

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AYRIMCILIK YASAĞI KAPSAMINDA
CİNSİYET VE CİNSEL YÖNELİM

Burçak KELEŞ
2501110254

TEZ DANIŞMANI
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ÖZKAN DUVAN

İstanbul-2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : BURÇAK KELEŞ Numarası : 2501110254
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : DR. ÖĞR. ÜYESİ AYŞE ÖZKAN DUVAN
Tez Savunma Tarihi : 11.06.2019 Saati : 14.00
Tez Başlığı : AYRIMCILIM YASAĞI KAPSAMINDA CİNSİYET VE CİNSEL YÖNELİM

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / ÖYÇÖKLÜĞÜYLE karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. NİHAT BULUT		Kabul
2- DOÇ. DR. SABAHATTİN NAL		Kabul
3- DR. ÖĞR. ÜYESİ AYŞE ÖZKAN DUVAN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DR. ÖĞR. ÜYESİ YAKUP LEVENT KORKUT		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ GÜLAY ARSLAN ÖNCÜ		

ÖZ
AYRIMCILIK YASAĞI KAPSAMINDA
CİNSİYET VE CİNSEL YÖNELİM
Burçak KELEŞ

Eşitlik ilkesi ile birlikte ayrımcılık yasağı, insan hakları hukukunun üzerine kurulduğu temel kavramlardır. Bu çalışmada cinsiyeti, cinsel kimliği ya da cinsel yönelimi nedeniyle, eşitlik ilkelerine aykırı bir şekilde, hak ve özgürlüklerden yararlanmada ayrımcılığa uğrayan gruplar, “cinsel azınlıklar” başlığı altında iki farklı açıdan değerlendirilmiştir. Çalışmada, toplumsal cinsiyet üzerinden hareket edilmesi, sadece kadınların değil, farklı cinsel yönelimler ve cinsel kimliklerin de dikkate alınmasını ve bu gruplara yönelik ayrımcı tutumların incelenmesini gerekli kılmıştır. Cinsiyet temelinde ayrımcılık, cinsiyetler arası eşitsizliğin mağduru olan kadınlar açısından ele alınırken, cinsel yönelimleri sebebi ile ayrımcılığa uğrayan diğer gruplar ise ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir.

Cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık toplumsal hayatın her alanında ve çeşitli şekillerde kendini göstermektedir. Kadına karşı şiddet, homofobi, nefret söylemleri, taciz, cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın sosyolojik ya da psikolojik boyutları bu çalışmanın dışında tutulmuştur.

Bu çalışmanın odak noktası, cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki kararlarının incelenmesidir. Bu doğrultuda; ilk bölümde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı arasındaki bağ incelenmiş, ikinci bölümde ayrımcılık temeli olarak cinsiyet ve cinsel yönelim ele alınmıştır. Üçüncü bölümde ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ayrımcılık yasağı düzenlemelerini içeren 14. maddesi ve Ek 12 Numaralı Protokol ile birlikte, AİHM kararlarında söz konusu maddelerle bağlantılı olarak ele alınan diğer hak ve özgürlükler ele alınmıştır. AİHM kararlarından örneklerle yer verilmiştir. Son bölümde ise Türk Anayasa Mahkemesi’nin eşitlik ilkesi çerçevesinde değerlendirdiği, cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılıkla ilgili kararlarına değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık, eşitlik, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsel azınlıklar.

ABSTRACT
GENDER AND SEXUAL ORIENTATION
AS PART OF PROHIBITION OF DISCRIMINATION
Burçak KELEŞ

Principle of equality and prohibition of discrimination are fundamental terms that human rights law is established on. In this study, groups being subject to discrimination due to gender, gender identity or sexual orientation in a way that against to principle of equality are evaluated under the title of ‘sexual minorities’ in two different perspective. In this study, gender being starting point necessitates to take consideration of different sexual orientations and sexual identities and investigate the discriminatory behaviour to these groups. While gender based discrimination is viewed from the perspective of women who are victims of inequality between genders, other groups being subject to discrimination because of their sexual orientation are approached from different perspective.

Gender and gender orientation based discrimination occurs in every aspect of life in various ways. Homophobia, hate speech, sexual abuse, violence against women and sociological and psychological perspective of gender orientation based discrimination are leaved out of the scope. The core of the study is the examination of the discrimination based on gender and sexual orientation as part of European Convention of Human Rights and examinations of European Court of Human Rights and Turkish Institutional Court desicions regarding this subject. Accordingly, in the first part, the connection between principle of equality and prohibition of discrimination is evaluated and in the second part, as the base of discrimination gender and sexual orientation are treated. In the third part, European Convention of Human Rights Article 14, Protocol No 12 to the Convention which includes prohibiton of discrimination regulations and articles being related to European Court of Human Rights decisions are evaluated with examples from European Court of Human Rights decisions. In the last chapter, within the frame of Turkish Institutional Court's approach of principle of equality, based on gender and sexual orientation decisions regarding discrimination are mentioned.

Key Words: Discrimination, equality, gender, sexual orientation, sexual minorities.

ÖNSÖZ

Tez çalışmasının ortaya çıkış sürecinde ve eğitim hayatım boyunca bana daima destek olan, beni daima yüreklendiren, adalet duygusunu aşıl原因 ve sorgulamayı öğreten sevgili aileme,

Beni sabırla dinleyerek fikirlerini paylaşan meslektaşım Av. Rabia Ünalldı'ya
Tüm destekleri için sonsuz teşekkür ediyorum.

İstanbul, 2019

Burçak KELEŞ



İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

I. Eşitlik.....	3
A. Genel Olarak.....	3
B. Eşitlik İlkesinin Tarihsel Gelişimi.....	5
1. Antik Yunan’da Eşitlik Anlayışı.....	5
2. Roma İmparatorluğu’nda Eşitlik Anlayışı.....	8
3. Ortaçağ Eşitlik Anlayışı.....	10
4. Rönesans ve Reform ile Gelen Eşitlik Anlayışı.....	12
5. Aydınlanma Çağı ve Modern Eşitlik Anlayışının Doğuşu.....	13
C. Şekli Eşitlik-Maddi Eşitlik Ayrımı.....	16
II. Ayrımcılık Yasağı.....	18
A. Genel Olarak.....	18
B. Doğrudan Ayrımcılık.....	20
C. Dolaylı Ayrımcılık.....	20

İKİNCİ BÖLÜM

YASAK AYRIMCILIK TEMELİ OLARAK CİNSİYET VE CİNSEL YÖNELİM

I. Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet.....	22
II. Cinsel Azınlıklar.....	24
A. Genel Olarak.....	24
B. Cinsel Yönelim.....	26

III. Uluslararası Hukukta Cinsiyet ve Cinsel Yönelime Dayalı Ayrımcılık.....	29
--	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE CİNSİYET VE CİNSEL YÖNELİME DAYALI AYRIMCILIK

I. Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	31
II. Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet ve Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık.....	34
III. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesi.....	35
A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Düzenlenen Bir Hak veya Özgürlükle Bağlantısı.....	38
B. Karşılaştırılabilirlik Ölçütü.....	41
C. Nesnel ve Haklı Neden Ölçütü.....	42
D. Şüpheli Kategoriler.....	43
IV. 14. Madde ile Bağlantılı Haklar.....	44
A. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı.....	45
1. Aile Hayatı.....	46
2. Cinsel Kimlik, Kendi Kaderini Belirleme ve Özerklik Hakkı.....	47
B. Evlenme Hakkı.....	50
V. 12 Numaralı Ek Protokol.....	51
VI. İspat Rejimi.....	53
VII. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Cinsiyet ve Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık.....	54
A. Cinsiyetler Arasındaki Farklı Muameleye İlişkin Kararlar.....	55
1. Ünal Tekeli/Türkiye Davası.....	55
2. Opuz/Türkiye Davası.....	56
3. Şerife Yiğit/Türkiye Davası.....	59
4. Emel Boyraz/Türkiye Davası.....	62

B. Cinsel Yönelimleri Nedeniyle Farklı Muameleye İlişkin	
Kararlar.....	64
1. E.B/Fransa Davası.....	64
2. Schalk ve Kopf/Avusturya Davası.....	65
3. X ve Diğerleri/Avusturya Davası.....	68
4. Vallianatos ve Diğerleri/Yunanistan Davası.....	71
C. Cinsiyet Değiştirme Nedeniyle Farklı Muamele Yapılmasına	
İlişkin Kararlar.....	73
1. Rees/Birleşik Krallık Davası.....	74
2. Hämäläinen/Finlandiya Davası.....	75
3. Christine Goodwin/Birleşik Krallık Davası.....	76

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA

CİNSİYET VE CİNSEL YÖNELİM TEMELİNDE AYRIMCILIK

I. Cinsiyet ve Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık Düzenlemeleri	78
II. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Cinsiyet ve Cinsel Yönelim Temelinde	
Ayrımcılık.....	81
A. İtiraz Davaları.....	85
B. Bireysel Başvuru Kararları.....	88
1. M.K Anayasa Mahkemesi Başvurusu.....	88
2. Nurcan Yolcu Anayasa Mahkemesi Başvurusu.....	91
SONUÇ	94
KAYNAKÇA	97

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	:Avrupa Birliği
A.e.	:Aynı Eser
A.g.e.	:Adı Geçen Eser
A.g.m.	:Adı Geçen Makale
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	:Avrupa Konseyi
AYM	:Anayasa Mahkemesi
bs.	:Basım
Bkz.	:Bakınız
BM	:Birleşmiş Milletler
CEDAW	:Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi
c.	:Cilt
E.	:Esas
İHEB	:İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
K.	:Karar
LGBT	:Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Transgender
LGBTT	:Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Travesti ve Trangender
M.Ö.	:Millattan Önce
M.S.	:Millattan Sonra
MSHS	:Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
s.	:Sayfa
v.d	:ve diğerleri
y.y	:Basım Yeri Yok

GİRİŞ

Ayrımcılık, haklı herhangi bir neden olmaksızın, belirli kişi ya da grupların, din, ırk, cinsiyet ya da cinsel yönelim gibi bazı özellikleri nedeniyle olumsuz yönde farklı muamele görmeleri olarak tanımlanabilir. Cinsiyete ve cinsel yönelime dayalı ayrımcılık, cinsel azınlıkların hak ve özgürlüklerden eşit biçimde yararlanmalarını engeller, kadınların ve farklı cinsel yönelimleri olan bireylerin (LGBT) temel insan hakkı ihlallerine uğramalarına neden olur. Bu nedenle de, cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık uluslararası sözleşmelerle yasaklanmıştır. Burada amaçlanan, insan onuruna ve saygınlığına zarar veren davranışları engellemek, tüm cinsiyet ve cinsel yönelimler açısından ayrımcılığı ortadan kaldırarak, hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından eşitliği sağlamaktır.

Cinsiyet ayrımcılığı, kadın-erkek eşitsizliği bağlamında uzun yıllardır tartışılan bir kavramdır. Uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuatlar aracılığıyla, kadın erkek eşitliğini sağlamak için çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır. Buna rağmen, birçok ülkede kadın-erkek eşitliğinin fiilen sağlanamadığı görülmektedir. Kadına karşı cinsiyet ayrımcılığı, kadınların sosyal hayata erkeklerle eşit şekilde katılmasının önündeki en önemli engeldir. Kadınların eğitim hizmetinden yararlanmada karşılaştığı ayrımcılık, çalışma hayatında düşük statülü işlerde ve düşük ücretlerle çalıştırılmaları ile devam etmektedir. İşyerinde cinsel taciz ve mobinge maruz kalan kadınlar, aile hayatında genellikle aile içi şiddetin mağduru durumundadır.

Cinsiyet ayrımcılığı ile karşılaştırıldığında daha yeni bir kavram olmakla birlikte cinsel yönelim temelinde ayrımcılık ve söz konusu ayrımcılığın mağduru cinsel azınlıkların hak talepleri de son yıllarda sıkça gündeme gelmektedir. Her ne kadar devletler uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuatları ile eşitlik ilkesini gerçekleştirmeye çalışıyor ve ayrımcılığı yasaklıyorsa da, sosyal hayatta heteroseksüellik dışındaki cinsel yönelime sahip kişilerin aşağılandığı ve dışlandığı görülmektedir. Toplumsal hayatta karşılaştığımız, cinsel azınlıkları görmezden gelme eğilimi ve ‘normal’ olanın heteroseksüellik olduğu inancı, diğer cinsel kimlik ve yönelimlere sahip kişilerin ayrımcılığa uğramasına sebep olmaktadır. Cinsel yönelim

temelinde ayrımcılık, sosyal hayat, iş hayatı, aile ve eğitim hayatı gibi birçok alanda, temel hizmetlerden yararlanmada, kaynaklara ve fırsatlara ulaşmada eşitsizlik ve şiddet gibi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır.

Ayrımcılığın çok boyutlu bir kavram olması sebebi ile; önyargı, dışlanma, şiddet, taciz, homofobi şeklindeki görünümleri tezin kapsamı dışında tutulmaya çalışılmıştır. Ayrımcılık yasağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında incelenmiştir. Çalışmada, cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın ortaya çıkardığı sorunların AİHM kararlarında ne şekilde ele alındığı ve tarihsel süreçte kararların ne şekilde değiştiği ele alınacaktır. Bu nedenle, ayrımcılık yasağı düzenlemesi içeren diğer belgelere sınırlı düzeyde değinilecektir.

Tez çalışmasında ilk olarak, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı arasındaki bağa ve eşitlik ilkesine atfedilen anlamın tarihsel süreçteki değişimine değinilmiş, ikinci olarak cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılıkla bağlantılı temel tanımlar ve kavramlar tespit edilmiştir.

Çalışmada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık tartışılmadan önce, sözleşmenin temel ayrımcılık yasağı düzenlemesini oluşturan 14. maddesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yorumlanış şekli ele alınmıştır. 14. maddenin sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerle olan bağlantısı sebebiyle, cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık başlıkları ile bağlantılı diğer Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi maddeleri kısaca incelenmiştir. Cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık iddiaları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne en çok Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel Hayata Saygı Hakkı" başlıklı 8. ve "Evlenme Hakkı" başlıklı 12. maddesi ile bağlantılı olarak gelmiştir. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konular ile bağlantılı olarak önüne gelen davalarda nasıl bir yol izlediği, örnek kararlar çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Son bölümde ise, Türk Hukukunda cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık, Türk Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bağlantılı olarak ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİTLİK VE AYRIMCILIK YASAĞI

I. Eşitlik

A. Genel Olarak

Ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi gereken bir kavramdır. Bu nedenle, ayrımcılık yasağının tartışılabilmesi, eşitlik ilkesinin anlaşılmasını gerektirmektedir, zira ayrımcılık yasağında temel amaç toplumda var olan eşitsizlikleri ortadan kaldırmaktır.

“Eşitlik” ve “ayrımcılık yasağı” kavramları, temel hak ve özgürlüklerden yararlanmada birbirini bütünleyen ve birbirinden ayrılmaz ilkelere¹. Bu kavramlardan eşitlik ilkesini çeşitli açılardan ele alan çok sayıda tanım mevcut olmakla birlikte, genel kabul görmüş bir tanım mevcut değildir. Eşitlik; kavram olarak, iki veya daha çok şeyin eşit olması durumu, denklik, müsavat, muadelet olarak tanımlanabilir.² Mantıkta eşitlik kavramı, özdeşlik kavramı ile hemen hemen aynı anlama gelir.³ Eşitliğin, birden çok şeyin varlığı öngörmesi ve iki şey arasında ancak bir karşılaştırma yapılarak birbirlerine eşit ya da eşitsiz olduklarının tespit edilebiliyor olması sebebi ile özdeşlik kavramından ayrılmaktadır.⁴

Yapılan eşitlik tanımlardan ortaya çıkan ortak sonuç, bireylerin tek başına oldukları durumda, karşılaştırma yapılabilecek bir ölçüt olmadığından, eşitlik ya da eşitsizlikten söz edilemez ve bu nedenle eşitsizlik toplumsal yaşamda ortaya çıkan bir olgu ve aynı zamanda sorundur.⁵

¹ Mesut Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi 11. Kongre Özel Sayısı, s. 221. (çevrimiçi), <http://calismatoplum.org/sayi25/gulmez.pdf>, erişim tarihi: 20.03.2019.

²(Çevrimiçi),http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb5a096d28610.00407830, erişim tarihi: 16.04.2019.

³ M. Rosenthal, P Yudin, **Materyalist Felsefe Sözlüğü**, çev. Aziz Çalışlar, y.y., Sosyal Yayınları, 1972, s. 142.

⁴ Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 17.

⁵ Bilge Esin Kibar, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2010, s. 6.

Eşitlik kavramı, yalnızca insan hakları hukuku açısından değil, düşünce tarihi açısından da çok tartışılan bir kavramdır. Tarih boyunca felsefecilerin üzerinde fikirler ürettikleri ve düşünce tarihini yönlendiren kavramdan biridir.⁶ Eşitlik ve eşitsizlik kavramları siyasal teorilerin çıkış noktaları ve temel yapı taşları olmuşlardır, eşitlik ve eşitsizlik talepleri, siyasal düşünürlerin büyük çoğunluğunun ürettikleri teorileri üzerine kurdukları temel kavramlardır.⁷

Eşitlik; özgürlük ve adalet gibi kavramlarla da bağlantılıdır. Eşitlik ve özgürlük kavramları arasındaki ilişkinin değerlendiriliş biçimi de zamanla değişmiş, birbiri ile çatışan iki kavram olarak değerlendirildiği dönemler olduğu gibi, eşitliğin özgürlüğü bütünleyen bir kavram olduğunun düşünüldüğü dönemler de olmuştur.⁸

Eşitlik kavramına tarih boyunca toplumların içinde bulundukları sosyal ve kültürel şartlarla şekillen farklı anlamlar yüklenmiş ve çok çeşitli eşitlik tanımları ortaya çıkmıştır. Bu nedenle eşitlik ilkesinin aynı zamanda bir değer yargısı olduğu da söylenebilir, geçmişte eşit olmadığı düşünülen belirli özellikler veya statüler, kadın ve erkek gibi, bugün eşit olarak kabul edilebilmektedir.⁹ Eşit durumda olanlara eşit muamele ilkesinin kabul gördüğü dönemlerde eşit olup olmama hali ırk, etnik köken, din, cinsiyet gibi kimlik ya da statüler üzerinden belirlenen çeşitli sınıflandırmalara göre yapılmıştır.¹⁰ Eşitlik kavramının aldığı anlam, içinde bulunulan dönemin toplumsal şartlarına ve değer yargılarına göre şekillenmiş, kavram tarihsel süreç içerisinde dönüşüme uğramış, yüzyıllar önce yapılan eşitlik tanımları bugün değerini kaybetmiştir. Genel eşitlik ilkesi başlangıçta toplumdaki sınıf farklılıklarını kaldırmaya yönelik olsa da, zamanla mutlak eşitlik, nispi eşitlik, pozitif ayrımcılık, ayrımcılık yasağı gibi eşitliğin farklı boyutları ortaya çıkmıştır.¹¹

⁶ Öden, **a.g.e.**, s.17.

⁷ Alaeddin Şenel, **Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne**, Ankara, y.y., 1970, s. IV.

⁸ Yıldırım Torun, **Ronald Dworkin'in Hukuk ve Siyaset Felsefesinde Adalet, Özgürlük ve Eşitlik Sorunu**, y.y, Savaş Yayınevi, 2008, s. 81.

⁹ Ulaş Karan, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, İstanbul, Onikilevha, 2017, s. 36.

¹⁰ Karan, **a.e.**, s. 36.

¹¹ Hayrettin Eren, **Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu**, Ankara, Hukuk Yayınları Dizisi, 2016, s. 87.

B. Eşitlik İlkesinin Tarihsel Gelişimi

1. Antik Yunanda Eşitlik Anlayışı

Toplumların uygarlaşma süreci; toplum içinde üyeleri aynı işleri yapan, eşitçi ilkel toplumlardan, işbölümünün başlamasıyla üyeleri birbirinden farklılaşmış, sınıflara ayrılmış, eşitsiz topluma geçişle devam etmiş ve bu yönde ilerlemiştir.¹²

Batı toplumunun kültürel geçmişinin Eski Yunan'a dayanması ve bundan daha önemlisi her iki toplumun evrim aşamaları ile ekonomik-siyasal yapıları arasındaki benzerlik¹³ nedeniyle, eşitlik anlayışının tarihsel süreçteki değişimi incelenirken Eski Yunan'da eşitlik anlayışından başlanması önem taşır. Eski Yunan uygarlığı, Batı'yı önce Roma İmparatorluğu aracılığıyla, sonra ve daha önemlisi Rönesans aracılığıyla iki şekilde etkilemiştir.¹⁴

Yunan felsefesi ilk döneminde doğaya yönelmiş ve doğanın sırlarını açığa vurmaya çalışan bir düşünce çabası iken; ikinci dönemde, Platon ve Aristoteles gibi filozoflarla, felsefe hem doğanın, hem insanın kavranmasına yönelmiş, üçüncü döneminde, Stoacılık ve Epikürosçuluk akımlarıyla, erdemli yaşamın ne olduğu ve insanın mutluluğunun nerede olduğu sorularına yanıt aramış ve dördüncü dönemde ise, Hristiyanlıkla karşı karşıya kalmıştır.¹⁵

Yunan toplumunda eşitlik ve eşitsizlikle ilgili fikirleri şekillendiren temel etmen, üretim ve savaş teknolojisine bağlı olarak şekillenen sosyal yapıdır.¹⁶ Atina'da hâkim olan demokrasinin, hem eşitlikçi ve özgürlükçü bir siyasal kültür, hem de güçlü vatandaşlık bağı barındıran bir yaşam biçimi olduğu söylenebilir.¹⁷ Demokratik yöndeki sosyal ve siyasal gelişmeler, eşitsizlikçi inançlara dayanan aristokratik kültürün gücünü kaybetmesine ve zayıflamasına neden olmuştur.¹⁸

¹² Şenel, **a.g.e.**, s. 2.

¹³ **A.e.**, s. 1.

¹⁴ Server Tanili, **Uygarlık Tarihi**, 23.bs, İstanbul, Cumhuriyet Kitapları, 2009, s. 33.

¹⁵ **A.e.**, s. 37.

¹⁶ Şenel, **a.g.e.**, s. 3.

¹⁷ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, 4.bs, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s.106.

