nin 14. Maddesi

"Bu Sözleşme 'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."

## A. İlgili eşik

4. Mahkeme içtihatına göre, kötü muamele için 3. Madde kapsamında bir değerlendirme yapıp ilgili yükümlülüklerden bahsedilebilmesi için asgari seviyede bir zararın ortaya çıkması gerekir. Bu asgari seviyenin değerlendirilmesi her ne kadar göreceli olsa da, dosyanın tüm şartları, örneğin muamelenin doğası ve durumu, süresi, fiziksel ve psikolojik etkileri ve bazı durumlarda cinsiyet, yaş ve mağdurun

sağlığı gibi durumlar, (*Stasi v. Fransa*, 2011, § 75) kararında belirtildiği gibi, dikkate alınır. Bununla birlikte kamu görevlisi tarafından uygulanan fiziksel şiddet, eğer kişinin davranışları sebebiyle kesinlikle gerekli değilse, aynı şekilde Sözleşme'nin 3. Maddesi kapsamında değerlendirilerek Sözleşmeyi ihlal etmektedir (*Bouyid v. Belçika* [BD], 2015, § 101). Buna ek olarak, 3. Madde yalnızca fiziksel kötü muameleyle sınırlı tutulamaz, aynı zamanda psikolojik zulmü de kapsar. Bu nedenle muamele, mağdurlarda korku, ıstırap ve küçük düşürmeye sebep olursa bu durum aşağılayıcı muamele olarak da değerlendirilebilir (*Aghdgomelashvili ve Japaridze v. Gürcistan*, 2020, § 42).

5. Mahkeme, heteroseksüel çoğunluğun homoseksüel azınlığa karşı belirli önyargılara dayanan müdahalesinin ilkesel olarak 3. Madde kapsamında kalabileceğini dışlamamaktadır (*Smith ve Grady v. Birleşik Krallık*, 1999, § 121). Ancak Mahkeme *Smith ve Grady v. Birleşik Krallık*, 1999, §§ 122-123 kararında Savunma Bakanlığı'nın homoseksüellere karşı silahlı kuvvetler içerisindeki politikası sonucu başvuru sahiplerinin soruşturulması ve bunun sonucunda ordudan atılması durumunda 3. Madde kapsamındaki gerekli değerlendirme için asgari seviyede zararın oluşmadığını değerlendirmiştir. İşbu karara göre tek başına Sözleşme'nin 3. Maddesi veya birlikte Sözleşme'nin 14. Maddesi ihlal edilmemiştir. *Association ACCEPT ve Diğerleri v. Romanya*, 2021, § 56 kararında eşcinsel bir ailenin konu edildiği filmin gösterimi sırasında, karşı göstericilerin sayıca fazla olmalarına ve başvuru sahiplerini çevrelemelerine rağmen hiç bir fiziksel saldırının gerçekleşmemesi sebebiyle aynı yönde değerlendirmelere ulaşılmıştır. Mahkeme, sözlü tacizin, açıkça ayrımcı ve cinsel bir azınlığa karşı şiddet ve hoşgörüsüzlük örneği gösteren eylemler bağlamında gerçekleştirilmesine rağmen, 3. Maddeden söz edilmesi için korku, ıstırap veya aşağılanma duygularına neden olacak kadar şiddetli olmadığı kanaatine varmıştır. Mahkeme, böylesine bir davranışın 8. Madde kapsamında gerekli seviyeye ulaştığına karar vermiştir (*age*, § 68).

6. Aksine *Identoba ve Diğerleri v. Gürcistan*, 2015, §§ 70-71 kararında Mahkeme, başvuru sahiplerinin Tiflis'teki Uluslararası Homofobi Karşıtı Güne ilişkin yürüyüşte nefret söylemi ve saldırgan davranışların hedefi olarak saldırıya uğradıklarını kaydetmiştir. Başvuru sahiplerinin etrafı kendilerinden sayıca fazla ve öfkeli bir kalabalık tarafından çevrilmiş, sayısız ölüm tehditleri ve rastgele fiziksel saldırıya uğramaları tehditlerin gerçekliğini göstermiş ve açıkça homofobik önyargıların sebep olduğu bu durum başvuru sahiplerinin korku ve endişesini katlayarak arttırmıştır. Mahkeme, sözlü ve fiziksel bu saldırıların amacını başvuru sahiplerinin LGBT topluluğuna yönelik desteklerini açıkça ifade etmekten vazgeçmeleri için onları korkutmak olduğunu değerlendirmiştir. Mahkeme bu nedenle, başvuru sahiplerine yönelik muamelenin, onlarda insanlık onuruna saygıyla bağdaşmayan ve Sözleşme'nin 14. Maddesiyle bağlantılı olarak 3. Madde anlamında asgari eşige ulaşan korku, ıstırap ve güvensizlik duyguları uyandırdığını tespit etmiştir (Bkz. diğer örnekler, *Aghdgomelashvili ve Japaridze v. Gürcistan*, 2020, § 49; *M.C. ve A.C. v. Romanya*, 2016, § 119, *Women's Initiatives Supporting Group ve Diğerleri v. Gürcistan\**, 2021, §§ 60-61, her ikisi de aşağıda belirtilmiştir).

## B. Kötü muameleyle karşı koruma ve ilgilileri soruşturma ve cezalandırmaya ilişkin genel yükümlülükler

7. İlgili eşige ulaşıldığında birtakım yükümlülükler devreye girer. Yüksek Sözleşmeciler Tarafından Sözleşme'nin 1. Maddesi uyarınca, 3. Madde ile birlikte Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi yetki alanlarındaki herkes için güvence altına alma yükümlülüğü, Devletlerin kendi yetki alanlarındaki kişilerin kötü muameleyle, özel kişiler tarafından uygulanan da dahil olmak üzere (*M.C. ve A.C. v. Romanya*, 2016, § 109) maruz kalmamasına ilişkin gerekli önlemlerin alındığından emin olunmasını gerektirir. Bu yükümlülük aynı zamanda kişisel bütünlüğe karşı işlenen suçları caydırmak için etkili ceza hukuku hükümlerinin yürürlüğe konmasını ve bu ihlallerin kolluk kuvvetleri tarafından önlenmesi, bastırılması ve cezalandırılmasını içerir (*Stasi v. Fransa*, 2011, § 80).

8. Bu ayrıca kişiyi kötü muameleden koruma yükümlülüğünü de içerir. Örneğin tutukluların şikayetleri bağlamında Mahkeme'nin davanın koşullarına göre yetkililerin başvuru sahibinin hücre arkadaşları



tarafından kötü muameleye ya da bu riske maruz kalıp kalmadığını ve eğer öyleyse cezaevi yönetiminin sahip olduğu kamu gücü ölçüsünde bu riskleri ortadan kaldırmaya yönelik makul adımları atıp atmadığını ve başvuruçuyu bu istismardan koruyup korumadığını belirlemesi gerekir (*Premininy v. Rusya*, 2011, § 84). *Stasi v. Fransa*, 2011, §§ 89 ve 101 davası diğer tutuklular tarafından kötü muameleye maruz kalmış homoseksüel tutukluyla ilgilidir. Mahkeme, yürürlükteki ceza hukuku hükümlerinin başvuruçuya fiziksel zarara karşı etkili ve yeterli koruma sağladığını ve yetkililerin dikkatine sunulan bilgiler ışığında, başvuruçuyu korumak için tüm makul adımları attığını tespit etmiştir. (Başka bir hücreye nakledilmek, tek başına duş almasına izin verilmesi ve sistemli bir şekilde bir gardiyanın refakat etmesi gibi).

9. Ancak, risk altındaki başvuruçuyu koruyacak herhangi bir düzenleme uygun olmalıdır. Örneğin eşcinsel hükümlüyü diğer hükümlülerden korumak amacıyla 8 ay boyunca tamamen izolasyonda ve yetersiz koşullarda tutmak tek başına 3. Maddeyle birlikte 14. Maddeyi de ihlal etmiştir (*X v. Türkiye*, 2012, §§ 42-57). Mahkeme, fiziksel şiddet korkusunun başvuruçuyu korumak için belirli güvenlik önlemlerinin alınmasını gerekli kılmış olsa bile, bu tür korkuların başvuruçuyu diğer hükümlülerden tamamen izole eden bir önlemi haklı çıkarmak için yeterli olmadığına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, başvuruçunun hapisane hayatından tamamen dışlanmasına yönelik güvenlik önlemleri alma gerekçesinin başvuruçunun fiziksel sağlığını korumak için olduğuna ikna olmamıştır. Bu önlemin sebebi, başvuruçunun eşcinsel olmasıydı.

10. 3. Madde, koruma yükümlülüğü dışında ayrıca usul yükümlülüklerini de içerir. Bu pozitif yükümlülüklerin kapsamı kamu görevlilerinin karıştığı Sözleşme'ye aykırı kötü muameleye ilişkin davalar ile özel kişiler arasında şiddet uygulanan davalar arasında farklılık gösterse de usul yükümlülükleri benzerdir: yetkili makamların gerçeklerin ortaya çıkarılması ve sorumluların belirlenmesi ile -eğer mümkünse- cezalandırılmasına yönelik etkili soruşturma başlatma ve yürütme yükümlülüğünü içerir (*Sabalić v. Hırvatistan*, 2021, § 96).

## C. Nefret saikli şiddeti önleme ve ayrımcı saikleri soruşturmaya yönelik yükümlülük

11. Yetkili makamların nefret saikli şiddeti önlemeye yönelik özel bir yükümlülüğü vardır. Özellikle yerel makamlar *ilk bakışta* mağdurun cinsel yönelimi sebebiyle motive edildiği veya en azından bundan etkilendiği anlaşılan bir ihlalle karşılaştıklarında, bu durumu iç hukukta etkili ceza hükümlerini kullanarak olası bir homofobik nefret saldırısını tespit etmek ve eğer uygunsa sorumluları ölçülü şekilde cezalandırma yükümlülüğündedir (*Sabalić v. Hırvatistan*, 2021, § 105).

12. Yetkili makamların nefret saikli şiddeti önleme ve ayrımcı saik ile şiddet eylemi arasındaki olası bağlantıyı soruşturma yükümlülüğü, Sözleşme'nin 3. Maddesinin usule ilişkin yükümlülükler kapsamında düşünülse de aynı zamanda Sözleşme'nin 14. Maddesi kapsamında yerel makamların pozitif yükümlülüklerini 3. Madde altında korunan temel değer altında ayırım gözetmeksizin güvence altına almasıdır (*age*, § 91; *Identoba ve Diğerleri v. Gürcistan*, 2015, §§ 63-64; *M.C. ve A.C. v. Romanya* 2016, § 106; *Aghdgomelashvili ve Japaridze v. Gürcistan*, 2020, § 36, *Genderdoc-M ve M.D. v. Moldova Cumhuriyeti\**, 2021, § 34, and *Women's Initiatives Supporting Group ve Diğerleri v. Gürcistan\**, 2021, § 57, Aşağıda tartışıldığı gibi, Mahkeme Sözleşme'nin 14. Maddesi ile bağlantılı olarak 3. Madde kapsamında eş zamanlı incelemeye geçtiğinde <sup>1</sup>).

13. Mahkeme, yasa-uygulayıcı otoriteler tarafından sıkı bir yaklaşım gösterilmezse, önyargılardan kaynaklı suçların, kaçınılmaz bir şekilde bu kadar ileriye gitmeyen sıradan durumlarla eşit şekilde muamele edileceğine ve ortaya çıkan benzerliğin yasal haklardan feragat veya suç işlenmesine göz yummaya sebep olacağına karar vermiştir (*Identoba ve Diğerleri v. Gürcistan*, 2015, § 77, diğer referanslarla birlikte). Bu sebeple, Mahkemeye göre ayrımcılıktan kaynaklı şiddet ve zulme, ayrımcılık

<sup>1</sup> Ayrıca bkz. [14. Madde ve Ek 12 No'lu Protokol'ün 1. Maddesine İlişkin İchtihat Rehberi - Ayrımcılık yasağı](#).

kaynaklı olmayan şiddet ve zulme benzer şekilde müdahale etmek, temel haklara saldırı anlamına gelen olaylara göz yummak anlamına gelecektir. Ayrıca, böylesi bir ayırım yapmadan konuları ele almak Sözleşmenin 14. Maddesiyle uzlaşmayacak şekilde haksız müdahale durumunu ortaya çıkarabilir (*Aghdgomelashvili ve Japaridze v. Gürcistan*, 2020, § 44).

14. Davalı Devlet'in bir şiddet eylemi için olası ayrımcı saikleri soruşturma yükümlülüğü ancak elinden gelen gayreti en iyi şekilde gösterme yükümlülüğüdür ve mutlak değildir. Yetkili makamlar örneğin cinsel yönelime dayalı ayrımcı saikli şiddete ilişkin kanıtları toplamak ve muhafaza etmek, gerçeği ortaya çıkarmak için tüm yolları denemek ve şüpheli hususları atlamadan gerekçeli, tarafsız ve objektif kararlar vermek zorundadır (*Identoba ve Diğerleri v. Gürcistan*, 2015, § 67; *M.C. ve A.C. v. Romanya* 2016, § 113; *Aghdgomelashvili ve Japaridze v. Gürcistan*, 2020, § 38; *Genderdoc-M ve M.D. v. Moldova Cumhuriyeti\**, 2021, § 37, *Women's Initiatives Supporting Group ve Diğerleri v. Gürcistan\**, 2021, §).

15. Buna göre ayrımcı tutumların bir şiddet eylemine neden olduğuna dair bir şüphe varsa soruşturmanın, toplumun bu tür eylemleri sürekli olarak kınamasını kuvvetlendirecek ve yetkili makamların azınlıkları ayrımcı saikli şiddetten koruyacağına yönelik güvenlerini de göz önünde bulundurularak canlı ve tarafsız şekilde yürütülmesi özellikle önemlidir. Devlet, pozitif yükümlülüklerine uyum gereği bu gibi şiddet eylemi faillerine karşı iç hukuk sistemi aracılığıyla ceza hükümlerini uygulamak zorundadır (*Sabalić v. Hırvatistan*, 2021, § 95). Dahası, soruşturma gereği ulusal mahkemeler önünde dava açılırsa, yargılama aşaması bir bütün olarak duruşmalar da dahil olmak üzere Sözleşme'nin 3. Maddesi'nin gerekliliklerini sağlamak zorundadır (*M.C. ve A.C. v. Romanya*, 2016, § 112). Her ne kadar bütün kovuşturmaların mahkûmiyet ya da belirli bir cezayla sonuçlanmasına ilişkin mutlak bir yükümlülük olmasa da ulusal mahkemeler hiçbir koşulda fiziksel ve zihinsel bütünlüğe yönelik ciddi saldırıların cezasız kalmasına ya da ağır suçların hafif şekilde cezalandırılmasına hazırlanmamalıdır (*Sabalić v. Hırvatistan*, 2021, § 97).

16. Yukarıda açıklandığı üzere *Identoba ve Diğerleri v. Gürcistan*, 2015 kararında 3. Madde'nin ilgili eşliğine ulaşılmış, başvuruçular Uluslararası Homofobi Karştı Gün için yapılacak yürüyüşe yönelik homofobik ve transfobik saikli ve öngörülebilir saldırılara karşı yetkili makamları bilgilendirmiş ve polis koruması talep etmiştir. Mahkeme, Gürcistan'daki LGBT topluluğuna karşı toplumsal düşmanlığın bir tarihi olduğunu ve bu nedenle yetkili makamların bu kırılğan gruba yönelik herhangi bir kamusal etkinliğe dair riskleri bildiğini veya bilmesi gerektiğini sonuç olarak Devlet'in yüksek düzeyde koruma yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme Devlet'in bunu yapmakta başarısız olduğunu tespit etmiştir. Dahası geç kalınmış polis müdahalesi, barışçıl yürüyüşün devam etmesine izin vermek için saldırgan karşı protestocuları kontrol altına almak yerine, yönünü değiştirerek, tam da kendilerini korumak için oraya çağrıldıkları ve olayın mağduru olan başvuruçulara müdahale ederek, onları tutuklayıp yürüyüşten uzaklaştırmıştır (*age*, §§ 73-74). Yerel makamlar, yasalar bu konuda harekete geçmeye elverişli olmasına rağmen olası homofobik saiklerin etkili bir şekilde soruşturulması konusunda başarısız olmuştur (*age*, §§ 77-78). Böylesine anlamlı bir soruşturmanın eksikliği içerisinde, Mahkeme davalı Devlet'in gelecekteki barışçıl gösterilere ilişkin kolluk faaliyetini iyileştirmeye yönelikleri önlemleri uygulamasının zor olacağını ve bu durumun Devlet'in ayrımcılık karşıtı politikasına olan kamu güvenini sarsacağını değerlendirmiştir (*age*, § 80). Bu nedenle davalı Devlet Sözleşme'nin 14. Maddesi ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin 3. Madde (başvuruçuları korumak ve olayı soruşturmak bakımından) kapsamında pozitif yükümlülüklerini ihlal etmiştir.

17. Mahkeme *M.C. ve A.C. v. Romanya*, 2016, kararında aynı yönde belirlemelerle başvuruçuların Onur Yürüyüşü sonrası eve dönüş yolunda saldırıya uğraması sonrası ilgili eşliğe ulaşıldığını belirtmiştir. Mahkeme soruşturmaların oldukça uzun sürdüğünü, ciddi eksiklerin olduğunu ve olası ayrımcı saiklerin dikkate alınmadığını tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre, davalı Devlet'in LGBTİ topluluğuna karşı düşmanlık göz önüne alındığında, saldırıyı teşvik eden olası ayrımcı saiklere ilişkin etkili bir soruşturma yürütmesi gerekliliği kaçınılmazdır. Bu nedenle Sözleşme'nin 3. Maddesi (usul açısından) ile birlikte Sözleşme'nin 14. Maddesi ihlal edilmiştir.

18. Mahkeme *Aghdgomelashvili ve Japaridze v. Gürcistan* kararında polis tarafından LGBT derneğinin ofisinde gerçekleştirilen arama sırasındaki muamelenin 3. Madde eşğine ulaştığını ve homofobik ve/veya transfobik nefretin polis memurlarının davranışlarının önemli nedeni olduğunu belirtmiştir. Polis nefret söylemi içerisinde hakaret ederek, başvuruçuların gerçek ve/veya algılanan cinsel yönelimleri halka açıklamakla ve fiziksel şiddete başvurmakla tehdit ederek hem başvuruçuları hem de başvuruçuların meslektaşlarını aşağılamış ve küçük düşürmüştür. Ayrıca başvuruçular sonrasında nedensiz yere çıplak aramaya maruz bırakılmıştır. Bütün bunlara rağmen soruşturmaya ilişkin tek bir önlem alınmamış bu nedenle Mahkeme Sözleşme'nin 14. Maddesiyle<sup>2</sup> bağlantılı olarak Sözleşme'nin 3. Maddesinin hem maddi hem usul yönünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

19. *Sabalić v. Hırvatistan*, 2021 kararında, başvuruçucu cinsel yönelimini bir erkeğe açıkladıktan sonra yumruklanmış ve tekmelenmiştir. Polis huzur ve sükunu bozmaktan işlem başlatmış, bunun sonucu olarak fail nefret suçuna hiç değinilmeden gülünç bir şekilde 40 EUR para cezasına çarptırılmıştır. Mahkeme başvuruçuya karşı cinsel yönelimi nedeniyle gerçekleştirilen saldırıya ilişkin hafif suçlara yönelik etkisiz kovuşturmalar başlatılmasını ve bunun sonucu olarak ceza yargılamalarının (*aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz*) hatalı olarak sona ermesi nedeniyle yerel makamların Sözleşme kapsamındaki usul yükümlülüklerini eşit ve etkili şekilde yerine getirme konusunda başarısız olduğunu belirtmiştir. Yetkili makamların bu tür davranışları, özellikle temel haklara zarar veren nefret suçlarının cezasız kalmasıyla mücadele edilmesine aykırıdır. Bu nedenle Sözleşme'nin 14. Maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 3. Maddesi (usul açıdan) ihlal edilmiştir.

20. *Genderdoc-M and M.D. v. the Republic of Moldova\**, 2021 kararında Mahkeme ikinci başvuruçunun vücudunun çeşitli bölgelerine on kez vurulması da dahil olmak üzere sebepsiz saldırının, yetkililerin varlığını araştırmak zorunda olduğu homofobik imalar olmasa bile aşağılayıcı muamele olduğuna karar vermiştir. İkinci başvuruçucu yetkili makamlara şikâyette bulunduğu sırada (saldırının yaşandığı gün ve beyin sarsıntı yaşarken) özel olarak ayrımcılıktan bahsetmemiş ancak daha sonra saldırganın kendisini internet üzerindeki bir görüntüden tanıdığını ileri sürerek ve açıkça eşcinsel olduğunun bilinciyle “ibne” ve “pedofili” şeklinde bağırdığını iletmiştir. Buna rağmen savcı sadece tarafların ifadelerine ve adli tıp raporuna dayandığından yetkililer ikinci başvuruçuya yönelik kötü muamelenin nefret suçu olma olasılığını hiçbir zaman ciddi şekilde incelememiştir. Muhtemel tanıkların tespit edilip dinlenememesi, olay yeri incelemesinin yapılmaması ya da yaralanma fotoğraflarının dava dosyasına dahil edilmemesi de bu tavrı onaylamıştır. Dahası iç hukuk ve başvuruçunun maruz kaldığı hafif yaralanmalar dikkate alındığında ayrımcı saikin varlığı ya da yokluğu çok hafif idari yaptırımlar ile cezai yaptırımlar arasındaki farka işaret etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, yetkililerin saldırıyı soruşturma konusundaki usul yükümlülüklerini yerine getirmediğini tespit etmiştir.

21. 2021 tarihli *Women's Initiatives Supporting Group ve Diğerleri v. Gürcistan\** kararında ilgili başvuruçular ( başvuran STK çalışanı ya da LGBT topluluğu üye ya da destekçilerinden oluşan 27 Gürcü vatandaşı) 17 Mayıs 2013 Uluslararası Homofobi ve Transfobi Karşıtlığı Gününde yapılan yürüyüşe katılmış, bu gösteride topluca 20 dakikalık sessizlik eylemi yapmayı amaçlamışlar ancak gösteri karşıtlarınca yoğun bir endişe ve manevi zarara uğratıldıkları bir durumda bırakılmışlardır. Kendilerinden çok daha kalabalık bir kitle tarafından etrafları sarılarak, homofobinin kilit rol oynadığı fiziksel ve sözlü saldırıya uğramışlardır. Mahkeme, yerel otoritelerin 27 başvuruçunun maruz kaldığı nefret temelli kötü muamele için düzgün bir araştırma yürütmediğini ve Sözleşmenin 14. Maddesi ile (prosedürel bağ) 3. Maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir. İki ayrı ceza davası açılmasına rağmen hiçbir somut sonuç elde edilememiş olması nedeniyle yerel otoritelerin bağımsızlık ve tarafsızlığı sorgulanmıştır. Bu temdit otoritelerin homofobik/transfobik şiddeti araştırmalarındaki uzun geçmişe dayanan başarısızlıklarını açığa çıkarmıştır. Mahkeme ayrıca otoritelerin LGBT gösterilerine katılan kişileri kalabalıktan koruyacak uygun önlemleri almakta başarısız olması ve önceki yıllarda gerçekleşen

<sup>2</sup> Karşıt olarak *Lambdaistanbul LGBTI Dayanışma Derneği v. Türkiye* (Komite kararı), 2021, Mahkeme LGBTİ derneğinin ofisinde yapılan arama ve el koymaya ilişkin iddiaları 3. ve 14. Madde kapsamında açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

LGBT yürüyüşlerinin kötü idaresinden ders çıkarmaması nedeniyle, bu hükümlerin devamlı ihlalini tespit etmiştir. Artırılmış devlet koruması sağlama yükümlülüğüne rağmen yalnızca silahsız polis memurlarından oluşan bir kordon ve dağıtma planı ile önem alınması uygulamada kaosun çıkacağını kanıtlamıştır. Etkili önlemlerin alınmasındaki bu başarısızlık resmi olarak göz yumma ve hatta bireysel hatta bireysel taraf tutmaya etkin katılıma dair delillerle birleşmiştir. Buna ilaveten mahkeme, polis memurlarının, bir mahkûmu sakal tıraşı esnasında (tırışın kendi güvenliği için gerekli olduğu iddia edilmiştir) saldırgan ifadelere maruz bıraktığı ve bu eylemin cep telefonuna kaydettikleri, diğer başvurucaya LGBT toplumu ile bağı nedeniyle açıkça önyargılarını ifade ederek aşağıladıklarını tespit etmiştir.

## D. Göç bağlamında yükümlülükler<sup>3</sup>

### 1. Geri göndermeme

22. Sözleşme ve Protokollerinin birkaç hükmü açıkça “yabancıları” ilgilendirmekte ve sığınma hakkı içermemektedir. Genel kural olarak Devletlerin, yerleşik uluslararası hukuk ve buna ilişkin anlaşmalara dair yükümlülükleri kapsamında vatandaş olmayanların girişini, ikametini ve sınır dışı edilmesini kontrol hakkı vardır. 1989 tarihli *Soering v. the United Kingdom* davasında Mahkeme başvurucaunun iade edilmesinin, iadeyi gerçekleştiren Devlet hakkında Sözleşme'nin 3. Maddesi kapsamındaki sorumlulukların doğabileceğine ilk kez karar vermiştir. Mahkeme o zamandan beri sürekli olarak, Sözleşmeci Devlet tarafından bir yabancıнын sınır dışı edilmesinin 2. ve 3. Madde kapsamında bir sorun olarak görülebileceğini ve bu nedenle söz konusu kişi sınır dışı edilirse gittiği ülkede 2. Veya 3. Madde kapsamında gerçek bir riskle karşı karşıya kalacağına dair inandırıcı ve gerçekçi temellerin varlığı halinde Devlet'in Sözleşme kapsamındaki sorumluluğu doğacağını belirtmiştir.

23. Mahkeme tarafından 2. Ya da 3. Madde kapsamında incelenen sınır dışı davalarının büyük bir çoğunluğu, başvurucaunun kaçtığı ülkeye geri gönderilmesine ilişkin olsa da bu tür davalar başvurucaunun üçüncü bir ülkeye geri gönderilmesiyle bağlantılı olarak da ortaya çıkabilir.

24. Mahkeme yukarıda belirtilen yükümlülükleri cinsel yönelimi veya cinsiyet kimliği nedeniyle (Sözleşme'nin 2. veya 3. Maddesine aykırı muamele olarak) zulme uğrama riski altında olan LGBTİ'lerin menşei ülkelerine geri gönderilmeyebileceğine ilişkin bir zorunluluk olarak yorumlamıştır. Mahkeme, bir kişinin cinsel yöneliminin kimliğinin temel bir parçasını oluşturduğuna ve hiç kimsenin zulümden kaçınmak için cinsel yönelimini gizlemeye zorlanamayacağına karar vermiştir (*I.K. v. İsviçre* (kar.), 2017, § 24).

25. Özellikle bu konuya ilişkin olan *B ve C v. İsviçre* davası (eşcinsel birliktelik içerisindeki) gey bir adamın cinsel yönelimi nedeniyle kötü muamele kalma riski altında olacağı bir ülkeye (Gambiya) sınır dışı edilmesini ilgilendirir. Mahkeme, *I.K. v. İsviçre* (kar.), 2017, § 24 kararını doğrular nitelikte ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihatı ile Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliğinin (BMMYK) görüşleriyle tutarlı şekilde ilk başvurucaunun, doğruluğu tartışılmaz olan cinsel yöneliminin Gambiya'ya gönderilmesi halinde ortaya çıkabileceğini değerlendirmiştir. Mahkeme ilk kez başvurucaunun cinsel yönelimi nedeniyle kötü muamele görme riskiyle karşı karşıya kalacağı Avrupa dışı bir ülkeye geri gönderilmesinin Sözleşme'nin 3. Maddesini ihlal ettiğine karar verdi. Mahkeme özellikle ilk başvurucaunun cinsel yöneliminin Gambiyalı makamların ya da diğer kişilerin dikkatini çekmesinin muhtemel olmadığına ilişkin bir görüş benimseyen yerel mahkemelerin Devlet dışı aktörlerden gelebilecek saldırılara karşı Devlet korumasının varlığını ve Gambiya'da eşcinsel biri olarak ilk başvurucauya ilişkin kötü muamele risklerini yeterince değerlendirmedini belirtmiştir.

<sup>3</sup> Bkz. [İçtihat Rehberi- Göç](#).

26. Geri göndermemeye ilişkin genel ilkeler Mahkeme tarafından *J.K. ve Diğerleri v. İsveç* [BD], 2016, §§ 77-105 ve *F.G. v. İsveç* [BD], 2016, § 127 kararlarında özetlenmiştir. Ancak, LGBTİ bağlamında özellikle ilgili bazı noktalar aşağıda ele alınmaktadır.

### a. Tehlike

27. Sözleşme'nin 3. Maddesi kapsamında varış noktasındaki Devlet veya Devlet dışı (aile üyelerini içerir şekilde) aktörlerden kaynaklanabilecek kötü muamele riski "gerçek" olmalıdır. Gerçek riskin varlığına ilişkin yapılacak değerlendirme, başvurunun varış ülkesinin genel durumu ve kişinin kişisel koşulları ışığında geri gönderilmenin öngörülebilir sonuçlarına odaklanmalıdır. Örneğin, *B ve C v. İsviçre*, 2020, §§ 60-62 kararında Mahkeme Devlet dışı aktörlerden (başvurucunun aile üyeleri dışında) kaynaklanan riskin gerçek olabileceğini ve dolayısıyla koruma gerektireceğini ancak bunun aile kaynaklı kötü muamele riskiyle aynı olmadığını kabul etmiştir.

28. Eşcinsel davranışları kriminalize eden ve yasaklayan mevzuat nedeniyle, Devlet tarafından kötü muameleyle ilişkin böylesine bir riskin gerçek kabul edilebilmesi için mevzuatın aynı zamanda aktif olarak da uygulanması gerekir. Bu durum genellikle böyle değildir (Senegal'e gönderilmeye ilişkin *B ve C v. İsviçre*, 2020, § 59; *A.N. v. Fransa* (kar.), 2016; İran'a gönderilmeye ilişkin *F. v. Birleşik Krallık* (kar.), 2004; *I.I.N. v. Hollanda* (kar.), 2004).

29. Ayrıca Mahkeme göçmen başvurunun kendisini kişisel olarak kötü muameleyle karşı kırılgan hale getirecek özel koşulları göstermesini istemektedir. Bu özel koşullar, varış ülkesinde daha önce yaşanmış (ideal olarak tıbbi delillerle desteklenen) kötü muameleyle yönelik bilgilerle, yabancı Devletler tarafından daha önce verilmiş mülteci statüleriyle, BMMYK tarafından yapılan değerlendirmelerle gösterilebileceği gibi ayrıca benzer durumdaki kişilere yönelik mevcut sistematik zulme ilişkin delillerle de gösterilebilir. Bir kişi eğer sistematik olarak kötü muameleyle maruz kalan bir grup içerisinde olduğunu iddia ederse, 3. Madde'nin koruması ancak kişinin ait olduğu gruba yönelik kötü muameleyle dair ciddi nedenlerin varlığını kanıtlaması halinde devreye girecektir. Bu durumda Mahkeme, 3. Madde tarafından verilen korumanın ortadan kalkacağını düşünürse daha fazla ayrımcı özelliği göstermesini istemekte ısrar etmeyecektir. Bu, başvuru nezdinde ve varış ülkesindeki benzer grupların durumuna ilişkin bilgilerle değerlendirilecektir (*J.K. ve Diğerleri v. İsveç*[BD], 2016, §§ 103-105). Örneğin, 2017'de *I.K. v. İsviçre* (kar.) duruşmasında, Sierra Leone'da yasalar eşcinselliği yasaklamış ve 10 yıldan müebbet hapse kadar cezaya tabi tutmuş olsa da pratikte bu yasa işleme konulmamakta ve başvuru kendisine dair yakalama emri olduğunu gösteren bir durumla karşı karşıya kalmamıştır: bu yüzden ne genel ne de kişisel bir risk söz konusu değildir.

30. Yukarıda belirtildiği üzere, zulüm aile üyeleriyle sınırlı olmaksızın Devlet dışı aktörler tarafından da gerçekleştirilebilir. Kötü muamele riskinin Devlet dışı aktörlerden kaynaklandığı sınır dışı etme davalarında 3. Madde kapsamındaki ispat yükünün dağılımı şöyledir: başvurunun kişisel durumuna ilişkin (bu Rehber bakımından cinsel yönelimi) ispat yükümlülüğü kendisine aittir, ancak yetkililer *re 'sen* menşei ülkenin Devlet dışı aktörlerden kaynaklanan kötü muameleyle yönelik Devlet koruması da dahil olmak üzere genel durumunu kanıtlamalıdır (örneğin *B ve C v. İsviçre*, 2020, §§ 61-62).

### b. Güvenilirlik

31. Sığınmacıların -kendilerini içinde buldukları özel durum sebebiyle- beyanları ve bunları destekleyen belgelerin inandırıcılığı incelenirken şüpheden yararlanmalarının sağlanması gerekir. Ancak beyanlarının doğruluğunu sorgulayabilecek güçlü bilgiler ortaya konulduğunda sığınmacı iddia edilen yanlışlıklar için tatmin edici bir açıklama yapmalıdır. Başvurucunun bazı ayrıntılara ilişkin açıklamaları bir şekilde mantıksız görünse bile Mahkeme, örneğin *J.K. ve Diğerleri v. İsveç* [BD], 2016, § 93 (Bir LGBTİ hakkında değildir) kararında bu durumun mutlaka başvurunun iddialarına yönelik genel inandırıcılığı azaltmayacağı kanaatinde dir.

32. Mahkeme, cinsel yönelime dayalı sığınma talebinde bulunulurken kesin gerçekleri ortaya koymanın zor olabileceğinin ve yerel makamların inandırıcılık değerlendirmesini BMMYK kılavuzları

doğrultusunda kişisel ve hassas bir şekilde yapması gerektiğinin farkındadır. Örneğin *I.K. v. İsviçre* (kar.), 2017, kararında Mahkeme başvurusunun cinselliğiyle ilgili iddialarına yönelik kendisine erkek görüşmecilerle muhatap olma fırsatı sunulduğunu not etmiştir.

33. İnandırıcılık değerlendirmesi titiz ve usulüne uygun şekilde yapıldığı zaman, başvuru Mahkemeyi aksi halde ikna etmek üzere elverişli bir yazılı delil sunmadığı müddetçe, Mahkeme başvurusu görmüş, duymuş ve bu nedenle davranışlarını değerlendirmede daha iyi bir durumda olan yerel makamların bulgularını takip edecektir. Örneğin *A.N. v. Fransa* (kar.), 2016 kararında başvuru (Senegalli) 16 yaşından beri eşcinsel olduğunu ancak yetkililerin baskısından, aile ve arkadaşlarının tepkisinden korktuğu için bunu gizlediğini iddia etmiştir. Başvuru manken olmuş ve bir erkekle uzun süreli gizli bir ilişkiye başlamış ancak daha sonra kendisine şantaj yapan ve sessiz kalması için para isteyen üçüncü bir kişi tarafından yakalanmıştır. Başvurusunun partneri çalışmaya devam edemeyecek kadar hastalanınca ve çift artık parayı ödeyemez duruma geldikten sonra başvuru parayı toparlayabilmek için seks işçiliğine başlamıştır. Başvurucuya göre üçüncü kişi en sonunda başvurusunun ailesine haber vermiş ve ailesi başvurucuya fiziksel şiddet uygulamıştır. Hastaneden taburcu olurken ailesinin kendisini katledeceğini duymuş ve yetkililerin hareketlerinden de korkarak Fransa'ya uçmuştur. Başvuru ancak polis tarafından yakalandıktan ve hakkında sınır dışı edilme kararı alındıktan sonra, sığınma başvurusunda bulunmuş ve bu başvuru, yerel makamlar tarafından hikayesinin tutarsız ve basmakalıp olduğu, Dakar'daki eşcinsel hayata ilişkin bilgisi olmadığı, beyanlarının belirsiz olduğu ve sunduğu belgelerin çok az kanıt değeri taşıdığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkeme de yerel makamlar gibi başvurusunun iddialarının inandırıcı olmadığına karar vermiştir.

34. Dolayısıyla inandırıcılığa dair yapılacak değerlendirmede ele alınması gereken durumlardan biri de iddiaların zamanında yapılmış olmasıdır: Örneğin *M.K.N. v. İsveç*, 2013 kararında başvuru ilk olarak, Hristiyan inançları nedeniyle zulüm gördüğü için Musul (Irak)'u terk etmek zorunda kaldığını iddia etmiştir. Başvuru daha sonra eşcinsel bir ilişki içinde olduğunu ve Mücahitler partnerini öldürdüğü için zulüm riski altında olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme 3. Maddeye yönelik bir ihlal bulmamış *bununla birlikte* başvurusunun -daha sonraki bir aşamada yapılan- eşcinsel ilişkiye yönelik iddialarının hem yerel makamların hem de Mahkemenin önünde bu tür iddialarda bulunmadaki gecikmeye ilişkin makul bir açıklama yapılmadığından inandırıcı olmadığını belirtmiştir. Dahası başvuru eşi ve çocuklarıyla birlikte yaşama niyetini de ifade etmiştir.

### c. Çözümlemiş davalar

35. Eşcinsel oldukları için zulme uğrama korkusuna dayanan sığınma davalarının birkaçı davalı Devletlerin başvuruçulara bir tür koruma sağlamayı tercih etmeleri sebebiyle Mahkeme'nin kaydından düşürüldüğü belirtilmelidir<sup>4</sup>. *M.E. v. Sweden* [BD], 2015 kararında başvuru, aile birleşimine başvurmak için Libya'ya geri dönmeye zorlanması durumunda öncelikle eşcinselliği yüzünden, fakat aynı zamanda daha önce silah kaçakçılığından tutuklanması sebebiyle Libya askeri makamlarıyla yaşadığı problemler yüzünden de zulüm ve kötü muamele riski altında olacağını belirtmiştir. Kayıttan düşme kararında Mahkeme yerel makamlar tarafından başvurucuya oturma izni verildiğini ve bu sebeple sınır dışı kararının iptal edildiğini belirtmiştir. Böylece olası bir 3. Madde ihlali engellenmiş ve

<sup>4</sup> Başvurucuya sığınma hakkı verildiğine ilişkin *A.S.B. v. Hollanda* (Komite kararı), 2012; Başvurusunun sürekli ve yenilenebilir oturma izni almasına ilişkin *A.E. v. Finlandiya* (Komite kararı), 2015; İran'a sınır dışı etme kararının zamanlaşımına uğradığı için artık icra edilebilir olmadığı ve başvurusunun yeni bir iltica sürecine başladığına ilişkin *A.T. v. İsveç* (Komite kararı), 2017. Yeni inceleme başvurusunun cinsel yönelimi nedeniyle İran'da zulme uğrama riskiyle karşı karşıya kalacağına ilişkin beyanı da dahil olmak üzere başvuru tarafından sunulan sığınma gerekçelerinin esasları üzerinde tam bir değerlendirme yapılmasını gerektirdi; Başvurusunun eşcinselliği nedeniyle Senegal'e geri gönderilmesine dair iddiaların olağan kanun yolu yargılaması sırasında incelenip askıya alınmasına ilişkin *E.S. v. İspanya* (Komite kararı), 2017, (kısmen kayıttan düşürme ve kısmen kabul edilemezlik); ve başvurusunun Rusya'yı gönüllü olarak terk edip Almanya'da mülteci statüsü kazanmayı kabul etmesine ilişkin *Nurmatov (Ali Feruz) v. Rusya* (Komite kararı), 2018, (kısmen kayıttan düşürme ve kısmen kabul edilemezlik).

dava yerel makamlar önünde çözülmüştür. Mahkeme eşcinsellerin haklarına ve bu hakların Avrupa'nın tamamındaki sığınma davalarında nasıl değerlendirileceğine ilişkin esaslı öneme sahip sorunları gündeme getirdiği iddiasıyla davanın incelenmeye devam etmesi talebini kabul etmedi<sup>5</sup>.

#### d. Tutulma

36. LGBTİ sığınmacılar bağlamında tutulma mekânı ve koşulları Sözleşme'nin bir diğer maddesi olan-sınırlı sayıdaki durumda tutulmaya izin veren<sup>6</sup> - 5. Maddesi ve/veya Sözleşme'nin 3. Maddesine uygun olmalıdır. Uygulamada bu durum genel olarak bir LGBTİ'nin sığınma başvurusunun değerlendirilmesini ya da başvuru reddedildiyse sınır dışı edilmeyi beklemesiyle ilgilidir (5. Madde § 1 (f)). Bu ayrıca göçmenlik davaları bakımından yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün (5.Madde § 1 (b)), yerine getirilmesi bağlamında da olabilir. Örneğin, *O.M. v. Hungary*, 2016, §§ 53-54, Madde 5 § 1 (b) altında ele alınan davada, yetkililer, bireyselleştirilmiş değerlendirme veya kırılğan bireyleri -örneğin başvuru gibi LGBTİ'ler- haksız yere tutma kararı verdiklerinde, gözaltındaki diğer kişilerin yanında tutulmalarının güvenli olup olmadığını değerlendirme konusunda başarısız olmuşlardır. Bu sebeple, İran'da cinsel bir azınlığa mensup olmayı hiçbir şekilde göz önünde bulundurmayan, yerel otoritelerin kararları, Mahkemenin başvuruçunun göz altına alınmasının keyfi olmanın eşliğinde ve Sözleşmenin 5. Maddesini ihlal ettiğine dair karar almasına katkı sunmuştur.

---

<sup>5</sup> Ayrıca bkz. Başvuruçunun Birleşik Krallık'ta sığınma başvurusunun reddine dair Sözleşme'nin 3. Maddesi altındaki şikayetlerine ilişkin *S.A.C. v. Birleşik Krallık* (Komite kararı), 2019. Başvuruçucu özellikle gey/biseksüel bir erkek olarak Bangladeş'e döndüğünde ciddi ve geri dönülemez bir zarar görme riskiyle karşı karşıya olduğunu iddia etmiştir. Başvuru, sığınma ve insan hakları talebinin yeniden gözden geçirilmesi de dahil olmak üzere başvuruçunun Hükümetle bir anlaşmaya vararak başvurusunu geri çekme isteği ardından kayıttan düşürülmüştür.

<sup>6</sup> Bkz. [5. Madde Rehberi – Özgürlük ve güvenlik hakkı](#)

## II. Özel hayat ve aile hayatı hususları<sup>7</sup>

### Sözleşme'nin 6. Maddesi

“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar konusunda ... bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından ... görülmesini isteme hakkına sahiptir ...”

### Sözleşme'nin 8. Maddesi

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlemenin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

### Sözleşme'nin 12. Maddesi

“Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.”

## A. Genel hususlar

### 1. Özel hayat ve aile hayatı kavramları

37. LGBTİ'ler tarafından Mahkeme önüne taşınan şikayetlerin büyük bir kısmı Sözleşmenin özel hayat, aile hayatı ya da her ikisine dair 8. Maddesiyle ilgilidir.

38. Mahkeme “özel hayat” kavramının geniş bir terim olduğu, kapsamlı bir tanımlama yapmaya müsait olmadığına hükmetmiştir. Kişinin, cinsel hayatı dahil fiziki ve psikolojik bütünlüğünü kapsar (*X ve Y v. Hollanda*, 1985, § 22). Bazı durumlarda bireyin fiziksel ve sosyal kimliği boyutlarını da kapsayabilir (*Y.Y v. Türkiye* 2015, § 56). Cinsiyet kimliği, cinsel yönelim, cinsel hayat ve isim gibi unsurlar 8. Madde tarafından koruma altına olan kişisel alan kapsamındadır (*Sousa Goucha v. Portekiz* 2016, § 27; *B. v. Fransa*, 1992, § 63; *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, 1981, § 41; *Beizaras ve Levickas v. Litvanya*, 2020, § 109; *Smith ve Grady v. Birleşik Krallık* 1999, § 71). 8. Madde ayrıca kişisel gelişim hakkı, diğer bireyler ve dış dünya ile ilişki kurma ve sürdürme hakkını da korumaktadır (*Schlumpf v. İsviçre*, 2009, § 77).

39. Aile hayatı kavramı özerk bir mefhumdur. Dolayısı ile “aile hayatının” var olup olmaması esasen gerçekte yakın kişisel bağların varlığına bağlı meseledir. Bu nedenle Mahkeme fiili aile bağlarına bakacaktır. Örneğin Mahkeme, cinsiyet uyum operasyonu geçirmiş trans erkeğin, eşlerin birlikte başvurmasını gerektiren; donörden alınan spermle yapay dölllenme prosedürü (AID) neticesinde çocuğu olan kadın ile olan yaşantısını aile hayatı olarak kabul etmiştir. Bu durumlarda Mahkeme üç başvurucu için fiili aile bağlarını kabul etmiştir (*X, Y ve Z v. Birleşik Krallık*, 1997, § 37). Birlikte yaşayan, medeni birliktelik kurmuş iki kadın ve birinin yardımıyla üreme yolu ile dünyaya getirdiği ancak müştereken büyüttükleri çocuk arasındaki bağ da Sözleşmenin 8. Maddesi uyarınca “aile hayatı” olarak kabul edilmiştir (*Gas ve Dubois v. Fransa* (kar.), 2010). İçlerinden birinin sahip olduğu ve çiftin beraber yetiştirdikleri çocuk ile olan ilişkiye de aynı kural uygulanmıştır (*X ve Diğerleri v. Avusturya*) [BD], 2013, § 96; *Boeckel ve Gessner-Boeckel v. Almanya* (kar.), 2013, § 27). Mahkeme ayrıca çiftin ilişkisi sona ermiş olsa dahi biyolojik olmayan “ebeveyn” (ya da “kardeş”) ve çocuğun devam eden ilişkisini bu bağlamda kabul ederek aile hayatının devam ettiğini kabul etmiştir (*Honner v. Fransa*, 2020, § 51).

<sup>7</sup> Genel prensiplerin detay ve uygulamaları için bkz.: [8.Madde Rehberi- Özel hayat, aile hayatı, konut ve yazışmalara saygı hakkı](#).



Mahkeme, daha yakın tarihli bir kararında İzlanda'da yaşayan eşcinsel çiftin, Amerika Birleşik Devletleri'nde taşıyıcı gebelik yolu ile dünyaya gelen, diğer başvuruçularla biyolojik bağı bulunmayan çocuğun (dosyanın üçüncü başvuruçusu) ebeveyni olma taleplerini, tarafların dört yılı aşkın bir süredir (yani üçüncü başvuruçusu olan çocuğun tüm yaşantısı boyunca) koruyucu ebeveynlik yöntemi ile kurdukları bağı aile hayatını teşkil ettiğine karar vermiş ve tarafların çocuğun ebeveyni olduğuna hükmetmiştir (*Valdís Fjölisdóttir ve Diğerleri v. İzlanda*, 2021, §§ 58-62).

40. Bazı durumlar hem aile hayatı hem de özel hayat kavramına dahil olabilmektedir. Örneğin eşcinsel çiftin istikrarlı ilişkisi, fiili birliktelikleri birlikte yaşayıp yaşamadıklarına bakılmaksızın aynen heteroseksüel çiftin ilişkisinde olduğu gibi “özel hayat” ve “aile hayatı” kavramları kapsamındadır (*Schalk ve Kopf v. Avusturya*, 2010, § 95; *Vallianatos ve Diğerleri v. Yunanistan* [BD], 2013, § 73; *Oliari ve Diğerleri v. İtalya*, 2015, § 103). Benzer şekilde bu durum, ABD'de taşıyıcı annelik yoluyla dünyaya gelen, ancak İsrail'de müstakbel ebeveynleri (eşcinsel bir çift) ile birlikte yaşayan ve (Polonya'da) Polonyalı biyolojik babalarıyla yasal ebeveyn-çocuk ilişkilerinin tanınması ve soy yoluyla Polonya vatandaşlığı alınması reddedilmiş olan ikiz erkek kardeşin durumu da benzerlik göstermekte olduğundan hem özel hayat hem de aile hayatı kavramı kapsamına girebilirdi. Ancak, bu davanın somut koşullarında Mahkeme, ihtilaf konusu kararların başvuranların özel hayatı üzerinde yarattığı olumsuz etkinin, Madde kapsamında ortaya konacak bir meselenin ciddiyet eşliğini aşmaması nedeniyle Sözleşmenin 8. Maddesinin uygulanabilir olmadığına ve başvuranların Polonya'da yaşamamaları sebebiyle de aile hayatlarına saygı hakkına herhangi bir müdahalenin bulunmadığına karar vermiştir (*S.-H. v. Polonya*(kar.), 2021, § 66-76).