¹⁸ Şenel, **a.g.e.**, s. 316.

Demokrasi ile gelen eşitlik ve özgürlük ortamı, siyasal düşünce alanında birbirinden farklı, çeşitli görüş ve düşüncelerin ortaya çıkmasını sağlamıştır.¹⁹ Aristokratik kültürün savunduğu eşitlikçi fikirlerin karşısında demokratik bir tepki olarak sofizm doğmuştur, sofizm aristokratik fikirlerin yerine, demokratik eşitlikçi değerleri sunmuştur.²⁰ Sofist düşünürler içinde bulundukları aristokratik siyasal sistemi eleştirmişlerdir.²¹ Sofizm demokratik değerler sunarken, karşısına daha baskın bir aristokratik tepki hareketi ortaya çıkmıştır, söz konusu eşitlikçi felsefe hareketlerinin en önemli temsilcileri ve kurucuları Platon ve Aristoteles olmuştur.²²

Platon'un idealar teorisinden yola çıkarak eşitlik konusundaki görüşlerini anlayabilmek mümkündür. Platon; varlıkları idealar ve nesneler dünyası olarak ikiye ayırmıştır, Platon'a göre varlığın maddi olmayan boyutu idea; yani ruh, düşünce iken, maddi olan boyutu çevremizde gördüğümüz tüm maddi varlıklardan oluşmaktadır ve maddi olan her şey er ya da geç bozulacak, yıkılacak, yok olacaktır, oysaki bunların ideaları her zaman kalacaktır, bu nedenle de idealar asli ve mükemmeldir.²³

Platon'a göre, nesneler dünyası eşitsizlikler dünyasıdır, tam eşitlik idealar dünyasında vardır.²⁴ İnsanlar doğuştan üç eşitsiz tip olarak doğarlar ve bu nedenle toplumda bu insanların meydana getirdiği üç eşitsiz sınıf vardır; bilge-önderler sınıfı, yiğit-savaşçılar sınıfı, üreticiler sınıfı. Platon, Hellen-barbar eşitsizliğine inandığı gibi, vatandaş-metoikos,²⁵ özgür-köle eşitsizliklerine de inanır.²⁶

Platon kadın- erkek eşitliğine ilişkin olarak da, dönemine göre yenilikçi kabul edilebilecek bir bakış açısı ile fikirlerini ifade etmiştir. Yaradılışı bakımından kadının erkekten farklı olduğunu kabul eder, ama bu farklılığın kadının sosyal hayatta erkeklerle aynı işleri görmesine ilişkin farklar olmadığını belirtir.²⁷

Platon, Devlet adlı eserinde kadının devletteki yeri, kadının erkekle aynı işleri görüp göremeyeceği, evlenmelerin nasıl olması gerektiği gibi konularla ilgili

¹⁹ Uygun, **a.g.e.**, s. 117.

²⁰ Şenel, **a.g.e.**, s. 354.

²¹ Uygun, **a.g.e.**, s. 118.

²² Şenel, **a.g.e.**, s. 376.

²³ Uygun, **a.g.e.**, s. 118, 119.

²⁴ Şenel, **a.g.e.**, s. 380.

²⁵ Vatandaşlık hakkı olmaksızın bir Yunan şehrinde yaşayan yabancı, yerleşik yabancı.

²⁶ Şenel, **a.g.e.**, s. 409, 410.

²⁷ **A.e.**, s. 398, 399.

görüşlerini de belirtmiştir. Sparta’da olduğu gibi Atina’da da kadınların devlet yönetiminde yer almaları gerektiğini belirtmiştir.²⁸

Platon’un eşitlik anlayışı, kadın-erkek arasındaki cinsiyet eşitliği açısından ele alındığında, kadın ve erkeğin yaradılışının farklı olduğunu açıkça kabul etmesine rağmen, içinde bulunduğu toplumsal şartlar için oldukça yenilikçi bir bakış açısı olduğunu söylemek mümkündür. Platon’a göre, kadınlar da koruyuculuk ve yöneticilik yapabilirler, kadın ve erkek eşit haklara sahiptir, bununla beraber, cinsler arasında sınırsız cinsel özgürlük kesinlikle söz konusu değildir, devlet için en iyi olacak nesli yaratmak için cinsel ilişki de katı kurallarla düzenlenmiştir.²⁹

Platon’un öğrencisi olan ve bu sebeple fikirlerinden etkilendiği açıkça görülen Aristoteles’in eşitlik konusundaki fikirlerinin karşılığı modern hukukta karşımıza şekli eşitlik olarak çıkar ve bu nedenle de Aristoteles’in bu konudaki düşünceleri şekli eşitlik anlayışının temellerini oluşturması bakımından oldukça önem arz eder. Aristoteles’in eşitlik konusundaki düşüncelerinin Platon’un düşünceleri ile benzer olduğu görülmektedir. Aristoteles’e göre gerçek eşitlik eşitsizliktir ve bu nedenle Aristoteles eşitsizliğin doğal bir şey olduğunu fikrinden yola çıkar, insanlar hem bedensel ve ruhsal nitelikleriyle, hem de toplumsal durumları bakımından eşit değildirler.³⁰ Aristoteles adalet kavramının tanımını yaparken, adalet kavramını eşitlik kavramı ile ilişkilendirmiştir, Aristoteles adaleti, eşitlik esasına göre, denkleştirici (*komütatif*) ve dağıtıcı (*distribütif*) adalet olarak sınıflandırılır.³¹

Aristoteles gerçeklikten hareket eder; olan şey doğrudur, toplumsal hayatta insanlar eşit olmadıklarına göre, eşitsizlik doğal bir durumdur ve “dağıtıcı adalet” ile bazılarına az bazılarına çok şey verilmesinin nedeni, doğal olanın bu olmasıdır.³²

Aristoteles, kölelikte olduğu gibi, kadın- erkek ilişkilerinde de eşitsizliği doğal bulur, doğada erkek hayvanların dişilerden üstün olduğunu, yeni soyların meydana gelmesi için en önemli unsurun erkeğin sperması olduğunu, doğada erkeğin

²⁸ Uygun, **a.g.e.**, s. 124

²⁹ Robert Zimmer, **Felsefe Portalı, Klasik Eserlere Giriş** çev. Leyla Uslu, Ankara, Arkadaş Yayınevi, 2008, s. 19.

³⁰ Ernest Hırş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, 2.bs., y.y., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, s. 170.

³¹ Niyazi ÖZTEM, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul, Der Yayınları, 1999, s. 116.,123.

³² Hırş, **a.g.e.**, s. 171.

hükmetmek, kadının itaat etmek için yaratıldığını söyler.³³ Kadınların fiziksel açıdan da erkeklerden güçsüz olduğunu, erkekler kadar mükemmel, gerekli olgunluğa erişmiş insan formuna sahip olmadığını ve doğal açıdan yetersizlikleri olduğunu iddia eder.³⁴ Aristoteles, erkeğin zekâsının kadınınkinden yüksek olduğunu kabul etmekte ve buna rağmen kadın ile köleyi özdeş görmemekte yani kadını erkek ile köle arasında bir yerde konumlandırmaktadır.³⁵

Aristoteles'e göre kişiler arası ilişkiler eşitsizlikçi ya da eşitlikçi olabilir ve bunlarda kendi içinde derecelere ayrılır; efendi-köle arasındaki ilişkiler tam olarak eşitliksizcidir, bu ilişkide kölenin hukuk süjesi olarak hiçbir değeri yoktur, koca ile kadın arası ilişkilerde tarafların her ikisi de özgürdür ancak aralarında eşitlik söz konusu değildir, üçüncü bir ilişki ise devlet yönetiminde söz konusudur; yönetenler ve yönetilenler, bu ilişkide taraflar yalnızca özgür olmakla kalmazlar aynı zamanda eşittirler.³⁶

Platon ve Aristoteles, insanların doğal niteliklerine ve farklı yeteneklerine dayanarak insanlar arasında fiili eşitsizlik ilkesini savunmuşlar ve kölelik kurumunu da haklı göstermişlerdir.³⁷

2. Roma İmparatorluğu'nda Eşitlik Anlayışı

Roma siyasal düşünce anlamında, Antik Yunan düşünürlerinin ortaya koydukları düşüncelerin üzerine çok fazla bir şey ekleyememiştir.³⁸ Roma İmparatorluğu'nun eşitlik öğretisine olan katkısının, daha çok hukuk sistemi ile olduğu söylenebilir.³⁹ Roma İmparatorluğu sınırları içinde doğan Roma hukuku, modern hukuk sisteminin ve bugünkü Avrupa hukuk sisteminin temelini oluşturacak kadar büyük bir etki göstermiştir. Roma hukuku, Roma İmparatorluğu'nun tüm İtalya'yı egemenliği altına alarak büyümesi ve "Pax Romana" adı verilen barış

³³ Şenel, **a.g.e.**, s. 441., 442.

³⁴ Uygun, **a.g.e.**, s. 134.

³⁵ Aristoteles, **Politika**, İng. çev. T.A . Sinclair, Tur. Çev. Mete Tuncay, İstanbul, Remzi Kitapevi, 1975, s. 8.

³⁶ Şenel, **a.g.e.**, s. 461., 462.

³⁷ Şeref Ünal, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Ankara, T.B.M.M Basımevi, 1995, s. 67.

³⁸ Uygun, **a.g.e.**, s. 139.

³⁹ Öden, **a.g.e.**, s. 56.

dönemi ile, Roma sınırları içinde yaşayan azat edilmiş köleler de dahil olmak üzere herkese vatandaşlık hakkı verilmesi ile, çok geniş bir coğrafyada uygulanır duruma gelmiştir.⁴⁰

Roma hukukunda hak ehliyeti üç ana koşula bağlanmıştır; bunlar hür olmak (*status libertatis*), vatandaş olmak (*status civitatis*) ve baba hakimiyeti (*status familiae*) altında bulunmaktır, yani Roma hukukuna göre, insanlar ya hür ya da köledirler ve köleler hak ehliyetine sahip değildirler, hürler ise vatandaş ya da yabancı olabilirler ve yabancıların da hak ehliyeti yoktur.⁴¹

Roma vatandaşları aile içindeki konumlarına göre de, kendi hukukuna tabi olanlar (*sui iuris*) ya da başkasının hukukuna tabi olanlar (*alieni iuris*) olarak sınıflandırılmaktadır, yani Roma hukukunda hak sahibi olabilmek için özgür, yurttaş ve *sui iuris* olmak gerekmektedir.⁴²

Roma'da eşitlik ilkesinin uygulanması konusundaki önemli bir gelişme, yurttaşlık kapsamının genişletilmesi, yani imparatorluk sınırları içindeki tüm özgür kişilere, başka bir deyişle köle olmayan bütün uyruklara Roma yurttaşlığının tanınmasıdır, ancak tüm bu olumlu gelişmelere karşın hem kölelik kaldırılamamış hem de yurttaş statüsündeki kadınlara kamu hukuku alanında hiçbir hak tanınmamıştır.⁴³

Cinsiyet Roma İmparatorluğu'nda hem hak ehliyetini hem de fiil ehliyetini etkileyen bir unsur olarak kabul edilmiştir, cinsiyetin fiil ehliyeti üzerinde önemli etkileri olmakla birlikte, hak ehliyeti üzerinde de bazı etkilere sahiptir; hak ehliyeti şartları içinde cinsiyetle ilgili bir ayırım yoktur ancak kadınların kısıtlandığı konular vardır.⁴⁴ Kadınlara kamu hukuku alanında hiçbir hak tanınmazken, özel hukuk alanında kadınlar için vasi olamamak, borç altına girememek gibi bir takım kısıtlamalar mevcuttur.⁴⁵ Hukuki işlem yönünden kadınların statüsü 7-14 yaş arası

⁴⁰ Mehmet AKAD, Bihterin Vural DİNÇKOL, Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, 10. bs, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 37., 38.

⁴¹ Buse Aksaray, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s.18., 21.

⁴² Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, 14. bs., Ankara , Yetkin Yayınları, 2010, s. 129.

⁴³ Öden, **a.g.e.**, s. 59., 60.

⁴⁴ Aksaray, **a.g.e.**, s. 21.

⁴⁵ Şahin Akıncı, Roma Hukuku Dersleri, 11.bs, Konya, Sayram Yayınları, t.y, s. 191.

çocukları ile eşit durumda kabul edilmiştir, yaptıkları taahhüt ve tasarruf işlemleri vasilerinin iznine bağlı tutulmuştur.⁴⁶

M.Ö. 450 yılında Roma hukukunun temelini oluşturan On İki Levha Kanunu hazırlanmıştır, Roma'nın ilk yazılı kanunları sayılan On İki Levha Kanunları, örf-adet hukukunu yazılı hale getirmek amacıyla hazırlanmış, içerik olarak dönemin toplumsal sorunlarına ve sınıf mücadelesine çözüm arayışı olarak yorumlanabilecek hukuk kurallarıdır.⁴⁷

Roma İmparatorluğu döneminde eşitlik öğretisini etkileyen diğer bir gelişme de Hristiyanlığın yayılması olmuştur.

3. Ortaçağ Eşitlik Anlayışı

Ortaçağ tarihi, feodal toplum modeli ile birlikte, din temeli üzerinde yükselmiş, ilk çağ Yunan felsefesinin aksine, belli bir halkın değil, dini bir topluluğun yani Hristiyan, Müslüman ya da Yahudi dinine mensup olanların felsefesi olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁸ Bu nedenle de Antik Yunan'da felsefe, insan ve doğa ilişkisi üzerineyken, Ortaçağ'da insanın tanrı ile ilişkisi düşünürlerin çıkış noktası olmuştur.⁴⁹ Dinler, içinde bulundukları toplumun kültürel özellikleri ile birleşerek onlara uyum sağlamış, bazen de bu özelliklerin bir kısmını değiştirmişlerdir, dolayısıyla dinler de başlangıçtaki haliyle kalmamış, içinde yaşadığı toplumun koşullarıyla dönüşüme uğramıştır.⁵⁰

Semavi dinlerde cinsiyetlerin ifade ettiği anlamı yorumlayan tarihçiler ve din adamları ilk önce kutsal kitaplardan yararlanmışlardır. Eski Ahitte yaratılış şu şekilde tasvir edilmektedir;

“Tanrı “kendi suretimizde kendimize benzeyen insanlar yaratalım” dedi...Tanrı insanı kendi suretinde yarattı, onu tanrının suretinde yarattı. Onları dişi ve erkek olarak yarattı. Onları kutsayarak “Verimli olun, çoğalın

⁴⁶ A.e., s. 202.

⁴⁷ Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğmuş, **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2012, s. 44., 45.

⁴⁸ Ahmet Cevizci, **Ortaçağ Felsefesi Tarihi**, Bursa, Asa Yayınları, 1999, s. 14.

⁴⁹ Cevizci, a.e., s. 15.

⁵⁰ Fatmagül Berktaş, **Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın; Hristiyanlıkta ve İslamiyette Kadının Statüsüne Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım**, 6.bs.,y.y., Metis Yayınları, 2016, s. 15.

dedi...Sonra “Adem’in yalnız kalması iyi değil”, dedi, “Ona uygun bir yardımcı yaratacağım”... Adem uyurken Rab Tanrı onun kaburga kemiklerinden birini alıp yerini etle kapattı. Adem’den aldığı kaburga kemiğinden bir kadın yaratarak onu Adem’e getirdi. Adem, “İşte Bu benim kemiklerimden alınmış kemik, etimden alınmıştır ettir” dedi, “ona ‘kadın’ denecek çünkü o adamdan alındı”⁵¹

Eski Ahit’te annenin baba gibi saygı görmeye layık olduğu, karı-koca ilişkisinde kocanın karısının geçimini sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.⁵²

Ortaçağ’da, Avrupa coğrafyasında tartışmasız en büyük siyasal güç kilisedir ve bu nedenle de Ortaçağ siyasal düşüncesi Hristiyanlık dini ile şekillenmiştir.⁵³ Hristiyanlık, sınıflara ayrılmış bir Roma İmparatorluğu içinde doğmuş, kul-azatlı, kadın-erkek, herkesin aynı değerde ve eşit olduğu fikrinden yola çıkması sebebi ile önce kadınlar ve köleler arasında yayılmıştır, ancak kilisenin güçlenmesiyle birlikte, var olan eşitsizlikleri kabullenme ve onaylamaya doğru evrilmiştir.⁵⁴

Hristiyanlık ile “insanların Tanrı önünde eşitliği” ve Tanrı tarafından yargılanacak olmaları dolayısıyla, toplumda insanlar arasında var olan bütün eşitsizliklerin önemsiz olduğu fikri öne sürülmüş, bu durum da varolan eşitlikçi toplum düzenini onaylayan, hatta insanların doğuştan eşitsizliğini ileri süren dini kaynaklı doğal hukuk teorilerinin geliştirilmesine ve güçlenmesine elverişli bir temel oluşturmuştur.⁵⁵ Ortaçağ felsefesinin en önemli düşünürlerinden biri olan Aziz Augustinus, iki devlet anlayışından bahseder, buna göre ideal devlet, yeryüzündeki temsilcisi kilise olan Tanrı devleti yani gökyüzü devletidir, diğeri ise yeryüzü devletidir, Augustinus’a göre, yeryüzü devletinde kölelik, başkalarından üstün olma, tahakküm etme arzusu ve eşitsizlik vardır, oysa ki gökyüzü devletinde eşitlikçi bir düzen olmalıdır, çünkü Tanrı insanları başka insanlara egemen olması için yaratmamıştır.⁵⁶

⁵¹ Alev Alatlı, **Batıya Yön Veren Metinler**; Kökler Orta Çağlar, c.1, y.y., 2010, s. 6., 7.

⁵² Berktaş, **a.g.e.**, s. 94., 95.

⁵³ Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2017, s. 85.

⁵⁴ Berktaş, **a.g.e.**, s. 98.

⁵⁵ Öden, **a.g.e.**, s. 60., 61.

⁵⁶ Cevizci, **a.g.e.**, s. 57., 58.

İslam dininde, cinsiyetler arası eşitlik konusunda bir yorum yapabilmek için incelenmesi gereken başlıca kaynaklar ayet ve hadislerdir. İslam’da kadının yaratılışı, Kuran-ı Kerim’de şu şekilde tasvir edilir;

“Ey insanlar! Sizi bir tek nefisten yaratan ve ondan da eşini yaratan, ikisinden birçok erkek ve kadın üretilen rabbinize itaatsizlikten sakının. Adını anarak birbirinizden dilek ve istekte bulunduğunuz Allah’a saygısızlıktan ve akrabalık haklarına riayetsizlikten de sakının. Şüphesiz Allah sizin üzerinizde gözetleyicidir.”⁵⁷

Bu ifadelerden çıkan anlam, kadın ve erkeğin yaratılış bakımından eşit olduğudur. Kuran-ı Kerim’de kadın-erkek eşitliği konusunda bir diğer bilgi de Ahzab Suresi 35. ayette yer almaktadır. Bu ayette kadın ve erkeğin eşitliği şöyle ortaya konulmuştur;

“Müslüman erkekler, Müslüman kadınlar; mümin erkekler, mümin kadınlar; ibadet ve itaat eden erkekler, ibadet ve itaat eden kadınlar; özü sözü doğru erkekler, özü sözü doğru kadınlar; sabreden erkekler, sabreden kadınlar; gönlünü ibadete vermiş erkekler, gönlünü ibadete vermiş kadınlar; (Allah için) yardım yapan erkekler, yardım yapan kadınlar; oruç tutan erkekler, oruç tutan kadınlar; iffetlerini koruyan erkekler, iffetlerini koruyan kadınlar; Allah’ı çokça anan erkekler, çokça anan kadınlar; işte bunlar için Allah büyük bir ödül hazırlamıştır.”⁵⁸

4. Rönesans ve Reform ile Gelen Eşitlik Anlayışı

16. yüzyılın başından itibaren kelime anlamı “yeniden doğuş” olan Rönesans’ın etkisi ile Avrupa’nın sosyal, siyasi ve kültürel değerleri değişmeye başlamıştır.⁵⁹ Bu süreçte Ortaçağ’ın feodal düzeni tamamen yıkılırken, Ortaçağ’da dinin etkisinde kalan hukuk, dinin etkisinden çıkmış, kurulan yeni düzen kendi kurumları ile birlikte gelmiştir.⁶⁰

⁵⁷ (Çevrimiçi), <https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/sure/4-nisa-suresi>, erişim tarihi: 15.12.2018

⁵⁸ (Çevrimiçi), <https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Ahz%C3%A2b-suresi/3568/35-ayet-tefsiri>, erişim tarihi: 15.12.2018.

⁵⁹ Akad, Dinçkol, Bulut, **a.g.e.**, s. 89.,90.

⁶⁰ **A.e.**

Bu dönemde meydana gelen köklü değişimleri anlayabilmek için, döneme tanıklık etmiş düşünürlerin fikirleri incelenmelidir. Bu dönemi fikirleri ile etkilemiş önemli isimlerden biri olan Hobbes'un 1651 yılında yayınlanan *Leviathan* adlı kitabı siyaset biliminin temel eserlerden biridir. *Leviathan*'ın 13. bölümü "İnsanlar doğuştan eşittir" cümlesi ile başlar.⁶¹ Thomas Hobbes insanların doğuştan eşit olduğu, hem fiziksel hem zihinsel özellikleri bakımından eşit yaratıldıkları fikrini savunur. Hobbes'a göre, insanlar arasındaki fiziksel farklılıklar, onların bir başkasından üstün olduğunu iddiasında bulunması için yeterli olmayacaktır.⁶² Hobbes'a göre, insanların yetenekleri bakımından eşit olması, amaçlara ulaşma umudunun da eşit olması manasına gelir ve bu ortamda da güvensizlik ve savaş doğacaktır, tüm insanları korku altında tutacak bir güç yani 'devlet' olmadığı müddetçe insanlar birbirleri ile sürekli savaş halinde olacaklardır.⁶³ Bu nedenle Thomas Hobbes devlet düzeninin insanlar tarafından bir sözleşme ile kurulduğu fikrinden hareket eder, Hobbes'a göre doğa durumundan toplum ve devlet düzenine geçiş, herkesin herkesle gerçekleştireceği yani oybirliği ile gerçekleştirilen bir sözleşme ile sağlanacaktır.⁶⁴

5. Aydınlanma Çağı ve Modern Eşitlik Anlayışının Doğuşu

İnsanın sadece insan olma niteliğinden dolayı, doğuştan bazı haklara ve hürriyetlere sahip olduğu ve devletin bu haklara müdahale edemeyeceği yolundaki temel düşüncenin ortaya çıkışı, yani modern anlamda bir insan hakları doktrininin doğuşu ancak 17. yüzyılda gerçekleşmiştir.⁶⁵ 17. ve 18. yüzyılın düşünürleri tarafından ortaya koyulan bireysel haklar doktrini ile bireyin insan olarak yeniden ele alınarak değerlendirilmesi, onun devletten beklentilerini de değiştirmiştir.⁶⁶

Liberal siyasi düşüncenin en önemli düşünürlerinden biri olan John Locke'a göre, insan sosyal bir yaratık olarak, doğası gereği eşit ve özgürdür, insanlar

⁶¹ Thomas Hobbes, *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti*, Çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2013 s. 99.