## 2. Negatif ve pozitif yükümlülükler

41. Mahkeme 8. Madde kapsamında LGBTİ'lerin özel ve/veya aile hayatlarına müdahaleye (negatif yükümlülükler) dair birçok dosya incelemiştir. Örneğin iki erkeğin, rızaya dayalı ve kendi özel hayatındaki homoseksüel eylemleri yasaklayan yasayı, başvuruçunun özel hayata saygı hakkına (ki bu özel hayatın en mahrem kısmını oluşturan cinsel hayatı da içerir) devamlı müdahale teşkil ettiğine hükmetmiştir (*Dudgeon v. Birleşik Krallık*, 1981, § 41; *Norris v. İrlanda*, 1998 § 38; *Modinos v. Kıbrıs*, 1993 § 24). Benzer şekilde, kendi özel hayatlarında ikiden fazla erkeğin rızaya dayalı cinsel eylemlerini yasaklayan ve bunun ihlaline ağır biçimde ahlaka aykırı eylemden ötürü mahkûmiyet öngören yasanın varlığı da özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil etmektedir (*A.D.T. v. Birleşik Krallık*, 2000 § 26).

42. Başvuruçunun özel ya da aile hayatına müdahalenin varlığına hükmedildiğinde, Mahkeme, Devletin negatif yükümlülüklerini belirlemek üzere müdahalenin “kanunla öngörülme” olup olmadığı ve “demokratik bir toplumda” gerekli olup olmadığını güdülen meşru amaç çerçevesinde inceleyecektir. Örneğin *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, 1981; *Norris v. İrlanda*, 1998; ve *Modinos v. Kıbrıs*, 1993 kararlarında, Mahkeme bu gerekliliklerin tamamının yerine getirilmemesi nedeniyle Sözleşmenin 8. Maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

43. 8. Maddenin esas amacı bireylerin kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerinden korunması olmakla beraber, Devletin 8. Maddeyle korunan haklara etkin olarak uyumun sağlanması için, belli pozitif yükümlülükler uyması da gerekli kılınabilir (*Hämäläinen v. Finlandiya* [BD], 2014, § 62). Bu yükümlülükler, ilişkilerin alanı bireylerin arasında kalsa dahi, özel ve aile hayatına saygının sağlanması amacıyla düzenlenen önlemlerin benimsenmesini de kapsayabilir (*Oliari ve Diğerleri v. İtalya*, 2015, § 159).

44. Devletin 8. Madde uyarınca pozitif ve negatif yükümlülüklerine dair sınırlar, kesin bir tanıma müsait olmamakla beraber, uygulanacak prensipler benzerdir. Böyle bir yükümlülüğün var olup olmadığına karar verirken genel çıkarlar ile bireyin çıkarları arasındaki adil denge vurgulanmalıdır: her iki durumda da Devlet belli bir takdir marjına sahiptir (*B. v. Fransa*, 1992, § 44; *Hämäläinen v. Finlandiya* [BD], 2014, § 67).

45. LGBTİ'lerin mahkemeye taşıdığı talepler bağlamında Mahkeme, transların operasyon öncesi dönemde özel hayatlarına dair hakların, özellikle değişen cinsiyetinin yasal olarak tanınması hakkının,

sağlanmasının pozitif yükümlülük olduğuna karar vermiştir. (*Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* [BD], 2002, §§ 71-93; *Grant v. Birleşik Krallık*, 2006, §§ 39-44; önceki tarihli kararlardan ayrı olarak örneğin *Rees v. Birleşik Krallık*, 1986; *Cossey v. Birleşik Krallık*, 1990; *Sheffield ve Horsham*, 1998). Aksine bir karar; başvuruçunun evli kalmaya devam ederek yeni cinsiyetinin yasal olarak tanınmasına olanak sağlayacak etkin ve erişilebilir prosedür sağlanması için pozitif yükümlülük bulunmaz (*Hämäläinen v. Finlandiya* [BD], 2014, § 88). İtalya'daki bir durumu değerlendirirken Mahkeme istikrarlı birlikteliği olan ya da başka ülkelerde evlenen eşcinsel çiftlerin, eşcinsel birlikteliklerinin korunması ve tanınmasını sağlayan yasal bir çerçevenin pozitif yükümlülük olduğuna karar vermiştir (*Oliari ve Diğerleri v. İtalya*, 2015, § 185; *Oliari ve Diğerleri v. İtalya*, 2017, § 210). Ancak böyle bir durum mevcut olduğunda, Sözleşmeye taraf olan Devlet yasalarınca eşcinsel evliliğe izin verilmediğinde, yurt dışında yapılan eşcinsel evliliğin ülkede evlilik olarak kayıt altına alınmasına dair bir pozitif yükümlülük bulunmamaktadır (*age.*, §§ 205-211).

### 3. Takdir marjı ve konsensüs

46. Devletlere tanınan takdir marjı kapsamı duruma, konuya ve konunun evveliyatına bağlı olarak değişmektedir (*Hämäläinen v. Finlandiya* [BD], 2014, § 109).

47. Mahkeme, eylemin esasen “özel” olduğu durumlarda, özel hayatın mahrem kısımlarına dair diğer dosyalarda uygulanabilir kabul ettiği, aynı dar takdir marjını benimser (*Dudgeon v. Birleşik Krallık*, 1981, § 52; *A.D.T. v. Birleşik Krallık* 2000, § 37 kararlarında olduğu gibi). Mahkeme böylece, bireyin varlığı ya da kimliğinin tehlikede olduğunu düşündüğü önemli durumlarda Devlete tanınan takdir marjı kısıtlamaktadır (*Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* [BD], 2002, § 90; *Orlandi ve Diğerleri v. İtalya*, 2017, § 203).

48. Avrupa Konseyi üye devletleri arasında, özellikle hassas, manevi ya da ahlaki hususlardan kaynaklı dosyalarda, tehlikede olan menfaatin önemi ya da onu korumanın en iyi yöntemine dair konsensüs olmadığı durumlarda, marj daha geniş olacaktır (*X, Y ve Z v. Birleşik Krallık*, 1997, § 44; *Fretté v. Fransa*, 2002, § 41; *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* [BD], 2002, § 85). Devletin, özel ve kamusal menfaatler ya da Sözleşmesel hakların yarıştığı durumlarda dengeyi sağlaması gerektiğinde, marjın genellikle daha geniş olacaktır (*Fretté v. Fransa*, 2002, § 42. Madde 9 bağlamında olmasına rağmen bu Kılavuzun konusuna dair şu karara da bkz., *Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, 2013, § 102-110). *Eweida ve Diğerleri* kararında başvuruçuların (çalışanlar) dini inançlarına aykırı olduğuna inandıkları görevleri (eşcinsel çiftlere danışmanlık verilmesi ya da eşcinsel çiftlerin medeni birliktelik törenlerinin düzenlenmesi) yerine getirmekten imtina etmeleri nedeniyle uygulanan disiplin cezalarının, çalışanların 9. Madde ya da 14. Maddeyle bağlantılı olarak, 9. Madde uyarınca sahip oldukları dini inançlarını ortaya koyma hakkını ihlal etmediğine hükmedilmiş, Otoritelere iki Sözleşmesel hak arasında denge sağlanması için geniş takdir marjı tanınmıştır.

49. Bu hususlarda Avrupa'nın aşağıda belirtilenler gibi birçok yerleşik içtihatı bulunmaktadır:

- Yetişkinler arasındaki eşcinsel ilişkilerin cezai sorumluluğunun sonlandırılması (*Dudgeon v. Birleşik Krallık*, 1981; *Norris v. İrlanda*, 1998; *Modinos v. Kıbrıs*, 1993);
- Eşcinsellerin silahlı kuvvetlerde görev alabilmesi (*Lustig-Prean ve Beckett v. Birleşik Krallık*, 1999, § 97; *Smith ve Grady v. Birleşik Krallık*, 1999, § 104);
- Homoseksüel ve heteroseksüel eylemler için ceza hukuku kapsamında cinsel rüşt yaşının eşit olması (*L. ve v. Avusturya*, 2003, § 50); ve
- Trans kimliğin yasal olarak tanınması için psikiyatri teşhis raporu alınması zorunluluğu (*A.P., Garçon ve Nicot v. Fransa*, 2017, §§ 72 ve 139).

50. Mahkeme yakın zamanda göçmen hakları bakımından eşcinsel ilişkiyi (*Taddeucci ve McCall v. İtalya*, 2016, § 97) “aile hayatı” olarak kabul etme ve eşcinsel birliktelikleri tanıma (*Oliari ve Diğerleri*

*v. İtalya*, 2015, § 178) üzerine yeni oluşan bir konsensüsü/yönelimi/hareketi göz önünde bulundurmaktadır.

51. Halihazırda Avrupa'nın üzerinde konsensüs sağlayamadığı konulara dair bazı örnekler:

- Eşcinsel çiftlerin evlenme hakkı ya da önceden akdedilen evliliğin var olması durumunda cinsiyet tanımının nasıl değerlendirilmesi gerektiği (*Hämäläinen v. Finlandiya* [BD], 2014, §§ 74-75); ve
- Yurt dışında akdedilen evliliğin kaydedilmesi (*Orlandi ve Diğerleri v. İtalya*, 2017, § 205).

52. Sözleşme, günümüz koşulları ışığında yorumlanması gereken, güncel bir araçtır (*E.B. v. Fransa* [BD], 2008, § 92; *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* [BD], 2002, §§ 74-75) ve özellikle LGBTİ hususları kapsamında Mahkeme içtihatları genellikle, gelişen bir konsensüs ışığında ilerlemektedir. Örneğin:

- *Sheffield ve Horsham*, 1998, § 50 kararı tarihinde Avrupa Konseyi Üye Ülkeleri arasında cinsiyet uyumunun yasal olarak tanınmasına dair yakın zamanda gelişen bir konsensüs bulunmaktaydı. Ancak bu Mahkemenin, ortaya çıkan yasal ve uygulamadaki problemlerin çözümü için ortak bir Avrupa yaklaşımı olmadığını kaydettiği önceki tarihte vermiş olduğu *Rees v. Birleşik Krallık*, 1986, ve *Cossey v. Birleşik Krallık*, 1990 kararlarındaki bulgularını değiştirmeye yeterli olmadı. Ancak Mahkeme, bu konunun Sözleşmeye taraf olan Devletlerce incelenmeye devam edilmesi gerektiğine kanaat getirdi. Daha sonra *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-60596> [BD], 2002, § 85 kararında Mahkeme, uluslararası eğilimin açık ve tartışmasız olduğuna dayanarak, cinsiyet uyum operasyonu sonrasında bireylerin yasal tanınmadan mahrum bırakılmasının Devletin takdir marjı içinde kalmadığı sonucuna varmıştır.
- *Oliari ve Diğerleri. İtalya*, 2015, § 178, kararında Mahkeme değerlendirmesinde eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması hareketinin, Mahkeme'nin *Schalk ve Kopf v. Avusturya*, 2010 kararından sonra Avrupa'da hızla artmaya devam etmesini dikkate almıştır. Mahkeme daha ileriki tarihli bir kararında, Avusturyalı yasa koyucunun, öncülerden olmasa da 2010 tarihindeki kabulünden önceki bir dönemde, başvuruçunun eşcinsel ilişkisini (Kayıtlı Birliktelik Yasası yolu ile) tanımaması nedeniyle suçlanamayacağına karar vermiştir. Ancak beş sene sonra *Oliari ve Diğerleri. İtalya*, 2015 kararı zamanında Avrupa Konseyi Üye Ülkeleri az bir çoğunlukla (kırk ülkeden yirmi dördü) bu tanımının ve ilgili korumanın sağlanmasını yasallaştırmıştı. Aynı hızlı gelişme, özellikle Amerika ve Avustralasya ülkeleri arasında küresel olarak görülmekteydi. Bu husus, diğer değerlendirmelerin yanı sıra, Mahkeme'nin İtalya'nın takdir marjını aştığı ve başvuruçulara eşcinsel birlikteliğin korunması ve tanınması hakkını veren bir yasal düzenleme sunulmasına dair pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiğini tespit etmeye yönlendirmiştir. Mahkeme 2015 tarihinde aksine bir değerlendirmenin, İtalya'daki değişen koşulları tespit etmekte isteksiz olmak ve Sözleşmenin etkin ve uygulanmasına karşı tereddüt göstermek olacağını dikkate aldı (*age.*, § 186).
- Cinsiyetin kabulü için ameliyat zorunluluğu/kısırlaştırma şartına ilişkin bulguları arasında bir ihlalin olması elzem olmamakla beraber, konuya dair yakın tarihli kararlarda Mahkeme gelişmekte olan eğilimleri dikkate almıştır. *A.P., Garçon ve Nicot v. Fransa*, 2017, § 124, kararında Mahkeme, konuya dair bir konsensüs olmasa da, karar tarihinden yedi yıl öncesinde Üye Ülkelerden on biri, bu zorunluluğu ortadan kaldırmaya yönelik eğilim göstererek yasalarından bu zorunluluğu kaldırdığını kaydetmiştir. Mahkeme dört yıl sonra *X ve Y v. Romanya*, 2021 kararında bu zorunluluğu koruyan ülke sayısının azalmaya devam ettiğini belirterek, devam eden gelişmelere atıfta bulunmuştur. (2020 senesinde yirmi altı üye ülke bu zorunluluğu kaldırmıştır.)

## B. Ana konular

### 1. Translara ilişkin hususlar

53. Bireyin özerkliği kavramı, Sözleşmenin 8. Maddesinde yer alan garantilerin yorumlanmasında yatan önemli bir prensiptir. Bu prensip Mahkemeyi, sözleşme maddesinin translara uygulanması bağlamında en temel hususların kişinin kendi cinsiyet kimliğini belirleme hakkı (*Van Kück v. Almanya*, 2003, § 73; *Y.Y v. Türkiye*, 2015, § 102) ve kendi kaderini tayin hakkı (*Van Kück v. Almanya*, 2003, § 69; *Schlumpf v. İsviçre*, 2009, § 100) olduğunu kabul etmeye yöneltmiştir. Transların kişisel gelişim ve fiziksel ve manevi güvenlik hakkı da bu şekilde 8. Madde kapsamında garanti altındadır (*Van Kück v. Almanya*, 2003, § 69; *Schlumpf v. İsviçre*, 2009, § 100; *Y.Y v. Türkiye*, 2015, § 58). Sözleşmenin 8. Maddesi uyarınca özel hayata saygı hakkı, kişilik hakkının bir unsuru olarak cinsel kimliğe de tamamen uygulanır. Bu, cinsiyet uyum operasyonu geçirip geçirmediğine bakılmaksızın herkes için geçerlidir. (*A.P., Garçon ve Nicot v. Fransa*, 2017, §§ 94-95, *S.V. v. İtalya*, 2018, §§ 56-58).

#### a. Operasyon

54. Sözleşmenin 8. Maddesinin kayıtsız şartsız cinsiyet uyum operasyonu hakkını garanti ettiği şeklinde yorum yapılamaz, ancak translık uluslararası olarak ilgili kişiye destek amacı ile tedavi gerektiren bir tıbbi durum olarak tanınmaktadır. (*Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* [BD], 2002, § 81; *Y.Y v. Türkiye*, 2015, § 65). Sözleşmeye Taraf Ülkelerin birçoğunun sağlık hizmetleri bu durumu kabul eder ve geri döndürülemez biçimde cinsiyet uyum operasyonu yapılmasını sağlar ya da izin verir (*age.*).

55. Cinsiyet uyum operasyonunun gerektirdiği birçok acılı müdahale ve sosyal cinsiyet rolü için gereken kararlılık ve inanç seviyesi dikkate alındığında, kişinin cinsiyet uyum operasyonu kararında keyfi ya da değişken unsurların olduğu öne sürülemez (*J. v. Birleşik Krallık Birleşik Krallık* [BD], 2002, § 61; *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* [BD], 2002, § 81; *Van Kück v. Almanya*, 2003, § 59; *Y.Y v. Türkiye*, 2015, § 115).

56. Cinsiyet uyum operasyonu talebinin yerel mahkemelerce reddedilmesi, cinsiyet kimlik hakkı ve kişisel gelişim hakkına uzun süreli olumsuz etki teşkil eder ve Sözleşmenin 8. Maddesi anlamında özel hayata saygı hakkına müdahale durumlarından biridir. Bununla beraber, cinsiyet uyum operasyonu devlet mevzuatı uyarınca ve sağlığın korunması nezaretinde yapılabilir, devletler cinsiyet uyum operasyonu ile ilgili fiziksel değişiklikler talep eden translar için tıbbi ya da operasyonel prosedürlere erişimi düzenleyen yasal gerekliliklere dair geniş takdir marjına sahiptir. Ancak Mahkeme, cinsiyet uyum operasyonu geçirmek için sürekli biçimde üreme yetisinden yoksun olmanın ön gereklilik olmasına dair mevzuatı, demokratik bir toplumda gerekli olarak değerlendirmemiş, başvuruçunun cinsiyet uyum operasyonu geçirmesi olanağının yıllarca reddedilmesinin 8. Maddenin ihlali olduğuna karar vermiştir (*Y.Y v. Türkiye*, 2015, §§ 66-122).

57. Cinsiyet uyum operasyonuna dair yasal bir boşluğun, belli bir sürenin üzerinde devam etmesi ve bu durumun başvuruçunun gerçek kişiliğinin tanınması ve buna bağlı olarak özel hayatına dair ıstırap verici bir belirsizlik teşkil etmesi, 8. Maddenin konusuna dair olabilecektir. Bu durum *L. v. Litvanya*, 2008 dosyasının konusudur: kanun cinsiyet ve sivil statünün uyumunun sağlanması hakkını tanımaktadır, cinsiyet uyum operasyonunu düzenleyen bir mevzuat bulunmamaktadır, bu eksiklik nedeniyle başvuruçucu uygun tıbbi olanaklara erişememekte ya da bu olanaklar mevcut bulunmamaktadır. Sağlık sektöründeki mali kısıtlamalar, Medeni Kanun uyarınca hakların uygulanmasındaki ilk dönem gecikmeleri haklı gösterse de ilgili hükümler dört yıl önce yürürlüğe girmiş ancak gerekli yasa hazır olmasına rağmen halen imzalanıp çıkarılmamıştır. Bu nedenle 8. Maddenin ihlali söz konusudur (*age.*, § 59-60). Ancak bu durum Sözleşmenin 3. Maddesi kapsamına girecek kadar ciddi seviyede değildir. (*age.*, § 47). Başvuruçunun maddi zarar talebini değerlendirilirken Mahkeme, kararın kesinleşmesinin ardından 3 ay içinde gereken yasayı çıkarması durumunda maddi zarar talebinin karşılanacağını, aksi halde Devletin operasyonun son aşamalarının yurt dışında

tamamlanması için başvurucuya 40.000 EUR ödemesine karar vermiştir (age., § 74 ve hüküm bölümü 5 ve 6 Maddeleri).

## b. Cinsiyetin tanınması (ör. Yasal belgelerde cinsiyet hanesinin değiştirilmesi)

58. Mahkeme transların karşılaştığı problemleri içeren bir çok dosyayı günümüz koşullarında inceledi ve Sözleşmenin 8. Maddesi uyarınca bunların tanınması ve korunmasını sağlamaya yönelik Devlet önlemlerinin gittikçe geliştiğini tespit ve teyit etti (*Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* [BD], 2002; *Van Kück v. Almanya*, 2003; *Grant v. Birleşik Krallık*, 2006; *L. v. Litvanya*, 2008).

59. Mahkeme bir çok durumda operasyon geçirmiş trans başvurusunun, cinsiyet değişiminin yasal olarak tanınmasındaki eksikliklerden dolayı 8. Maddeye aykırı olarak özel hayatın korunması hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir (*Hämäläinen v. Finlandiya* BD], 2014, § 59; *Grant v. Birleşik Krallık*, 2006, § 40). Devletlere belli bir takdir marjı tanımakla beraber, Mahkeme, Devletlerin ( 8. Madde uyarınca pozitif yükümlülük) transların operasyon sonrası medeni durum verilerinde meydana gelebilecek değişikliklerle beraber cinsiyet durumlarının tanınmasının, yerine getirmesini gerekli kılmıştır (*Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* [BD], 2002, §§ 71-93; *Grant v. Birleşik Krallık*, 2006, §§ 39-44; Önceki tarihlerde verilen *Rees v. Birleşik Krallık*, 1986; *Cossey v. Birleşik Krallık*, 1990; ve *Sheffield ve Horsham*, 1998 gibi kararlardan sapma göstermiştir.).

60. Ancak medeni durumun devredilemezliği ilkesinin korunması, medeni durum kayıtlarının doğruluğu ve güvenilirliğinin sağlanması ve daha genel olarak yasal kesinliğin sağlanması kamu yararının amaçlarından (A.P., *Garçon and Nicot v. Fransa*, 2017, § 132) ve yasal kimlik değişikliği talepleri için belirlenen zorlu prosedürlerin, özellikle güncelleme için, altında yatan motivasyonu meşrulaştırmaktadır (*S.V. v. İtalya*, 2018, § 69; *Y.T. v. Bulgaristan*, 2020, § 70; *X ve Y v. Romanya*, 2021, § 158).

61. Başvurucunun özel yaşantısı ve kimliğinin tanınmasına dair yasal boşluklar ve ciddi eksiklikler nedeniyle ıstırap verici belirsizlik içinde bırakılması, Mahkemeyi 8. Maddenin ihlali kararı vermeye sevk etmiştir. Bu durum başvurusunun özel hayatına saygı hakkını temin eden düzenleyici bir çerçevenin olmaması nedeniyle gerçekleşmiştir, şöyle ki sistem transların doğum belgelerinde kayıtlı cinsiyetlerini değiştirmek için “hızlı, şeffaf ve erişilebilir prosedürler” (*X - the eski Makedonya Yugoslav Cumhuriyeti*, 2019, § 70-71) sağlamalıdır ve anlaşılabilir ve öngörülemez yasalara dayanılarak oluşturulmamalıdır (*X ve Y - Romanya*, 2021, § 157). *Grant- Birleşik Krallık*, 2006, §§ 40-44 kararında, *Christine Goodwin - Birleşik Krallık* [BD], 2002 dosyası kararının verildiği tarihten uygulandığı tarihe kadar geçen zaman, başvurusunun hem değişen cinsiyetinin tanınmaması hem de buna bağlı olarak biyolojik kadınlara tanınan emeklilik haklarının reddedilmesi bakımından 8. Maddedeki haklarının ihlaline sebebiyet vermiştir

62. Mahkeme içtihatlarına göre, transların cinsiyet kimliklerinin tanınmasının, geçirmek istemedikleri bir kısırlaştırıcı operasyon veya tedavi – veya kuvvetle muhtemel kısırlaştırmaya neden olan operasyon veya tedavi - geçirme koşuluna bağlı hale getirilmesinin, Sözleşmenin 8. Maddesi uyarınca bir kişinin özel hayatına saygı hakkının tam olarak kullanılmasını, hem 8. Madde hem de Sözleşmenin 3. Maddesi ile korunan “kişinin fiziksel bütünlüğüne saygı hakkının” tam olarak kullanımından vazgeçmesi koşuluna bağlanması anlamına geldiğini tespit etmiştir (*A.P., Garçon ve Nicot - Fransa*, 2017, § 131; *X ve Y - Romanya*, 2021, § 165). Mahkeme böylece önceki tarihli *X- Fransa* (kar.), 2008) kararının aksine, yasaların transların cinsiyet kimliğinin tanınmasına dair kısırlaştırma operasyonu ya da türü ve ağırlığı nedeniyle yüksek ihtimalle kısırlaştırmaya sebebiyet veren bir tıbbi tedaviyi şart koşmasının, davalı Devletin özel hayat hakkını güvence altına almaya yönelik pozitif yükümlülüğünün ihlali olduğuna karar vermiştir. (*A.P., Garçon ve Nicot- Fransa*, 2017, § 135)

63. Yasanın açıkça düzenlemediği ancak yerel mahkemenin talebi ret gerekçesinde bu gerekliliğe dayanması durumunda da aynı karar verilmiştir (*X ve Y v. Romanya*, 2021, § 165). *S.V. v. İtalya*, 2018, bu davada başvuru iki buçuk sene boyunca, cinsiyet değiştirme operasyonu geçirmediği için cinsiyet uyum sürecinin tamamlanmadığı gerekçesi ile isim değişikliğini gerçekleştirilememiştir. Mahkeme

özellikle, başvurucunun talebinin yalnızca resmi argümanlara dayanarak, kişinin özel durumuna bakılmaksızın reddedildiğini kayıt etmiştir. Örneğin, başvurucunun birkaç yıldır cinsiyet uyum sürecinde olduğu, fiziksel görünüşü ve sosyal kimliğinin uzun süredir kadın olduğu otoritelerce dikkate alınmamıştır (*age.*, § 70). Yasanın yanı sıra, yerel otoriteler de bu bağlamda önemli role sahiptir. Örneğin, *Y.T. v. Bulgaristan*, 2020, § 74. kararında Mahkeme, yerel otoritelerin başvurucuya ilgili ve yeterli gerekçe sunmaksızın ve diğer davalarda benzer cinsiyet uyumu talebinin kabulünün neden mümkün olduğu hususlarını izah etmeksizin, başvurucunun cinsiyet uyumunu kabul ya da reddetmesinin de, özel hayata saygı hakkına haksız müdahale teşkil ettiği ve 8. Maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. *Y.T. v. Bulgaristan*, 2020, § 72, ve *X ve Y v. Romanya*, 2021, § 165 kararlarının her ikisinde de, başvuru tarafından belirtilen cinsiyet kimliğinin tanınmasına dair kararda yerel mahkemenin katı gerekçelerinin başvurucuları makul olmayan ve devamlı bir süre boyunca savunmasız ve sıkıntılı bir duruma soktuğuna, bu nedenle başvurucuların aciz, aşağılanmış ve kaygılı bir durumda bırakıldıklarına kanaat getirmiştir.