⁶² Uygun, **a.g.e.**, s. 205.

⁶³ Hobbes, **a.g.e.**, s. 100., 101.

⁶⁴ Uygun, **a.g.e.**, s. 206.

⁶⁵ Münici Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7.bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 1993, s. 30.

⁶⁶ Şeref Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Ankara, TBMM Basımevi, 1995, s. 69.

birbirleri üzerinde otorite kurmaksızın ve başka bir kişinin iradesi altına girmeden, doğanın koyduğu sınırlar içinde, tam bir özgürlük ve eşitlik içinde yaşarlar.⁶⁷

Rousseau ise, İnsanlar Arasında Eşitsizliğin Kökeni adlı eserinde; insanlar arasındaki farklılıkları, insanların yetiştiriliş şekline, toplum içinde edindikleri alışkanlıklarına ve almış oldukları eğitime dayandırarak, fiziksel eşitsizliklerin, zeka ve aklın dahi bunlarla bağlantılı olduğunu savunur.⁶⁸

Tarih boyunca tartışıl gelmiş olan, eşitlik veya eşitsizlik sorunsalını Rousseau şöyle ortaya koymuştur;

“İnsan türünde iki çeşit eşitsizlik görüyorum. Biri, doğa tarafından meydana getirildiği ve yaş, sağlık, bedendeki güçler ve zeka ya da ruh nitelikleri arasındaki farklardan oluştuğu için buna doğal ya da fiziki eşitsizlik diyorum. Öteki, bir çeşit uzlaşmaya dayandığı ve insanların onaması ile kurulmuş ya da hiç değilse onlarca kabul edilmiş olduğu için buna manevi veya politik eşitsizlik adı verilebilir. Bu ikincisi kimilerinin başkalarının zararına yararlandığı, örneğin onlardan daha zengin, daha itibarlı olmak ya da onlara boyun eğdirmiş olmak gibi ayrıcalıklardan ibarettir.”⁶⁹

Rousseau’ya göre; “Olayların gücü hep eşitliği ortadan kaldırmaya yöneldiği içindir ki, yasaların gücü her zaman eşitliği sürdürmeye çalışmalıdır.”⁷⁰

Eşitlik kavramına tarihin çeşitli dönemlerinde, farklı toplum ve kültürlerde farklı anlamlar atfedilmesi ve bu nedenle göreceli bir kavram olması, eşitliğin farklı şekillerde ve farklı kapsamlarda hukuk kuralı haline getirilmesine sebep olmuştur.⁷¹ Bütün insanların eşit olduğu fikri, Amerikan ve Fransız devrimleriyle yerleşmiştir. Modern eşitlik anlayışının ilk resmi ifadesinin, 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Anayasası’nın başına konmuş olan Haklar Bildirgesi’nde⁷² bulunduğu

⁶⁷ Göze, a.g.e., s. 176.

⁶⁸ Jean Jacques Rousseau, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı; ve Temelleri Üzerine Konuşma**, Çev. Rasih Ruhi İleri, 15.bs.,y.y., Say Yayınları, 2018, s. 87.

⁶⁹ A.e.

⁷⁰ A.e., s. 49.

⁷¹ Karan, a.g.e., s. 36.

⁷² **Madde 1** Tüm insanlar doğuştan eşit derecede özgür ve bağımsızdırlar. Doğar doğmaz edindikleri belli bazı hakları vardır; siyasal bir topluluk kurdukları zaman, hiçbir antlaşmayla gelecek nesilleri bu haklardan yoksun bırakamaz, onları bu haklardan vazgeçmeleri için zorlayamazlar; yaşama ve özgürlük haklarıyla, mülk edinme ve sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve kazanma olanağı da bunların arasındadır. (Çevrimiçi), https://tr.wikisource.org/wiki/Virginia_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Bildirgesi, erişim tarihi: 21.02.2019.

görülmektedir.⁷³ Bu belgelerde yer alan hak ve özgürlüklere, aynı yıl açıklanan Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nde⁷⁴ de yer verilmiştir, bu belgelere göre tüm insanlar doğal olarak özgür ve bağımsızdırlar ve doğuştan vazgeçemeyecekleri ve devredemeyecekleri bazı haklara sahiptirler, böylece M.Ö. 4. yüzyılda Eski Yunan'da Sofist ve özellikle Stoacı düşünürler tarafından savunulan tabi hukuk anlayışı asırlar sonra ilk kez anayasa niteliğindeki belgelerde ifadesini bulmuştur.⁷⁵

1789 tarihinde gerçekleşen Fransız Devrimi'nin de çıkış noktası, insanların doğuştan eşit oldukları, vazgeçilemez, devredilemez kutsal haklara sahip bulundukları fikrinin ilanı ile olmuştur. 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 1. maddesinde; "İnsanlar hukuk bakımından, hür ve eşit doğarlar, hür ve eşit yaşarlar. Sosyal farklılıklar, ancak faydaya dayanabilir." denmiştir.⁷⁶ 1791 tarihli Fransız Anayasası'nın giriş bölümünde, insanların doğuştan eşit haklara sahip olarak doğduğu ve öyle de kalacakları ve insanlar arasındaki farklılıkları ancak onların topluma yaptıkları katkının haklı kılabileceği belirtilmiştir.⁷⁷

Hukuksal eşitlik, salt anlamda eşitliği ifade etmezse de, eşitlik hukuksal güvenliğin tek kaynağı olarak görülür ve ancak kabul edilebilir derecede ve makul bir farklılaşmaya olanak tanıyabilir, kanunsuz ve kabul edilemez bir ayrımcılık ise hukuksal eşitliğin dışında kalır.⁷⁸ Yani, kişilerin eşit olup olmadığı hukuk düzeninin koymuş olduğu kurallar çerçevesinde belirlenir.

Eşitlik kavramı, özgürlükler hukukunun merkezinde yer alan kavramlardan biridir.⁷⁹ Bu nedenle de modern devlet anayasalarında ve uluslararası insan hakları sözleşme ve bildirgelerinde eşitlik kavramına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur. Ayrıca, modern toplumlar her ne kadar eşitliğe ulaşmaya çalışıyor ve eşitlik fikrine çok değer veriyor gibi görünseler de, modern toplumlarda sayısız eşitsizliklerin bulunduğu da açıkça görülen bir gerçektir. Toplumlarda esas olan, insan davranışlarının, toplumda hakim olan görüşlere ve toplumun beklentilerine

⁷³ Öden, **a.g.e.**, s. 68.

⁷⁴(Çevrimiçi),<https://billofrights.institute.org/wpcontent/uploads/2011/12/DelARATIONofIndependence.pdf>, erişim tarihi:21.03.2019.

⁷⁵ Ünal, **a.g.e.**, s. 72.

⁷⁶ Öden, **a.g.e.**, s. 69., 70.

⁷⁷ Ünal, **a.g.e.**, s. 73.

⁷⁸ **A.e.**

⁷⁹ İbrahim, Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 6. bs., y.y., İmge Kitabevi, 2002, s. 18.

göre oluşturulmuş ve belirli yaptırımlara bağlanmış olmasıdır. Bu nedenle, ortaya çıkan toplumsal eşitsizliğin temel sebebi insanların içinde bulundukları toplumun beklentilerine uygun bir şekilde ve hakim olan görüşler çerçevesinde hareket etmek zorunda olmalarıdır.⁸⁰

C. Şekli Eşitlik - Maddi Eşitlik Ayrımı

Eşitlik kavramı ile ilgili olarak ortaya çıkan sınıflandırmalardan ilki şekli eşitlik ve maddi eşitlik ayrımıdır.

İlk olarak Aristoteles'in ortaya attığı şekli eşitlik anlayışı, eşit durumda olanlara eşit muamele, farklı durumda olanlara ise farklı muamele edilmesini öngörmektedir.⁸¹ Bu durumda benzer olan ve farklı olanın ne olduğu konusunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Kişilerin birbirinden bir çok açıdan farklı özelliklerinin olduğu dikkate alındığında, şekli eşitlik anlayışının gerçek eşitliği sağlamak bakımından yetersiz kaldığı görülmektedir.⁸² Bu anlayışın çıkış noktası, kişilerin tüm koşullarıyla eşit olduğu varsayımdır.

Şekli eşitlik anlayışı; söz konusu farklı muamelenin sonuçlarını dikkate almaz.⁸³ Bu eşitlik anlayışında devlet, tarafsız ve pasif bir tutum izler.⁸⁴ Kişiler arasında ayrımcılık yapılmadığı sürece, mevcut durumun korunması eşitliğin varlığı için yeterlidir.⁸⁵

Bu anlayışa getirilen eleştirilerden biri, bireylerin toplum içinde edindikleri yeri, yani toplumdaki statülerini belirleyen geçmişlerinden bağımsız ve soyut bir değerlendirmeye tabi tutulmasıdır.⁸⁶ Bir başka eleştiri ise, şekli eşitlik anlayışında karşılaştırma yapılabilmesi için, aynı ya da benzer bir kişinin varlığının

⁸⁰ Tumin, M.M., **Some Principles Of Stratification: A critical Analysis In American Sociological Review** 18/1953, s. 392, aktaran Arslan Toprakkaya, **Hukuk ve Adalet**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 60.

⁸¹ Karan, **a.g.e.** s. 37., 38.

⁸² Kadriye Bakırcı, **Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda; Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2012, s. 16.

⁸³ Catherine Barnard, Bob Hepple "Substantive Equality", Vol.59, **Cambridge Law Journal**, 2003, s. 562.

⁸⁴ Karan, **a.g.e.**, s. 41.

⁸⁵ İdil Işıl Gül, Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 5.

⁸⁶ Kibar, **a.g.e.**, s. 34.

gerekmesidir, her durumda karşılaştırmaya konu olacak bir kişinin bulunması ise mümkün değildir.⁸⁷

Kişilerin eşit muamele görmesi olumlu ya da olumsuz, yani her iki yönde olabilir. Ayrımcılığa uğrayan kişinin haklarının, lehe muamele gören kişininki ile olumlu yönde eşit hale getirilmesi söz konusu olabileceği gibi, lehe muamele gören kişinin var olan haklarının elinden alınması şeklinde olumsuz bir eşit hale getirme de söz konusu olabilir.⁸⁸

Şekli eşitlik anlayışı, kişi veya gruplar arasında var olan eşitsizliklerin ortadan kaldırılması yükümlülüğünü öngörmez ve farklı niteliklere sahip kişileri ya da grupları, toplumda baskın olan grupların özellikleri dikkate alınarak oluşturulmuş kurallara uymaya zorlar.⁸⁹ Ancak bireylerin eşitlik talepleri ile farklılıkların azaltılmasını ya da yok edilmesini değil, bu farklılıkların dikkate alınmasını talep edebilecekleri hususunu göz ardı eder.⁹⁰

Bu eşitlik anlayışının insan hakları hukukuna yansımaları, doğrudan ayrımcılık kavramında karşımıza çıkar.

Şekli eşitlik anlayışına getirilen eleştiriler sonucunda ortaya maddi eşitlik anlayışı çıkmıştır. Maddi eşitlik anlayışında amaç, şekli eşitlik anlayışından farklı olarak mevcut eşitsizlikleri gidermektir.⁹¹ Maddi eşitlik anlayışında, eşitlik ilkesi ile toplumsal koşullar arasındaki ilişki dikkate alınmaktadır, bir muamele eşit yapılsa bile farklı toplumsal koşullarda ortaya farklı sonuçlar çıkabilir ve bu durum da, var olan eşitsizliği daha da arttırabilir ya da azaltabilir.⁹²

Maddi eşitlik, şekli eşitlikten farklı olarak, hukuk düzeni tarafından yaratılmış ya da fiili eşitsizliklerden kaynaklanan olası eşitsizlikleri devlet müdahalesi aracılığı ile gidermeyi amaçlar.⁹³

Maddi eşitlik anlayışı, kişi ve kişi grupları arasındaki farklılıkları dikkate alarak, onların eşit veya aynı olmadığı varsayımından yola çıkar.⁹⁴ Günümüzde bu

⁸⁷ Karan, **a.g.e.**, s. 40.

⁸⁸ Karan, **a.g.e.**, s. 39.

⁸⁹ Gül, Karan, **a.g.e.**, s. 6.

⁹⁰ Kibar, **a.g.e.**, s. 34.

⁹¹ Karan, **a.g.e.**, s. 42.

⁹² **A.e.**, s. 43.

⁹³ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 21.

⁹⁴ Gül, Karan, **a.g.e.**, s. 6.

farklılıklar sadece biyolojik açıdan dikkate alınıyorsa da, engellilik ya da cinsiyet gibi kimliklerin sosyal yapı ve koşullarla da yakından bağlantılı olduğu yönündeki bakış açısı yaygınlaşmaktadır.⁹⁵

Maddi eşitlik ilkesi; fırsat eşitliği, insan haklarından yararlanma açısından bir hak veya özgürlükle bağlantılı eşitlik gibi birden çok eşitlik türünü barındıran bir üst başlık olarak değerlendirilebilir.⁹⁶

Uluslararası sözleşmelerde, maddi eşitlik kavramına açıkça değinilmemiş olsa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ve diğer denetim organı kararlarında da, eşitlik ilkesinin maddi eşitlik ilkesini kapsayacak şekilde yorumlandığı görülmektedir; ilk dönem kararlarında önem verilen nokta farklılıkların göz ardı edilmemesi iken, daha sonraki kararlarda eşit sonuçlara ulaşma, dezavantajlı durumu arttıran veya devam ettiren uygulamaların ortadan kaldırılması hedeflenmiştir.⁹⁷

II. Ayrımcılık Yasağı

A. Genel Olarak

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi kavramları insan hakları hukukunun temelini oluşturmaktadır. Ayrımcılık yasağının temeli, Aristoteles'in eşitlik anlayışına dayanmaktadır. Birçok uluslararası sözleşmede, ayrımcılık yasaklanmasına rağmen, kavramın açık bir tanımı yapılmamıştır. Sözleşmelerde düzenlendiği biçimiyle ayrımcılık yasağında amaç, bir kişinin veya kişi grubunun karşılaştığı muamele ile ilgisi olmayan ve etkisiz bir niteliğinin, muamelenin belirleyici bir ögesi olarak kullanılmasına karşı kişiyi ve kişi gruplarını korumaktır.⁹⁸

Kişilere ya da gruplara, insan haklarından yararlanırken, farklı muamelede bulunarak ayrımcılık yapılması durumunda, ayrımcılığa uğrayan kişiler ya da kişi grupları tarafından söz konusu hak ve özgürlükler ya hiç kullanılamamakta ya da

⁹⁵ Karan, **a.g.e.**, s. 44.

⁹⁶ **A.e.**, s. 45.

⁹⁷ **A.e.**, s. 46, 47.

⁹⁸ Gül, Karan, **a.g.e.**, s. 7.

eksik kullanılabilmektedir. Ayrımcılık özellikle spesifik kişi gruplarına yöneldiği veya belirli konu ve alanlarda, belirli hakları kapsadığı zaman ise insan haklarının uygulama alanı daralmakta ve fonksiyonunu kaybetmektedir.⁹⁹

Ayrımcılık yasağı, tüm insanların, diğer özellikleri bir kenara bırakılarak, sadece “insan” olmaları sebebiyle sahip oldukları “insan onuru” gereği, hak ve özgürlüklerden yararlanırken farklı işlem ve uygulamalarla karşılaşmamalarını gerekli kılar.¹⁰⁰

Ayrımcılık yasağı, ayrımcılığın yasaklanması ile birlikte devlet tarafından fiilen eşitliğin sağlanabilmesi yükümlülüğünü yani devletin pozitif yükümlülüklerini de içermektedir; ayrımcılık temellerinden birine dayanarak, kişilerin hak ve özgürlüklerden yararlandırılmaması ayrımcılığın negatif yönünü oluşturmakta iken, dezavantajlı gruplar açısından eşitliğin sağlanabilmesi için devletin olumlu önlemler alması pozitif yönünü oluşturmaktadır.¹⁰¹

BM İnsan Hakları Komitesi 1989 yılında, 37 numaralı oturumun 18 numaralı genel yorumunda ayrımcılığı şu şekilde ifade etmiştir; “Komite’ye göre, Sözleşme’de kullanıldığı şekliyle “ayrımcılık” ayırma, dışlama, kısıtlama veya ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, siyasi veya diğer görüşlere dayalı olarak gerçekleştirilen ve bütün hak ve hürriyetlerin herkes tarafından tanınmasını ve kullanılmasını engelleyecek veya tanınmasını ve kullanılmasını sınırlandıracak ayrımcılığı kast etmektedir.”¹⁰²

Ayrımcılık tanımlanırken, iki temel ayrımcılık türünden söz edilebilir. Bunlar, doğrudan ve dolaylı ayrımcılıktır.

⁹⁹ Mesut Gülmez, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, 1.bs., y.y., Ankara, Belediye İş Yayınları, 2009, s. 3.

¹⁰⁰ A.e., s. 5.

¹⁰¹ Ayşe Özkan Duvan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2. sayı, 2017, s. 24.

¹⁰² BM İnsan Hakları Komitesi (1989), 37 numaralı oturumun 18 numaralı genel yorumu; (çevrimiçi), [https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/05/05/BMde İnsan Hakları Yorumlari 1981 2006.pdf](https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/05/05/BMde%20İnsan%20Haklari%20Yorumlari%201981%202006.pdf), erişim tarihi: 23.03.2019.

B. Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık, uluslararası sözleşmelerde açık bir biçimde tanımlanmamıştır. Ancak, sözleşme organlarınca ortaya konulan ve doğrudan ayrımcılığın tanımını yapan belgeler mevcuttur.

Doğrudan ayrımcılık, (*direct discrimination*); doğrudan, ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerden birine bağlı olarak, bir kişi veya gruba haksız olarak farklı muamele uygulanması,¹⁰³ bir kişi veya kişi grubunun, kendileriyle benzer durumda olan diğerlerine nazaran hak ve özgürlüklerden yararlanmasını engelleyen veya zorlaştıran her türlü muameleyi ifade eder.¹⁰⁴

Doğrudan ayrımcılıkta öncelikle farklı bir muamelenin tespiti gerekmektedir. İkinci olarak, kişilerin aynı veya benzer konumda oldukları ortaya konulmalı, sonra farklı muameleyi meşru kılan bir amacın olup olmadığı araştırılmalıdır.¹⁰⁵

Doğrudan ayrımcılık; ayrımcılığa uğrayan grubun, ulusal hukuka göre kabul edilen bir hukuki düzenlemenin kapsamına alınmaması ya da tamamen kapsamı dışında tutulması şeklinde gerçekleşebileceği gibi, doğrudan ayrımcılık içermeyen bir hukuk kuralı uygulanırken, bir kişiye, dahil olduğu veya dahil olduğu düşünülen grup nedeni ile farklı muamelede bulunulması şeklinde de gerçekleşebilmektedir.¹⁰⁶

Şekli eşitlik anlayışı, insan hakları hukuku kapsamında karşımıza doğrudan ayrımcılık olarak çıktığından, doğrudan ayrımcılık ile ilgili olarak yapılan eleştirilerin şekli eşitlik anlayışı ile benzer olduğu görülmektedir.

C. Dolaylı Ayrımcılık

Farklı durumlardaki kişilere eşit muamele yapılması suretiyle ortaya çıkan ayrımcılık türü, öğretide dolaylı ayrımcılık olarak adlandırılmaktadır.

Dolaylı ayrımcılık; tarafsız görünen bir hüküm, uygulama ya da kriterin, belli bir gruba dahil olan kişileri, bu grubun dışında kalan diğer kişiler karşısında

¹⁰³ Karan, **a.g.e.**, s. 203.

¹⁰⁴ Levent Korkut, **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, 1.bs., Ankara, Adres Yayınları, 2009, s. 46.

¹⁰⁵ Gül, Karan, **a.g.e.**, s.9

¹⁰⁶ Karan, **a.g.e.**, s. 203., 204.

dezavantajlı bir konuma getirmesi olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁷ Dolaylı ayrımcılık, Adalet Divanı'nın bu konudaki kararlarının ardından, "cinsiyet" temeline dayanan ayrımcılıklarda kanıtlama yükümlülüğüne ilişkin 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80 sayılı Yönerge'de tanımlanmıştır.¹⁰⁸ Tanım şöyledir; "Görünüşte yansız olan bir kural, ölçüt ya da uygulama, bir cinsiyetten olan kişilerin açıkça daha yüksek bir oranını etkiliyorsa dolaylı ayrımcılık vardır. Yeter ki bu kural, ölçüt ya da uygulama, uygun ve gerekli olsun ve ilgililerin cinsiyetlerinden bağımsız olan nesnel etkenlerle haklı gösterebilsin."¹⁰⁹

Doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılığın birbirinden ayrıldığı noktalar şu şekilde özetlenebilir; doğrudan ayrımcılık farklı muameleyi, dolaylı ayrımcılık, sonuçları ayrımcı olan aynı muameleyi yasaklamaktadır.¹¹⁰ Doğrudan ayrımcılıkta bir hukuki düzenlemenin veya uygulamanın herkese aynı şekilde uygulanması söz konusuyken, dolaylı ayrımcılıkta hukuki düzenlemenin veya uygulamanın içeriği de dikkate alınmaktadır.¹¹¹ Doğrudan ayrımcılıkta ayrımcı muamele somut ve açıktır, dolaylı ayrımcılıkta ise muamelenin sonuçları ile ortaya çıkan durumun dikkate alınması gerekmektedir. Doğrudan ayrımcılıkta farklı muamelenin amacı, dolaylı ayrımcılıkta sonuçları önem arz eder. Doğrudan ayrımcılıkta kişiye yönelik farklı muamele, dolaylı ayrımcılık ise bir gruba yönelik ayrımcı etki ve sonuç doğuran aynı muamele söz konusudur.¹¹²

Avrupa Konseyi çerçevesinde ayrımcılığı tanımlayan bir uluslararası sözleşme bulunmamaktadır, bu konuda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden sonra ortaya çıkan birçok uluslararası sözleşme spesifik alanlarda çeşitli tanımlara yer vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ise ayrımcılık açıkça tanımlanmamış olsa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile bir ayrımcılık tanımı ortaya çıkmıştır.¹¹³

¹⁰⁷ Korkut, **a.g.e.**, s. 46.