64. Kısırlaştırma şartından farklı olarak (yasal belgelerde cinsiyet tanımı için), önceden bir psikiyatri tanısı alınması gerekliliğinin, kişinin bütünlüğünü ihlal etmediği kabul edilmektedir. *A.P., Garçon ve Nicot - Fransa*, 2017, §§ 139-144 ve devamı, kararında, başvurucunun doğum belgesindeki cinsiyetin değiştirilmesi talebinin, kişinin psikiyatrik bir teşhise dayalı cinsiyet kimlik bozukluğu geçirdiğini kanıtlayamaması nedeniyle reddedilmesinin, Devletlere tanınan takdir marjı açısından (Sözleşmeye Taraf Ülkelerin, konuya dair neredeyse tamamının benimsediği yaklaşım bu yöndedir) yarışan çıkarların adil olarak dengelenmesi olarak kabul edilerek, Devletin pozitif yükümlülüğünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir (*A.P., Garçon ve Nicot -Fransa*, 2017, §§ 143-144). Benzer şekilde, doğum belgesindeki cinsiyetin değiştirilmesi talebinin, başvurucunun yurt dışında geçirdiği operasyon sonrasında fiziksel görünüşünün geri döndürülemez şekilde değiştiğinin doğrulanması amacıyla yerel mahkemenin emrettiği tıbbi değerlendirmeyi kabul etmemesi nedeniyle reddedilmesinin, yarışan çıkarların adil olarak dengelenmesi olarak kabul edilmiş ve Devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal etmediğine karar verilmiştir (*A.P., Garçon ve Nicot - Fransa*, 2017, §§ 150-154).

65. Eşcinsel evliliğin tanınmadığı bir hukuk sistemde, uyum operasyonu sonrasında, halen eşi ile evli iken yeni kimlik numarası verilmeyen bir kadının şikâyeti Mahkemece kabul edilmemiştir. Yanlış bir kimlik numarasının yarattığı zorluklar nedeniyle başvurucunun günlük hayatında maruz kaldığı durumlar üzücü olmakla beraber, başvurucunun şartları değiştirebilmek için gerçek bir olasılığı olduğu: evliliği, eşin de onayı ile her an kanun gereği kayıtlı birliktelik olarak değiştirilebileceği tespit edilmiştir. Bu onay alınamazsa, her evlilikte olduğu üzere boşanma olasılığı her zaman kendisi için mümkündür. Mahkeme kanaatince, başvurucunun evliliğinin, eşcinsel çiftler için tanınan, kendi evliliği ile neredeyse aynı yasal korumayı sağlayan kayıtlı birliktelik olarak değiştirilmesinin, kişiye cinsiyet kimliğinin tanınması için ön koşul olarak getirilmesi orantısız bir yükümlülük değildir (*Hämäläinen v. Finlandiya* [BD], 2014, § 84). Daire bu hususta müdahale kararı vermiş ancak Büyük Daire şikâyeti Devletin pozitif yükümlülükleri ışığında inceleyerek iki yasal kavram (evlilik ve medeni birliktelik) arasındaki farkın çok az olduğu, Finlandiya sisteminin devletin pozitif yükümlülükleri bakımından eksik olduğuna karar verilemeyeceğine hükmetmiştir. Mahkeme bu nedenle, yarışan menfaatler arasında gerekli adil dengenin bulunduğunu ve bu nedenler 8. Maddenin ihlal edilmediği ve 12. Maddenin incelenmesine yer olmadığına karar vermiştir. (öncül kararlar için, konunun 12 Madde bakımından incelendiği kararlara bkz.: *Parry - Birleşik Krallık* (kar.), 2006, ve *R. ve F.-. Birleşik Krallık* (kar.), 2006).

66. Mahkeme henüz intersekslerin hukuki cinsiyet tanımına ilişkin karar verecek bir fırsata sahip olamamıştır, bu konuda tek karar iç hukukun tüketilmemesi nedeniyle verilen bir ret kararından ibarettir (*P. v. Ukrayna*, 2019).

### c. Tıbbi harcamalar

67. *Van Kück v. Almanya*, 2003, davası, başvurucunun cinsiyet uyum sürecine dair tıbbi masrafları talebinin (hormon tedavisi ve cinsiyet uyum operasyonu) yerel mahkeme tarafından reddedilmesine dairdir. Mahkeme “tıbbi gereklilik” kavramının yorumunu değerlendirmiş ve yerel mahkemenin bu

anlamdaki kanıtları değerlendirmesinin makul olmadığına karar vermiştir. Mahkemeler, başvurucunun psikolojik tedavinin parçası olarak sosyal durumunun tıbbi gereklilik şartını sağlamadığına hükmetmiş ve alanda tıbbi uzmanlık ve deneyime dayalı görüş ya da açıklama talep etmemiştir. Geri dönüşü olmayan operasyon dahil, tedavinin tıbbi gerekliliğine, dair ispat yükünün başvurucuya yüklenmesi orantısız bulunmuştur (age., §§ 55-56). Nihai bilimsel bulguların yokluğunda, başvurucunun mevcut durumuna kasten sebebiyet verip vermediğine dair hususun incelenmesine ilişkin yerel mahkemenin benimsediği yaklaşım uygunsuz görünmektedir. Mahkeme bütün olarak süreçlerin adil yargılanma gerekliliklerini karşılamadığını, bu nedenle de 6. Maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir. Aynı nedenler Mahkemeyi özel sağlık sigortası ve bireyin çıkar çatışmasında adil dengenin sağlanmadığı ve 8. Maddenin ihlal edildiğine hükmetmeye yöneltmiştir (age., §§ 84-86).

68. *Schlumpf v. İsviçre*, 2009 kararında Mahkeme Sözleşmenin cinsiyet uyum sürecinden kaynaklanan tıbbi masrafların karşılanması hakkını garanti etmediğini ve başvurucunun cerrahi operasyon geçirmesine kimsenin engel olmadığını, ancak bununla beraber sigorta şirketinin uzmanların açıkça belirttiği görüşlerine rağmen koyduğu iki sene bekleme kuralının, başvurucunun nispeten ilerlemiş yaşı da dikkate alındığında operasyonu geçirip geçirmeme kararını etkilemekte etken olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle başvuru 8. Madde uyarınca mağdur olduğunu iddia edebilir. Yerel mahkeme, başvurucunun cinsiyet uyum operasyonu masraflarının tazmini davasında karar verirken, kendi içtihat hukukunda geliştirdiği, yasal dayanağı olmayan iki sene kriterini esas almıştır. Yerel mahkeme bu kritere uyulmasında ısrarcı olurken, başvurucunun davasındaki özel durumlara dair bir analiz yapmayı ya da birçok yarışan çıkarın değerlendirilmesini reddetmiş ve alanda meydana gelen tıbbi gelişmeleri dikkate almamıştır. Başvurucunun 67 yaşının üstünde olması özel durumuna ve davalı Devletin sınırlı takdir marjına bakıldığında Mahkeme, sigorta şirketi ve başvuru arasındaki yarışan çıkarların adil olarak dengelenmediğine hükmetmiştir. Bu nedenle 8. Maddenin ihlali söz konusudur. Mahkeme ayrıca yerel mahkemenin soyut bir kurala dayanarak başvurucunun uzman görüşünü, delil olarak göstermesine izin vermediğini, doktor ve psikiyatristler yerine kendi görüşünü ortaya koyduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle başvurucunun adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir. Cinsiyet uyum operasyonunun gerekliliğine karar vermek, halka açık bir yargılamaya istisna teşkil eden çok teknik bir süreç değildir, bu husus da ayrıca 6. Maddenin ihlalini oluşturur.

## 2. Evlilik<sup>8</sup>

69. 12. Madde kadın ve erkeğin evlenme ve aile kurma temel hakkını garantiye alır (bkz. Madde 12 İçtihat Rehber – Evlenme Hakkı). Ancak ikinci husus (aile kurma) birincisi (evlenme) için koşul değildir ve çiftin çocuk yapamaması ya da bir çocuğa ebeveynlik etmemesi bu maddenin ilk kısmından faydalanamayacakları anlamına gelmez (*Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* [BD], 2002, § 98; *Schalk and Kopf v. Avusturya*, 2010, § 56). 12. Madde yerel yasaların evliliğe dair uygulamaları için açık düzenlemeler sağlar (*Hämäläinen v. Finland* [BD], 2014, § 95) ancak bu konudaki kısıtlamalar hakların özüne zarar verecek ölçüde kısıtlanamaz ya da eksiltilemez (*Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* [BD], 2022, § 99).

70. Mahkeme'nin geçerli içtihatlarına göre, 12. Madde karşı cinsle evlenmek isteyen transların (örneğin kişinin yeni atanan cinsiyetine göre karşı cinsi) ayrıca evlenmek isteyen ya da halihazırda evli olan eşcinsellere de uygulanır. Ancak bu durumlardan yalnızca ilkinin tamamen yasaklanması 12. Maddenin ihlalini teşkil eder, ikinci durumun tamamen yasaklanması günümüzde halen şikâyet konusudur.

71. Önceki içtihat hukukunun (*Rees v. Birleşik Krallık*, 1986; *Cossey v. Birleşik Krallık*, 1990; *Sheffield ve Horsham v. Birleşik Krallık*, 1998) aksine bir kararın verildiği *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* [BD], 2002, §§ 100-103), kararında Mahkeme, tıp ve bilim alanındaki büyük değişimler kadar evlilik kurumundaki esaslı sosyal değişiklikler nedeniyle, 12. Maddede yer alan “erkek ve kadın” terimlerinin artık yalnızca biyolojik cinsiyet olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Buna ilaveten Mahkeme,

<sup>8</sup> Ayrıca “Medeni birliktelikler ve evlilik” bağlamında “**Error! Reference source not found.**” kısmına bkz.

cinsiyet değişiminin evliliğe etkilerinin düzenlenmesi hususunun, sözleşmeye taraf olan Devletin takdir marjı kapsamında olduğuna karar vermiştir. Trans olarak yasal tanıma talep eden kişinin cinsiyet uyum sürecinin tam ve etkin olarak tesis edildiğine dair şartlar ya da önceki evliliğinin geçersiz hale gelmesi, gelecekte yapılacak evliliklere uygulanacak formaliteye (örneğin evlenilecek kişiye verilecek bilgiler) dair şartlara karar verme yetkisi imzacı Ülkeye ait olmakla beraber, Mahkeme transların evlenme hakkından mahrum bırakılmalarına, hiçbir şart altında gerekçe olmadığına hükmetmiştir.

72. Aksine, *Schalk ve Kopf v. Avusturya*, 2010, §§ 61 ve 63, kararında Mahkeme 12. Madde uyarınca evlilik hakkının artık yalnızca iki karşı cins arasında yapılacak evlilikler olarak anlaşılamayacağını tespit etmekle beraber, 12. Maddenin imzacı Devletlere, bireylere eşcinsel evlilik hakkını tanıyan bir düzenleme yükümlülüğü getirmediğini kabul etmiştir. Amacı ve kapsamı daha geniş olan 8. Maddenin de böyle bir yükümlülük getirdiğine dair yorum yapılamaz (*Schalk ve Kopf v. Avusturya*, 2010, § 101). Aynı durum 12. Madde ile ilintili olarak 14. Madde için de söylenebilir (*Oliari ve Diğerleri v. İtalya*, 2015, 193). Bu bağlamda Mahkeme, evliliğin bir toplumdan diğerine büyük ölçüde değişiklik gösterebilen kökleşmiş sosyal ve kültürel anlamları olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, toplumun ihtiyaçlarını en iyi şekilde tespit ederek ve bunlara cevap verecek yerel otoritelerin kararları yerine, kendi kararlarını dayatma hususunda aceleci olunmamasına karar vermiştir (*Schalk ve Kopf v. Avusturya*, 2010, § 62). Mahkeme eski tarihli *Schalk ve Kopf v. Avusturya*, 2010, § 58 kararını teyit ederek bazı imzacı Devletlerin evlilik hakkını, eşcinsel çiftlere tanımasının evliliğin kendi toplumdaki rolünü yansıttığını ve imzacı Devletlerin 1950’de imzaladıkları Sözleşmede düzenlenen temel hakların yorumlanmasından kaynaklanmadığına karar vermiştir (*Parry v. Birleşik Krallık Krallık* (kar.), 2006; *R.ve F. v. Birleşik Krallık* (kar.), 2006). Böylelikle bu husus eşcinsel evliliklere izin verilip verilmeyeceği sorusu (o tarihte kırk yedi üye devletten yalnızca altısı eşcinsel evliliğe izin vermektedir), imzacı Devletin yerel yasalarınca getirilen düzenlemelere bırakılmıştır. Aynı sonuç *Hämäläinen v. Finlandiya* [BD], 2014 (§ 96) kararında da tekrarlanmıştır. Benzer şekilde *Oliari ve Diğerleri v. İtalya*, 2015, § 192 kararında, bu konuya dair Devletlerin gösterdiği aşamalı gelişime rağmen (o tarihte on bir devlet eşcinsel evliliğe izin vermektedir) daha sonraki tarihli *Chapin ve Charpentier v. Fransa*, 2016, §§ 37-38 kararında olduğu gibi yukarıda bahsedilen davalardaki bulgular tekrar edilmiştir.

73. Yurt dışında yapılan eşcinsel evliliklerin kaydedilmesi konusunda *Orlandi ve Others v. İtalya*, 2017, § 210 davasında Mahkeme İtalya’yı, başvuruçuların ilişkisini güvenceye alacak bir yöntem sunmaksızın sözleşmenin 8. Maddesi anlamında aile hayatına karşılık gelen durumlarını (yabancı bir devlette evlenen eşcinsel çift) makul olarak reddedemeyeceklerine hükmetmiştir. 2016’dan bu yana İtalyan otoriteler bu durumu tanımadı (örneğin yurt dışında yapılan evlilikler) ya da başvuruçuların birliktelikleri için herhangi bir koruma getirmedi ve Devlet yarışan çıkarları adil olarak dengelemedi. Özellikle 8. Maddeyi ihlal ederek, başvuruçular için eşcinsel birlikteliklerin korunması ve tanınmasına dair spesifik bir yasal düzenleme sağlamadı. Ancak Devletin yükümlüğü, İtalya’da eşcinsel evliliklerin tanınmaması nedeniyle, yurt dışında yapılan evliliğin İtalya’da evlilik olarak tescil edilmesi seviyesinde değildi.

### 3. Medeni birliktelik<sup>9</sup>

74. İçtihat hukuku uyarınca medeni birliktelik, istikrarlı birliktelik yaşayan eşcinsel çiftler için yaratacağı dar ya da geniş etkiden bağımsız olarak asli değer taşımaktadır. Medeni birliktelikleri eşcinsel çiftlere de açmak, mülk, idame ve miras gibi hususların özel hukuk kişilerinin genel hukuk hükümlerince sözleşme akdetmeleri şeklinde değil, medeni birlikteliği düzenleyen yasalarca düzenlenmesi ve böylece birlikteliklerinin resmi olarak Devletçe tanınmasına olarak verir (*Vallianatos ve Diğerleri v. Yunanistan* [BD], 2013, § 81). Evliliğin olmaması durumunda eşcinsel çiftler, özellikle medeni birliktelik ya da kayıtlı birliktelik olanağına sahip olmakla özellikle ilgilendirler zira beraberliklerinin yasal olarak tanınabilmesi için en uygun yol bu olacaktır ve gereksiz bir çok engelle

<sup>9</sup> Ayrıca “Medeni birliktelikler ve evlilik” bağlamında “**Error! Reference source not found.**” kısmına bkz.



karşılaşmaksızın kendilerine ilgili koruma – istikrarlı ve ciddi ilişki yaşayan kişilere tanınan esas hakla biçiminde- sağlanmış olacaktır (*Oliari ve Diğerleri. İtalya*, 2015, § 174).

75. *Oliari ve Diğerleri v. İtalya*, 2015 davasında Mahkeme, 2015 senesinde İtalya’da eşcinsel çiftlere sağlanan yasal korumayı dikkate alarak, ülkenin istikrarlı ve ciddi ilişki yaşayan çiftlere özgü ana hakları tanımadığını tespit etmiştir. Eşcinsel birlikteliklerin yerel otoritelerce kaydedilmesi yalnızca sembolik bir anlam taşır ve herhangi bir hak tanımaz. Birlikte yaşama anlaşmalarının kapsamı dardır ve çift arasında istikrarlı bir ilişkinin sürdürülmesi için esas teşkil eden, maddi destek, bakım yükümlülükleri ve miras hakları gibi bazı temel ihtiyaçlar yer almamaktadır. Ayrıca, bu anlaşmalarda, çiftin birlikte yaşaması gerekmektedir ancak Mahkeme, birlikte yaşamanın, çiftler arasında istikrarlı bir ilişkinin sürdürülmesi için ön şart olmadığını zaten kabul etmiştir. Bunun neticesi olarak, başvuruçuların alenen çift olarak yaşamalarına dair sosyal gerçekler ile ilişkilerinin kanunda resmi olarak tanınmaması arasında bir çelişki meydana gelmektedir. Mahkeme, eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması ve korunmasının İtalya için özellikle bir külfet teşkil etmediğine karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, eşcinsel ilişki yaşayan çiftlerin yasal olarak tanınmalarına yönelik uluslararası bir eğilimin olduğunu belirtmiştir. İtalya Anayasa Mahkemesi de bu konuda İtalya nüfusunun büyük çoğunluğunun hislerini yansıtacak şekilde bir yasaya ihtiyaç olduğunu belirtmiştir. Devlet, mevcut durumu haklı kılacak herhangi bir toplumsal menfaati belirlememiş, Mahkeme İtalya’nın başvuruçuların koruma altına alınmaları için yasal bir düzenleme getirme yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir. Dolayısı ile Sözleşmenin 8. Maddesi ihlal edilmiştir.

76. Fakat medeni birlikteliğe dair alternatif yöntemlerle sağlanan statü ve bu birlikteliklere sağlanacak hak ve yükümlülükler dair Devletlerin belli bir takdir marjı söz konusudur (*Schalk ve Kopf v. Avusturya*, 2010, §§ 108-09; *Oliari ve Diğerleri v. İtalya*, 2015, § 177; *Gas ve Dubois v. Fransa*, 2012, § 66). Mahkeme bir çok yerel yasada, medeni birlikteliğin bir çok anlamda evliliğin sağladığına benzer ya da aynı seviyede yasal statü tanıdığına hükmetmiştir, (*Schalk ve Kopf v. Avusturya* , 2010, § 109, Avusturya için, *Hämäläinen v. Finlandiya* [BD], 2014, § 83, Finlandiya sistemi ile bağlantılı olarak; *Chapin ve Charpentier v. Fransa*, 2016, §§ 49 ve 51, Fransa için ; *Orlandi ve Diğerleri v. İtalya*, 2017, § 194, İtalya için) ve prensip olarak böyle bir sistem Sözleşme standartlarını karine olarak karşılamaktadır (age.).

#### 4. Ebeveynlik hususları<sup>10</sup>

77. Mahkeme içtihatlarına göre, cinsiyet uyum operasyonu geçiren ve bir kadınla yaşayan trans erkeğin, çiftin birlikte yaptıkları başvuru neticesinde, donörden alınan spermle yapay dölllenme prosedürü (AID) yoluyla çocuk doğuran bir kadınla birlikte yaşaması aile yaşantısı teşkil eder (*X, Y ve Z v. Birleşik Krallık*, 1997, § 37). Ancak 1997’de Mahkeme, “transseksüelliğin” bilimsel, yasal, ahlaki ve sosyal birçok tartışmayı gündeme getirdiği düşünüldüğünde, üye devletler arasında, o tarihte mutabık kalınan genel bir yaklaşımın da bulunmaması nedeniyle 8. Maddenin davalı devlete, biyolojik baba olmayan kişinin resmi olarak tanınması için bu bağlamda bir yükümlülük getirdiğinden söz edilemeyeceğini değerlendirmiştir. Böylelikle, uyum süreci operasyonu geçirmiş bir erkeğin, partnerinin AID yoluyla dünyaya getirdiği çocukla kurduğu babalık ilişkisi için Birleşik Krallık kanunlarının özel bir tanımaya olanak vermemesi, madde anlamında aile hayatına saygının ihlali anlamına gelmemektedir.

78. Biyolojik olmayan “ebeveyn” (ya da “kardeş”) ve çocuk arasındaki ilişki, çiftlerin arasındaki ilişki sona erse de devam eder ve aile hayatı teşkil eder (*Honner v. Fransa*, 2020, § 51). Ancak çocuğun yüksek çıkarları gözetilerek, ilişkinin sona ermesinden sonra görüşme hakkının verilmemesi 2020 tarihli *Honner v. Fransa* kararında Mahkemenin, davalı devletin başvuruçunun aile hayatına saygı hakkının temini açısından pozitif yükümlülüğünü ihlal etmediğine dair verilen kararda olduğu gibi, devletin geniş takdir yetkisi kapsamında olabilir.

<sup>10</sup> Ayrıca “Evlat edinme” ve “Özel hayat ve aile hayatı hususları” bağlamında “Ayrımcılık” kısmına bkz.

79. *A.M. ve Diğerleri v. Rusya*, 2021, § 75 kararında başvurucunun (trans kadın) yerel mahkemenin, uzman kişi görüşü ve cinsiyet uyum sürecinin sosyal ve bireysel koşulları dikkate alınarak makul bulması neticesinde velayet hakkı kısıtlanmıştır. Ancak Mahkeme, yerel mahkemenin tüm ailenin durumu ve ilgili diğer faktörleri esas alarak kişisel çıkarlara dair dengeli ve makul şekilde değerlendirme yapmakta başarısız olduğunu tespit etmiştir. Başvurucunun velayet hakkının ve çocukları ile görüşmesinin kısıtlanmasının “demokratik bir toplumun gerekliliği” olmadığı dolayısı ile 8. Maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca 11. Madde ile bağlantılı olarak 14. Maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir.<sup>11</sup>.

80. *Valdís Fjölnisdóttir ve Diğerleri v. İzlanda*, 2021, §§ 71-76 kararında, İzlanda’da yaşayan eşcinsel çift, kendileri ile biyolojik bağı bulunmayan, Amerika Birleşik Devletleri’nde taşıyıcı gebelik ile dünyaya gelen çocuğun (üçüncü başvuru) ebeveyni olmak istemektedir. İzlanda otoriteleri çocuğun nüfus kaydını reddetmiş, çocuğu başvurularda koruyucu aile olarak teslim etmeden önce yasal velayetini almıştır. Yeni yasanın yürürlüğe girmesi ile üçüncü başvuru nüfus siciline tescil edilmiş ancak diğer iki başvuru ebeveyn olarak kaydedilmemiştir. Aile hayatının yaşanmasına engel teşkil edecek fiili ve tatbiki bir engelin olmadığı ve davalı Devletin başvuruçular arasındaki bağı düzenlemek ve güven altına almak için aldığı önlemler dikkate alındığında Mahkeme, yerel mahkemece resmi bir ebeveynliğin tesis edilmemesi kararını, Devletin taşıyıcı gebelik yasağı ile koruduğu kamu yararı ile başvuruçuların aile hayatına saygı hakkı arasında adil dengenin korunması olarak kabul etmiştir. Bu nedenle Devlet, bu tür durumlarda kendisine tanınan takdir marjı kapsamında hareket etmiştir ve başvuruçuların özel hayat ve aile hayatının korunmasına dair 8. Maddenin ihlali söz konusu değildir.