¹⁰⁸ Gülmez, **a.g.e.**, s. 26.

¹⁰⁹ Council of the European Union, Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the Burden of Proof in Cases of Discrimination Based on Sex, Article 2.

¹¹⁰ Karan, **a.g.e.**, s. 210.

¹¹¹ **A.e.**

¹¹² **A.e.**

¹¹³ **A.e.**, s.130-131.

İKİNCİ BÖLÜM

YASAK AYRIMCILIK TEMELİ OLARAK CİNSİYET VE CİNSEL YÖNELİM

I. Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet

Cinsiyet; bireye, üreme işinde ayrı bir rol veren ve erkekle dişiği ayırt ettiren yaradılış özelliği, eşey, cinslik, seks olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁴ Kelimenin İngilizce karşılığı “sex”, biyolojik cinsiyeti ifade eder ve canlı türlerinin tamamının, üreme organları ve sistemleri açısından kadın ve erkek olarak ikiye ayrılması olarak tanımlanır.¹¹⁵

Cinsiyet birey açısından hem biyolojik hem de toplumsal bir anlama sahiptir. Toplumsal cinsiyetin İngilizce karşılığı “gender” terimidir. Toplumsal cinsiyet, kadının ve erkeğin toplum içindeki rollerini ve toplumsal konumlarını belirleyen bir kavramdır, genellikle bir cinsiyetle bağlantılı davranışsal, kültürel ve psikolojik özellikler olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁶

Cinsiyet, kadın ve erkeğin genetik, fizyolojik ve biyolojik özelliklerine ve aralarındaki farklara gönderme yapan bir anlam taşırken; toplumsal cinsiyet sosyal açıdan kadın ve erkeğe verilen roller,¹¹⁷ söz konusu cinsiyetlerden sosyal ve kültürel açıdan beklenenler olarak tanımlanır. Toplumsal cinsiyet rolü, bireyin mensubu olduğu cinsiyetle ilgili olarak, toplum tarafından belirlenen ve bireylerden yerine getirilmesi beklenen davranışlardır.¹¹⁸

¹¹⁴(Çevrimiçi),http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=C%C4%B0NS%C4%B0Y_ET, erişim tarihi: 01.02.2019.

¹¹⁵ (Çevrimiçi), <https://www.merriam-webster.com/dictionary/gender>, erişim tarihi: 01.12.2018.

¹¹⁶ (Çevrimiçi), <https://www.merriam-webster.com/dictionary/gender>, erişim tarihi: 10.10.2018.

¹¹⁷ İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği İçin Anayasa Değişikliği Önerileri”, **Türkiye Barolar Birliği Tübbakom 1. Kadın Avukatlar Kurultay Tebliği**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2013, s. 68.

¹¹⁸ Gönül Balkır, “Toplumsal Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığı”, **Türkiye Barolar Birliği Tübbakom 1. Kadın Avukatlar Kurultay Tebliği**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2013, s. 70

Toplumsal cinsiyetle ilgili olarak dikkate alınması gereken bir konu da, toplumsal cinsiyetin sadece kadınla ilgili olarak ele alınmaması gerektiğidir.¹¹⁹ Kişinin cinsiyeti sebebiyle ayrımcılık yapılmaması gerektiği yönündeki görüşün temelinde insan onuru bakımından kişilerin cinsiyetinden dolayı farklı muameleye tabi tutulmaması gerektiği gerçeği vardır.¹²⁰

Uluslararası hukuk alanında, 1979 tarihli Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde¹²¹ cinsiyet ve cinsiyet ayrımcılığı terimlerine yer verildiği ve bunların biyolojik olarak anlaşıldığı görülmektedir.

Cinsiyet ayrımcılığı, doğrudan ya da dolaylı cinsiyet ayrımcılığı olarak ortaya çıkmaktadır. Doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, kişiye cinsiyeti sebebi ile, başka bir cinsiyete sahip olan kişilere davranıldığından farklı davranılmasıdır. Doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, belli bir cinsiyetten olma zorunluğu getiren, tek bir cinsiyette kullanılabilecek özelliklere dayanan ve objektif açıdan hiçbir haklı nedeni bulunmayan cinsiyet ayrımcılığıdır.¹²² Çalışma hayatında, işe alımlarda erkek başvuranların tercih edilmesi ya da ücretlendirmede eşit davranılmaması ve kadın çalışanların daha düşük ücretlerle çalıştırılması sıkça karşılaşılan doğrudan ayrımcılık örnekleridir.¹²³

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığında ise, bir mevzuat, sözleşme hükmü ya da uygulamanın, tarafsız gibi görünse de, ortaya çıkardığı sonuçlar açısından, ayrımcılık mağduru olan cinsiyet üzerinde olumsuz etkiler yaratması söz konusudur.¹²⁴ Dolaylı cinsiyet ayrımcılığında; belli cinsiyetin mensubu olmanın, haklı bir sebep olmaksızın

¹¹⁹ Handan Sayer, "Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Erkeklerin Katılımı", Uzmanlık Tezi, **T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü**, 2011, s.23., (çevrimiçi), http://kadininstatusu.aile.gov.tr/data/542a8e0b369dc31550b3ac30/handan_sayer_tez.pdf, erişim tarihi:10.03.2019.

¹²⁰ Durig GÜNTER, Art 3 II GG-Vom Verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen Fam RZ 54 aktaran Zafer Gören ATAYSOY, **Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması**, 2. bs., İzmir, D.E.Ü Döner Sermaye Yayınları, No:83, s. 12.

¹²¹ Bkz. Madde 1: Kadınlara karşı ayrımcılığın tanımı, "Bu Sözleşmenin amacı bakımından "kadınlara karşı ayrımcılık" terimi siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelir."

¹²² Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", **TBB Dergisi**, Özel Sayı 2017, s. 240.

¹²³ Bakırcı, **a.g.e.** 40.

¹²⁴ **A.e.**, s. 42.

büyük ölçüde hak kaybına neden olması söz konusudur.¹²⁵ Örneğin, Avrupa Adalet Divanı Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg davası¹²⁶ kararında, kadınların aile yükümlülüklerin fazla olması sebebi ile genelde kısmi zamanlı çalıştıklarını tespit etmiş, kısmi zamanlı çalışanların daha uzun sürede nitelik kazandıkları gerekçesi ile daha yavaş terfi almalarını öngören toplu iş sözleşmesinin AB hukukuna aykırı olduğuna karar vermiştir.¹²⁷

II. Cinsel Azınlıklar

A. Genel Olarak

Cinsiyet insanoğlunu ayıran en büyük gruptur.¹²⁸ Cinselliğin ahlakla ilişkilendirilmesi ve bu şekilde ele alınması alışılmış bir durumdur, ancak cinselliği, sorunlu bir konu haline getiren toplumsal yaşamdaki yeridir.¹²⁹ Cinsel ve biyolojik farklılıkların algılanışı, farklı dönemlerde ve farklı kültürlerde birbirinden farklı şekillerdedir, bu nedenle cinsiyetlerin toplumsal alandaki statüleri ve cinsiyetler arası iş bölümü de farklılaşmaktadır.¹³⁰

Toplumsal cinsiyet ayrımcılığı denildiğinde akla, modern toplumlar da dahi hala yoğun olarak gözlemlenen, kadın ve erkek arasındaki eşitsizlik ve dolayısıyla da ayrımcılığın mağduru kadınlar gelir. Ancak bu noktada belirtilmesi gereken en önemli konu; cinsiyeti ya da cinsel yönelimi nedeni ile ayrımcılığa uğrayan diğer grupların da bu başlık altında değerlendirilmesi gerektiği gerçeğidir.

Toplumda baskın olanın dışında kalan ve farklı görülen her türlü cinsiyet ve cinsel yönelim dışlanmakta ve ayrımcılığa uğramaktadır. Toplumsal cinsiyet kavramı, genelde kadın çalışmalarında kullanılan bir kavram olsa da, bugün daha geniş bir anlam ihtiva etmekte, farklı cinsel yönelimleri ve hatta erkekleri de içine

¹²⁵ Kaplan, **a.g.m.**, s. 240.

¹²⁶ 7.2.1991 tarihli, 184/89 başvuru numaralı **Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg** davası kararı, (çevrimiçi), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-184/89>, erişim tarihi:01.05.2019.

¹²⁷ Bakırcı, **a.g.e.**, 46.

¹²⁸ Serpil Öztürk, **İslam'ın Kadına Eşitlik Arayışı**, y.y., İkinci Adam Yayınları, 2007, s. 50.

¹²⁹ Bülent Sönmez, **Gizli Kimlik Eşcinselliğin Anlamı Üzerine**, İstanbul, NKM Yayınları, 2007, s. 13.

¹³⁰ Öztürk, **a.g.e.**, s. 51.

almaktadır. Bu nedenle, ayrımcılık temeli olarak cinsiyet ve cinsel yönelim başlığı altında, kadınlar ve diğer cinsel azınlıklar incelenecektir.

Cinsel azınlık kavramını tanımlayabilmek için, öncelikle azınlık kavramının uluslararası alanda neyi ifade ettiğini anlamak gerekir. Genel kabul görmüş bir azınlık tanımı yoksa da, kavramı çeşitli açılardan tanımlayan öneriler mevcuttur.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu Raportörü Francesco Capotorti'nin 1978 yılında önerdiği azınlık tanımı, kavramın birçok unsurunu gözetmesi bakımından önemlidir. Capotorti azınlık tanımını “Bir devletin nüfusunun geri kalanına göre sayısal olarak az olan, egemen konumda bulunmayan, -o devletin vatandaşları olan- üyeleri nüfusun geri kalanından farklı etnik, dinsel ya da dilsel özelliklere sahip olan ve kültürlerini, geleneklerini, dinlerini ya da dillerini korumaya yönelik üstü örtülü de olsa bir dayanışma duygusu gösteren bir grup.”¹³¹ şeklinde yapmıştır.

Hukukçu Deschenes tarafından, bu tanıma gelen eleştiriler üzerine önerilen bir başka azınlık tanımı da şöyledir;¹³² “Devlet içinde sayıca azınlık olan ve hakim olmayan konumda bulunan, nüfusun çoğunluğundan farklı etnik, dinsel ve dilsel özelliklere sahip, birbiriyle dayanışma ruhu içinde, örtülü de olsa varlığını sürdürmek için kolektif bir irade güden ve amacı çoğunlukla fiilen ve hukuken eşitlik elde etmek olan vatandaşlar grubu.”¹³³

Yapılan tanımlarda sadece etnik, dinsel ve dilsel özelliklere atıf yapılmıştır. Azınlık kavramını diğer tanımlara göre daha geniş yorumlayan bir başka görüş ise; bir toplulukta sayı olarak az olan, hakim olmayan ve toplumun genelinden farklı özelliklere sahip olan grupları azınlık olarak kabul eder; bu görüş genelde baskı altında ezilmiş grupları da içine almaktadır ve bu sebeple; eşcinseller, transseksüeller, travestiler, hatta kadınlar bile azınlık olarak kabul edilecektir.¹³⁴

¹³¹ Francesco Capotorti, **Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious And Linguistic Minorities**, United Nations, New York, 1979, s. 568; aktaran Naz Çavuşoğlu, **Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları**, 2. bs., İstanbul, Su Yayınları, 2001, s. 35., 36.

¹³² Olgun Akbulut, “Uluslararası Hukukta Azınlık Haklarının Gelişimi ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2006, s. 124.

¹³³ A.e.

¹³⁴ Baskın Oran, **Küreselleşme ve Azınlıklar**, 4.bs., Ankara, İmaj Yayınevi, 2001, s. 67.

Bu tanımlardan yola çıkarak; içinde bulunduğu toplumda, cinsiyetleri, cinsel kimlikleri ya da cinsel yönelimleri sebebiyle ayrımcılığa maruz kalan, dışlanan bireylerin cinsel azınlık olarak tanımlanmaları mümkün olacaktır. Cinsel azınlıklar, genelde erkek ya da kadın gibi toplumda çoğunluğu oluşturan kategorilerde yer almayan grupları ifade etmek için kullanılıyor olsa da,¹³⁵ azınlık tanımında önemli olanın sayısal olarak az olmak değil, baskı hissetme, baskı altında olma olduğu yönündeki görüşler¹³⁶ de dikkate alındığında, kadınların da cinsel azınlık kavramı içinde ele alınması mümkündür.

B. Cinsel Yönelim

Cinsel kimlik, kişinin kendi bedeni ve benliğini, belli bir cinsiyet içinde algılayışı, yani kişinin kendisini “kadın” ya da “erkek” olarak değerlendirmesidir.¹³⁷ Cinsel kimlik kişinin biyolojik cinsiyetini değil, kendini mensubu olarak hissettiği cinsiyete ilişkin kimliğini ifade eder.¹³⁸

Cinsel yönelim ise, kişinin cinsel duygu, istek ve davranışların belli bir cinsiyete çekimidir, yönelim kişinin kendi cinsiyet kimliğine yönelik olduğunda eşcinsel yani homoseksüel, diğer cinsiyet kimliğine yönelik olduğunda heteroseksüel, her iki cinsiyet kimliğine yönelik olduğunda biseksüel olarak adlandırılır.¹³⁹ Adı geçen cinsel yönelimlerden biri olmamakla beraber, transseksüellik de bu başlıkta ele alınabilir.

İnsan hakları uzmanlarından oluşan bir grup tarafından hazırlanan ve 25 ülkeden katılan 29 uzman tarafından oybirliğiyle kabul edilen, “Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun

¹³⁵ UC Berkeley, Gender Equity Resource Center, (çevrimiçi), http://ejce.berkeley.edu/geneq/resources/lgbtq-resources/definition-terms#sexual_minority, erişim tarihi: 21.03.2018.

¹³⁶ Hasan Tunç, “Uluslararası Sözleşmelerde Azınlık Hakları Sorunu ve Türkiye”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:1-2, 2004, s.181-238.

¹³⁷ Koray Başar, **Bedensel Cinsiyet, Cinsiyet Kimliği, Cinsel Yönelim**, Cinsel Eğitim Tedavi ve Araştırma Derneği Bilgilendirme Dosyası-10, Eşcinsellik, İstanbul, y.y. 2013, s. 14.

¹³⁸ Umut Güner vd., “**Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu**”, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2011, s. 20, (çevrimiçi), https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/24/Cinsel_Yonelim_veya_Cinsiyet_Kimligi_Izleme_Raporu.pdf, erişim tarihi: 01.02.2019.

¹³⁹ Başar, a.e., s. 15

Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri’nde,¹⁴⁰ cinsel yönelim “...kişinin karşı cins, aynı cins veya her iki cinse duyduğu derin duygusal, cinsel ve duygulanımsal çekim ve bu kişilerle girdiği mahrem ve cinsel ilişki kapasitesi” olarak, cinsiyet kimliği ise, “...kişinin toplumsal cinsiyetine dair derinden hissettiği iç ve bireysel tecrübesi olduğunu; ancak doğumla gelen cinsiyetle aynı olmayabildiğini, kişinin bedenine ait kişisel duyusuna (serbestçe seçmesi mümkünse vücut görünümünde ve işlevlerinde tıbbi, cerrahi ve başka yollarla değişiklik de dahil) ve kılık kıyafet, konuşma, davranış, hareket ve tavır dahil diğer toplumsal cinsiyet ifadeleri” olarak tanımlanmıştır.

Homoseksüellik yani eşcinsellik; aynı cinsin bireyleri arasında kurulan cinsel nitelikteki duygusal ya da bedensel yakınlık ya da ilişki olarak tanımlanmaktadır.¹⁴¹ *Homos* Yunanca “aynı”, *sexualis* ise Latince “cinsellik” anlamına gelmektedir. Kadın eşcinseller, lezbiyen¹⁴² terimi ile tanımlanmaktadır. Bu terimler dışında, son dönemlerde yaygın olarak kullanılan bir başka terim de, daha önceki dönemlerde eşcinsellere yönelik bir aşağılama anlamı taşıyan “*queer*”dir. Queer kelimesi zamanla bu olumsuz anlamını yitirmiş ve azınlıkta olan tüm cinsel yönelimleri kapsayacak şekilde, bir karşı duruş, direniş ve tanımlanamazlık durumunu ifade etmek için kullanılmaya başlanmıştır.¹⁴³

Homoseksüel ifadesi ilk olarak 1869 yılında Kentbery tarafından, Almanya’da o tarihlerde eşcinsel cinsel davranışların suç sayılmasını eleştiren bir kitapçıkta kullanmış, daha sonra tıp çevrelerinde kabul görmüş ve yaygınlaşmıştır.¹⁴⁴ Eşcinsellik, Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından, 1952 yılında Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve İstatistiksel El Kitabı’nda “sosyopatik kişilik bozukluğu” olarak değerlendirirken, 1968 yılında “cinsel sapma” olarak, 1973 yılında “cinsel yönelim bozukluğu” olarak ve 1980 yılında ise “egodistonik eşcinsellik” olarak sınıflandırmıştır. 1987 yılında, eşcinselliğin ruhsal bozukluk olarak tanımlanması anlayışından vazgeçilmiş, Dünya Sağlık Örgütü 17 Mayıs 1990 tarihinde eşcinselliği

¹⁴⁰Yogyakarta

İlkeleri;

(çevrimiçi),

http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/yogyakarta_ilkeleri.pdf, erişim tarihi: 01.04.2019

¹⁴¹(Çevrimiçi),http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5864d449563940.18313632, erişim tarihi: 01.02.2018.

¹⁴² (Fr. lesbienne)

¹⁴³ Başar, **a.g.e.**, s. 15

¹⁴⁴ **A.e.**,

hastalıklar kategorisinden çıkarmıştır.¹⁴⁵ Eşcinseller, 1970'lerin başında Gey Kurtuluş Hareketiyle (*Gay Liberation Movement*) birlikte, kendilerinin hasta olmadıklarını ifade etmek için politik bir duruşla, “gay”¹⁴⁶ kavramını kullanmaya başlamışlardır. Türkçe’de sözcük değişerek “gey” olmuştur.¹⁴⁷

Transgender, kişinin cinsiyet kimliği ile atanmış olan cinsiyetinin uyumlu olmaması durumu¹⁴⁸ olarak tanımlanmaktadır. İngilizce bir kavram olan transgender, Türkçede kullanılan travesti ve transseksüel kavramlarının ikisini de içine alır.¹⁴⁹

Transseksüel, kendisini karşı cinse ait hisseden veya karşı cinse benzeme isteği duyan kişilere denir, travestilik ise sadece öteki cinsiyet gibi giyinmektir ve herhangi bir cinsiyet kimliği değildir, travestilik herhangi bir cinsel yönelim de değildir, bu yüzden bir travesti heteroseksüel, eşcinsel veya biseksüel olabilir.¹⁵⁰

Lezbiyen, gey, biseksüel ve transcinsiyet kavramlarının tamamını içine alan ve kısaltılarak oluşturulan, son dönemde yaygın olarak kullanılan bir diğer kavram da LGBT ve LGBTT’dir.¹⁵¹

Günümüzde batılı toplumlar başta olmak üzere bazı toplumlarda heteroseksüellik dışındaki cinsel yönelimler ve cinsel kimlikler hoşgörüyü karşılıyorsa da, bir çok toplumda hala geleneksel cinsiyet anlayışına ve aile kavramına karşı tehdit olarak algılanmaktadır.

Eşcinsellik, biseksüellik ve transseksüellik gibi farklı cinsel yönelimleri veya kimlikleri bulunan insanlara yönelik olumsuz duygu ve hatta nefrete ulaşan davranışlar homofobi olarak tanımlanmaktadır.¹⁵² 1972 yılında George Weinberg Toplum ve Sağlıklı Homoseksüel adlı çalışmasında homofobiyi, akıl dışı bir korku olarak tanımlamıştır.¹⁵³

¹⁴⁵ Güner vd., **a.g.e.**, s. 20, (çevrimiçi), https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/24/Cinsel_Yonelim_veya_Cinsiyet_Kimligi_Izleme_Raporu.pdf, erişim tarihi: 01.02.2019.

¹⁴⁶ Fr. gai, İng. gay

¹⁴⁷ (Çevrimiçi), <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/l/g/lgbt-haklari-insan-haklaridir-saglik.pdf>, erişim tarihi: 20.04.2019.

¹⁴⁸ (Çevrimiçi), <https://www.merriam-webster.com/dictionary/transgender>, erişim tarihi 12.12.2018.

¹⁴⁹ Güner vd., **a.g.e.**, s. 22.

¹⁵⁰ **A.e.**

¹⁵¹ Lezbiyen, gey, biseksüel, transgender, (travesti).

¹⁵² Selçuk Budak, **Psikoloji sözlüğü**, 2.bs., Ankara, Bilim ve Sanat Yayınları, 2003.

¹⁵³ Kaos GL Dergisi ,(çevrimiçi), <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/l/g/lgbt-haklari-insan-haklaridir-saglik.pdf>, erişim tarihi: 20.04.2019.

III. Uluslararası Hukukta Cinsiyet Ayrımcılığı

Uluslararası hukuk, AB Hukuku ve pek çok ülkenin ulusal mevzuatları, cinsiyete dayalı ayrımcılığı açıkça yasaklamaktadır.

1945 tarihli BM Şartı'nın¹⁵⁴ 13/2 maddesi; “Ekonomik, sosyal, kültürel alanlarda, eğitim ve sağlık alanlarında uluslararası işbirliğini geliştirmek ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan hakları ile temel özelliklerden yararlanmasını kolaylaştırmak için araştırmalar yapılmasına önayak olur ve bu amaçla tavsiyelerde bulunur.”

55(c) maddesi; “Rak, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özelliklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini, kolaylaştıracaktır.”

Devamında 76/c maddesi; “Rak, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özelliklerine saygı gösterilmesini teşvik etmek ve dünya halklarının karşılıklı bağımlılığını geliştirmek ve...” hükümlerini düzenlemektedir.

Yine 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 2/1 maddesi; “Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir akide, milli veya içtimai menşee, servet, doğuş veya herhangi diğer bir fark gözetilmeksizin işbu beyannamede ilan olunan tekmil haklardan ve bütün hürriyetlerden istifade edebilir”¹⁵⁵ hükmü ile cinsiyete dayalı ayrımcılığı açıkça yasaklamıştır.

1966 Tarihli Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesinde de ayrımcılık yasağı düzenlemesine şu şekilde yer verilmiştir; “Bu Sözleşmeye taraf devletler, bu Sözleşmede beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi her hangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler.”

Aynı sözleşmenin 3. maddesi ise; cinsiyet eşitliği başlığını taşır ve “Bu Sözleşmeye taraf devletler, bu sözleşmede yer alan bütün ekonomik, sosyal ve

¹⁵⁴ 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı, (çevrimiçi), <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf>, erişim tarihi: 22.12.2018.

¹⁵⁵ 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, (çevrimiçi), <https://www.unicef.org/turkey/udhr/gi17.html>, erişim tarihi: 22.12.2018.

kültürel hakların kullanılmasında erkeklere ve kadınlara eşit haklar sağlamayı taahhüt eder.” hükmünü düzenlemektedir.

1979 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi’nin¹⁵⁶ 1. maddesinde kadınlara karşı ayrımcılığın tanımı yapılmış; “İşbu Sözleşmeye göre Kadınlara karşı ayırım deyimi kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına gelecektir.” hükmüne yer verilmiştir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 21. maddesinde ayrımcılık yasağı 23. maddesinde ise kadın erkek eşitliği düzenlenmiştir.¹⁵⁷ “Ayrımcılık Yasağı” başlıklı 21. madde metni şöyledir; “1. Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, hususiyet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel eğilim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması yasaktır. 2. Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşma ve Avrupa Birliği Antlaşmasının uygulanması kapsamı çerçevesinde ve bu Antlaşmaların özel hükümleri saklı kalmak üzere milliyet nedeniyle her türlü ayrımcılık yasaktır.” Ayrımcılık yasağı düzenlemesinde cinsiyet ile birlikte cinsel yönelim de açıkça ayrımcılık nedeni olarak sayılmıştır.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın “Erkekler Ve Kadınlar Arasında Eşitlik” başlığını taşıyan 23. maddesi ise şöyledir; “Erkekler ve kadınlar arasında eşitlik, istihdam, çalışma ve ücret dahil olmak üzere bütün alanlarda sağlanmalıdır. Eşitlik ilkesi, yeterli şekilde temsil edilmeyen cinsin lehine belirli avantajlar sağlanmasını öngören önlemlerin sürdürülmesini veya benimsenmesini engellemez.”

¹⁵⁶ Türkiye bu sözleşmeyi, 11.06.1985 tarihinde 3232 sayılı kanun ile kabul etmiştir. (Çevrimiçi), <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf>, erişim tarihi:01.05.2019.

¹⁵⁷ (Çevrimiçi), <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708>, erişim tarihi:29.05.2019.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE CİNSİYET VE CİNSEL YÖNELİME DAYALI AYRIMCILIK

I. Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı,¹⁵⁸ 1996 tarihli Avrupa Sosyal Şartı,¹⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁶⁰ ve 12 Numaralı Ek Protokol, ayrımcılık yasağı düzenlemeleri içeren başlıca Avrupa Konseyi belgeleridir.

Avrupa Konseyi Statüsü; Belçika, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, İngiltere, Danimarka, Norveç, İrlanda, İtalya ve İsveç'ten oluşan on ülke tarafından, 5 Mayıs 1949 tarihinde Londra'da imzalanmış, 3 Ağustos 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁶¹ Türkiye ise Avrupa Statüsü'ne 13 Nisan 1950 tarihinde üye olmuştur. Avrupa Konseyi Statüsü'nde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili açık bir düzenleme mevcut değildir.

AİHS, Avrupa devletlerince oluşturulmuş olan Avrupa Konseyi örgütlenmesi tarafından hazırlanmıştır. Avrupa Konseyi'nin amaçlarından biri, insan haklarının, temel hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi ve korunmasıdır.¹⁶² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ek protokolleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önemi; Avrupa Konseyi'nin insan haklarının geliştirilmesi ve korunması amacına ulaşabilmesi için gerekli olan denetleme mekanizması görevini üstlenmiş olmalarıdır. AİHS güvence altına aldığı hak ve özgürlükler bakımından İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne

¹⁵⁸ Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ve şartın taraflarının uymayı kabul ve taahhüt ettikleri Avrupa Sosyal Şartı diğer adı ile Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi, 1961 yılında Turin'de imzaya açılmış ve 1965 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye Avrupa Sosyal Şartı'nı 1989'da imzalamıştır. Bkz. (çevrimiçi), <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf>, erişim tarihi: 21.03.2019.

¹⁵⁹ Avrupa Sosyal Şartı, 1996 yılında Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı olarak yeniden düzenlenmiş ve Türkiye tarafından 27 Haziran 2007 tarihinde onaylanarak 1 Ağustos 2007 tarihinde Türkiye'de yürürlüğe girmiştir. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda, Avrupa Sosyal Şartı'nda güvence altına alınan haklara, sekiz yeni hak kategorisi eklenmiştir.

¹⁶⁰ Sözleşmenin Türkçe çevirisi için bkz: (çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, erişim tarihi: 21.03.2019.

¹⁶¹ Avrupa Konsey Statüsü' nün resmi Türkçe çevirisi için bkz., RG,17.12.1949, s.7382. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 9. bs., Ankara, Turhan Kitapevi, 2011, s. 8.

¹⁶² A.e., s. 8.

benzer özellikte ise de, uluslararası bir yargısal denetleme mekanizması kurmasından ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlamasından dolayı ayrı bir öneme sahiptir.¹⁶³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1950 yılında kabul edilen orijinal halinde denetim organı olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi düzenlenmiştir. 1 Kasım 1998 yılında yürürlüğe giren 11 Numaralı Protokol ile komisyon kaldırılarak, tek denetim organının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olduğu kabul edilmiştir. Bireysel ve devletlerarası başvurular doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenmektedir. AİHS ile sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin, sözleşmeye üye olan devletler tarafından ihlal edilmemesi ve insan haklarına aykırı müdahalelerin denetimi amaçlanmaktadır.¹⁶⁴ Uluslararası bir sözleşme niteliğindeki AİHS'in 1. maddesi ile, üye olan devletlere sözleşmeye uygun hareket etme yükümlülüğü getirilmektedir.¹⁶⁵

AİHS'de bireysel başvuru yolu ve devlet başvurusu yolu olmak üzere iki ayrı denetleme şekli mevcuttur. Bireylere, sözleşme ile güvence altına alınan haklarını ihlal eden devlete karşı AİHM'e başvurabilme hakkı verilmiştir.¹⁶⁶ Ayrıca, sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin korunmasından sözleşmeye üye her devlet sorumlu tutulmuştur, böylece sözleşme ile Avrupa kamu düzeni oluşturulmaktadır.¹⁶⁷

Bireysel başvuru yoluna müracaat edilebilmesinin ilk şartı, ulusal iç hukuk yollarının tüketilmesidir, bu açıdan sözleşme ile öngörülen denetim sistemi iç hukuktan sonra gelen tamamlayıcı, yani ikincil nitelikte bir denetim yoludur, sözleşme, insan haklarının korunması konusunda önceliği üye devletlerin ulusal iç hukukuna vermiştir.¹⁶⁸

¹⁶³ A.e., s. 11.

¹⁶⁴ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, Ankara Açık Cezaevi, 2004, s. 5.

¹⁶⁵ (Çevrimiçi), <https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>, erişim tarihi:1.05.2019.

¹⁶⁶ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s., 13., 14.

¹⁶⁷ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 14.

¹⁶⁸ Tezcan, Erdem, Sancaktar, **a.g.e.**, s. 26.

İkinci bir başvuru yolu ise; sözleşmenin tarafı olan tüm devletlerin, kendisini ve diğer taraf devletleri, sözleşmeye uygun hareket edip etmedikleri konusunda denetlemeye yetkili kılındığı devlet başvurusu yoludur.¹⁶⁹

AİHS diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak karşılıklılık ilkesine dayanmaz. Sözleşme ile amaçlanan ortak Avrupa kamu düzeni ve asgari insan hakları standartları yaratmaktadır.¹⁷⁰ Bu açıdan sözleşme, taraf olan devletlerin iç hukukunu da etkilemektedir ve devletlerin iç hukukunun sözleşmeye uygun hale getirilmesi yükümlülüğü öngörmektedir.¹⁷¹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen hak ve özgürlükler ile 10/12/1948 tarihli Birleşmiş Milletler İHEB'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin büyük ölçüde örtüştüğü görülmektedir. AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kapsamında tespit edilen bazı eksiklikler daha sonra kabul edilen protokoller ve ayrıca düzenlenen spesifik bazı sözleşmelerle giderilmeye çalışılmıştır.¹⁷²

AİHS'de düzenlen hak ve özgürlükler, mutlak nitelikte olanlar ve sınırlandırılabilir nitelikte olanlar olarak ikiye ayrılabilir, sözleşmede genel bir sınırlama hükmü yoktur; sınırlandırılabilen kabul edilen haklar için birtakım ölçütler belirlenerek, belirli koşullarla sınırlamaların mümkün olabileceği gösterilmiştir.¹⁷³

Sınırlandırma ölçütleri şunlardır; kamu düzeni, kamu güvenliği, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü, sağlığın korunması, ahlakın korunması, ya da ahlakın gereği, özel yaşamın korunması, çocukların/gençlerin menfaatleri/yararı, adaletin yararı, yargının teki ve yansızlığının korunması, ülkenin ekonomik refahının korunması, başkalarının haklarının korunması, başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması, başkalarının şöhretinin korunması, suçun önlenmesi, düzensizliğin önlenmesi, gizli bilginin açığa çıkmasının önlenmesi.¹⁷⁴

¹⁶⁹ A.e., s. 26.

¹⁷⁰ Emin Memiş, "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", **Anayasa Yargısı Dergisi**, c. 17, 2000, s. 143.

¹⁷¹ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 16.

¹⁷² Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku'nun Genel Teorisi'ne Giriş**, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, , 2010, s. 927.

¹⁷³ A.e., s. 928.

¹⁷⁴ A.e.

II. Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet ve Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık

Cinsiyet ayrımcılığı, bazen doğrudan ayrımcılık bazen de dolaylı ayrımcılık olarak karşımıza çıkmaktadır. Doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık kavramları AB Hukuku'nda ilk kez, 76/207/EEC sayılı Eşit Muamele Yönergesi'nin 2. maddesinde kullanılmış, tanımları ise 2002/73/EC sayılı Değişiklik Yönergesi ve 2006/54/EC Yeniden Düzenleme Yönergesi ile yapılmıştır.¹⁷⁵

2006/54/EC Yeniden Düzenleme Yönergesi'nin 2/1 (a) maddesinde cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık; "...bir kişiye, başka bir kişiye göre cinsiyeti sebebiyle benzer durumlarda gösterilenden veya gösterilecek olandan daha az avantajlı şekilde davranılması hali", dolaylı ayrımcılık ise; "...görünüşte tarafsız olan hükümler, kıstaslar ya da uygulamaların meşru bir amaçla objektif olarak haklılığı gösterilmediği ve o amaca ulaşmanın araçları uygun ve zorunlu olmadığı sürece, bu hükümler, kıstaslar ya da uygulamaların belli cinsiyetten kişileri, öteki cinsiyetten olan kişilere nazaran özellikle dezavantajlı duruma düşürmesi halleri"¹⁷⁶ olarak tanımlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İHEB'e ve Konsey Statüsü'ne benzer bir şekilde, ne eşitlikten ve ne de ayrımcılık yasağından söz etmemiş fakat cinsiyet ayrımcılığını açıkça yasaklamıştır.

Cinsiyete dayalı ayrımcılık dendiğinde, ilk aklımıza gelen, kadınlara karşı ayrımcılıktır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'nin (CEDAW) 1. maddesinde kadına karşı ayrımcılık tanımı şu şekilde yapılır: "Bu sözleşmeye göre, 'kadınlara karşı ayırım' deyimi, kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına gelecektir." Sözleşmenin

¹⁷⁵ Bakırcı, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁷⁶ (Çevrimiçi), <http://www.casgem.gov.tr/dosyalar/kitap/5/dosya-5-3034.pdf>, erişim tarihi; 01.05.2019.

en önemli özelliklerinden biri, diğer insan hakları belgelerinden farklı olarak kadın-erkek eşitliği bağlamında “kanun önünde eşitlik” ilkesi dışında ayrıca “fiili eşitlik” kavramına yer vermesidir.¹⁷⁷

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi “kadına karşı şiddet” sorununu kapsamlı bir şekilde ele almıştır. Sözleşme kadına karşı şiddeti bir ayrımcılık türü olarak kabul etmesi ve toplumsal cinsiyetin tanımını yapan ilk sözleşme olması açısından önem arz eder.¹⁷⁸

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise ayrımcılıkla ilgili olarak iki farklı düzenlemeye yer vermiştir. Bu düzenlemeler, sözleşmenin 14. maddesi ve 12 Numaralı Ek Protokol’dür. 12 Numaralı Ek Protokol’ün henüz yaygın bir şekilde imzalanmamış olması sebebi ile, ayrımcılık yasağı esas olarak 14. madde kapsamında ele alınmaktadır.

III. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. Maddesi

Ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda gündeme gelen konulardan biri bu yasağın hangi grupları koruma altına aldığıdır. AİHS, sözleşmeye üye devletlerin vatandaşı olsun ya da olmasın, yetkisi altında olan bütün kişilere ve sınırları içinde olmasa dahi, devletin fiilen himayesinde bulunan alanlardaki kişilere koruma güvencesi tanır.¹⁷⁹

Sözleşmenin 14. maddesi “Ayrımcılık Yasağı” başlığını taşır. Söz konusu ayrımcılık yasağı düzenlemesinin İHEB’in 2/1 maddesine benzer şekilde düzenlendiğini söylemek mümkündür.¹⁸⁰

Madde metni şöyledir; “Bu sözleşmede 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

¹⁷⁷ Bihterin Dinçkol, “Kadın -Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:4, Sayı:8, 2005, s.108.

¹⁷⁸ (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/1680462545>, erişim tarihi:01.05.2019.

¹⁷⁹ **Avrupa Ayrımcılık Yasağı El Kitabı**, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajandası, Avrupa Konseyi, 2010, s. 58.

¹⁸⁰ Gülmez, **a.g.e.**, s. 243.

herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”¹⁸¹

Madde ne ayrımcılığın ne de doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın tanımına yer vermemiştir.

Ayrımcılık temelleri olarak nitelendirilen nedenler maddede sayılırken, “herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık” ibaresi kullanılarak, bu nedenlerin sınırlı sayıda olmadığı, sadece örnek niteliğinde olduğu ifade edilmeye çalışılmıştır.

Sözleşmenin, 14. maddesinde ve 12 Numaralı Ek Protokol’de “sınırlı olmaksızın” sıralanan ayrımcılık nedenleri şunlardır; 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. Bu sebeple de, 14. maddede sayılmayan nedenlerle de ayrımcılık söz konusu olabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, madde metninde sayılan ayrımcılık nedenlerinin, sayılmayanlardan üstün olduğu söylenemese de, tarihsel süreç içinde yaşanan değişimlerin ve toplumsal hassasiyetlerin mahkeme kararlarına yansımalarını görmek mümkündür.

Madde metninde İHEB’den farklı olarak, ayrımcılık temellerinin sıralaması değiştirilerek ilk sıraya “cinsiyet” alınmıştır, “herhangi başka bir durum” ibaresi kullanılarak da, ayrımcılık yasağını hedefleyen farklı belge ve sözleşmeler ile yönergelerde sayılan ve yasak ayrımcılık nedenleri arasında yer alan başlıca konular, yurttaşlık, genetik özellikler, engelli olma, yaş ve cinsel yönelim kast edilmiştir.¹⁸²

Sözleşmenin 14. maddesi ve diğer maddeleri -7 Numaralı Protokol dışında¹⁸³- eşitlik ilkesinden söz etmemiştir. Ek 12 Numaralı Protokol’ün kurallarını

¹⁸¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, (çevrimiçi),

http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, erişim tarihi: 20.03.2019.

¹⁸² Gülmez, **a.g.e.**, s. 246.

¹⁸³ AIHS 7 Numaralı Ek Protokol, 22 Kasım 1984 tarihinde yürürlüğe girmiş, 9 Haziran 1994 tarihinde Türkiye tarafından onaylanmıştır. Protokolün 5. Maddesi, “Eşler Arasında Eşitlik” başlığını taşımaktadır ve madde hükmü şu şekildedir;

“Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez.”, (çevrimiçi), <https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf>, erişim tarihi: 18.03.2019.

yorumlayan açıklayıcı rapor, ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi arasındaki bağı işaret ederek, 14. maddede yer verilmeyen bu eksikliğe değinmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında yer alan yaklaşımı dikkate alarak şu değerlendirmeyi yapmıştır; “Eşitlik ilkesi, sözleşmenin 14. maddesinin metninde açıkça yer almamış olsa da, ayrımcılık gözetilmemesi ve eşitlik ilkeleri sıkı sıkıya birbirine bağlıdır. Örneğin eşitlik ilkesi, eşit durumlarda eşit biçimde işlem yapılmasını ve eşitsiz durumlarda da farklı işlem yapılmasını gerektirir. Bu konuda her türlü zedeleme bir ayrımcılık sayılacaktır, meğer ki nesnel ve makul bir kanıtlama olmasın.”¹⁸⁴

AIHS 14. madde metninde eşitlik ilkesine açıkça yer vermemiş olsa dahi, madde eşitliği gerçekleştirmeyi ve bunun için de ayrımcılığı yasaklamayı amaçlamaktadır.¹⁸⁵ 14. madde, teorik bir eşitlik ilkesini değil, sözleşmenin bütünü kapsayan genel bir ilkeyi düzenlemektedir.¹⁸⁶

Mahkeme ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği hususunda üç aşamadan oluşan bir inceleme yapmaktadır. Bunlardan ilki; sözleşme kapsamında yer alan bir hak veya özgürlüğün varlığını tespit etmek, ikincisi benzer durumda bulunan bireyler arasında söz konusu hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından fark gözetilip-gözetilmediğini incelemek yani karşılaştırılabilirlik ölçütü üçüncü ve son olarak da bireyler arasında fark gözetilmişse, objektif ve makul bir sebebe dayanıp dayanmadığını inceleyerek sonuca varmaktır.¹⁸⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmenin 14. maddesini yorumlarken, kamu menfaatleri ve sözleşme ile güvence altına alınan bireysel hak ve özgürlükler arasında adil bir denge kuran farklı muameleleri yasaklamadığına karar vermiştir.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Gülmez, **a.g.e.**, s. 245.

¹⁸⁵ Nisan Kuyucu, **AIHM İctihadında Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Kadına Yönelik Şiddet**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 30.

¹⁸⁶ Dinç, **a.g.e.**, s. 596.

¹⁸⁷ Ergin Ergül, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması**, Ankara, Yargı Yayın Evi, 2003, s. 238.

¹⁸⁸ Duvar, **a.g.m.**, s. 29.

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Bir Hak veya Özgürlükle Bağlantısı

14. madde, İHEB'e benzer şekilde, sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlükler ile sınırlı bir ayrımcılık yasağı öngörmüştür.¹⁸⁹ Madde ile getirilen ayrımcılık yasağı, AİHS'de düzenlenen hak ve özgürlüklerle sınırlıdır ve ayrımcılık eyleminin kendisi başlı başına bir hak ihlali olarak düzenlenmemiştir.¹⁹⁰

Ayrımcılık yasağının kapsamının, sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulmuş olması sebebiyle, AİHS'in 14. maddesi, İHEB ya da MSHS gibi uluslararası belge ve sözleşmelere kıyasla daha dar, sınırlı bir koruma alanına sahiptir.¹⁹¹

Hak ve özgürlükler açısından 14. maddenin uygulama alanının sınırlı olması hususuna, yine ayrımcılık yasağı düzenlemesi içeren Ek 12 Numaralı Protokol'e ilişkin açıklayıcı raporda da değinilmiş, 14. maddenin, başka uluslararası belge ve sözleşmelerden farklı olarak, "ayrımcılığa ilişkin bağımsız bir yasak getirmediği" tekrar edilmiştir.¹⁹²

Yani sözleşme, genel bir ayırım yapmama yükümlülüğü getirmemektedir.¹⁹³ Sözleşme ya da protokollerde düzenlenen hak ve özgürlüklerin birinden yararlanma ile bağlantısı olmayan bir ayrımcılık iddiası sözleşme tarafından güvence altına alınmamıştır, 14. maddenin bu niteliğinin; AİHM'in, 14. maddenin özerk bir niteliğinin bulunup bulunmadığı yönündeki birbiri ile örtüşmeyen, tutarsız kararları dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.¹⁹⁴

14. madde metninin, ayrımcılık yasağının sözleşmenin yalnızca sözleşmenin tanıdığı hak ve özgürlükler kapsamında ileri sürülebileceğini öngörmüş olması ve bunun sonucu olarak, 14. maddenin ek bir hak yaratmadığı görüşü ileri sürülüyor

¹⁸⁹ Sabahattin Nal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda Azınlık Hakları*, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2010, s. 55; Gülmez, *a.g.e.*, s. 246.

¹⁹⁰ Korkut, *a.g.e.*, s. 20.

¹⁹¹ Kuyucu, *a.g.e.*, s. 32.

¹⁹² Gülmez, *a.g.e.*, s. 248.

¹⁹³ Ergül, *a.g.e.*, s. 238.