---

<sup>11</sup> Diğer atıflarla birlikte “Özel hayat ve aile hayatı hususları” bağlamında “Ayrımcılık” kısmına bkz.

### III. İfade ve örgütlenme özgürlüğü

#### Sözleşme'nin 8. Maddesi

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlemenin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

#### Sözleşme'nin 10. Maddesi

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

#### Sözleşme'nin 11. Maddesi

"1. Herkes, barışçıl olarak toplanma özgürlüğü ve menfaatlerinin korumak için sendikalar kurmak ve sendikalara üye olmak da dahil, başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarıncı yukarıda anılan hakların kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir."

## A. İfade özgürlüğü<sup>12</sup>

### 1. İtibar

81. İfade özgürlüğü bağlamında Mahkeme, herhangi bir müdahalenin orantılılığını, başkalarının itibarını veya haklarını koruma ihtiyacı ışığında veya 8. Madde 'deki hakların ışığında değerlendirir. Bu bağlamda ve 8. Maddenin hakaret davalarında devreye girebilmesi için, kişinin itibarına yönelik saldırının belirli bir ciddiyet düzeyinde ve özel hayata saygı hakkının yararlanılmasına hanel getirecek şekilde olması gerekir. Bu tür durumlarda, başvurunun beyana konu kişi tarafından 8. Madde kapsamında mı yoksa 10. Madde kapsamında mı yapıldığına bağlı olarak sonuç değişmemelidir, zira prensipte bu maddeler kapsamındaki haklar eşit saygıyı hak etmektedir.

82. 8. Madde ile korunan ifade özgürlüğü ile yarışan menfaat bulunduğu hallerde, Mahkemenin yaklaşımı, iki Madde ile güvence altına alınan haklar arasında hiyerarşik bir ilişkinin bulunmadığını göz önünde bulundurarak, başvuruçunun "özel hayata saygı" hakkı ile ifade özgürlüğünün korunmasındaki kamu yararı arasında denge kurulması şeklinde olmuştur. (*Sousa Goucha v. Portekiz*, 2016, § 42). Bu iki hak arasındaki dengeleme uygulamasının, Mahkeme'nin içtihatında belirtilen kriterlere uygun

<sup>12</sup>Genel ilkeler için bkz. [10. Madde Rehberi - İfade özgürlüğü](#).

olarak ulusal makamlar tarafından üstlenildiği durumlarda, Mahkeme, görüşünü yerel mahkemelerin yerine ikame etmek için güçlü gerekçelere ihtiyaç duyacaktır. (age., § 45). Kamu çıkarını ilgilendiren hiçbir meselenin söz konusu olmadığı durumlarda, beyanların 10. Madde kapsamında kabul edilebilir olarak belirlenen sınırları aşması durumunda, Devletin 8. Madde kapsamındaki başvurunun itibarını koruma yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. (age., §§ 51-52)<sup>13</sup>.

83. *Sousa Goucha v. Portugal*, 2016 yılında, eşcinsel olduğundan kamusal alanda bahseden ve tanınmış biri olan başvuru, bir televizyon komedi programı sırasında kendisini kadın olarak tanımlayan bir şakayla ilgili olarak yerel makamların cezai işlem başlatmayı reddetmesi üzerine Sözleşme'nin 8. Maddesi uyarınca başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, 8. Maddenin ihlal edilmediğine karar vermeden önce, ilk olarak uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Mahkeme'nin görüşüne göre, cinsel yönelim bir kişinin kimliğinin temel bir parçası ve cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim iki ayrı ve mahrem özellik olduğundan, bu ikisi arasındaki herhangi bir karışıklık, 8. Maddenin uygulanabilmesi için yeterli bir ciddiyet düzeyine ulaşabilecek şekilde kişinin itibarına yönelik bir saldırı teşkil edecektir (age., § 27). Ancak yerel mahkemeler, başvurunun şaka hakkında ne hissettiğini veya düşündüğünü göz önüne almak yerine sanıkların başvurunun itibarına zarar verme niyetinde olmadıklarını dikkate almış ve komedi gösterisinin makul bir izleyicisinin bilinen bir eşcinsel olan başvurucağı bir kadın olarak tasvir eden ihtilafli şakayı nasıl algılayacağını değerlendirmiştir. Bu gibi durumlarda Mahkeme, başvurunun itibarını korumak amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını 10. Madde kapsamında orantısız olacağını ve dolayısıyla başvurunun Sözleşme'nin 8. Maddesi kapsamındaki haklarının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

84. *Mladina d.d. Ljubljana v. Slovenya*, 2014, §§ 37-49 kararında başvuru şirket, aynı cinsiyetten ilişkilerin yasal düzenlemesine ilişkin bir meclis tartışması sırasında bir milletvekilinin (S.P.) sözlerini ve davranışlarını sert bir biçimde eleştiren bir makale sebebiyle tazminat ödemesine hükmedilmesi nedeniyle 10. Madde uyarınca şikâyette bulunmuştur. Mahkeme, makalenin terminolojisini aşırı bulmakla birlikte, yeterli olgusal temele sahip bir değer yargısı olduğuna karar vermiştir. Dahası, bu açıklamalar SP'nin alaycı ve negatif basmakalıp inanışlar olarak değerlendirilebilecek görüşlerine karşılık yapılmıştır. Son olarak, makale sadece SP'nin provokatif yorumlarıyla değil, aynı zamanda bunları ifade etme tarzıyla da örtüşmektedir. Dava konusu ifadenin yapıldığı bağlam ve makalede kullanılan üslup ışığında bakıldığında, Mahkeme makalenin gereksiz bir kişisel saldırı teşkil etmediği kanaatine varmıştır. Bu nedenle yerel mahkemeler, S.P.'nin itibarının korunmasını başvuru şirketin ifade özgürlüğü hakkının üzerine koymak için herhangi bir acil sosyal ihtiyacı ikna edici bir şekilde tespit etmemiştir. Bu nedenle, Sözleşme'nin 10. Maddesi'nin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

## 2. Nefret söylemi

85. Mahkeme, çoğulculuğa, hoşgörüye ve açık görüşlülüğe özel bir önem vermektedir. Çoğulculuğun ve demokrasinin, farklılıkların gerçek anlamda tanınması ve farklılıklara saygı gösterilmesi üzerine kurulduğunu sıklıkla vurgulanmıştır. Farklı kimliklere sahip kişi ve grupların uyumlu etkileşimi, sosyal uyumun sağlanması için esastır (*Beizaras ve Levickas v. Litvanya*, 2020, §§ 106-7 ve adı geçen yetkililer). Bir kişiye veya bir grup kişiye karşı şiddet, nefreti veya hoşgörüsüzlüğü yayan, kıskırtan, teşvik eden veya haklı gösteren ifadeler ("nefret söylemi") sosyal uyumu tehdit eder ve şiddet ve başkalarının haklarının ihlal edilmesi riskini oluşturur. Bu tür ifadeler, nefret suçuna neden olabilecek ortamlar yaratabilir ve geniş çaplı çatışmaları körükleyebilir.

86. 'Nefret söylemi' Mahkeme tarafından iki şekilde ele alınmaktadır. Birincisi, söz konusu 'nefret söylemi' nin 17. Madde'nin <sup>14</sup> kapsamına girdiğinin ve dolayısıyla Sözleşme'nin 10. Maddesinin korumasından tamamen dışlandığının tespit edilmesidir. İkincisi, 'nefret söyleminin' 10. Madde kapsamına girdiğinin ve bu madde kapsamında olağan testlere tabi tutulduğunun tespit edilmesidir

<sup>13</sup> Daha ayrıntılı genel ilkeler için bkz. [8. Madde Rehberi - Özel hayat, aile hayatı, konut ve yazışmalara saygı hakkı](#); ve [10. Madde Rehberi - İfade özgürlüğü](#).

<sup>14</sup> Ayrıca bkz. [17. Madde Rehberi - Hakları kötüye kullanma yasağı](#).

(*Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç*, 2012, §§ 47-60; *Beizaras ve Levickas v. Litvanya*, 2020, § 125; *Lilliendahl v. İzlanda* (kar.), 2020, § 39). Mahkeme ikinci yaklaşımı yalnızca açıkça şiddet veya diğer suç eylemleri çağrısında bulunan ifadelere değil, aynı zamanda nüfusun belirli bir kesimine hakaret, alay etme veya karalama yoluyla gerçekleştirilen saldırılara da uygulamıştır (bkz., her zaman bu kılavuz bağlamında, *Beizaras ve Levickas v. Litvanya*, 2020, § 125; *Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç*, 2012, § 55).

87. *Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç*, 2012, §§ 54-60 kararında başvuruçular bir lisedeki öğrencilerin dolaplarına homofobik broşürler bıraktıkları için cezaya mahkum edilmişlerdir. Nefreti teşvik etmenin mutlaka şiddet çağrısında bulunmayı veya suç teşkil eden eylemlerde bulunmayı gerektirmediğine dair yukarıdaki ilke ışığında Mahkeme, broşürlerdeki ifadelerin (eşcinselliğin “toplumun özü üzerinde ahlaki açıdan yıkıcı bir etkisi” olan “sapkın bir cinsel eğilim” olduğu, bunun yanı sıra eşcinselliğin HIV ve AIDS’in yayılmasının ana nedenlerinden biri olduğu ve “eşcinsel lobilerin” pedofiliyi küçümsemeye çalıştığına dair iddialar) ciddi ve önyargılı iddialar içerdiğini değerlendirmiştir. Mahkeme, broşürlerin okullarda dağıtıldığını, etkilenebilir ve hassas bir yaştaki gençlerin dolaplarına bırakıldığını vurgulamıştır. Ayrıca, başvuruçuların mahkûmiyetleri ve cezaları, izlenen meşru amaçla orantısız değildir ve kararı veren Yüksek Mahkeme, davanın gidişatı için ilgili ve yeterli gerekçeler sunmuştur. Dolayısıyla müdahale, ulusal makamlar tarafından, başkalarının itibarının ve haklarının korunması için demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilebilir. Bu nedenle, Sözleşme'nin 10. Maddesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

88. *Lilliendahl v. İzlanda* (kar.), 2020 kararında başvuruçular, kendilerini LGBT olarak tanımlayan kişilerle ilgili konularda ilk ve orta okullarda eğitimin ve danışmanlığın güçlendirilmesine yönelik bir belediye meclisi kararının ardından halka açık bir tartışma bağlamında çevrimiçi olarak yaptığı açıklamalar nedeniyle mahkûm edilmiştir. Mahkeme, ifadelerin “ciddi ve ağır bir biçimde incitici ve önyargılı” olduğuna karar vermiştir. Özellikle açık bir tikslenme ifadesi ile birleştiğinde, eşcinsel kişileri tanımlamak için cinsel sapkınlığa/sapkınlara atıfta bulunan terimlerin kullanılması, başvuruçuların yorumlarını “eşcinsellere karşı hoşgörüsüzlüğü ve nefreti” teşvik eden yorumlar haline getirmiştir. Mahkeme ayrıca, Yüksek Mahkemenin başvuruçuların mahkûm edilmesi için ilgili ve yeterli gerekçeler sunduğuna ve 800 Avroluk para cezasının aşırı olmadığına karar vermiştir. Nitekim yerel mahkeme, cinsiyet ve cinsel azınlıkların haklarını kapsayan davada, başvuruçuların kişisel çıkarları ile daha genel kamu yararı arasında yeterince denge kurmuştur. Başvuruçuların 10. Madde kapsamındaki şikâyeti bu nedenle açıkça dayanaktan yoksundur <sup>15</sup>.

### 3. Eşcinsellik ile ilgili dayatılmış sessizlik ve yasal kısıtlamalar

89. Mahkemenin henüz, uygulanan bir politikanın caydırıcı etkisinin bir sonucu olarak, cinsel yönelimleriyle ilgili başvuruçulara dayatılan sessizlik ve bunun sonucunda ortaya çıkan meslektaşlar, arkadaşlar ve tanıdıklar nezdinde sürekli tetikte ve tedbirli olma ve gizlilik ihtiyacının ifade özgürlüğüne müdahale teşkil edebileceğine dair bir kararı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, silahlı kuvvetlerdeki eşcinsellere karşı mutlak bir politika ile ilgili *Smith ve Grady v. İngiltere*, 1999, § 127, kararında Mahkeme, başvuruçuların şikâyetinin birincil yönünün, 8. Madde uyarınca cinsel yönelimleri ve dolayısıyla özel hayatlarıyla ilgili olduğunu değerlendirmiştir ve bu nedenle şikâyetlerini 10. Madde kapsamında incelemenin gerekli olmadığına karar vermiştir. 10. Madde kapsamında incelenen *Bayev ve Diğerleri v. Rusya*, 2017, § 62, kararında Mahkeme reşit olmayanlar arasında (özellikle LGBT aktivistlerinin kişisel olarak katılmak isteyebilecekleri faaliyetleri kötüye kullanabilecek reşit olmayanlar arasında) geleneksel olmayan cinsel ilişkilerin teşvik edilmesine ilişkin bir hukuki yasağın kendi başına bir müdahale olup olmadığına karar vermeyi gerekli görmemiştir. Zira bu yasağın bir sonucu olarak başvuruçulara fiilen idari cezalar verilmiştir. Dolayısıyla, her halükârda ifade özgürlüklerine müdahale söz konusu olmuştur.

<sup>15</sup> Ayrıca “Ayrımcılık” bölümünde “14. Madde kapsamındaki pozitif yükümlülükler” bağlamında tartışılan *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, 2020 kararına bkz.

90. Bununla birlikte Mahkeme'ye göre, reşit olmayanlar arasında geleneksel olmayan cinsel ilişkilerin teşvik edilmesine dair bir hukuki yasak, heteroseksüel bir çoğunluğun eşcinsel bir azınlığa karşı önyargısının bir örneğidir ve bu kendi başına müdahaleleri haklı gösteremez (*Bayev ve Diğerleri v. Rusya*, 2017, § 69). Mahkemeye göre, Sözleşme haklarının bir azınlık grubu tarafından kullanılmasının çoğunluk tarafından kabul edilmesi şartına bağlı kılınması Sözleşme'nin temel değerleriyle bağdaşmamaktadır. Nitekim böyle bir durumda bir azınlık grubunun din, ifade ve toplanma özgürlüğü, Sözleşme'nin gerektirdiği şekilde pratik ve etkili olmaktan çok teorik hale gelirdi (*Bayev ve Diğerleri v. Rusya*, 2017, § 70, Madde 10 bağlamında; *Alekseyev v. Rusya*, 2010, § 81 ve *Zhdanov ve Diğerleri v. Rusya*, 2019, § 158, Madde 11 bağlamında).

91. *Bayev ve Diğerleri v. Rusya*, 2017, § 81 kararında Mahkeme, Sözleşme'nin, kişinin kendi kanaatlerine aykırı görüşlerle karşı karşıya kalmama hakkını garanti etmediğini hatırlatarak, yürürlükteki yasal hükümlerin ahlakın korunmasına ilişkin meşru amacı ilerletmeye hizmet etmediğini tespit etmiş ve bu tür tedbirlerin, sağlığın korunması ve başkalarının haklarının korunması gibi beyan edilen meşru amaçlara ulaşılmasında büyük olasılıkla ters etki yapabileceğine karar vermiştir. Kullanılan terminolojinin belirsizliği ve potansiyel sınırsız uygulama kapsamı göz önüne alındığında, bu hükümler münferit durumlarda kötüye kullanıma açıktır. Bunların ötesinde, bu tür yasaların kabul edilmesi, damgalama ve önyargıyı güçlendirerek homofobiyi teşvik etmekte ve demokratik bir topluma özgü eşitlik, çoğulculuk ve hoşgörü kavramlarıyla bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 10. Maddesi ihlal edilmiştir.

92. Yasaklamalar pratikte daha genel bir mevzuattan da kaynaklanabilmektedir. Örneğin, *Kaos GL v. Türkiye*, 2016 kararında, LGBT topluluğunun haklarını savunan bir dernek olan başvuru tarafından yayınlanan bir derginin tüm nüshalarına beş yıldan fazla süreyle el konulmuştur. Söz konusu sayı, eşcinsellikle ilgili pornografi üzerine yer yer cinsel içerikli görüntülerle tasvir edilen makaleler ve röportajlar içermesinden dolayı yerel makamlar tarafından kamu ahlakına aykırı olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme, izlenen amacın genel ahlakın korunması olduğunu kabul etmekle birlikte (*age.*, § 55), böylesine geniş bir kavramın belirli bir ayrıntı olmaksızın, tüm nüshalara el konulmasını haklı çıkardığını kabul etmemiştir. Yayının kendisini inceleyen Mahkeme, içeriği ve belirli görüntüleri göz önüne alındığında, yayının toplumun belirli bir kesimini hedefleyen özel bir yayın olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu nedenle belirli grupların, özellikle de reşit olmayanların, bu yayına erişimini engellemek için uygulanan önlemlerin, acil bir toplumsal ihtiyaca yanıt olabileceği Mahkeme tarafından kabul edilmiştir (*age.*, § 60). Ancak, toplumun bir kesiminin, özellikle de reşit olmayanların korunması ihtiyacı, genel ahlakın korunması bakımından kabul edilebilir olsa dahi, derginin ihtilafı sayısına tüm kamuoyunun erişimini engelleme hiçbir gerekçesi yoktur. Bu bağlamda, yerel makamlar, dergi sayısının tüm nüshalarına el konulmasına nazaran daha hafif nitelikte olabilecek herhangi bir önleyici tedbir uygulamaya çalışmamışlardır. Mahkeme, el konulan dergilerin geri verilmesinden sonra on sekiz yaşından küçüklere yönelik bir uyarı eşliğinde dağıtılabileceği varsayımında dahi, derginin yayımlanmasında meydana gelen beş yıl yedi aylık gecikmeyi izlenen amaçla orantılı bir önlem olarak değerlendirmemiştir. Bu nedenle, başvuru dernek açısından 10. Madde'nin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

## B. Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü<sup>16</sup>

### 1. Kayıtlar

93. Ortak menfaatler adına toplu olarak hareket etmek amacıyla tüzel kişilik oluşturma ehliyeti, örgütlenme özgürlüğünün en önemli yönlerinden biridir ve bu olmaksızın hak tüm anlamından yoksun

<sup>16</sup> 11. Maddeye ilişkin genel ilkeler bakımından bkz. [11. Madde Rehberi - Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü](#). Bu bölüm LGBTİ haklarıyla bağlantılı olarak 11. Madde davalarını gözden geçirmektedir.

kalacak ve anlam ifade etmeyecektir. Bu ilke, özellikle LGBTİ hakları için harekete geçmek isteyen kişi veya kuruluşlarla ilgilidir.

94. *Zhdanov ve Diğerleri v. Rusya* 2019, §§ 144-164 kararında Mahkeme, Rus mahkemelerinin derneklerin kayıt ve tescilini reddeden kararları sonucunda, 'Evlilik Eşitliği Hareketi'nin (kar amacı gütmeyen bir kuruluş) oluşturulamayacağına, 'Gökkuşuğu Evi ve Sochi Onur Evi'nin (kamuya açık dernekler) tüzel kişilik kazanamayacağına ve bununla bağlantılı haklar elde edemeyeceğine karar verdiğini tespit etmiştir. Dolayısıyla bu kararlar hem başvuru kuruluşların hem de bu derneklerin kurucusu veya başkanı olan bireysel başvuru sahiplerinin dernek kurma özgürlüğüne müdahale etmiştir. Mahkeme, yerel makamların başvuru kuruluşları (amacı LGBT haklarını geliştirmek olan) tescil etmeyi reddederek toplumun ahlaki değerlerini, aile ve evlilik kurumlarını korumaya çalıştıkları; hükümetin, LGBT derneklerinin faaliyetleri nedeniyle nüfusta meydana gelen azalmadan dolayı tehdit altında olduğu, Rusya'nın egemenliğini, güvenliğini ve toprak bütünlüğünü koruma amacıyla yapıldığı iddialarını kabul etmemiştir. Mahkeme ayrıca Hükümetin, tedbirin başkalarının hak ve özgürlüklerini korumayı amaçladığı yönündeki iddialarını da reddetmiştir (Şöyle ki, Rus halkının çoğunluğunun eşcinsel ilişkinin görüntülenmesi veya LGBT haklarının desteklenmesiyle yüzleşmeme hakkına ilişkin). Bununla birlikte, yetkililerin, LGBT derneklerinin faaliyetleri nedeniyle tahrik olunabilecek, sosyal veya dini sebeplerden kaynaklı nefret ve düşmanlığı önleme niyetinin varlığını kabul ederek olası bir kargaşayı önleme amacını kabul etmiştir. Bununla beraber Mahkeme, orantılılık değerlendirmesine devam etmiştir. Mahkeme, başvuru örgütlerin, muhalifler tarafından fiziksel şiddete maruz kalacaklarından korkmadan faaliyetlerini yürütmelerini sağlamak için makul ve uygun önlemleri almanın Rus makamlarının görevi olduğunu, ancak bu amaç doğrultusunda herhangi bir önlem alınmadığını tespit etmiştir. Bunun yerine, başvuru sahiplerinin örgütlenme özgürlüğünü kısıtlayarak gerilimin nedenini ortadan kaldırmaya ve düzeni bozma riskinin önüne geçmeye karar vermişlerdir. Bu gibi durumlarda Mahkeme, başvuru örgütlerin kayıt ve tescilinin reddedilmesinin “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı sonucuna varmıştır.

## 2. Gösteriler

### i. Negatif yükümlülükler

95. Toplanma özgürlüğüne müdahaleler, yasal veya *de facto* yasakları içerir, ancak yetkililer tarafından alınan çeşitli diğer tedbirler de bu kapsamda olabilir. Madde 11 § 2'deki "kısıtlamalar" terimi, hem toplanma öncesinde veya sırasında alınan tedbirleri hem de cezai tedbirler gibi daha sonra alınan tedbirleri kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Örneğin, önceden koyulan bir yasak, bir mitinge katılma niyetinde olan kişiler üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olabilir ve bu nedenle, miting daha sonra yetkililer tarafından herhangi bir engel olmaksızın devam etse bile, bir müdahale teşkil edebilir. Bir kişinin bir toplantıya katılmak amacıyla seyahat etmesine izin vermeyi reddetmek de müdahale anlamına gelecektir. Yetkililer tarafından miting sırasında alınan mitingin dağıtılması veya katılımcıların tutuklanması gibi yaptırım kararları ve mitinge katılmaktan dolayı verilen cezalar da müdahale teşkil edebilir (*Lashmankin ve Diğerleri v. Rusya*, 2017, §404, diğer referanslarla birlikte; *Berkman v. Rusya*, 2020, § 59). Örneğin, Onur Yürüyüşüne ve grev gözcülüğüne yasak getirilmesinin yanı sıra, izinsiz düzenlenen etkinliklerin dağıtılarak (yasağı ihlal eden) katılımcıları idari bir suçtan suçlu bulunarak yasak uygulanması, 11. Maddeyle güvence altına alınan barışçıl toplanma hakkının kullanılmasına müdahale teşkil etmiştir (*Alekseyev v. Rusya*, 2010, § 68). Mahkeme'ye göre, bu tür yasaklar, toplantıların planlanan tarihlerde yapılmasına rağmen müdahale teşkil etmiş ve ret kararları *ex post facto* olarak iptal edilmişti, çünkü başvuru sahipleri kendilerine yetki verilmesinin reddedilmesinden dolayı olumsuz etkilenmişlerdi (*Bączkowski ve Diğerleri v. Polonya*, 2007, § 68, Mahkeme tedbirlerin hukuka uygun olmaması nedeniyle bir ihlal tespit etmiştir).

96. Toplantının zaman ve yerinin katılımcılar için çok önemli olduğu durumlarda, zaman veya yerin değiştirilmesi kararı, konuşma, slogan veya pankart yasağı toplantı özgürlüğüne müdahale teşkil edebilir (*Lashmankin ve Diğerleri v. Rusya*, 2017, § 407).

97. Bu tür herhangi bir müdahale, “kanunla öngörülmediği”, 2. paragraf kapsamında bir veya daha fazla meşru amaç güdülmeyeceği ve söz konusu amaç veya amaçların gerçekleştirilmesi için “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı sürece, 11. Maddenin ihlalini teşkil edecektir. Ulusal yasal hükümler, Sözleşmenin “hukuk kalitesi” gerekliliklerini karşılamalıdır. Bu durum, bir davaya ilişkin olguların, yürütmeye bırakılan geniş takdir yetkisinin keyfi ve ayrımcı bir şekilde kullanılmasına karşı yeterli ve etkili yasal güvencelerin bulunmadığını gösterdiği durumlarda geçerli olmayacaktır (*Lashmankin ve Diğerleri v. Rusya*, 2017, § 430; ayrıca karşılaştırınız § § 441-442).