¹⁹⁴ Gülmez, *a.g.e.*, s. 249.

olsa da, AİHM kararlarının bu konuda belirsizlikler içerdiği ve tutarlı olmadığı görülmektedir.¹⁹⁵

14. madde, hak ve özgürlüklerden yararlanma bağlamında bir ayırım yasağını içerdiği gibi aynı zamanda hak ya da özgürlüğün kısıtlanması bağlamında da ayırım yasağını içermektedir.¹⁹⁶ AİHM sözleşme ile güvence altına alınan haklardan birinin ihlal edildiğine karar verdiği durumlarda “davanın önemli bir yönünü” oluşturmuyor ise, olayı ayrıca 14. madde açısından incelemeye gerek duymamaktadır.¹⁹⁷

Mahkemenin 14. madde içtihatlarından çıkan sonuç, mahkeme tarafından sözleşmede düzenlenen maddi hak ve özgürlüklerden birinin ihlaline karar verildiği takdirde, mahkemenin 14. maddeyi inceleme konusunda isteksiz olduğudur.¹⁹⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarında hak ihlallerinin tespiti konusunda üç farklı yol izlediği söylenebilir; bunlar; sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlükler açısından bir ihlalinin tespit edilmediği ancak 14. madde ile birlikte incelendiğinde hak ihlali tespit edilen davalar, sözleşmede güvence altına alınan bir hak veya özgürlüğün ihlaline karar verildiği ve 14. maddenin incelenmesine gerek duyulmayan davalar ve son olarak da, sözleşmede güvence altına alınan bir hak veya özgürlüğün ve bununla birlikte 14. maddenin de ihlal edildiğine karar verilen davalar.

Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık Davasında¹⁹⁹, başvuru, Birleşik Krallık yasalarına göre, ülke vatandaşı olan erkeklerin, vatandaş olmayan bir kadınla evlilik yaptığına göre, ülkeye giriş izni alabiliyorken, benzer şekilde ülke vatandaşı olan bir kadının, vatandaş olmayan bir erkek ile evlendiğinde aynı şekilde giriş izni verilmemesinin, cinsiyet ve ırk temelinde ayrımcılığa neden olduğu iddiası ile AİHM’e başvuruda bulunmuşlar, mahkeme tek başına özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. madde kapsamında bir ihlal olmadığını değerlendirmiş ancak 8. maddeyi 14. madde ile birlikte alarak cinsiyet temelinde ayrımcılık yapıldığına kanaat getirmiştir. Bu karar; devletlerin cinsiyet temelinde farklı

¹⁹⁵ A.e., s. 250.

¹⁹⁶ Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s. 402.

¹⁹⁷ A.e.

¹⁹⁸ D.J. Harris vd., **Avrupa İnsan Hakları Hukuku**, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, 2013, s. 598.

¹⁹⁹ 28.05.1985 tarihli, 9214/80; 9473/81; 9474/81 başvuru numaralı Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık Davası.

muamelede bulunabilmesi için çok ciddi kanıtların sunulması gerektiğinin kabul edilmesi sebebi ile ayrıca önem arz eder.

AIHM, Smith ve Grady/Birleşik Krallık Davasında²⁰⁰ ise, 14. maddeyle bağlantılı ayrımcılık iddiası her ne kadar sözleşmede düzenlenen haklardan birinin ihlali iddiası ile birlikte öne sürülebiliyorsa da, mahkeme sözleşmede güvence altına alınan hakkın ihlal edilmediği kanaatinde olsa dahi, ayrımcılık iddiasının da buna bağlı olarak reddedileceği anlamına gelmediği yönünde görüş belirtmiştir, mahkemenin bu yönde birçok kararının mevcut olduğu görülmektedir.²⁰¹

Mahkemenin 14. maddenin uygulama ilkeleri ile ilgili olarak net tespitlerde bulunduğu en önemli kararlardan biri Rasmussen/Danimarka davası²⁰² kararıdır. Başvurucu söz konusu davada, evlilik içinde doğmuş bir çocuk için, erkek tarafından açılan babalığın reddi davası zamanaşımına tabi olmasına rağmen, kadın tarafından açılan babalık davasının zamanaşımına tabi olmamasının sözleşmenin 14. maddesi ile 6. ve 8. maddelerini ihlal ettiği iddiasında bulunmuş, mahkeme ise; ihlal iddialarının 6. ve 8. madde kapsamı içinde yer aldığını kabul etmiş, kadın ve erkek arasında farklı muamele mevcut olduğunu tespit etmiş ve üye devletin takdir alanına atıf yaparak, farklı muamele için haklı ve makul gerekçeler olduğunu, babalık davaları konusunda üye devletler arasında ortak bir mutabakat da olmaması sebebi ile 14. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁰³

AIHM, Salgueiro da Silva Mouta/Portekiz davası kararına kadar, cinsel yönelim bağlamında, 14. maddenin sözleşmede düzenlenen başka bir hak veya özgürlükle birlikte ihlal edildiğine karar vermemiştir, bu kararında ise, eşcinsel başvurusunun cinsel yönelimi sebebi ile çocuğunun velayetinin kendisine değil, annesine verilmesini sözleşmeye aykırı bularak ihlal kararı vermiştir.²⁰⁴

AIHM'in zamanla 14. maddeyi daha geniş yorumlamaya başladığı ve güncel kararları ile maddenin uygulama alanını genişlettiği söylenebilir. Maddede yer alan ayrımcılık yasağı; sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri kapsamına aldığı gibi

²⁰⁰ 27.12.1999 tarihli, 33985/96 ve 33986/96 numaralı Smith ve Grady/Birleşik Krallık davası.

²⁰¹ Gülmez, **a.g.e.**, s. 249.

²⁰² 28.11.1984 tarihli, 8777/79 numaralı Rasmussen/Danimarka davası kararı.

²⁰³ Harris vd., **a.g.e.**, s. 599.

²⁰⁴ **A.e.**, s. 616.

sözleşmecı devletlerin kendi kararları ile güvence altına aldıkları hakları da kapsamaktadır.²⁰⁵

AİHM ayrımcılık kavramını içtihatları ile tanımlarken, sözleşme kapsamında güvence altına alınan bir hak ya da özgürlüğün varlığını tespit ettikten sonra, iki ölçütten yararlanmıştır; bunlar sözleşmenin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin kullanılmasında işlem farkı yani karşılaştırılabilirlik ölçütü, ikincisi ise nesnel ve makul bir haklı göstermenin kanıtlanmasıdır.

B. Karşılaştırılabilirlik Ölçütü

Mahkeme tarafından, ayrımcılık iddiaları değerlendirilirken kullanılan ölçütlerden biri de, karşılaştırılabilirlik ölçütüdür.²⁰⁶

AİHM, önüne gelen davalarda, hak ihlali iddiasında olan başvurucunun durumu ile kendisinden daha lehe muamele gördüğünü iddia ettiği grubunun durumunun, karşılaştırılabilir yani benzer olup olmadığını inceler. AİHM kararlarında “karşılaştırılabilirlik ölçütü” açısından da tutarsızlıkların mevcut olduğu, zaman zaman bu ölçüt değerlendirilmeksizin haklı neden ölçütü incelemesine geçildiği görülmektedir.²⁰⁷

Mahkemenin önüne gelen başvurularda belirli ayrımcılık temelleri açısından karşılaştırılabilirlik ölçütü ile ilgili olarak farklı yaklaşımlar sergileyebildiği, örneğin cinsiyet temelli ayrımcılıkla ilgili başvurularda bu ölçüt üzerinde fazla durulmaksızın meşru neden ölçütünün incelenmesine geçtiği görülmektedir.²⁰⁸

AİHM, 2000 tarihli Thlimmenos/Yunanistan²⁰⁹ kararında ayrımcılığı tanımlarken karşılaştırılabilirlik ölçütünü iki farklı açıdan ele almıştır. Mahkemeye göre, sözleşmenin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı, sözleşmede güvence altına alınan haklardan yararlanırken, devletlerin benzer durumda olan kişileri objektif ve makul bir haklılık olmaksızın farklı bir muameleye tabi tutması halinde

²⁰⁵ A.e., s. 600.

²⁰⁶ Sibel İnceoğlu (Edit.), Ulaş KARAN, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, 2 bs., İstanbul, Beta, 2013, s. 487.

²⁰⁷ Harris vd., a.g.e., s. 603.

²⁰⁸ İnceoğlu, KARAN, a.g.e., s.487,488.

²⁰⁹ 06.04.2000 tarihli, 34369/97 başvuru numaralı Thlimmenos/Yunanistan kararı.

ihlal edildiği gibi, aynı şekilde durumları önemli ölçüde farklı olan kişileri makul ve objektif bir haklılık olmaksızın farklı bir muameleye tabi tutmaması halinde de ihlal edilmiş olur.²¹⁰

Sözleşme organlarına göre, her farklı muamele, 14. maddenin ihlal edildiği şeklinde yorumlanamaz. AİHS 14. madde, “eşit durumda olanlara eşit muamele” edilmesi yükümlülüğü öngörmektedir. Karşılaştırmaya konu iki durum arasında bir benzerlik varsa, bu takdirde “söz konusu muamelenin amacı ve sonucu arasındaki ilişki” ve “kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasındaki oranlılık” belirleyici olmaktadır.²¹¹

AİHM’in önüne gelen başvurularda, karşılaştırma yapılabilmesi için benzer bir karşılaştırma öznesinin mevcut olması gerekmektedir, ancak her durumda karşılaştırma yapılabilecek bir özne bulunmayabilir. Bu da karşılaştırma ölçütüne getirilen eleştirilerden biridir.

C. Nesnel ve Haklı Neden Ölçütü

14. madde, sözleşme ve ek protokollerinde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden faydalanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklamaz. AİHM içtihatları ile sözleşmeye taraf devletler için ayrımcı muamelenin “nesnel ve haklı” gerekçelerini ispatlama yükümlülüğü getirilmiştir. Mahkeme birçok kararında, farklı muamelenin nesnel ve haklı gerekçelerden yoksun olduğu ve kullanılan araçlar ile amaç arasında makul bir oran olmadığını tespit ederek, sözleşmenin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağına aykırı hareket edildiği kanaatine ulaşmıştır.²¹²

AİHM, ayrımcılık iddialarını incelerken yararlandığı kriterleri ilk defa Belçika Dil Davası kararında net olarak ortaya koymuştur.²¹³ Mahkeme, kararlarında demokratik hukuk devleti ilkesine atıf yaparak, sözleşmenin ayrımcılık yasağı hükmünü düzenleyen 14. maddesinde, sözleşme ile güvence altına alınan hak ve

²¹⁰ 06.04.2000 tarihli, 34369/97 başvuru numaralı Thlimmenos/Yunanistan kararı, (çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-112598>, erişim tarihi: 29.03.2019.

²¹¹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, **a.g.e.**, s. 316.

²¹² Gülmez, **a.g.e.**, s. 259.

²¹³ 23.07.1968 tarihli, 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 başvuru numaralı Belçika Dil Davası, (çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57524>, erişim tarihi: 29.03.2019.

özgürlükler ile toplum menfaatleri arasında adil bir denge kuran farklılıkları yasaklamadığını belirtmiştir.²¹⁴ AİHM Belçika Dil Davası'nda, ayrımcılık iddialarını değerlendirirken yararlandığı ölçütleri açıklamıştır. Buna göre, AİHM değerlendirmelerinde iki temel kriter vardır; bunlardan ilki, devlet tarafından farklı muamelenin meşru bir amacı için olduğunun kanıtlanması ve ikincisi ise başvuru tarafından, farklı muamele ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantısızlık bulunduğunun ortaya konulmasıdır.²¹⁵

Mahkeme, farklı muamelenin makul ve nesnel gerekçeleri olup olmadığını incelerken, aynı zamanda devlet tarafından alınan tedbirlerin amacı ve sonuçları ile demokratik toplumlarda geçerli olan ilkeler dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiğini kabul etmiş, bu doğrultuda farklı muamelenin hem meşru bir amacı olması gerektiğini hem de kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantılılık ilişkisi bulunması gerektiğini kabul etmiştir.²¹⁶

D. Şüpheli Kategoriler

AİHM belirli ayrımcılık temellerine ilişkin olarak yapılan farklı muameleleri diğerlerinden daha önemli görmektedir. Bu nedenle de içtihatlarında bu grupta yer alan ayrımcılık temellerine ilişkin olarak, devletler tarafından farklı muamelede bulunulabilmesi için daha ciddi ve önemli gerekçeler ileri sürülmesi gerektiği anlayışını benimsemiş ve Amerika Birleşik Devletleri hukukuna benzer bir değerlendirme ile bu kategoriler şüpheli kategoriler olarak adlandırılmıştır.²¹⁷

Şüpheli kategoriler kapsamındaki ihlal iddialarının değerlendirilmesi, 14. madde incelemelerinde dikkate alınan orantılılık kavramı ile doğrudan bağlantılıdır.²¹⁸

14. madde metninde açıkça sayılan “cinsiyet” ve madde metninde açıkça sayılmasa dahi, AİHM’in güncel içtihatları ile bu kategorilerden biri kabul edilen “cinsel yönelim” bu başlık altında yer alması sebebiyle ayrıca önem arz etmektedir.

²¹⁴ Duvan, **a.g.m.**, s. 29.

²¹⁵ Harris vd., **a.g.e.**, s. 606.

²¹⁶ Duvan, **a.g.m.**, s. 29.

²¹⁷ Harris v.d, **a.g.e.** s. 610.

²¹⁸ **A.e.**

Bu kategorilerin içerik olarak “bireyselliğe saygı hakkı” kapsamı içinde yer aldığı söylenebilir.²¹⁹ Bu kategorilerden biri ile ilgili olarak AİHM önüne gelen davalarda, dava konusu üzerinde bir Avrupa mutabakatı yoksa ya da ekonomik tedbirler sebebiyle, devletlere takdir alanı sağlandığı görülmektedir.²²⁰

AİHM cinsiyet temelinde ayrımcılığın şüpheli kategori içinde yer aldığını ve cinsiyete dayalı farklı muamelenin sözleşmeye aykırılık oluşturmaması için devletler tarafından çok ciddi sebepler ileri sürülmesi gerektiğini Abdulaziz/Birleşik Krallık²²¹ davası kararında açıklamıştır. Cinsel yöneliminde bu kategoride yer alan nedenlerden biri olduğunu L ve V/Avusturya davası kararında açıkça belirtmiştir.²²²

IV. 14. Madde ile Bağlantılı Haklar

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık düzenlemesinin bağımsız bir niteliğinin olmaması sebebi ile, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 14. madde ile ilgili olarak ileri sürülen bir hak ihlalini ele aldığı anda, bunu her zaman sözleşmede düzenlenen bir başka maddi bir hak ile bağlantılı olarak yapar.

14. maddede tanımlanan ayrımcılık yasağı, AİHS’de güvence altına alınan maddi haklardan biri ile bağlantılı olmak zorunda olduğundan, AİHS’in kapsadığı hakları iyi anlamak gerekir. AİHM, sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden biri ile bağlantılı olarak 14. madde kapsamında ileri sürülen iddiaları, maddi hakkın kendisinin ihlal edilmemiş olduğu kanaatindeyse bile inceleyebileceğini açıklamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin cinsiyet, cinsel kimlik ve cinsel yönelime ilişkin vermiş olduğu kararların, genel olarak sözleşmesinin 8. (Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı) ve 12. (Evlenme Hakkı) maddelerine ilişkin olduğu söylenebilir. Her iki maddenin de ilk fıkralarında, güvence altına alınan hak ve özgürlükler belirtilmekte; ikinci fıkralarında ise söz

²¹⁹ A.e., s. 611.

²²⁰ A.e.

²²¹ 28.05.1985 tarihli, 9214/80; 9473/81; 9474/81 başvuru numaralı Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık Davası.

²²² A.e. s. 612, 616., 9.04.2003 tarihli, 39392/98 ve 39829/98 numaralı L ve V/Avusturya davası

konusu hakka hangi durumlarda müdahalede bulunulabileceği yani hangi durumlarda hakkın sınırlandırılabilceği düzenlenmektedir.²²³

A. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı

AIHM tarafından incelenen, cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık davalarında, 14. madde genelde “özel hayatın ve aile hayatının korunması” başlıklı 8. madde ile birlikte karşımıza çıkar.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması” başlıklı 8. maddesinde aşağıdaki gibidir;

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

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 işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

Maddenin 1. fıkrasında, özel hayat ve aile hayatı ile bireyin konutuna ve haberleşmesine saygı hakkı düzenlenmiş, 2. fıkrasında ise güvence altına alınan bu hakların hangi durumlarda sınırlandırılabilceği belirtilmiştir, 1. fıkarda, öngörülen haklara uyulması emredilmekte ve 2. fıkarda ise hangi istisnai hallerde devletlerin bu haklara müdahalesinin söz konusu olabileceği sıralanmaktadır.²²⁴

Madde metninde herhangi bir ayrımcılık yapılmaksızın herkesin bu haktan yararlanabilceği hükmü düzenlenmiştir. Özel hayat ve aile hayatı kavramlarının tanımı madde metninde yapılmamıştır. Hükümdeki, “özel hayat” ve “aile hayatı” gibi kavramların, net sınırlara sahip olmadığının kabulü gerekir.²²⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin özel hayatın ve aile hayatının korunması ile bağlantılı olarak cinsel azınlıklara ilişkin olarak vermiş olduğu kararlar, cinsel faaliyetler, cinsel kimlik ve isim hakkı üzerinde yoğunlaşmıştır.

²²³ Gözübüyük, Gölçüklü, **a.g.e.**, s. 330.

²²⁴ **A.e.**

²²⁵ **A.e.**

Mahkeme son yıllarda, 8. maddeyle bağlantılı vermiş olduğu kararları ile maddeyi geniş yorumlayarak, koruma alanını genişletmiştir.²²⁶

AIHM söz konusu hakların ihlali iddiası ile önüne gelen uyuşmazlıklarda, içerik açısından şikâyeteye konu olay ve işlemin madde kapsamına girip girmediğini tespit etmekte, daha sonra ihlale neden olduğu iddia edilen işlem ya da önlemin bir müdahale oluşturup oluşturmadığını incelemekte ve bir müdahale var ise ikinci fıkrada sayılan istisnalar kapsamında yer alıp almadığını değerlendirmektedir.²²⁷

Sözleşme, devletlere yalnızca söz konusu haklara müdahalede bulunmama gibi negatif bir sorumluluk vermekle yetinmemiş, aynı zamanda sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlüklere saygıyı sağlama, yani bu hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasına imkân verecek tüm tedbirleri alma gibi pozitif bir görev de vermiştir.²²⁸

1. Aile Hayatı

AIHS'in hazırlandığı ilk günden bu yana aile hayatı kavramının yorumlanmasında hızlı bir değişim yaşanmış, mahkeme tarafından aile hayatı kavramı yorumlanırken sosyal ve hukuki değişiklikler dikkate alınarak esnek bir yaklaşım benimsenmiştir.²²⁹

Sözleşmenin 8. maddesi ile korunan “aile” kavramı, denetim organlarının içtihatlarıyla, hukuken evli kadın-erkek birlikteliği olan aile yanında, hukuken evli olmasa da, beraber yaşayan kadın ve erkeğin oluşturduğu fiili birliktelikleri de kapsamaktadır.

Mahkeme 1997 yılında, X, Y, Z/Birleşik Krallık davasında²³⁰ aile kavramının sadece evlilikle kurulmasının şart olmadığını, bir arada yaşama, ilişkinin uzun süredir devam ediyor olması ve çiftlerin çocuk sahibi olarak ya da farklı bir yolla

²²⁶ Bkz.11.07.2002 tarihli, 28957/95 başvuru numaralı Goodwin/Birleşik Krallık Davası.

²²⁷ Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 331.

²²⁸ **A.e.**, s. 332.

²²⁹ Ursula Kilkelly, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Avrupa Konseyi, 2001, s.26. (Çevrimiçi), http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayat.pdf, erişim tarihi:20.03.2019.

²³⁰ Bkz: 22.04.1997 tarihli, 21830/93 başvuru numaralı, X, Y, Z/Birleşik Krallık kararı, paragraf 36.

bağılıklarını göstermeleri gibi şartları sağlaması koşulu ile defacto beraberliklerin de aile hayatına kapsamına girdiğine hükmetmiştir.

AIHM, geçmiş kararlarında 8. madde ile güvence altına hakları eşcinsel çiftler açısından değerlendirirken, bu tür ilişkilerin aile hayatı kavramı içinde değerlendirilmese dahi, özel hayat kavramı içinde değerlendirilerek hükmün korumasından yararlanabileceğini belirtmiştir.²³¹

AIHM'in eşcinsel birlikteliklerin aile hayatı kapsamında değerlendirilemeyeceği yönündeki kararları, son yıllarda yaşanan toplumsal değişimler ve eşcinsel çiftler arasındaki “hukuki birliktelik” statüsünün Avrupa ülkelerinde hızla tanınmaya başlaması ile değerini kaybetmiştir.²³²

2. Cinsel Kimlik, Kendi Kaderini Belirleme ve Özerklik Hakkı

AIHS'in 8. maddesinin özel hayat kavramı içinde koruduğu ve ayrımcılık yasağı ile birlikte mahkeme önüne gelen alanlardan biri de kişinin cinsel hayatıdır. Cinsel hayat; cinsel yönelim, cinsiyet değişikliklerinin ve sonuçlarının tanınmaması şeklinde çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.²³³

AIHS 14. maddesinde ve 12 Numaralı Ek Protokol'de açıkça sayılmamış olsa da “cinsel yönelim” de, AIHM içtihatlarında bir ayrımcılık temeli olarak kabul edilmiştir.

Cinsel hayatın bir parçası olarak cinsel aktivitelere ilişkin olarak denetim organları önüne gelen davaların ilk dönem kararlarında, eşcinseller arasındaki cinsel aktivitelerin yasak olması sebebi ile davalar kabul edilemez bulunmuştur. Daha sonraki kararlarda ise sözleşmenin 8. maddesi kapsamında özel hayata müdahale olduğu kabul edilmiş ancak bu müdahalenin meşru olduğuna kanaat getirilmiştir. Son dönem kararlarında ise bu tür yasakların sözleşmeye aykırı olduğu açıkça kabul edilmiştir.²³⁴

²³¹ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 17.

²³² Gözübüyük, Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 336., 339.

²³³ Gülay Aslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınları, 2011, s. 209.

²³⁴ Öncü, **a.g.e.**, s. 209, 210.

Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenen en önemli üç dava; Dudgeon²³⁵, Norris²³⁶ ve Modinos²³⁷ davalarıdır. Her üç davada da; eşcinsel kişiler arasındaki ilişkileri cezalandıran kanunlar ile sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. AİHM Dudgeon/Birleşik Krallık davasında, söz konusu kanunlara dayanarak bir davanın açılabilmesi ihtimalinin hayali ya da teorik olmadığını, bu nedenle de bu kanunun varlığının dahi başvuruçunun özel hayatını sürekli ve doğrudan etkilediği yönünde karar vermiştir.²³⁸ AİHM bu kararında, özel cinsel davranışların kişisel alanın temel unsurlarından biri olduğunu, sadece başkalarını rahatsız etmesi sebebi ile bu alana müdahale edilemeyeceğini, bu alana yapılacak müdahalelerin muhakkak ciddi sebeplerinin olması gerektiğini vurgulamıştır.²³⁹

Norris/İrlanda davasında da aynı şekilde AİHM, eşcinsel davranışları suç sayan İrlanda kanununun sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiş, devletlerin ahlakın korunması hususunda geniş takdir hakkına sahip olduğu iddiasını reddetmiştir.²⁴⁰ Mahkeme bu kararında başvuruçunun 14. maddenin ihlal edildiği yönündeki iddiaları ile ilgili bir değerlendirme yapma gereği duymamış ve bu değerlendirmenin yapılmasında faydalı bir amaç bulunmadığını belirtmiştir.²⁴¹

Bu başlık altında ele alınması gereken diğer bir durum da cinsiyet değişiklikleri ve transseksüellerin statüsünün hukuken tanınması durumudur. AİHM önünde gelen davalarda, cinsiyet değişiklikleri sonrasında gündeme gelen ayrımcılık iddiaları genel olarak, değişikliğe uygun olarak verilecek doğum belgeleri, pasaport, sürücü belgesi gibi belgelerin yenilenmesi, nüfus kayıtlarının değişmesi ve ismin değiştirilmesi konularında yoğunlaşmaktadır.²⁴²

AİHM'in transseksüellerin yeni cinsel kimliklerinin tanınması konusunda da, tıp dünyasında yaşanan gelişmeler ile toplumsal değişimleri göz önünde aldığını ve zaman içerisinde, kararlarındaki gerekçeleri ve değerlendirmelerini değiştirdiğini

²³⁵ 24.02.1983 tarihi ve 7525/76 başvuru numaralı Dudgeon/Birleşik Krallık davası.

²³⁶ 26.10.1988 tarihli 10581/83 başvuru numaralı Norris/İrlanda davası.

²³⁷ 22.04.1993 tarihli, 15070/89 başvuru numaralı Modinos/Kıbrıs davası.

²³⁸ Kilkelly, **a.g.e.**, s. 41.

²³⁹ **A.e.**, s. 75.

²⁴⁰ **A.e.**

²⁴¹ Harris vd., **a.g.e.**, s. 598.

²⁴² Öncü, **a.g.e.** s. 214.

görmek mümkündür. İlk dönem kararlarında²⁴³; başvuruçuların doğum bilgilerinin yeni cinsiyetlerine göre düzeltilmesi yönündeki taleplerini, devletlerin böyle bir pozitif yükümlülüğü bulunmadığı, devletlerin bu hususta takdir yetkisinin geniş olduğu ve üye devletler arasında bu yönde bir mutabakatın olmadığı gerekçeleri ile reddetmiştir.²⁴⁴

AIHM'in dönüşüm niteliğinde olan son dönem kararlarında²⁴⁵ ise; transseksüelizmin hem sosyal açıdan hem de hukuki açıdan kabul edilmesi gerektiği yönünde uluslararası alanda gelişme olduğu vurgulanarak, transseksüellerin hukuki statüsünün devletlerin takdir alanı içinde değerlendirilemeyeceği belirtilmiş, bu kişilerin onurlu bir yaşam sürmesi için toplumun tolerans göstermesinin beklendiği ve aksi yönde bir kamu yararının da söz konusu olmadığı ifade edilmiştir.²⁴⁶

Bu başlık altında ele alınması gereken diğer bir konu da; soy isimdir. Soy isim ile ilgili davalar genel olarak; evli kadının kızlık soy ismini kullanması ve boşanmış kadının çocuğuna soy ismini vermesi şeklinde iki başlıkta incelenebilir. Kadının evlendikten sonra aile birliği adı altına, eşinin soy ismini alması ya da kendi soy ismine ek olarak eşinin soy ismini alması cinsiyet ayrımcılığı yarattığı gerekçesi ile eleştirilmektedir.²⁴⁷

Bu konuda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi “Medeni Hukukta Eşlerin Eşitliği” başlıklı (78) 37 sayılı kararı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi “Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Yasal Koruma” başlıklı (85) 2 sayılı tavsiye kararı, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin “Soyadı Seçiminde ve Ebeveynlerin Soyadının Çocuklara Geçmesinde Erkek ile Kadın Arasında Ayrımcılık” başlıklı 1271 ve 1362 sayılı tavsiye kararlarında²⁴⁸ kadın- erkek eşitliği vurgulanmış ve devletlere ayrımcı düzenlemelere karşı gerekli önemleri almaları tavsiye edilmiştir.

²⁴³ Bkz: 17.10.1986 tarihli, 9532/81 başvuru numaralı Rees/Birleşik Krallık, 27.09.1990 tarihli, 10843/84 başvuru numaralı Cossey/Birleşik Krallık davaları.

²⁴⁴ Öncü, **a.g.e.** s. 216.

²⁴⁵ Bkz: 11.07.2002 tarihli, 28957/95 başvuru numaralı Goodwin/Birleşik Krallık Davası.

²⁴⁶ Öncü, **a.g.e.**, s. 218.

²⁴⁷ **A.e.**, s. 231.

²⁴⁸ Council of Europe, Recommendations, resolutions and guidelines, (çevrimiçi), <https://www.coe.int/en/web/cdcj/recommendations-resolutions-guidelines>, erişim tarihi: 20.03.2019.

B. Evlenme Hakkı

Ayrımcılık yasağı ile bağlantılı diğer bir hak, sözleşmenin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkıdır. Madde metni şöyledir; “Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.”

AİHM ilk dönem kararlarında madde metninde düzenlenen evlenme hakkının farklı cinsiyetten olanlar arasında geçerli olduğunu²⁴⁹ belirtmiş, geleneksel evlilik kurumuna atıfta bulunmuş ve devletlerin bu konuyu düzenlemede geniş takdir hakkına sahip olduğu vurgusunu yapmıştır.

Ancak mahkeme sonraki dönemlerde bu hakkın transseksüellerin evlenme hakkını da kapsadığına kanaat getirmiştir. AİHM 2002 yılında verdiği Christine Goodwin/ Birleşik Krallık kararında²⁵⁰; cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınması talebi karşısında bundan daha üstün hiçbir kamu yararı bulunmadığını belirtmiş, bu nedenle 12. madde kapsamında özel hayatın ve ailenin korunması hakkının ihlal edildiğini tespit etmiş, 14. madde ile ilgili bir karar vermemiştir.²⁵¹

AİHM’in 12. maddeyi yorumlarken eşcinsel evliliklerin durumunu ne şekilde değerlendirdiği ikinci bir sorudur. Eşcinsel evliliklerin özellikle Avrupa’da son yıllarda hızlı bir şekilde yasal hale gelmesi ile mahkemenin evlenme hakkı ile ilgili kararlarında biyolojik cinsiyeti esas almaktan uzaklaştığı söylenebilir.²⁵² AİHM’in transseksüel ve eşcinselleri evlenme hakkı kapsamına almış olması olumlu bir gelişme olmakla birlikte, eşcinsel evliliklerin tanınması konusunda mahkeme, devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımakta, bu durumu Schalk ve Kopf / Avusturya Davası karında²⁵³ şöyle özetlemektedir;

²⁴⁹ Bkz: 17.10.1986 tarihli, 9532/81 başvuru numaralı Rees/Birleşik Krallık, 27.09.1990 tarihli, 10843/84 başvuru numaralı Cossey/Birleşik Krallık davaları.

²⁵⁰ 11.07.2002 tarihli, 28957/95 başvuru numaralı Goodwin/Birleşik Krallık Davası.

²⁵¹ Sevi Bakım, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c. 22, sayı 3, 2016, s.3213.

²⁵² Dünyada eşcinsel evliliği yasal hale getiren ilk ülke Hollanda’dır. Hollanda’nın 2001 yılında aldığı bu karardan sonra; eşcinsel evlilik, Arjantin, Belçika, Brezilya, İngiltere, Kanada, Kolombiya, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, İzlanda, İrlanda, Lüksemburg, Malta, Yeni Zelanda, Norveç, Portekiz, Güney Afrika, İspanya, İsveç, ABD ve Uruguay, Galler, İskoçya, Avusturalya’ da da yasal hale gelmiştir.

²⁵³ 22.11.2010 tarihli, 30141/04 başvuru numaralı Schalk ve Kopf / Avusturya Davası kararı.

“Mahkeme, evliliğin bir toplumdan diğerine hatırı sayılır şekilde değişebilen derin sosyal ve kültürel çağrışımlara sahip olduğunu gözlemlemektedir. Mahkeme, toplumun ihtiyaçlarını değerlendirme ve bunlara cevap verme açısından en iyi şekilde konumlanmış olan ulusal makamların kararları yerine kendi kararını vermek hususunda acele edemez... Sonuç olarak, Mahkeme sözleşmenin 12. maddesinin davalı Hükümet üzerinde başvuruçular gibi bir eşcinsel çiftin evlenmesine izin verme yükümlülüğü yüklemeyeceğini tespit eder.”²⁵⁴

V. 12 Numaralı Ek Protokol

AİHS 12 Numaralı Ek Protokol, ayrımcılıkla ilgili başka bir düzenleme içerir. Protokol’ün ilk maddesi, “Ayrımcılığın Genel Olarak Yasaklanması” başlığını taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesi sadece sözleşmede düzenlenen haklarla sınırlı olarak güvence sağlarken, 12 Numaralı Ek Protokol genel bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi getirmekte ve tüm haklar açısından güvence sağlamaktadır.

12 Numaralı Protokol ile getirilen ayrımcılık yasağı düzenlemesinde, 14. maddeden farklı olarak, sözleşmede tanınan hak ve özgürlükler yerine hukuken temin edilmiş tüm haklardan yararlanma tanımı kullanılmıştır. Aynı zamanda 14. maddenin sınırlı bir ayrımcılık yasağını düzenliyor olması 12 Numaralı Protokol’ün hazırlanmasında başvuruçuların bir gerektir. ²⁵⁵

Protokol’ün başlangıç kısmında şöyle denilmektedir;

“Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi Devletler,

Tüm insanların hukuk önünde eşit oldukları ve hukuk tarafından eşit derecede korunma hakkına sahip oldukları temel ilkesinden hareketle;

Roma’da 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış olan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme çerçevesinde, ayrımcılığın genel olarak

²⁵⁴ 22.11.2010 tarihli, 30141/04 numaralı Schalk ve Kopf/Avusturya davası kararı, (çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-112004>, erişim tarihi:20.03.2019.

²⁵⁵ Nal, a.g.e., s. 76.

yasaklanmasının topluca uygulanması yoluyla herkesin eşit olduğunun vurgulanması için gerekli tedbirleri almayı kararlaştırarak;

Ayrımcılık yapılmaması ilkesinin, Taraf Devletleri, tam ve etkin bir eşitlik sağlamak amacıyla objektif ve makul gerekçelere dayanan tedbirler almaktan alıkoymadığını vurgulayarak,

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır.”

Madde metni şöyledir;

“1. Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.” 256

Protokol, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş, AB üyelerinden yalnızca Finlandiya, İspanya, Kıbrıs, Lüksemburg ve Romanya tarafından onaylanmıştır, buna karşılık, Bulgaristan, Danimarka, Fransa, Malta, Polonya, Birleşik Krallık, Litvanya ve İsveç protokolü ne imzalamış ne de onaylamışlardır. Protokol hukuksal açıdan ayrımcılık yasağının uygulama alanını genişletiyorsa da, halen birçok AK ve AB üyesi ülke tarafından onaylanmamıştır.²⁵⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin yükümlülüklerini iki ana başlık altında değerlendirmektedir; negatif yükümlülükler ve pozitif yükümlülükler.

12 Numaralı Ek Protokol’ün 1. maddesinin ilk fıkrası ile, devletlere ayrımcılığa karşı önlem alma yükümlülüğü getirilmekte, 2. fıkra ise, bireyleri ayrımcılığa uğratmama şeklinde bir sorumluluk yüklenmektedir.²⁵⁸

Protokolün açıklayıcı raporunda ayrımcılık kapsamının genişletildiği durumlar şu şekilde özetlenmiştir²⁵⁹;

i. Ulusal hukuk tarafından güvence altına alınan bir haktan faydalanmada,

²⁵⁶ (Çevrimiçi), http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, erişim tarihi:20.02.2019.

²⁵⁷ Gülmez, **a.g.e.**, s. 271.

²⁵⁸ Nisan Kuyucu, **AIHM İctihadında Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Kadına Yönelik Şiddet**, 1.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 35.

²⁵⁹ 12 Numaralı Ek Protokol Açıklayıcı Raporu, (çevrimiçi), <https://rm.coe.int/16800ccea48>, erişim tarihi: 30.03.2019.

- ii. Kamu otoritelerinin ulusal yasalarla öngörölmüş yükümlölüklerini yerine getirmesi ile oluşın bir hakkın kullanılmasında yani kamu otoritelerinin belirli bir uygulamayı yerine getirme yükümlölüğü olduğı durumlarda,
- iii. Kamu otoritesinin takdir yetkisini kullandığı hallerde (devlet yardımları gibi.)
- iv. Kamu otoritesinin başka herhangi bir eyleminde ya da ihmalinde.

12 Numaralı Protokol, bağımsız nitelikte bir ayrımcılık yasağı tesis eder. Ulusal mevzuatta düzenlenen veya uygulamanın oluşturduğu her türlü haklar bu protokolün kapsamında yer alacaktır.²⁶⁰

VI. İspat Rejimi

Hukuk yargılamalarında bir tarafın davayı kazanması ancak dayandığı vakıaların doğru olduğunu veya karşı tarafın dayandığı vakıaların doğru olmadığını kanıtlayarak²⁶¹ gerçekleşir oysaki ayrımcılık yasağı söz konusu olduğunda bu kural ters yönde işlemektedir.

Hukuk yargılamasında kabul edilen ispat yükü kuralının ayrımcılık vakıalarında yer değıştirmesinin esas sebebi, ayrımcılığa uğrayan mağdurlar tarafından ayrımcı fiil ve işlemlerin kanıtlanmasının, mağdurların iddiasını kanıtlayacak bilgi ve belgelere erişmesinin genellikle çok güç ya da imkânsız olmasıdır.²⁶²

AİHM içtihatlarına bakıldığında, mahkemenin 14. maddenin uygulanması noktasında göz önünde tuttuğı önemli ispat ölçütlerinden birisi başvurucuyu dezavantajlı bir duruma sokan farklı bir muamelenin olup olmadığıdır.²⁶³

AB Konseyi'nin Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne Dair 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/EC sayılı direktifi ile üye devletlere, cinsiyet temelli ayrımcılık vakalarında, ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişiler ayrımcılık

²⁶⁰ Nal, **a.g.e.**, s. 56.

²⁶¹ Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 232.

²⁶² İdil Işıl Gül, Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 351, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları 13, İstanbul, 2011, s. 23.

²⁶³ İnceoğlu, Karan, **a.g.e.**, s. 480, 382.

bulunduğuna ilişkin bir takım olguları ortaya koyduğunda, bir ayrımcılık bulunmadığını ispatlama yükümlülüğünün karşı tarafta olmasını sağlayacak önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir.²⁶⁴

VII. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Cinsiyet ve Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında cinsiyet ayrımcılığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlıklı 8. maddesi ve "Evlenme Hakkı" başlıklı 12. maddesi ile bağlantılı olarak; cinsiyetler arasındaki farklı muameleye yönelik kararlar, cinsel kimlik ve cinsel yönelim nedeniyle farklı muameleye yönelik kararlar ve cinsiyet değişikliği nedeniyle farklı muameleye yönelik kararlar olarak sınıflandırılabilir.

Mahkeme; cinsiyet ayrımcılığının şüpheli kategori içinde yer aldığını ve dolayısıyla cinsiyet temelinde bir farklı muamelenin sözleşmeye aykırı olmadığını söyleyebilmek için çok önemli sebeplere ihtiyaç olduğunu kabul etmiştir.²⁶⁵

Kişilerin aile hayatı ve cinsel hayatı ile ilgili konular insan onuru ile yakından bağlantılı olduğu için hak ihlali tespitlerinde AİHM'in bireyi koruduğu görülmektedir. Mahkemenin kadınlara ve erkeklere yönelik ayrımcılık iddialarına ilişkin verdiği kararlar genelde, 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesi ile ilintilidir.²⁶⁶

AİHM kararlarında cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık iddiaları çoğunlukla AİHS'in "Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı" başlıklı 8. ve "Evlenme Hakkı" başlıklı 12. maddeleri ile birlikte yer almaktadır. Bu kararlar cinsiyetler arasındaki farklı muameleye ilişkin kararlar, cinsel yönelimler nedeniyle farklı

²⁶⁴ AB Konseyi Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne Dair 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/EC sayılı Direktifi, (Çevrimiçi), <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0080&qid=1559153208350&from=EN>, erişim tarihi:29.05.2019.

²⁶⁵ Harris vd., **a.g.e.**, s. 612.

²⁶⁶ **A.e.**, s. 613

muameleye ilişkin kararlar ve cinsiyet değiştirme nedeniyle farklı muamele yapılmasına ilişkin kararlar olarak sınıflandırılacaktır.²⁶⁷

A. Cinsiyetler Arasındaki Farklı Muameleye İlişkin Kararlar

1. Ünal Tekeli/Türkiye Davası

Türk vatandaşı Ayten Ünal Tekeli, 20 Aralık 1995 tarihinde, ulusal hukuka dayanarak yerel mahkemelerin sadece kırlık soy ismini kullanmasına izin vermemelerinin özel hayatını koruma hakkına müdahale olduğu ve erkeğin evlendikten sonra dahi kendi soy ismini taşıyabilmesinin cinsiyet ayrımcılığına yol açtığı iddiası ile, tek başına ve 14. madde ile birlikte sözleşmenin 8. maddesine aykırılık sebebi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur.²⁶⁸

Başvurucu Türk Medeni Kanunu’nun 153. maddesi ile eşinin soy ismini almıştır. Meslek hayatında kırlık soy ismi ile bilindiğinden, yasalara göre aldığı soy isim ile birlikte kullanmayı sürdürmüştür. Ancak resmi dosyalarda her iki ismi birlikte kullanamamaktadır.

Başvuran 22 şubat 1995 tarihinde Karşıyaka Asliye Mahkemesi’nde, kırlık soy ismi olan “Ünal”ı kullanabilmek için dava açmış, mahkeme ise Türk Medeni Kanunu’nun 153. maddesini gerekçe göstererek, evli kadınların evlilikleri boyunca kocalarının soy isimlerini taşımaları gerektiği yönündeki kararı ile davayı reddetmiştir. Karar Yargıtay tarafından da onanmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti savunmasında, isim seğiminin kişisel bir tercihten ibaret olmadığını, devletlerin bu alanda geniş bir tasarruf hakkına sahip olduklarını belirterek, sözleşmenin 8. maddesinin bu davaya uygulanamayacağını belirtmiştir. Hükümet söz konusu durumun kadın-erkek arasında farklı muamele teşkil ettiğini ancak bunun makul ve nesnel gerekçeleri olduğunu iddia etmektedir. Ayrıca 1997 tarihinde geręekleřtirilen kanun değişikliğinden sonra, Türk Medeni

²⁶⁷ Bakım, **a.g.m.**, s. 3204.

²⁶⁸ 16.11.2004 tarihli, 29865/96 numaralı Ünal Tekeli/Türkiye davası, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-158595>, erişim tarihi: 20.02.2019

Kanunu'nun 153. maddesine göre evli kadınlar kızlık soy isimlerini, eşlerinin soy ismi önünde kullanabilmektedir.

AIHM, sözleşmenin 8. maddesinde isimlere dair açık bir hükmün düzenlenmediğini, ancak yine de ismin özel hayatı ve aile hayatını etkilediğini belirtmektedir.

AIHM, evli kadınların kızlık soy isimlerini tek başına kullanamamalarına karşı erkeklerin evlenmeden önceki soy isimlerini kullanabilmelerinin, benzer durumda olan kişiler arasında cinsiyete dayalı “farklı muamele” teşkil ettiğini belirtmiştir. AIHM'e göre aile birliğini ortak isim ile yansıtmaya ve kamu düzenini sağlama amacı, cinsiyete dayalı farklı muamele için yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır.²⁶⁹ Mahkeme söz konusu farklı muamelenin tek başına 8. maddeyi ihlal edip etmediğini incelemeye gerek görmemiş, söz konusu farklı muamelenin, 8. madde ile birlikte düşünüldüğünde 14. maddeye aykırı olduğuna karar vermiştir.²⁷⁰

2. Opuz/Türkiye Davası

Cinsiyet temelinde ayrımcılık konusunda, 12 Numaralı Ek Protokol'ün kabulünden sonra, her ne kadar Türkiye tarafından henüz onaylanmamış olsa dahi, en önemli örnek mahkeme kararlardan biri Opuz-Türkiye davasıdır.²⁷¹

Başvurucu, devlet kurumlarının kendisi ve annesini, aile içi şiddetten koruyamaması ve bu nedenle annesinin ölmesi, kendisinin de kötü muameleyle maruz kalması sebebi ile AIHM'e başvurmuştur. Başvuran, AIHS'in 2. ve 3. maddeleri ile birlikte 14. maddesi kapsamında, kendisi ve annesinin, cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğradıklarından şikayetçidir.

²⁶⁹ AIHM bu kararında, Medeni Kanunda Karı-Kocanın Eşitliğine İlişkin 27 Eylül 1978 Tarihli, 37 Sayılı Karar (78) ve Cinsiyet Ayrımına Karşı Yasal Korumaya İlişkin 5 Şubat 1985 Tarih ve 2 Sayılı Tavsiye -R-85 kararlarına ve Parlamenterler Meclisi ile Avrupa Yasal İşbirliği Komitesi'nin çalışmalarına atıfta bulunmaktadır.

²⁷⁰ Mahkeme aynı konuya ilişkin sonraki başvurularda da benzer kararlar vermiştir. Bkz; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 28.05.2013 tarihli, 7971/07 Başvuru Numaralı Leventoğlu Abdulkadiroğlu-Türkiye, 03.09.2013 tarihli, 26268/08 Başvuru Numaralı Tuncer Güneş-Türkiye ve 10.12.2013 tarihli, 38249/09 Başvuru Numaralı Tanbay Tüten-Türkiye davalarında da aynı sonuca ulaşmıştır.