98. Örneğin, *Lashmankin ve Diğerleri v. Rusya*, 2017 davasında Mahkeme, yetkililerin başvuru sahiplerinin halka açık etkinliklerin yerini, zamanını veya etkinliğin yerine getirilme şeklini değiştirmeye yönelik tekliflerine dair uygun ve yeterli gerekçeler sunmadıklarına karar vermiştir. Teklifler, yürütmeye bırakılan keyfi ve ayrımcı geniş takdir yetkisi kullanımına karşı yeterli ve etkili yasal güvenceler sağlayamamış ve dolayısıyla Sözleşme'nin hukuk kalitesi gerekliliklerini karşılayamamıştır. Resmî tatiller veya bir olayın spontane doğası dikkate alınmaksızın, kamuya açık resmi olayların bildirilmesi için zaman sınırlarının otomatik ve esnek olmayan biçimde uygulanması haklı görülmemiştir. Ayrıca, yetkililer, bir bildirimde cevaben alınan resmi kararın, teorik veya yanıltıcı değil pratik ve etkili olarak, toplanma özgürlüğü hakkını güvence altına alacak şekilde, başvuru sahiplerine planlanan olaydan makul bir süreden önce ulaşmasını sağlama yükümlülüklerini yerine getirmemişlerdir. Başvuru sahiplerinin halka açık etkinliklerinin dağıtılması ve katılımcıların tutuklanmasıyla yetkililer, Sözleşme'nin 11 § 2 Maddesinin gerekliliklerini ihlal ederek, hukuka aykırı olsa da barışçıl toplantılara karşı gerekli hoşgörüyü göstermemişlerdir.

99. Genel bir kural olarak Mahkeme, ciddi bir muhalif gösteri tehdidinin mevcut olduğu durumlarda yerel makamlara toplantıların rahatsız edilmeden gerçekleşmesini sağlayacak araçların seçimi konusunda geniş bir takdir hakkı tanımıştır. Bununla birlikte, yalnızca riskin var oluşu, etkinliğin yasaklanması için yeterli değildir. Yetkililer, şiddetli çatışma tehdidini etkisiz hale getirmek için gerekli kaynakları değerlendirmek amacıyla, olası kargaşaya ilişkin somut tahminler üretmelidir. Potansiyel - muhalif protestoculara— herhangi bir protesto eylemi gerçekleştirirken yasaların sınırları içinde kalmalarını hatırlatmak amacıyla ister basın açıklaması yaparak ister dilekçelerine bireysel olarak yanıt vererek hitap etmek yetkililerin görevidir (*Alekseyev v. Rusya*, 2010, § 75). Örneğin, *Alekseyev v. Rusya*, 2010, § 77 davasında Mahkeme, Hükümetin tehdidin, bırakın üç yıllık bir süre boyunca tekrar tekrar yasaklamak şöyle dursun, etkinliğin tamamen yasaklanması gibi sert bir önlemi gerektirecek kadar büyük olduğu yönündeki iddialarını kabul etmemiştir. Üstelik, güvenlik riskleri yetkililerin yasağı uygulama kararında herhangi bir rol oynamış olsa dahi, bunlar her halükârda genel ahlak değerlendirmelerine kıyasla ikincil konumda kalmıştır. Dahası, yetkililerin söz konusu olayları yasaklama kararları, ilgili gerekçelerin kabul edilebilir değerlendirilmesiyle alınmamıştır. Etkinliklerin yasaklanması, zorunlu bir toplumsal gereksinime karşılık gelmediğinden demokratik bir toplumda gerekli değildir. Buna dayanarak Sözleşme'nin 11. Maddesi ihlal edilmiştir.

100. *Alekseyev v. Rusya*, 2010 davasında, gösteriler kamu düzeni gerekçesiyle reddedilirken Mahkeme, Moskova Belediye Başkanının birçok kez gey geçit törenlerini ve benzer olayları, bu törenleri uygunsuz bulması nedeniyle, önleme konusundaki kararlılığın ifade ettiğini kaydetmiştir. Bu aynı zamanda gey veya lezbiyen olarak tanımlanan kişilere medeni haklar tanınmasında geniş bir takdir marjı talep eden devletin (*age.*, § 78) görüşlerinde de dile getirilen bir duyarlılıktı. Hükümetin bu marja ilişkin iddiasını reddeden Mahkeme, eşcinsellere temel haklar vermenin, bu haklar için kampanya düzenleme haklarını tanımaktan temelde farklı olduğunu vurgulamıştır. Diğer üye Devletlerin, kendilerini gey, lezbiyen veya diğer herhangi bir cinsel azınlık olarak açıkça tanımlayan bireylerin özellikle barışçıl toplanma özgürlüklerini kullanarak haklarını ve özgürlüklerini gerçekleştirme hakkını tanımaları konusunda herhangi bir belirsizlikten söz edilmemektedir. (*age.*, § 84)

## ii. Pozitif yükümlülükler

101. Mahkeme defaatle, Devletin çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik ilkelerinin nihai garantörü olarak hareket etmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu nedenle, gerçek ve etkin barışçıl toplanma



özgürlüğü, Devletin yalnızca müdahale etmeme görevine indirgenemez: tamamen negatif bir algılanma biçimi Sözleşme'nin 11. Maddesinin amaç ve hedefi ile bağdaşmayacaktır. Bu hüküm, yeri geldiğinde bireyler arası ilişkiler alanında dahi pozitif tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir. Bu pozitif yükümlülük, popüler olmayan görüşlere sahip veya azınlık mensubu kişiler için özellikle önemlidir, çünkü mağdur olmaya karşı daha kırılgandırlar (*Berkman v. Rusya*, 2020, § 46; *Baczkowski ve Diğerleri v. Polonya*, 2007, § 64; *Zhdanov ve Diğerleri v. Rusya*, 2019, §§ 162-163). Mahkeme içtihatına göre, 11. Maddede güvence altına alınan toplanma özgürlüğü, gösterinin temsil etmeye çalıştığı fikir veya iddialara karşı çıkan kişileri rahatsız edebilecek veya gücendirebilecek bir gösteriyi korumaktadır. Bununla beraber katılımcılar, muhalifler tarafından fiziksel şiddete maruz kalacaklarından korkmadan gösteriyi gerçekleştirebilmelidir (*Berkman v. Rusya*, 2020, § 54; *Association ACCEPT ve Diğerleri v. Romanya*, 2021, § 140). Bu nedenle, yasal gösterilerin barışçıl bir şekilde devamını sağlamak için makul ve uygun önlemleri almak taraf devletlerin görevidir. Dahası, göstericilerin homofobik şiddetten korunmaması, Devletin Sözleşme'nin 14. Maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin de ihlali anlamına gelecektir<sup>17</sup>.

102. Örneğin, *Berkman v. Rusya*, 2020 davasında, yetkililer LGBTİ topluluğunu desteklemek için halka açık toplantının yapılmasına izin vermiş ve önemli sayıda polis memurunu gösteri mahalline göndermiş olsa da Mahkeme gösteri esansındaki yaklaşımdan tatmin olmamıştır. Polis memurlarının ilk aşamada pasif davranması, ön tedbir mekanizmalarının (hoşgörüyü destekleyen resmi açıklamaların yapılması, homofobik grupların faaliyetlerinin izlenmesi veya etkinliğin organizatörleri ile bir iletişim kanalı oluşturulması gibi) bariz şekilde eksikliği ve işlendiği iddia edilen idari suçlardan dolayı tutuklamaların gerçekleştirilmesi, olay sırasında polis memurlarının yalnızca kamu düzeninin korunmasıyla ilgilendiklerini fakat toplantıyı kolaylaştırmayı gerekli görmediklerini göstermiştir. Ulusal mahkemeler, Devletin Sözleşme kapsamındaki pozitif yükümlülükleri konusunda aynı dar görüşü paylaşmaktadır. Başvurucu, Açılma Günü'nün diğer katılımcıları gibi azınlık mensubu olduğundan bu yükümlülükler söz konusu davada büyük önem arz etmekteydi. Ancak yetkililer, muhalif göstericilerin homofobik sözlü saldırılarını ve fiziksel baskısını önleyerek planlanan etkinliğin gerektiği gibi yürütülmesini kolaylaştıramamıştır. Polis yetkililerinin pasif tavrının bir sonucu olarak, cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa karşı mücadele eden etkinlik katılımcıları, yetkililerin engellemediği veya gerektiği gibi yönetmediği homofobik saldırıların bizzat kurbanı olmuşlardır. Bu nedenle, tek başına ve Sözleşme'nin 14. Maddesi ile bağlantılı olarak 11. Madde ihlal edilmiştir.

103. *Identoba ve Diğerleri v. Gürcistan*, 2015, § 100 ve *Association ACCEPT ve Diğerleri v. Romanya*, 2021, § 146 davalarında Mahkeme ayrıca, yerel makamların, başvurulardan biri tarafından düzenlenen ve diğer başvuruçuların da katıldığı etkinliğin, homofobik ve şiddet içeren muhalif göstericileri yeterince kapsam suretiyle barışçıl bir şekilde gerçekleşmesinin sağlanmadığını tespit etmiştir. Bu eksiklikler göz önüne alındığında, yetkililer, Sözleşme'nin 14. Maddesi ile bağlantılı olarak 11. Madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Aynı yönde olarak Mahkeme yetkililerin yürüyüşe katılan başvuruçuları korumaya yönelik etkili önlemleri hiçbir zaman öncelikleri haline getirmediği sonucuna *Women's Initiatives Supporting Group ve Diğerleri v. Gürcistan\**, 2021, § 83, kararında da ulaşmıştır. Yetkililer, yürüyüşün planlanma aşamasında gerekli kaynakları değerlendirmemişler ve rollerini yürüyüşü dağıtma planıyla sınırlandırmışlardır.

<sup>17</sup> Ayrıca "14. Madde kapsamındaki pozitif yükümlülükler" bağlamında "Ayrımcılık" konusuna da bkz.

## IV. Ayrımcılık<sup>18</sup>

### Sözleşme'nin 14. Maddesi

“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

### A. Genel hususlar

104. LGBTİ’ler tarafından Mahkeme önüne getirilen davaların çoğu, Sözleşme'nin 14. Maddesiyle korunan “benzer veya benzer durumlardaki kişilere yönelik muamele farklılığına” atıfta bulunan ve “tanımlanabilir bir özellik veya ‘statüye’ dayalı” doğrudan ayrımcılıkla ilgilidir. Mahkeme, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini 14. Madde kapsamında korunan “diğer gerekçeler” arasına defalarca dahil etmiştir (*Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz*, 1999, § 28; *Fretté v. Fransa*, 2002, § 32; *A.M. ve Diğerleri v. Rusya*), 2021, § 73). Muamele farkı tespit edildikten sonra Mahkeme, meşru bir amacın olup olmadığını ve eğer öyleyse, nesnel ve makul bir gerekçesi olup olmadığını inceleyecektir.

105. Muamelede bir farklılık, çoğu zaman yürürlükteki kanunlardan olabildiği gibi yerel mahkemenin değerlendirmesinden de kaynaklanabilir. Herhangi bir somut delilin yokluğunda, bir başvuru cinsel yöneliminin yerel mahkemelerin kararlarıyla bir ilgisi olup olmadığını tahmin etmek mümkün değildir (*Sousa Goucha v. Portekiz*, 2016, § 65; ve *Santos Couto v. Portekiz*, 2010 ile karşılaştırın, § 43; ayrıca bkz., yalnızca 8. Madde bağlamında da olsa, eşcinsel erkekler arasındaki sado-mazoşist uygulamaların kovuşturulması ve mahkûm edilmesiyle ilgili olarak *Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık*, 1997, § 47). Bununla birlikte, yerel mahkemelerin kararlarını cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği temelinde farklı bir muamele getiren genel varsayımlara dayandırması durumunda, Sözleşme'nin 14. Maddesi kapsamında bir sorun ortaya çıkabilir (*Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz*, 1999, § § 34-36; *Van Kück v. Almanya*, 2003, § 90; *A.M. ve Diğerleri v. Rusya*, 2021, §§ 74-81).

### 1. Karşılaştırılabilir durumlar

106. Mahkeme, örneğin, aynı cinsiyetten çiftlerin, farklı cinsiyetten çiftler kadar istikrarlı, ciddi ilişkiler kurma yeteneğine sahip olduklarını ve ilişkilerinin yasal olarak tanınması ve korunması ihtiyaçları bakımından farklı cinsiyetten bir çiftle benzer bir durumda olduklarını tespit etmiştir (*Schalk ve Kopf v. Avusturya*, 2010, § 99; *Vallianatos ve Diğerleri v. Yunanistan* [BD], 2013, §§ 78 ve 81). Benzer şekilde, evlat edinmek isteyen bekar bir eşcinsel, evlat edinmek isteyen bekar bir heteroseksüel ile karşılaştırılabilir bir durumdadır (*E.B. v. Fransa* [BD], 2008, § 94) ve eşcinsel bir çift, bir eşin diğer eşin çocuğunu evlat edinmek istediği evli olmayan farklı cinsiyetten bir çift ile karşılaştırılabilir durumdadır (*X ve Diğerleri v. Avusturya* [BD], 2013, § 112).

107. Bunların aksine Mahkeme, örneğin:

- Kadın kimlik numara isteği reddedilen, bir kadınla evli olan ve kendi durumunu cisseksüellerle kıyaslayan trans kadının durumunun, birbiriyle karşılaştırılacak kadar benzer olmadığını (*Hämäläinen v. Finlandiya* [BD], 2014, § 112)
- Evlilik kurumunun açık olduğu ancak kayıtlı bir birliktelik yapmaktan muaf tutulan farklı cinsiyetten bir çiftin, mevcut mevzuata göre evlenmeye hakkı olmayan ve ilişkilerinin yasal olarak tanınmasını sağlamak için kayıtlı birlikteliğe ihtiyaç duyan eşcinsel çiftler ile benzer veya karşılaştırılabilir durumda olmadığını (*Ratzenböck ve Seydl v. Avusturya*, 2017, § 42)

<sup>18</sup> 14. Madde kapsamındaki ilgili ilkeler için bkz. 14. Madde ve 12 No'lu Protokolün 1. Maddesi Rehberi - Ayrımcılık yasası. Bu bölüm, özellikle LGBTİ bağlamında ilgili olan belirli ilkeleri ele alacaktır.

- Eşcinsel evliliğin yasallaştırılmasından önce yasal tanınma sağlayamayan fiili eşcinsel birlikteliklerin, boşanma yasallaştırılmadan önce evlenemeyen, evli olmayan heteroseksüel çiftler ile karşılaştırılabilir durumda olmadığını (*Aldeguer Tomás v. İspanya*, 2016, § 87)
- Eşcinsel bir çift olarak birlikte yaşayan iki başvuru ve başvurulardan birinin oğlunun, ikinci ebeveynin evlat edinmesi konusunda evli bir çift ile benzer durumda olmadığını (*Gas ve Dubois v. Fransa*, 2012, § 68; *X ve Diğerleri v. Avusturya* [BD], 2013, § 109)
- Doğum sırasında doğum belgesinde yapılan kayıtlarla ilgili olarak, ikinci başvuruçunun bir çocuk doğurduğu sırada kayıtlı bir eşcinsel medeni birlikteliği içinde birlikte yaşayan başvuruçuların, eşin çocuk doğurduğu evli bir farklı cinsiyetten çiftin durumuyla benzer bir durumda olmadıklarını (*Boeckel ve Gessner-Boeckel v. Almanya* (kar.), 2013) tespit etmiştir.

## 2. Meşru amaçlar ve gerekçeler

108. Tıpkı cinsiyete dayalı farklılıklar gibi, cinsel yönelime dayalı farklılıklar da gerekçelendirme yoluyla özellikle ciddi sebepler gerektirir (*Karner v. Avusturya*, 2003, § 37; *L. ve v. v. Avusturya*, 2003, § 45; *Vallianatos ve Diğerleri v. Yunanistan* [BD], 2013, § 77).

109. Toplumun çoğunluğu arasında belirli bir süre boyunca hüküm süren tutumlar veya kalıp yargılar, kişilere yalnızca cinsel yönelimleri nedeniyle ayrımcılık yapılması veya örneğin özel hayatın korunması hakkının sınırlandırılması için haklı gerekçeler olarak hizmet edemez (*Beizaras ve Levickas v. Litvanya*, 2020, § 125). Mahkeme, heteroseksüel çoğunluğun eşcinsel bir azınlığa karşı önceden belirlenmiş bir önyargıyı bünyesinde barındıran politikaları ve kararları onaylamayı sürekli olarak reddetmiştir. Belirli bir ülkedeki bu olumsuz tutumların, geleneklere yapılan atıfların veya genel varsayımların, Mahkeme tarafından, farklı bir ırk, köken veya renkteki tutumlara karşı benzer olumsuz tutumlara olduğu gibi, farklı muamele için yeterli gerekçe olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir (*Smith ve Grady v. Birleşik Krallık*, 1999, § 97; *Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz*, 1999, §§ 34-36; *L. and v. v. Avusturya*, 2003, §§ 51-52).

110. Bu hususta, özellikle, 'geleneksel' bir aile yapısını destekleme ve teşvik etme amacına ilişkin olarak, Mahkeme daha önceki içtihadında bu amacı kendi içinde meşru (*Marckx v. Belçika*, 1979, § 40) ve, ilke olarak, muamelede farklılığı haklı çıkarabilecek ağırlıkta önemli ve meşru bir sebep olarak kabul etmiştir (*Karner v. Avusturya*, 2003, § 40), bu yaklaşım, Sözleşmeyi günümüz koşullarında yorumlayan daha yakın tarihli davalarda biraz değişmiştir. Sonuç olarak, geleneksel anlamda aileyi koruma amacı hala meşru kabul edilebilirken (*X ve Diğerleri v. Avusturya* [BD], 2013, § 138) geleneksel anlamda aileyi koruma amacı yalnızca bazı durumlarda ikna edici ve ağır bir gerekçe teşkil edecektir (*Taddeucci ve McCall v. İtalya*, 2016, § 93). Ayrıca, geleneksel anlamda aileyi koruma amacı oldukça soyuttur ve bunu uygulamak için çok çeşitli somut önlemler kullanılabilir. Devlet, aileyi korumak ve aile yaşamına saygıyı güvence altına almak için tasarladığı araçları seçerken, toplumdaki gelişmeleri ve sosyal ve medeni durum meseleleri ve ilişkilerine dair algıdaki değişiklikleri, bireyin aile veya özel yaşantısını sürdürmesinde yalnızca bir şekil veya bir seçenek olmadığını da göz önünde bulundurarak, mutlaka dikkate almalıdır (*X ve Diğerleri v. Avusturya* [BD], 2013, § 139; *Vallianatos ve Diğerleri v. Yunanistan* [BD], 2013, § 84; *Beizaras ve Levickas v. Litvanya*, 2020, § 122).

111. Gayet açıktır ki çocuğun çıkarlarının korunması meşru bir amaçtır (*X ve Diğerleri v. Avusturya*, [BD], 2013, § 138; *Vallianatos ve Diğerleri v. Yunanistan* [BD], 2013, § 83; *Fretté v. Fransa*, 2002, § 38).

## 3. Takdir marjı

112. Muamele farklılığının cinsiyete veya cinsel yönelime dayalı olduğu durumlarda, Devletin takdir marjı dardır (*Karner v. Avusturya*, 2003, § 41; *Kozak v. Polonya*, 2010, § 92). Yalnızca cinsel yönelim mülhazalarına dayalı farklılıklar Sözleşme kapsamında kabul edilemez (*Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz*, 1999, § 36; *E.B. v. Fransa* [BD], 2008, §§ 93 ve 96; *X ve Diğerleri v. Avusturya*, [BD], 2013, § 99; *Pajić v. Hırvatistan*, 2016, § 84; *Beizaras and Levickas v. Litvanya*, 2020, § 114).

113. Devletlere tanınan takdir marjının dar olduğu durumlarda (cinsiyet veya cinsel yönelime dayalı bir muamele farklılığının olduğu durumda olduğu gibi), orantılılık ilkesi, yalnızca seçilen önlemin, ilke olarak, aranan amaca ulaşmak için uygun olmasını gerektirmez. Bu amaca ulaşmak için belirli insan kategorilerinin söz konusu hükümlerin kapsamının dışında tutulmasının gerekli olduğu da gösterilmelidir (*Karner v. Avusturya*, 2003, § 41; *Kozak v. Polonya*, 2010, § 99; *Vallianatos ve Diğerleri v. Yunanistan* [BD], 2013, § 85). Devletlerin geniş bir takdir payına sahip olduğu göç davalarında da durum böyledir (*Pajić v. Hırvatistan*, 2016, § 82). Mahkemenin içtihatına göre, bu konuda ispat yükü davalı Devlettir. (*age.*; *X ve Diğerleri v. Avusturya* [BD], 2013, § 141)<sup>19</sup>.

## B. İchtihat örnekleri

### 1. Samimi ilişkiler

114. Herhangi bir nesnel ve makul gerekçenin yokluğunda, eşcinsel eylemler için (heteroseksüellerin aksine) daha yüksek bir rıza yaşının korunmasının, Sözleşme'nin 8. Maddesi ile birlikte ele alındığında 14. Maddeyi ihlal ettiği tespit edilmiştir (*L. ve v. v. Avusturya*, 2003, § 54; *S.L. v. Avusturya*, 2003, § 46).

### 2. Medeni birliktelikler ve evlilik

115. *Schalk ve Kopf v. Avusturya*, 2010, §§ 105-6 ve 109 kararında, Mahkeme, davalı Devletin Kayıtlı Birliktelik Yasası'nı (yani eşcinsel bir birlikteliğin yasal olarak tanınması için alternatif bir araç) daha önce, 2010'da tanıtmadığı için suçlanamayacağını tespit etti. Eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmasını sağlayan Devletlerin çoğunluğunun yokluğunda, söz konusu alan, Devletlerin yasama değişikliklerinin yürürlüğe girme zamanlamasında da bir takdir marjından yararlanmaları gereken, yerleşik bir fikir birliği olmaksızın evirilen haklardan biri olarak görülmeye devam etmekteydi. Mahkeme ayrıca, davalı Devletin evlilik yerine kayıtlı birliktelik tarafından verilen hak ve yükümlülükleri seçerken takdir marjını aşmadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 8. Maddesiyle birlikte ele alınan 14. Maddesine herhangi bir aykırılık olmamıştır. Daha sonraki *Oliari ve Diğerleri v. İtalya*, 2015, kararında 8. Maddenin<sup>20</sup> ihlal edildiğini tespit eden Mahkeme, Sözleşme'nin 14. Maddesinin incelenmesini gerekli görmemiştir.

116. Mahkeme *Vallianatos ve Diğerleri v. Yunanistan* [BD], 2013, § 92 kararında, Yunan Devletinin, evlilik kurumunun yanı sıra evli olmayan çiftler için, farklı cinsiyetten çiftlerle sınırlı ve böylece eşcinsel (aynı şekilde evlenemeyen) çiftleri hariç tutan, yeni bir kayıtlı birliktelik planı getiren bir yasayı yürürlüğe koyduğunda, 8. Madde ile bağlantılı olarak Madde 14'ü ihlal ettiğini tespit etti. Buna karşılık, Mahkeme, farklı cinsiyetten bir çiftin, yalnızca eşcinsel çiftlere ayrılmış olan kayıtlı bir birlikteliğe erişiminin reddedildiği *Ratzenböck ve Seydl v. Avusturya*, 2017, § 41 kararında, 8. Maddeyle bağlantılı olarak 14. Maddenin ihlal edildiğine hükmetmemiştir. Bunun nedeni, başvuruçuların farklı cinsiyetten bir çift olarak, yasal tanınmaya yönelik temel ihtiyaçlarını karşılayan evliliğe erişimlerinin olmasıdır.

117. *Chapin and Charpentier v. Fransa*, 2016, kararında Mahkeme, başvuruçuların (evlilik hakkına sahip olmadıklarından şikayet eden eşcinsel bir çift) *pacte civil de solidarité*<sup>21</sup> yoluyla birçok açıdan evliliğe eşit veya benzer bir yasal statü elde etme fırsatına sahip olmaları nedeniyle 8. Madde ile bağlantılı olarak 14. Maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bununla beraber, dava Mahkeme tarafından karara bağlandığında, Fransa eşcinsel evliliği yürürlüğe koymuştur. Ayrıca, Mahkeme 12. Madde ile bağlantılı olarak 14. Maddenin ihlal edilmediğini de tespit etmiştir (*age.*, § 39-40).

<sup>19</sup> Ayrıca "Takdir marjı ve konsensüs" bağlamında yukarıdaki "Özel hayat ve aile hayatı hususları" bölümüne bkz.

<sup>20</sup> Ayrıca "Medeni birliktelik" bağlamında yukarıdaki "Özel hayat ve aile hayatı hususları" bölümüne bkz.

<sup>21</sup> Çeviri notu: **Pacte civil de solidarité (PACS)** Medeni dayanışma sözleşmesi: Aynıya da farklı iki cinsten iki kişinin ortak yaşama hususunda anlaşması-ikametgahları sulh mahkemesi kalemine müşterek beyanla resmiyet kazanır. Ergül, *Fransızca - Türkçe, Türkçe - Fransızca MODERN HUKUK SÖZLÜĞÜ: DICTIONNAIRE JURIDIQUE MODERNE (2012)*, Yargı Yayınevi. p. 140.

Devletlerin konuyla ilgili kademeli evrimine rağmen, ne tek başına 12. Madde, ne de 14. Madde ile birlikte 12. Madde, eşcinsel çiftlere evliliğe erişim izni verme yükümlülüğü getirmez ([age.](#), §§ 37-38; [Oliari ve Diğerleri v. İtalya](#), 2015, §§ 192-194).

### 3. Evlat edinme

118. 14. Maddede güvence altına alınan Ayrımcılık Yasağı, Sözleşme ve Protokoller'in bir Devletin güvence altına almasını gerektirdiği hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ötesine geçer. Ayrıca, Devletin gönüllü olarak sağlamaya karar verdiği, herhangi bir Sözleşme maddesinin genel kapsamına giren, ek haklar için de uygulanır. 8. Madde evlat edinme hakkını garanti etmese de, 8. Madde kapsamındaki yükümlülüklerinin ötesinde bir hak yaratan bir Devlet, bu hakkı 14. Madde anlamında ayrımcı bir şekilde uygulayamaz ([X ve Diğerleri v. Avusturya](#) [BD], 2013, § 135; [E.B. v. Fransa](#) [BD], 2008, § 49; [Manenc c. Fransa](#) (kar.), 2010). Dolayısıyla, Sözleşme kapsamında evlat edinme hakkı bulunmama ile birlikte, ulusal yasal çerçeve bekar bir kişinin evlat edinmesine izin veriyorsa, kişinin cinsel yönelimi gibi ayrımcı gerekçelerle reddedilemez ([E.B. v. Fransa](#) [BD], 2008.). Benzer şekilde, Sözleşme'nin 8. Maddesi uyarınca, ikinci ebeveynin evlat edinme hakkını evli olmayan çiftlere genişletme yükümlülüğü yoktur ([Gas ve Dubois v. Fransa](#), 2012, §§ 66-69; [Emonet ve Diğerleri v. İsviçre](#), 2007, § 92): ancak, bu hak tanınmışsa, ayrımcı bir şekilde uygulanamaz ([X ve Diğerleri v. Avusturya](#) [BD], 2013, §§ 136 vd.).

119. Eşcinseller tarafından evlat edinme bağlamında farklı durumlar ayırt edilebilir. İlk olarak, bir kişi kendi başına evlat edinmek isteyebilir (bireysel evlat edinme) ([Fretté v. Fransa](#), 2002; [E.B. v. Fransa](#) [BD], 2008). İkinci olarak, eşcinsel bir çiftteki bir eş, her iki eşe de yasal olarak tanınan bir ebeveynlik statüsü vermek amacıyla diğer eşin çocuğunu evlat edinmek isteyebilir (ikinci ebeveynin evlat edinmesi) ([Gas and Dubois v. Fransa](#), 2012). Üçüncü olarak, eşcinsel bir çift bir çocuğu evlat edinmek isteyebilir (ortak evlat edinme).

120. [Fretté v. Fransa](#), 2002, kararında, Fransız makamları, başvurusunun (eşcinsel) evlat edinme talebini, “yaşam tarzı” (yani eşcinselliği) nedeniyle evlat edinmek için gerekli güvenceleri sağlamadığını tespit ederek reddetmiştir. Mahkeme, Fransız hukukunun evli olmayan herhangi bir kişiye, erkek veya kadın, evlat edinme başvurusunda bulunma yetkisi verdiğini ve Fransız makamlarının, başvurusunun talebini -zımnen de olsa- cinsel yönelimi nedeniyle reddettiğini kaydetmiştir. Böylece cinsel yönelime dayalı muamele farklılığı olmuştur ([age.](#), § 32). Ancak, başvurusunun ve evlat edinilmeye uygun çocukların çatışan menfaatleriyle ilgili olarak, Mahkeme, o dönemde bilim camiasının, özellikle konuyla ilgili sınırlı sayıda bilimsel çalışmanın oluşundan hareketle, çocukların bir veya daha fazla eşcinsel ebeveyn tarafından büyütülmesinin olası sonuçları konusunda bölünmüş olduğunu kaydetmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, evlat edinme izninin reddedilmesinin orantılılık ilkesini ihlal etmediğini ve dolayısıyla şikâyet edilen muamele farklılığının Sözleşme'nin 8. Maddesi ile bağlantılı olarak 14. Madde bağlamında ayrımcı olmadığını değerlendirmiştir ([age.](#), §§ 37-43).

121. Ancak, altı yıl sonra, [E.B. v. Fransa](#) [BD], 2008, kararında Mahkeme [Fretté v. Fransa](#), 2002 kararında aldığı pozisyonu tersine çevirmiştir. Mahkeme, başka bir kadınla istikrarlı bir eşcinsel ilişki içinde olan başvurusunun (lezbiyen) evlat edinme iznini reddetmek için Fransız makamlarınca ileri sürülen gerekçeleri ayrıntılı olarak analiz etmiştir. Mahkeme, yerel makamların kararlarını, başvurusunun evinde veya yakın aile ve arkadaş çevresinde bir “baba referansının” olmaması ve eşin bağlılığının olmaması olmak üzere iki temel gerekçeye dayandığını kaydetmiştir. İki gerekçenin, başvurusunun durumuna ilişkin genel bir değerlendirmenin parçası olduğunu ve bunun sonucunda bir gerekçenin hukuka aykırılığının tüm kararı etkilediğini eklemiştir. İkinci gerekçe makul olmakla birlikte, birinci gerekçe dolaylı olarak başvurusunun eşcinselliğiyle bağlantılıdır ve yetkililerin buna atıfta bulunması, bekar bir kişinin evlat edinme izni talebi bağlamında aşırıdır. Özetle, başvurusunun cinsel yönelimi, kendisiyle ilgili müzakerelerin merkezinde sürekli olarak yer almış ve evlat edinme iznini reddetme kararı için belirleyici olmuştur ([E.B. v. Fransa](#) [BD], 2008, §§ 72-89). Fransız makamları tarafından ileri sürülen gerekçelere ilişkin analizini göz önünde bulunduran Mahkeme, başvurusunun evlat edinme iznini reddederek, başvurusunun cinsel yönelimi temelinde Sözleşme kapsamında kabul

edilemez bir ayırım yaptıkları sonucuna varmıştır. Sonuç olarak Mahkeme, 8. Madde ile bağlantılı olarak 14. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (age., §§ 94-98).

122. *Gas ve Dubois v. Fransa*, 2012, davası farklı bir senaryo, yani, Fransız yasalarına göre bir medeni birliktelik (*pacte civil de solidarité – PACS*) imzalamış olan ve eşcinsel bir çift oluşturan iki kadın ile ilgilidir. Başvuruculardan biri, yardımla üreme yöntemiyle dünyaya gelen bir çocuğun annesidir. Fransız yasalarına göre çocuğun tek ebeveyni odur. Başvurucular, eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmeyeceğinden şikâyetçi olmuştur. Daha spesifik olarak, çocuk ve annesinin partneri arasında ebeveyn sorumluluğunu paylaşma olasılığı ile bir ebeveyn-çocuk ilişkisi oluşturmak için Fransız yasalarına göre basit bir evlat edinme kararı (*adoption simple*<sup>22</sup>) elde etmek istemişlerdir. Yerel mahkemeler, evlat edinme talebini, ebeveynlik haklarının çocuğun annesinden eşine devredeceği ve çocuğun menfaatine aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir (age., § 62). Mahkeme, başvurucuların evli bir çiftin durumuyla karşılaştırarak incelemiştir. *Adoption simple* durumlarında, Fransız yasalarının yalnızca evli çiftlerin ebeveyn haklarını paylaşmasına izin verdiğini kaydetmiştir. Taraf Devletler, eşcinsel çiftlere evliliğe erişim izni vermek zorunda olmadıklarından ve evliliğin sağladığı özel statü dikkate alındığında, başvurucuların hukuki durumu evli bir çiftinkiyle kıyaslanamaz (age., § 68). Başvurucular gibi, eşcinsel birlikteliği içinde birlikte yaşayan evli olmayan farklı cinsiyetten çiftlerin durumuna ilişkin olarak Mahkeme, ikinci ebeveynin evlat edinmesine de açık olmadığını kaydetmiştir (age., § 69). Bu nedenle, cinsel yönelime dayalı muamelede hiçbir fark yoktur, dolayısıyla Sözleşme'nin 8. Maddesiyle bağlantılı olarak 14. Madde ihlal edilmemiştir.

123. Yukarıda bahsedilen duruma benzer bir şekilde *X ve Diğerleri v. Avusturya*, [BD], 2013 kararında Mahkeme, başvurucuların durumunun, evlilikten doğan özel yasal statü göz önüne alınarak (bu statü eşcinsel çiftlere açık değildi) bir eşin diğer eşin çocuğunu evlat edinmek istediği farklı cinsiyetten evli bir çiftin durumu ile karşılaştırıldığında Sözleşme'nin 8. Maddesi ile bağlantılı olarak 14. Maddesini ihlal etmediğine karar verdi. Ancak, 2012 tarihli *Gas ve Dubois v. Fransa* kararından farklı olarak başvurucuların durumunun, eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmek istediği farklı cinsiyetten bir çiftin durumu ile karşılaştırıldığında Sözleşme'nin 8. Maddesi ile bağlantılı olarak 14. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bunun nedeni, Avusturya yasalarının (Fransız yasalarından farklı olarak) evli olmayan farklı cinsiyetten bir çiftin ikinci-ebeveyn olarak evlat edinmesine izin verip, eşcinsel çiftlerin ikinci ebeveyn olarak evlat edinmesine izin vermemesidir. Bu nedenle, konunun ele alınış biçimindeki farklılığın nedenlerini araştırmak zorunda kalmıştır. Mahkeme Avusturya yasalarının, bekar bir eşcinsel kişinin, partnerinin rızası ile evlat edinmesine izin verirken ve bunun çocuk için zarar verici olmadığını kabul ederken, yine de bir çocuğun iki anne ya da iki babaya sahip olmaması gerektiğindeki ısrarının tutarlı olmadığı kanısındadır. Mahkeme, ikinci ebeveyn olarak evlat edinmenin, çocuğun ebeveynlerinden birinin partnerine çocuğa karşı haklar verilmesine hizmet ettiğini not etmiş ve fiili aile hayatının yasal olarak tanınmasının önemini vurgulamıştır. Başvurucular arasında fiili aile hayatının varlığı; yasal olarak tanınma olanağına sahip olmanın önemi; Hükümet tarafından yasal amaçlarla sunulan, çocuğun eşcinsel bir çift tarafından büyütülmesinin veya iki anne ve iki babaya sahip olmasının zararlı olacağını gösteren delillerin bulunmaması ve özellikle de eşcinsel çiftlerin ikinci ebeveyn olarak evlat edinmeye farklı cinsiyetten çiftler kadar uygun olabileceğini kabul etmeleri, eşcinsel çiftlerde ikinci ebeveyn olarak evlat edinmeye ilişkin mutlak yasağın orantılılığı konusunda ciddi şüpheler uyandırmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, Hükümetin, evli olmayan farklı cinsiyetten bir çiftte bu olasılığı verirken, eşcinsel bir çiftte ikinci ebeveyn olarak evlat edinmeyi hariç tutmanın, geleneksel anlamda ailenin korunması ya da çocuğun çıkarlarının korunması için gerekli olduğunu göstermek için özellikle önemli ve ikna edici nedenler ileri süremediğini tespit etmiştir. Dolayısıyla bu ayırım, Sözleşme'nin 8. Maddesi ile bağlantılı olarak 14. Maddesini ihlal etmektedir (age., § 153).

<sup>22</sup> Çeviri notu: **Adoption simple** Basit evlat edinme: Çocukla asıl ailesi arasındaki bağların devamına imkân veren evlat edinme türü. Ergül, *Fransızca - Türkçe, Türkçe - Fransızca MODERN HUKUK SÖZLÜĞÜ: DICTIONNAIRE JURIDIQUE MODERNE (2012)*, Yargı Yayınevi. p. 13.

#### 4. Çocuğun velayeti, erişim ve çocuklarla ilgili diğer konular

124. Yalnızca veya kesin olarak cinsel yönelime ilişkin sebeplere dayanılarak ebeveyn ve/veya velayet haklarının, diğerini dışlayarak bir ebeveynin verilmesi, Sözleşme kapsamında kabul edilemez ve *Salguero da Silva Mouta v. Portekiz* , 1999, § 36 ve *X v. Polonya*, 2021, § 92-93 kararlarında Sözleşme'nin 8. Maddesi ile bağlantılı olarak 14. Maddesinin ihlaline yol açmıştır.

125. Benzer bir ihlal, başvuruçunun cinsel kimliğinin etkisinin, çocuklarıyla temasının kısıtlanması kararının alınmasında belirleyici bir faktör olduğu *A.M. ve Diğerleri v. Rusya*, 2021, § 74-81 kararında tespit edilmiştir. Özellikle, yerel mahkemeler, başvuruçunun çocuklarına yönelik olası tehlike, ebeveynlik haklarının kısıtlanmasının niteliği ve ciddiyeti, bunun çocuğun sağlığı ve gelişimi için yaratacağı sonuçlar veya diğer ilgili koşullar hakkında bir inceleme yapmamıştır. Bu nedenle Mahkeme, yerel mahkemelerin, başvuruçunun çocuklarına yönelik olası zararı uygun bir şekilde değerlendirmeden başvuruçunun ebeveynlik haklarını ve çocukları ile temasını kısıtlarken, onun cinsiyet uyum sürecine dayandığını, onu trans bir kişi olarak statüsüne göre ayırdığını ve mevcut Sözleşme şartları ışığında garanti edilmeyen bir ayırım yaptığını tespit etmiştir (age., §§ 74-80). Bununla birlikte, çocuğun üstün yararının hâkim olduğu ve bunun, yerel mahkemelerin çocuğun babasının cinsiyet uyum sürecine kademeli olarak alışmasını sağlayacak daha kısıtlayıcı bir iletişim düzenlemesi seçmelerine yol açtığı *P.V. v. İspanya*, 2010, § 34-37 kararında Mahkeme, ayrımcılık için bir neden bulamamış ve dolayısıyla Sözleşme'nin 8. Maddesi ile bağlantılı olarak 14. Maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. İletişim düzenlemeleri, uzmanlar tarafından yapılan tavsiyelere göre kademeli ve denetlenebilir bir temelde düzenlenmiş ve başvuruçunun trans olması bu kararların belirleyici faktörü olmamıştır<sup>23</sup>.

126. *JM v. Birleşik Krallık*, 2010, § 56-58 kararında, mukim olmayan (bulduğu ülkede yerleşimi bulunmayan) ve eşcinsel birliktelik içinde olan boşanmış bir ebeveynin, çocuklarının eğitim ve bakımı için, farklı cinsiyetten bir birliktelik içinde olanlara oranla daha yüksek miktarda nafaka ödemesinin gerekmesi, uygulamada haksız bir ayırım olarak görülmüş ve 1 No'lu Protokolün 1. Maddesi ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. Maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

127. Mahkeme, doğum belgesindeki kayıtlarla ilgili olarak başvuruçuların (ikinci başvuruçunun çocuk doğduğunda kayıtlı bir medeni birliktelik altında birlikte yaşayan iki kadın), kadının çocuk doğurduğu farklı cinsiyetten evli bir çiftle, doğum sırasında doğum belgesine yapılan kayıtlar bakımından benzer bir durumda olmadıklarına karar vermiştir (*Boeckel ve Gressner-Boeckel v. Almanya*, (kar.), 2013). Mahkeme, doğum anında çocuğun annesi ile evli olan erkeğin aslında çocuğun babası olduğuna dair aksi ispat edilebilir bir yasal karinenin, her zaman gerçek soy bağına belirlemeyeceği gerçeğine bağlı olarak sorgulanmadığını kaydetmiştir. Ancak, eşcinsel birliktelikteki partnerlerden birisinin çocuk doğurması durumunda çocuğun, diğer partnerin soyundan geldiği biyolojik gerekçelerle reddedilebilir. Bu nedenle, birinci başvuruçunun çocuğun doğum belgesine adının yazılmasının reddedilmesi nedeniyle ayrımcılığa uğradığı şikâyeti açıkça dayanaktan yoksundur.

128. Buna karşılık, eşcinsel birliktelik içinde olan ve eşcinsel partnerinin çocuğu ile ilgilenen bir kadın, böyle bir bağlamda heteroseksüel bir birliktelikte bir babanın durumuna benzer durumdadır. *Hallier ve Diğerleri v. Fransa* (Komite kararı), 2017, § 29 kararında Mahkeme böyle bir durumdaki kadın başvuruçunun, bir babanın aksine babalık iznine izin verilmediği için, farklı muamele gördüğünü tespit etmiştir. Bununla birlikte, babalık izninin amacının- o sırada Devletin takdir yetkisi dahilinde görülen bir seçim olan biyolojik bağa dayandığı için cinsiyet veya cinsel yönelim temelinde ayrımcı olmadığı değerlendirilmiştir. Ayrıca zaten kanun, başvuruçunun durumundaki kişilere babalık iznine eşdeğer bir

<sup>23</sup> Mahkeme ayrıca *Bonnaud ve Lecoq v. Fransa* (Komite kararı), 2018, prg.43-45 kararında, yasanın cinsel yönelim temelinde bir ayırım yapmadığı göz önüne alındığında, yerel mahkemelerin belirli bir davada ebeveynlik yetkisinin karşılıklı olarak kullanılmasına izin vermeyi reddetmesinde ayrımcı bir uygulama görmemiştir. Başvuruçuların davalarına ilişkin karar, davanın fiili koşullarına ve yerel mahkemeler tarafından karşılıklı velayet yetkisi verilmesi için gereken koşulların karşılanmadığına ilişkin bir değerlendirmeye dayanmaktadır.

bakıcılık izni verecek şekilde değiştirilmiştir. Bu nedenle, başvuruçunun 8. Madde ile bağlantılı olarak 14. Madde kapsamındaki şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesi ile reddedilmiştir.

## 5. Sosyal haklar

129. Eşcinsel bir ilişki içinde yaşayan kişilerin, kiracılığa ya da sigorta kapsamına geçişine dahil edilmemesi, Mahkeme tarafından, bu tür bir ayrımı haklı kılan zorlayıcı nedenlerin yokluğunda, geleneksel anlamda ailenin korunması için gerekli görülmedi. Bu gibi durumlarda Mahkeme, Sözleşme'nin 8. Maddesi ile bağlantılı olarak 14. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Karner v. Avusturya*, 2003, § 41; *Kozak v. Polonya*, 2010, § 99; *P.B. ve J.S. v. Avusturya*, 2010, § 42; tersine, ölüm aylığı bağlamında Mahkemenin önceki *Mata Estevez v. İspanya* (kar.), 2001 kararına bkz.). Bununla birlikte, Sözleşme'nin 14. Maddesi sadece benzer durumlardaki kişilere eşit muamele hakkını garanti eder ancak belirli menfaatlere erişimi garanti etmez. Bu nedenle, yasanın homoseksüellerin çocuklara bakmaktan dışlanmamasını sağladığı durumlarda, ortak hanede çocukların yetiştirilmesine ilişkin sigorta kapsamına erişim koşulunun tarafsız bir şekilde formüle edilmesi, ayrımcı değildir (*P.B. ve J.S. v. Avusturya*, 2010, §47 ve 50).

130. Aynı zamanda Mahkeme, partneri ile evli olmadığı için (ne evlilik ne de eşcinsel medeni birlikteliklerin mümkün olmadığı bir dönemde) ölüm aylığı ya da vergi muafiyeti reddedilen sağ kalan partnerin durumunun, eşcinsel evlilik birlikteliği içinde olup sağ kalan eş ile karşılaştırılabilir olmadığını tespit etmiştir (*M.W. v. Birleşik Krallık*, (kar.), 2009; *Courten v. Birleşik Krallık*, (kar.), 2008). Bu, eşcinsel ilişkinin medeni birliktelik yolu ile resmileştirildiği durumlarda da böyleydi (*Manenc v. Fransa*, (kar.), 2010). İkinci durumda, Fransa'daki medeni birlikteliklerin vefat durumunda mali destekle ilgili olarak, evliliklerle aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olmadığı kaydedilmiştir. Evliliğin başvuruçuya açık bir olasılık olmadığı gerçeği, bu sonucu değiştirmemiştir. Ayrıca, medeni birlikteliği üstlenen herkes, cinsel yönelimlerine bakılmaksızın bu intikalden hariç tutulmuştur. Dolayısıyla, yasa koyucunun bu tür bir yardımı evli çiftlerle sınırlandırma tercihinin açıkça makul bir temelden yoksun olmaması gerekçesi ile başvuruçunun şikayetinin açıkça dayanaktan yoksun olduğu tespit edilmiştir.

131. Mahkeme ayrıca, *Aldeguer Thomás v. İspanya*, 2016, §87 kararında, partneri ile evli olmadığı için ölüm aylığından mahrum bırakılan (eşcinsel evliliğe izin verilmeyen bir zamanda) ve fiili bir eşcinsel birliktelikte hayatta kalan partnerin, boşanmaları kesinleşmeden önce evlenemeyen evli olmayan heteroseksüel çiftlere kıyasla, ayrımcılığa maruz kalmadığını değerlendirmiştir. Bunun nedeni, evlenmeye yasal engelin farklı bir nitelikte olması ve dolayısıyla durumların karşılaştırılabilir olmamasıydı.

## 6. Oturum izni

132. 8. Madde belirli bir ülkede yerleşme ya da oturma izni alma hakkını içermese de Devlet, yine de göç politikalarını bir yabancı uyruklunun insan haklarıyla, özellikle özel veya aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ve ayrımcılığa uğramama hakkı ile uyumlu bir şekilde uygulamalıdır (*Novruk ve Diğerleri/Rusya*, 2016, § 83).

133. Mahkeme "aile üyesi" kavramının kısıtlayıcı yorumunun (evlenemeyen ya da taraf Devletin hukuku uyarınca medeni birlikteliğe giremeyen eşcinsel partnerleri hariç tutan) eşcinsel çiftlerin ailevi nedenlerle oturma izni almalarının önünde aşılabilir bir engelle karşı karşıya kalmasına yol açtığına karar vermiştir (*Taddeucci ve McCall v. İtalya*, 2016, § 83). Özellikle Mahkemeye göre, birlikteliklerinin yasal olarak tanınmasını sağlayamayan homoseksüel bir çift (çünkü bu taraf Devletin hukukunda öngörülmemiştir), birlikteliklerini yasallaştırmamayı seçen evli olmayan heteroseksüel bir çiftin durumu ile benzer bir durumda değildir. Bu nedenle, bu tür homoseksüel çiftlere farkı muamele uygulanmaması, Sözleşme'nin 14. Maddesini ihlal edebilir (age, § 98).

134. Bu bağlamda, 14. Madde bazen olumlu eylem gerektirebilir. Mahkemenin yerleşik içtihatına göre, 14. Madde bir üye Devletin gruplar arasındaki "fiili eşitsizlikleri" düzeltmek için farklı



davranmasını yasaklamaz; aksine belirli durumlarda, farklı muamele yoluyla bu tür bir eşitsizliği düzeltme girişiminde bulunmamak, kendi içinde 14. Maddenin ihlaline yol açabilir. *Taddeucci ve McCall v. İtalya*, 2016, § 95-98 kararında durum böyleydi; Mahkeme, bu kişilerin, tek başlarına birlikteliklerini düzenlemenin bir biçimine sahip olan evli olmayan heteroseksüel çiftlerden, nesnel ve farklı bir gerekçe olmaması nedeniyle, farklı muamele görmediklerini tespit etmiştir. Bu nedenle Devlet, başvuruçuların, Sözleşme'nin 8. Maddesi kapsamındaki haklardan yararlanırken cinsel yönelimleri nedeniyle ayrımcılığa uğramama hakkını ihlal etmiştir.

135. Bununla birlikte, iç hukuk hem farklı cinsiyetten çiftlerin hem de eşcinsel çiftlerin evlilik dışı birlikteliklerini tanıyorsa durum daha açıktır. Böyle bir durumda, o Devlette amaçlanan aile hayatını sürdürebilmek için aile birleşimi için oturma izni başvurusunda bulunan eşcinsel birliktelik içindeki bir partner, kendi aile hayatını mümkün kılmak için aynı amaçlanan şekilde, farklı cinsiyetten evlilik dışı bir birliktelikteki partnerle karşılaştırılabilir durumdadır (*Pajić v. Hırvatistan*, 2016, § 73). Böyle bir durumda Mahkeme, muamelede böyle bir farklılığı haklı gösterecek ikna edici ve önemli nedenlerin yokluğunda, eşcinsel birliktelik içinde yaşayan kişilerin aile birleşimi elde etmeleri olasılığından tamamen dışlanmasının, Sözleşme kapsamındaki standartlarla uyumlu olmadığı kanaatine varmıştır (*age*, § 84).

## 7. 14. Madde kapsamındaki pozitif yükümlülükler

136. Daha önce belirtildiği üzere, Devletlerin, Sözleşme hak ve özgürlüklerinden etkin bir şekilde yararlanılmasını güvenceye almak için, pozitif yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülük, mağdur olmaya daha açık olduklarından, popüler olmayan görüşlere sahip olan veya azınlık mensubu kişiler için özellikle önemlidir (*Beizaras ve Levickas v. Litvanya*, 2020, § 108). Özellikle, yetkililerin nefret saikli şiddetin (fiziksel saldırılar ya da sözlü taciz) uygulanmasını önleme ve bu tür şiddetin ardındaki olası herhangi bir ayrımcı saikin varlığını araştırma görevi, Sözleşme'nin bir maddesinde güvence altına alınan pozitif yükümlülükler kapsamına girebilir fakat aynı zamanda, yetkili makamların diğer maddeler tarafından korunan temel değerleri ayırım gözetmeksizin güvence altına alma konusunda Sözleşme'nin 14. Maddesindeki pozitif sorumluluklarının bir parçasını oluşturduğu da görülebilir<sup>24</sup>.

137. Mahkeme ayrıca bu davalardan bazılarını, Sözleşme'nin 14. Maddesi ile birlikte 8. Madde kapsamında karara bağlamıştır. Bu bağlamda, Mahkemenin içtihatına göre Devlet üzerindeki pozitif yükümlülüklerin 8. Madde kapsamında özel hayata etkin bir şekilde saygı gösterilmesi hakkının doğasında var olduğu hatırlatılmalıdır; bu yükümlülükler bireylerin kendi aralarındaki ilişkileri alanında bile önlemlerin alınmasını içerebilir. Bireyler tarafından işlenen eylemlere karşı koruma kapsamında 8. Maddeye uyumu güvence altına alacak araçların seçimi, ilke olarak Devletin takdir yetkisine girerken, özel hayatın temel yönlerinin tehlikede olduğu ciddi fiillere karşı etkili caydırıcılık, etkili ceza hukuku hükümlerini gerektirir (*Beizaras ve Levickas v. Litvanya*, 2020, §§ 106-116).

138. *Beizaras ve Levickas v. Litvanya*, 2020 kararında iki erkek olan başvuruçular, Facebook'ta (herkesin görebileceği şekilde) öpüşen bir çiftin fotoğrafını paylaşmışlardır; bu, ilişkilerinin duyurulmasına eşlik etmeyi ve Litvanya toplumundaki LGBT'lerin haklarına ilişkin bir tartışma başlatmayı amaçlıyordu. Bu çevrimiçi paylaşım viral hale geldi ve yüzlerce ölümcül (örneğin başvuruçuları "hadım etme", "öldürme" ve "yakma" çağrılarını içeren) homofobik yorum aldı. Başvuruçular, yetkililerin Facebook'ta ciddi homofobik yorumların yazarlarını önceden etkili bir soruşturma yürütülmezsizin kovuşturmayı reddetmesinden Mahkeme önünde şikayetçi olmuşlardır. Mahkeme, özel kişiler tarafından başvuruçulara ve genel olarak eşcinsel topluluğa yönelik gizli olmayan şiddet çağrılarını da dahil olmak üzere nefret dolu yorumların, o topluluğa karşı bağnaz bir tutum tarafından kışkırtıldığını tespit etmiştir. Ayrıca mahkeme, ilgili kamu makamlarının, başvuruçuların cinsel yönelimlerine ilişkin Facebook'ta yayınlanan yorumların nefret ve şiddete teşvik

<sup>24</sup> Bu tür şikayetler, Sözleşme'nin 3. Maddesi ile bağlantılı olarak, yukarıda bu rehberin "Kötü muamele kapsamındaki yükümlülükler" bölümünde ve 11. Madde ile bağlantılı diğerleri yukarıda "İfade ve örgütlenme özgürlüğü" bölümünde tartışılmıştır.

oluşturup oluşturmadığını etkin bir şekilde soruşturmaya yönelik pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemelerinin temelinde, ayrımcı bir ruh halinin yattığını tespit etmiştir. Yetkililer, bu tür yorumların tehlike derecelerini azaltarak, en azından, bu tür yorumlara göz yummuşlardır. Mahkeme, başvurucuların cinsel yönelimleri nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldıklarının tespit edildiğini, dolayısıyla 8. Maddeyle bağlantılı olarak 14. Maddenin ihlal edildiği değerlendirilmiştir (age, § 129). Mahkeme ayrıca, ulusal hukukun uygulanmasını olumsuz etkileyen ayrımcı tutumlar nedeniyle genel olarak etkili hukuk yolları etkili bir şekilde işlemediği için 13. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (age, § 156).

139. *ACCEPT Derneği ve Diğerleri v. Romanya*, 2021 kararında Mahkeme, Romanya'daki LGBT topluluğunun çıkarlarını destekleyen başvuru kuruluş tarafından düzenlenen ve eşcinsel bir aileyi tasvir eden bir filmin sinema gösterimi sırasında meydana gelen olayla ilgili olarak da bu yaklaşımı benimsemiştir. Mahkeme, polis memurlarının, bireysel başvurucuların davetsiz misafirler tarafından zorbalığa ve hakarete maruz kalmalarını engelleyemediğini tespit etmiştir. Mahkemeye göre, yetkililerin, bireysel başvuruculara yönelik karalamalarının içeriğinin farkında olmalarına rağmen, tutumlarının ve müdahale etmemelerinin, eşcinsellere karşı belirli bir önyargıya işaret ediyor gibi görünüyordu. Bu nedenle, bireysel başvurucuların haysiyetine (ve daha geniş anlamda özel hayatlarına) ilişkin olarak yeterli koruma sağlayamamışlardır. Ayrıca, yerel makamlar, başvurucuların cinsel yönelimlerinin motive ettiği ya da en azından etkilediği sözlü tacize ilişkin ilk bakışta haklı görünen belirtilerle karşı karşıya kalmıştır. Mahkemenin içtihatına göre, şiddet olayının arkasındaki homofobik imalarla olası nefret saikini aydınlatabilecek, sorumluları belirleyecek ve uygunsa, yeterli şekilde cezalandırabilecek yerel ceza hukuku mekanizmalarının etkin bir şekilde uygulanması için gerekirdi. Bununla birlikte, yetkililer, kendilerine (başvuruculara) yöneltilen homofobik istismarın gerçek doğasını etkili bir şekilde araştırmamışlardır. Bu nedenle, Sözleşme'nin 8. Maddesi ile bağlantılı olarak 14. Maddesi ihlal edilmiştir.

140. *Genderdoc-M ve M.D. v. Moldova Cumhuriyeti\**, 2021, §§ 23-26, kararında başvuru dernek (LGBT'lerin çıkarlarını (haklarını) temsil eden) 10. ve 14. Maddeler uyarınca, Devlet yetkililerinin üyelerine karşı nefret söylemine yönelik koruma sağlayamadığından şikayetçi olmuştur. Mahkeme, bir davanın olgularına hukuken verilecek nitelemenin uzmanı olarak, davayı 8. ve 14. Madde uyarınca yeniden nitelendirdi. Başvuru örgütün, Mahkemeye kendi adlarına şikâyetle bulunabilecek bireysel üyelerinin hak ve özgürlüklerinin etkilendiği iddia edilen ihlalin doğrudan ya da dolaylı bir mağduru olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

## 8. Toplanma, örgütlenme ve ifade

141. Yukarıda belirtildiği gibi ("III. B. 2. Gösteriler" ile ilgili bölüm), göstericileri homofobik şiddetten korumamak, Devletin 14. Madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin de ihlali anlamına gelir. 10. ve 11. Maddelerle bağlantılı ayrımcılıkla ilgili şikayetler, pozitif yükümlülüklerle sınırlı değildir; Mahkeme, örneğin *Zhdanov ve Diğerleri v. Rusya*, 2019, § 182 kararında, LGBT haklarını destekledikleri gerekçesiyle başvuru örgütlerin kaydını reddetmenin makul ve nesnel olarak haklı bir müdahale olduğunun söylenemeyeceğini tespit etmiştir.

142. Mahkemenin önyargıya yatkın bir örnek olarak değerlendirdiği, küçükler arasında geleneksel olmayan cinsel ilişkilerin teşvik edilmesine ilişkin yasama yasağıyla ilgili olan *Bayev ve Diğerleri v. Rusya*, 2017 kararında Mahkeme, mevzuat, eşcinsel ilişkilerin karşı cinsten ilişkilere kıyasla daha aşağı olduğunu teyit ettiği sürece bu tür bir muameleyi haklı çıkaran inandırıcı ve ağır nedenlerin olmadığı gerekçesi ile 10. Madde ile bağlantılı olarak 14. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (age, § 91).

143. *Bączkowski ve Diğerleri v. Polonya*, 2007 kararında, başvurucuların homofobiye karşı gösterilerin düzenlenmesine izin verilmesi talebini reddeden kararlar, belediye yetkilileri tarafından Belediye Başkanı adına, Belediye Başkanının konuyla ilgili görüşünü kamuoyuna açıkladıktan sonra verilmişti. Mahkeme, Belediye Başkanının görüşlerinin karar verme sürecini etkilemiş olabileceğini ve sonuç

olarak başvuruların toplanma özgürlüğünü ayrımcı bir şekilde ihlal ettiğini tespit etmiştir ([age](#), § 100).

144. Uygulamada, bir onur yürüyüşü veya gösteriye getirilen yasağın temel nedeni, yetkililerin eşcinselliği teşvik ettiğini düşündükleri gösterileri onaylamaması olduğundan, Mahkeme, başvuruların, Sözleşme'nin 11. Maddesiyle bağlantılı olarak 14. Maddesini ihlal edecek şekilde cinsel yönelimleri nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldıkları sonucuna ulaşmıştır. ([Alekseyev v. Rusya](#), 2010, § 109; [Genderdoc-M v. Moldova](#), 2012, § 53-54).

## Atıf yapılan davaların listesi

Bu rehberde atıf yapılan içtihat, Mahkemenin hüküm ya da kararları ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun (Komisyon) karar ya da raporlarını içerir.

Aksi belirtilmediği sürece, bütün atıflar, Mahkemenin bir Dairesinin verdiği esasa ilişkin karara yapılmıştır. “(kar.)” kısaltması Mahkemenin kararını, “[BD]” ise davanın Büyük Daire tarafından görüldüğünü ifade eder.

Sözleşmenin 44. Maddesi kapsamında henüz kesinleşmeyen Daire kararları aşağıdaki listede yıldız (\*) ile işaretlenmiştir. Madde 44 § 2 şöyle demektedir: “Bir Daire’nin kararı aşağıdaki durumlarda kesinleşir: a) Taraflar davanın Büyük Daire’ye gönderilmesini istemediklerini beyan ederlerse veya b) Karardan itibaren üç ay içinde davanın Büyük Daire’ye gönderilmesi istenmezse veya c) Büyük Daire bünyesinde oluşturulan kurul 43. Madde çerçevesinde sunulan istemi reddederse.” Sevk talebi Büyük Daire paneli tarafından kabul edilirse, Daire kararı kesinleşmez ve kararın bu sebeple hukuki sonucu yoktur; onu takip eden Büyük Daire kararı kesinleşir.

Rehberin elektronik versiyonunda alıntılanan davaların bağlantıları, Mahkeme içtihatı (Büyük Daire, Daire ve Komite hüküm ve kararları, hükümete bildirilmiş davalar, danışma görüşleri ve İçtihadı Dair Bilgi Notlarından karar özetleri) ve Komisyon içtihatı (kararlar ve raporlar) ile Bakanlar Komitesi kararlarına erişim sağlayan HUDOC veri tabanına (<http://hudoc.echr.coe.int>) yönlendirilmiştir.

Mahkeme, hüküm ve kararlarını iki resmi dilde, İngilizce ve/veya Fransızca olarak vermektedir. HUDOC ayrıca birçok davanın otuzdan fazla resmi olmayan dilde çevirisini ve üçüncü taraflarca hazırlanan çevrimiçi içtihat derlemelerinin bağlantılarını da içermektedir. Atıf yapılan tüm davaların farklı dillerdeki versiyonlarına, HUDOC veri tabanındaki davaların bağlantıları tıklandıktan sonra, “Dil versiyonları” sekmesinden erişilebilir.

### —A—

*A.D.T. v. Birleşik Krallık*, no. 35765/97, AİHM 2000-IX  
*A.E. v. Finlandiya* (kar.), no. 30953/11, 22 Eylül 2015  
*A.M. ve Diğerleri v. Rusya*, no. 47220/19, 6 Temmuz 2021  
*A.N. v. Fransa* (kar.), no. 12956/15, 19 Nisan 2016  
*A.P., Garçon ve Nicot v. Fransa*, no. 79885/12 ve 2 diğerleri, 6 Nisan 2017  
*A.S.B. v. Hollanda* (kar.), no. 4854/12, 10 Temmuz 2012  
*A.T. v. İsveç* (kar.), no. 78701/14, 25 Nisan 2017  
*Aghdgomelashvili ve Japaridze v. Gürcistan*, no. 7224/11, 8 Ekim 2020  
*Aldeguer Tomás v. İspanya*, no. 35214/09, 14 Haziran 2016  
*Alekseyev v. Rusya*, nos. 4916/07 and 2 others, 21 Ekim 2010  
*ACCEPT Derneği ve Diğerleri v. Romanya*, no. 19237/16, 1 Haziran 2021

### —B—

*B ve C v. İsviçre*, nos. 889/19 ve 43987/16, 17 Kasım 2020  
*B. v. Fransa*, 25 March 1992, Series A no. 232-C  
*Bączkowski ve Diğerleri v. Polonya*, no. 1543/06, 3 Mayıs 2007  
*Bayev ve Diğerleri v. Rusya*, nos. 67667/09 and 2 others, 20 Haziran 2017  
*Beizaras ve Levickas v. Litvanya*, no. 41288/15, 14 Ocak 2020

*Berkman v. Rusya*, no. 46712/15, 1 Aralık 2020

*Bonnaud ve Lecoq v. Fransa* (kar.), no. 6190/11, 06 Şubat 2018

*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda* [BD], no. 45036/98, AİHM 2005-VI

—C—

*Chapin ve Charpentier v. Fransa*, no. 40183/07, 9 Haziran 2016

*Christine Goodwin v. Birleşik Krallık* [BD], no. 28957/95, AİHM 2002-VI

*Cossey v. Birleşik Krallık*, 27 September 1990, Series A no. 184

*Courten v. Birleşik Krallık* (kar.), no. 4479/06, 04 Kasım 2006

—D—

*Dudgeon v. Birleşik Krallık*, 22 October 1981, Series A no. 45

—E—

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

*E.S. v. İspanya* (kar.), no. 13273/16, 26 Eylül 2017

*Emonet ve Diğerleri v. İsviçre*, no. 39051/03, 13 Aralık 2007

*Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, nos. 48420/10 and 3 others, AİHM 2013 (extracts)

—F—

*F. v. Birleşik Krallık* (kar.), no. 17341/03, 22 Haziran 2004

*Fretté v. Fransa*, no. 36515/97, AİHM 2002-I

—G—

*Gas ve Dubois v. Fransa*, no. 25951/07, AİHM 2012

*Gas ve Dubois v. Fransa* (kar.), no. 25951/07, 31 Ağustos 2010

*Genderdoc-M v. Moldova*, no. 9106/06, 12 Haziran 2012

*Genderdoc-M ve M.D. v. Moldova Cumhuriyeti\**, no. 23914/15, 14 Aralık 2021

*Grant v. Birleşik Krallık*, no. 32570/03, AİHM 2006-VII

—H—

*Hallier ve Diğerleri v. Fransa* (kar.), no. 46386/10, 12 Aralık 2017

*Hämäläinen v. Finlandiya* [BD], no. 37359/09, AİHM 2014

*Honner v. Fransa*, no. 19511/16, 12 Kasım 2020

—I—

*I. v. Birleşik Krallık* [BD], no. 25680/94, 11 Temmuz 2002

*I.I.N. v. Hollanda* (kar.), no. 2035/04, 09 Aralık 2004

*I.K. v. İsviçre* (kar.), no. 21417/17, 19 Aralık 2017  
*Identoba ve Diğerleri v. Gürcistan*, no. 73235/12, 12 Mayıs 2015

—J—

*J.K. ve Diğerleri v. İsveç* [BD], no. 59166/12, 23 Ağustos 2016  
*J.M. v. Birleşik Krallık*, no. 37060/06, 28 Eylül 2010  
*Jeronovičs v. Letonya* [BD], no. 44898/10, 5 Temmuz 2016

—K—

*Kaos GL v. Türkiye*, no. 4982/07, 22 Kasım 2016  
*Karner v. Avusturya*, no. 40016/98, AiHM 2003-IX  
*Konstantin Markin v. Rusya* [BD], no. 30078/06, AiHM 2012 (extracts)  
*Kozak v. Polonya*, no. 13102/02, 2 Mart 2010

—L—

*L. Ve v. v. Avusturya*, nos. 39392/98 and 39829/98, AiHM 2003-I  
*L. v. Litvanya*, no. 27527/03, AiHM 2007-IV  
*Lambdaistanbul LGBTI Dayanışma Derneği v. Türkiye* (kar.), no. 53335/08, 19 Ocak 2021  
*Lashmankin ve Diğerleri v. Rusya*, nos. 57818/09 ve 14 diğerleri, 7 Şubat 2017  
*Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık*, 19 Şubat 1997, *Karar ve Yargılama Raporu* 1997-I  
*Lilliendahl v. İzlanda* (kar.), no. 29297/18, 12 Mayıs 2020  
*Lustig-Prean and Beckett v. Birleşik Krallık*, nos. 31417/96 ve 32377/96, 27 Eylül 1999

—M—

*M.C. ve A.C. v. Romanya*, no. 12060/12, 12 Nisan 2016  
*M.C. v. Bulgaristan*, no. 39272/98, AiHM 2003-XII  
*M.E. v. İsveç* (kayıttan düşürme) [BD], no. 71398/12, 8 Nisan 2015  
*M.K.N. v. İsveç*, no. 72413/10, 27 Haziran 2013  
*M.W. v. Birleşik Krallık* (kar.), no. 11313/02, 23 Haziran 2009  
*Manenc c. Fransa* (kar.), no. 66686/09, 21 Eylül 2010  
*Marckx v. Belçika*, 13 Haziran 1979, Series A no. 31  
*Mata Estevez v. İspanya* (kar.), no. 56501/00, AiHM 2001-VI  
*Mladina d.d. Ljubljana v. Slovenya*, no. 20981/10, 17 Nisan 2014  
*Modinos v. Kıbrıs*, 22 Nisan 1993, Series A no. 259

—N—

*N.D. ve N.T. v. İspanya* [BD], nos. 8675/15 ve 8697/15, 13 Şubat 2020  
*Norris v. İrlanda*, 26 Ekim 1988, Series A no. 142  
*Novruk ve Diğerleri v. Rusya*, nos. 31039/11 ve 4 diğeri, 15 Mart 2016  
*Nurmatov (Ali Feruz) v. Rusya* (kar.), no.56368/17, 02 Ekim 2018

—O—

*O.M. v. Macaristan*, no. 9912/15, 5 Temmuz 2016  
*Oliari ve Diğerleri v. İtalya*, nos. 18766/11 ve 36030/11, 21 Temmuz 2015  
*Orlandi ve Diğerleri v. İtalya*, nos. 26431/12 ve 3 diğeri, 14 Aralık 2017

—P—

*P. v. Ukrayna* (kar.), no. 40296/16, 11 Haziran 2019  
*P.B. ve J.S. v. Avusturya*, no. 18984/02, 22 Temmuz 2010  
*P.V. v. İspanya*, no. 35159/09, 30 Kasım 2010  
*Pajić v. Hırvatistan*, no. 68453/13, 23 Şubat 2016  
*Parry v. Birleşik Krallık* (kar.), no. 42971/05, AİHM 2006-XV  
*Premininny v. Rusya*, no. 44973/04, 10 Şubat 2011

—R—

*R. and F. v. Birleşik Krallık* (kar.), no. 35748/05, 28 Kasım 2006  
*Ratzenböck ve Seydl v. Avusturya*, no. 28475/12, 26 Ekim 2017  
*Rees v. Birleşik Krallık*, 17 Kasım 1986, Series A no. 106

—S—

*S.A.C. v. Birleşik Krallık* (kar.), no. 31428/18, 12 Kasım 2019  
*S.-H. v. Polonya* (kar.), nos. 56846/15 ve 56849/15, 16 Kasım 2021  
*S.L. v. Avusturya*, no. 45330/99, AİHM 2003-I (extracts)  
*S.V. v. İtalya*, no. 55216/08, 11 Ekim 2018  
*Sabalić v. Hırvatistan*, no. 50231/13, 14 Ocak 2021  
*Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz*, no. 33290/96, AİHM 1999-IX  
*Santos Couto v. Portekiz*, no. 31874/07, 21 Eylül 2010  
*Schalk and Kopf v. Avusturya*, no. 30141/04, AİHM 2010  
*Schlumpf v. İsviçre*, no. 29002/06, 8 Ocak 2009  
*Sheffield and Horsham v. Birleşik Krallık*, 30 Temmuz 1998, *Karar ve Yargılama Raporu* 1998-V  
*Smith and Grady v. Birleşik Krallık*, nos. 33985/96 ve 33986/96, AİHM 1999-VI  
*Sousa Goucha v. Portekiz*, no. 70434/12, 22 Mart 2016  
*Stasi v. Fransa*, no. 25001/07, 20 Ekim 2011

—T—

*Taddeucci ve McCall v. İtalya*, no. 51362/09, 30 Haziran 2016

—V—

*Valdís Fjölnisdóttir ve Diğerleri v. İzlanda*, no. 71552/17, 18 Mart 2021  
*Vallianatos ve Diğerleri v. Yunanistan* [BD], nos. 29381/09 and 32684/09, AİHM 2013 (extracts)  
*Van Kück v. Almanya*, no. 35968/97, AİHM 2003-VII  
*Vejdeland ve Diğerleri v. İsveç*, no. 1813/07, 9 Şubat 2012

—W—

*Women's Initiatives Supporting Group ve Diğerleri v. Gürcistan\**, nos. 73204/13 ve 74959/13,  
16 Aralık 2021

—X—

*X ve Diğerleri v. Avusturya* [BD], no. 19010/07, AİHM 2013  
*X ve Y v. Romanya*, no. 2145/16, 19 Ocak 2021  
*X ve Y v. Hollanda*, 26 Mart 1985, Series A no. 91  
*X v. Fransa* (kar.), no. 18367/06, 27 Mayıs 2008  
*X v. Polonya\**, no. 20741/10, 16 Eylül 2021  
*X ve Diğerleri v. Avusturya* [BD], no. 19010/07, AİHM 2013  
*X v. Türkiye*, no. 24626/09, 9 Ekim 2012  
*X, Y ve Z v. Birleşik Krallık*, 22 Nisan 1997, *Karar ve Yargılama Raporu* 1997-II

—Y—

*Y.T. v. Bulgaristan*, no. 41701/16, 9 Temmuz 2020  
*Y.Y. v. Türkiye*, no. 14793/08, AİHM 2015 (extracts)

—Z—

*Zhdanov ve Diğerleri v. Rusya*, nos. 12200/08 ve 2 diğeri, 16 Temmuz 2019