²⁷¹ 09.06.2009 tarihli, 33401/02 numaralı Opuz/Türkiye davası (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124268>, erişim tarihi: 20.04.2019.

Başvuran, kadın hayatının, aile birliği adı altında değersiz görülmesi nedeniyle, devletin kadınları koruma hususunda gerekli önlemleri almadığı, ayrımcı davrandığı iddiasındadır. Yürürlükte olan mevzuatta da bu uygulamayı destekleyen ayrımcı hükümler mevcuttur.

Başvuran, annesi ile birlikte defalarca kez aile içi şiddete maruz kalmış, tehdit edilmiş, ciddi şekilde yaralanmasına sebebiyet verecek şekilde saldırıya maruz kalmıştır. Şiddetli geçimsizlik nedeniyle eşine boşanma davası açmış, eşinin bir koca ve baba olarak sorumluluklarını yerine getirmediğini, aile konutuna başka kadınlar getirdiğini, tıbbi raporlarla da kanıtlandığı üzere kendisine kötü davrandığını iddia etmiştir. Eşinin tehdit ve baskıları sonucunda boşanma davasından vazgeçmek zorunda kalmıştır.

Başvuran ve annesi Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'na dilekçe vermiş, ölüm tehditlerine karşı koruma talep etmişlerdir. Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi sanıklar aleyhine ölüm tehdidinde bulunma suçlarından delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı vermiştir. Mahkeme sanığın iddiaları reddettiğini ve müştekilerin şikayetlerini geri çektiklerini belirtmiştir. Başvuran yeniden eşi ile yaşamaya başlamıştır.

Başvuran ve annesi bu süreçte şiddet görmeye ve tehdit edilmeye devam etmiş, defalarca kez silahla yaralanmış ve en son olarak başvuranın annesi eşi tarafından öldürülmüştür. Başvuran cezaevinden çıkan eşi tarafından tehdit edilmeye devam etmiştir.

Mahkeme, 1979 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve Türkiye tarafından 1986 yılında imzalanan, CEDAW'a²⁷² atıf yapmış ve devletlerin kadınlara karşı her türlü ayrımcılığa karşı durmakla yükümlü olduklarını, kadına karşı ayrımcılık içeren her türlü mevzuat, adet ve uygulamaları değiştirmek konusunda sorumlu olduklarını vurgulamış, cinsiyete dayalı şiddetin ayrımcılığın bir türü olduğunu belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi söz konusu kararında, cinsiyet temelinde ayrımcılığın bir türü olan cinsiyete dayalı şiddete ilişkin olarak devletin

²⁷² CEDAW, (çevrimiçi), <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/cedaw.pdf>, erişim tarihi: 29.03.2019.

yükümlüklerine değinmiştir. AİHM, AİHS'in "Yaşam Hakkı" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenlenme ile, devletin kasten veya kanun dışı adam öldürülmesinin engellenmesinin yanı sıra, kendi yargısına tabi kişilerin yaşamının korunması için gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılındığını belirtmiştir. Mahkeme, devletin temel görevinin, kişilerin yaşam hakkına yönelik eylemlere karşı, caydırıcı bir ceza mevzuatı oluşturmak, ihlalleri caydırmak, önlemek ve yaşam hakkını güvenceye almak olduğunu vurgulamış, devletin, yaşam hakkı tehdit altında olan kişileri korumak üzere önleyici tedbirler almak gibi pozitif bir yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir.

AİHM, içtihatlarına atıf yaparak ayrımcılığı tanımlamıştır; ayrımcılığın, benzer durumlarda, bir amaç ya da makul bir gerekçe göz önünde tutulmaksızın kişilere farklı muamele edilmesi anlamına geldiğini belirtmiştir. Ayrıca, devlet tarafından yürütülen bir politika ya da alınan bir önlem belirli bir grup üzerinde, orantısız bir şekilde hak kaybına neden olan etkilere sahip ise, bu politika ya da önlemin söz konusu grubu özellikle hedefleyip hedeflememesi önemli olmaksızın ayrımcı olarak kabul edilebileceği belirtmiştir. AİHM ayrıca, davada başvuran tarafından kendisine farklı muamele edildiği gösterildiği takdirde bunun gerekçeleri bulunduğu kanıtlanması sorumluluğunun devlete ait olduğunu belirtmiştir. Burada AİHM'in iddia edenin ispatlaması ilkesini uygulamadığı ve ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olarak mahkeme önüne gelen davalarda ispat yükünün yer değiştirdiği görülmektedir.

AİHM, başvuranın, dosyadaki bilgi ve belgeler doğrultusunda, aile içi şiddetin mağdurunun daha çok kadınlar olduğu ve Türkiye'deki adli makamların bu anlamda takındığı pasif tutumun, aile içi şiddeti arttıran bir ortam yarattığına ilişkin "*prima facie*" bir durumun ispat edebildiği kanaatindedir.

AİHM, sözleşmenin 2. ve 3. maddeleri ile birlikte 14. maddesinin de ihlal edildiği kanaatine varmıştır. Polis ve yargı organlarının, ilgili kanunu gereği gibi uygulamamış olması sebebiyle, söz konusu olayda yaşam hakkı ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleden uzak olma hakkıyla bağlantılı olarak, cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılığın söz konusu olduğunu tespit etmiştir.

Mahkemenin bu kararı, aile içi şiddetin cinsiyet temelinde ayrımcılığın bir şekli olarak ele alınması sebebi ile önemlidir. Ayrıca mahkeme söz konusu kararında

ayrımcılığı tanımlarken, kendi içtihatları ötesine geçmiş, kadınlara yönelik şiddet ile ilgili hükümler içeren diğer uluslararası belge ve kurum içtihatlarını da göz önünde bulundurmuştur.²⁷³

3. Şerife Yiğit/Türkiye Davası

Başvurucu Şerife Yiğit, 1976 yılında dini tören ile evlendiği partnerinden 6 çocuğa sahiptir ve partneri 2002 yılında hayatını kaybetmiştir.²⁷⁴

Başvurucu partneri ile yapmış olduğu dini evliliğin tanınması ve kızının da babasının nüfus kayıtlarına işlenmesi amacı ile dava açmıştır. Mahkeme 2013 yılında kızın babasının kayıtlarına işlenmesi talebini kabul etmekle birlikte, dini evliliğin tanınması talebini reddetmiştir.

Başvurucu aynı zamanda, Bağkur’a yapmış olduğu başvurunun reddi üzerine, İş Mahkemesi aracılığı ile kendisi ve kızı için dul ve yetim maaşı ve sağlık sigortasından faydalanma talebinde bulunmuştur. Mahkeme kız için olan talebi kabul etmekle birlikte, dini evliliğin hukuken bir geçerliliği olmaması sebebi kendisi adına yaptığı başvuruyu reddetmiştir. Söz konusu karar Yargıtay tarafından da onanmıştır.

Mahkeme inceleme yaparken Medeni Kanun’un 134., 143., 176./3 maddeleri²⁷⁵, Ceza Kanunu’nun 230. maddesi 6. paragrafı²⁷⁶, Borçlar Kanunu’nun 43. ve 45. maddesi, Sosyal Güvenlik Kanunu’nun 23/b-c maddesi, Genel Sağlık ve Sosyal Güvenlik Yasası’nın 32. ve 33. maddeleri, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü

²⁷³ Duvan, a.g.m., s. 54.

²⁷⁴ 2.11.2010 tarihli, 3976/05 başvuru numaralı Şerife Yiğit/Türkiye davası kararı, (çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144244>, erişim tarihi:15.05.2019.

²⁷⁵ Medeni Kanun Madde 134: “Birbiriyle evlenecek erkek ve kadın, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte başvururlar.

Evlendirme memuru, belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır.”

Madde 143:“Evlendirme töreni biter bitmez evlendirme memuru eşlere bir aile cüzdanı verir. Aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dini töreni yapılamaz. Evlenmenin geçerli olması dini törenin yapılmasına bağlı değildir.”

Madde 176/3: “İrat biçiminde ödenmesine karar verilen maddi tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır.”

²⁷⁶ Ceza Kanunu’nun 230. maddesinin 6. paragrafı şöyledir: “Evlendirme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlendirme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.”

Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki 5251 Sayılı Kanun ve Bir Evlenme Akdine Dayanmayan Birleşmelerin Evlilik ve Evlilik Dışında Doğan Çocukların Düzgün Nesepli Olarak Tesciline İlişkin 3716 Sayılı Kanun ile yüksek mahkeme içtihatlarını incelemiştir.

Büyük Daire, Daire tarafından şikâyetin sadece AİHS'in 8. maddesi kapsamında incelendiğini belirtmiştir. Mahkeme, başvuru ve hükümet tarafından belirtilen ve kullanılan hukuksal sınıflandırma ile karar vermek zorunda olmadığını, iddia ve savunmada dayanak gösterilmemiş olan hükümleri de dikkate alarak karar verebileceğini belirtmiştir.

Şikâyet, başvuranın ölen partnerinin haklarından doğan dul maaşı ve sosyal sigortadan faydalanma talebinin ulusal mahkemelerce reddedilmesinin, 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesi ile birlikte 14. maddeye aykırı olduğu iddiasına ilişkindir.

AİHM, öncelikle 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesi ile birlikte 14. maddenin uygulanabilirliğini incelemiştir. Sözleşmenin 14. maddesinin bağımsız bir niteliği bulunmadığını ancak davaya uygulanabilmesi için sözleşmede güvence altına alınan haklardan birinin ihlalinin de gerekmediğini belirtmiştir.

1 Numaralı Protokolün 1. maddesi, her ne kadar üye devletleri sosyal güvenlik ve emeklilik sistemi kurmaya zorlamıyorsa da, eğer söz konusu devlet böyle bir mevzuata sahipse bu durum 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesi kapsamında değerlendirilecektir. Başvurucu, dini tören ile yapmış olduğu evlilik nedeniyle dul maaşı ve sosyal sigortadan yararlanamayan bir kadın olarak davaya konu durumun 14. madde kapsamında ayrımcılık teşkil ettiği iddiasındadır.

Hükümet, AİHS'in 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkı ile bağlantılı evlilik düzenlemelerinin devletlerin takdir alanı içinde yer alan bir konu olduğunu, Türk Medeni Kanunu'nun resmi evlilikleri düzenlendiğini ve davaya konu haklardan yararlanabilmenin Medeni Kanun'a uygun olan evliliklerde mümkün olduğunu belirtmektedir. Kaldı ki; ayrımcılığın söz konusu olabilmesi için, aynı durumda olan benzer kişiler karşısında başvurana farklı muamelede bulunulmuş olması gerekmektedir. Oysa ki Türk hukukunda hayatta kalan partnere miras yolu ile dul maaşı ödenmesi ya da sosyal güvenlik imkanlarından yararlanma hakkı tanıyan herhangi bir hüküm mevcut değildir. Hatta, Türk ceza hukukuna göre resmi nikah yapılmaksızın gerçekleştirilen dini nikah cezalandırılmayı gerektirmektedir.

AİHM değerlendirmesinde öncelikle AİHS'in 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağına ilişkin olarak, içtihatları ile geliştirdiği ilkelere atıf yaparak, ayrımcılığı nesnel ve makul bir haklı neden olmaksızın farklı bir muamelede bulunma olarak tanımlamıştır. Farklı muamelenin meşru bir amaca hizmet etmesi ve amaç ile kullanılan yöntem arasında orantılılık bulunması şarttır. Buna göre AİHS, üye devletlerin genel düzenlemeler ve planlamalar ile belirli kişi gruplarını, nesnel kriterlerle ve kamu yararına olacak şekilde, sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlüklerle denge içinde farklı muameleye tabi tutmasını yasaklamaz. Devletlere bu konuda takdir alanı tanır. İspat yükü konusunda da hükümet bu farklı muamelenin haklı olduğunu kanıtlamakla yükümlüdür.

AİHM, 14. maddede sınırlı olmayan şekilde sayılan nedenlerle ayrımcılık yapılmasının sözleşmede yasaklandığını belirterek, evliliğin bu kapsamda yer alıp almadığını incelemiştir. AİHM'e göre, devletlerin evlilik kurumunu AİHS'in 12. maddesine uygun olarak düzenleme hakkı vardır, ancak devletin kişileri medeni bir evlilik konusunda zorlama hakkı olmadığı kanaatindedir. Bu nedenle de, söz konusu farklı muamele ile hedeflenen amaç arasında orantılık mevcut olup, 1. Numaralı Protokol'ün 1. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlali söz konusu değildir.

AİHM başvurusunun 8. madde kapsamında "aile hayatına saygı" hakkının ihlal edildiği iddiasını da incelemiştir. Meşru olmasa dahi söz konusu olayda bir ailenin varlığını kabul ederek, konunun aile yaşamı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu değerlendirmede çiftin ilişkilerinin uzunluğu ve çocukları olup olmadığı gibi hususların da dikkate alınacağını, miras hukuku meselelerinin de bu kapsamda yer aldığını belirtmiştir. Bu nedenle de, 8. maddenin bu davaya uygulanabilir olduğuna kanaat getirmiştir. Mahkeme devletlerin bu noktada dini evlilikleri tanımakla yükümlü olmadıklarını, başvurusunun da aile birlikteliğini kurup devam ettirdiğini ve devletin herhangi bir müdahalesi olmadığını belirterek, 8. maddenin de ihlal edilmediğine karar vermiştir.

4. Emel Boyraz/Türkiye Davası

Başvuran, 19 Ekim 1999 tarihinde devlet memuru olmak amacı ile girdiği sınavda başarılı olmuş, devlete bağlı bir elektrik dağıtım şirketi olan TEDAŞ'ın Batman ili şubesine güvenlik görevlisi olarak atandığı kendisine bildirilmiştir. Ancak, 5 Temmuz 2000 tarihinde söz konusu kurumun insan kaynakları birimi tarafından “erkek olma” ve “askerlik görevini tamamlamış olma” şartlarını taşımadığı gerekçesi ile başvuranın atanmadığı bildirilmiştir.²⁷⁷

İnsan kaynakları biriminin, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na bu konu ile ilgili olarak yazdığı yazıda, güvenlik görevlisi kadrosunda çalışacak kişilerin fiziksel niteliklerine ve çalışma saatlerinin uzunluğuna değinilmiştir. Çalışma yerlerinin şehir dışında olduğu ve olası saldırılara karşı silah ve fiziksel güç kullanımının gerekebileceği bu nedenle de kadınların bu iş için uygun olmadığı belirtilmiştir.

Başvuran söz konusu kararın İdare Mahkemesi'nce iptalini talep etmiştir. İdare Mahkemesi, 27 Şubat 2001 tarihli kararında, “askerlik görevini tamamlamış olma” şartının sadece erkek adaylar açısından dikkate alınabileceğini ve TEDAŞ'ın kadın adaylar açısından da daha önce bir engel koymadığını belirterek kararı iptal etmiştir. Başvuran bu arada başka bir ile tayin edilmiştir. Danıştay tarafından söz konusu karar bozulmuş, bu karar neticesinde başvuranın iş akdi sonlandırılmıştır.

Başvuran, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurarak idari makamların AİHS'in 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı hükmünü ihlal ettiği ve cinsiyet ayrımcılığına uğradığını iddia etmiştir.

AİHM, önüne gelen davada AİHS'in 14. maddesi ile birlikte 8. maddesinin incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM, başvuran tarafından iç hukuk yollarının gereği gibi tüketildiğini ve süresi içinde başvuruda bulunulduğunu tespit ederek değerlendirmeye geçmiştir.

²⁷⁷ 2.12.2014 tarihli, 61960/08 başvuru numaralı Emel Boyraz/Türkiye davası kararı, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153150>, erişim tarihi:20.05.2019.

Hükümet, devlet memurluğundan çıkarılmanın, AİHS'in 8. maddesi ve 14. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek bir durum teşkil etmediği iddiasında bulunmuştur.

AİHM söz konusu kararında AİHS'in 14. maddesinin özelliklerine sırası ile değinmiştir. Maddenin amacının, sözleşmede güvence altına hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak kişilerin, gerekçesi olmayan farklı muamelelere maruz kalmalarını önlemek olduğunu belirtmiştir. 14. maddenin bağımsız bir niteliğinin bulunmadığını ancak sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlükler açısından bir ihlal olmasa dahi uygulanabileceğinin altını çizmektedir.

AİHM, devlet memurluğuna atanmama durumunun sözleşmede korunan bir hak olmadığını, kaldı ki davanın konusunun başvuranın devlet memuru olarak çalışma hakkı olmadığını belirtmiştir. Başvuranın iddiasının cinsiyeti sebebi ile ayrımcılığa uğramak olduğunu ve başvuranın işten çıkarılan bir kişi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

AİHM, konunun 8. madde kapsamına girdiği kanaatindedir. Mahkeme özel hayat kavramının kapsamını bir kez daha açıklamıştır. AİHM'e göre özel hayat, kişinin kimliği ile ilgilidir ve cinsiyeti de bunun en önemli parçasıdır. Başvuranın cinsiyetine dayalı olarak işten çıkarılmasından, ekonomik olarak hem kendisi hem yakın çevresi etkilenmiş, bu durum ruhsal açıdan da kaygı ve sıkıntı yaratmıştır. Bu nedenle mahkeme sözleşmenin 14. maddesi ile birlikte 8. maddesinin söz konusu olaya uygulanabileceği kanaatindedir.

Mahkeme 14. maddeyi davaya uygularken, karşılaştırılabilirlik ölçütüne atıf yaparak, karşılaştırılabilir olacak kişiler arasında farklı muamelede bulunulmuş olması gerektiğine değinmiştir. Nesnel ve haklı bir neden olmaksızın farklı muamelede bulunulmuş olması halinde ve uygulanan yöntem ile ulaşılmaya çalışılan amaç arasında orantının olmadığı durumlarda ayrımcılığın söz konusu olacağını belirtmiştir.

Devletler, farklı muamelenin derecesi ve gerekip gerekmediği hususunda takdir yetkisine sahip olsalar da, AİHM'in şüpheli temeller kategorisinde değerlendirdiği cinsiyete dayalı ayrımcılığın söz konusu olduğu durumlarda bu yetki AİHM tarafından dar tutulmuştur. Ayrıca AİHM kararında, cinsiyet eşitliğinin sağlanması amacı konusunda, AK'ye üye devletler arasında mutabakat olduğu vurgulanmıştır.

Mahkeme, idari makamların ve hükümetin, güvenlik görevlisi pozisyonunun özelliklerine ilişkin bir takım bilgiler sunmuş olsa da, hangi nedenlerle kadın görevlilerin yetersiz kabul edildiğini açıklayıcı yeterli bir delil sunamadığı kanaatindedir. Bu sebeple, AİHM'e göre farklı muamelenin meşru bir amacı olduğu kanıtlanamamış ve AİHS'in 8. maddesi ile birlikte 14. maddesinin de ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Karara muhalif olan Yargıç Spano'nun görüşleri de, önem arz etmektedir. Yargıç Spano, Türkiye'nin 12 Numaralı Ek Protokol'ü henüz onaylamamış olduğu hususunu vurgulayarak, başvuran dava konusunun 8. madde kapsamında girdiğini iddia etmediği halde, 8. madde ile birlikte 14. maddenin ele alınmasını hatalı bulmuştur.

Spano, AİHM'in önceki içtihatları ve özel hayat kavramının anlamına değinerek, başvuranın işten çıkarılmasının özel hayatını etkilediği hususunda bir iddia ileri sürmediği bir durumda, AİHM'in kendiliğinden inceleme yapma yetkisi olmadığı fikrindedir. Zira bu durumda, başvuranın cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılarak işten çıkarılması kendiliğinden özel hayata müdahale olarak kabul edilir ise, 12 Numaralı Ek Protokol'ün 1. maddesi ile 14. madde arasında herhangi bir etki fark kalmadığı gibi, 12 Numaralı Ek Protokol bu durumda etkisini kaybetmektedir.

B. Cinsel Yönelimleri Nedeniyle Farklı Muameleye İlişkin Kararlar

1. E.B/Fransa Davası

Dava istikrarlı bir lezbiyen ilişkisi olan kadın başvuranın, cinsel yönelimi sebebi ile evlat edinme talebinin reddedilmesi hakkındadır.²⁷⁸ Başvuran, cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa uğradığı, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına müdahale edildiği, bu nedenle AİHS' in 8. maddesi ile birlikte 14. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir.

²⁷⁸ 22.01.2008 tarihli, 43546/02 numaralı E. B./ Fransa davası.

Davanın en önemli yönü; Fransız hukukunda bekar kişilerin tek başına evlat edinmesi mümkün olmasına rağmen, başvuranın cinsel yönelimi sebebi ile evlat edinebilmesine izin verilmemiş olmasıdır. Mahkeme başvurusunun cinsel yöneliminin, çocuk evlat edinebilmesi konusunda izin verilmemesinde belirleyici etken olduğu sonucuna varmıştır. AİHM, Salgueiro da Silva Mouta²⁷⁹ davasındaki kararına atıfta bulunarak, olayda başvuranın cinsel yönelimine dayalı bir ayırım yapıldığını, AİHS'e göre bunun kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ihlal iddiası konunun cinsel yönelim olması sebebi ile, devlet tarafından çok inandırıcı gerekçeler sunulması gerektiğini belirtmiş, başvuranın cinsel yöneliminin evlat edinme talebinin reddinde esas etken olması sebebi ile 8. maddenin ve 14. maddenin ihlaline karar vermiştir.²⁸⁰

AİHM, E.B/Fransa kararı ile, dava konusu benzer olan, evlat edinme başvurusunun reddi kararının çocuğun çıkarları gereği ve sözleşmeye üye devletlerin bu konuda takdir yetkisi bulunduğu gerekçeleriyle desteklendiği Fretté/Fransa²⁸¹ kararından vazgeçmiştir.²⁸²

2. Schalk ve Kopf/Avusturya Davası

Başvurucular Viyana'da yaşayan eşcinsel bir çift olarak; ilişkilerinin evlenme veya bir başka şekilde hukuk tarafından tanınmaması sebebiyle, ayrımcılığa maruz kaldıkları için şikayetçi olmuşlardır.²⁸³

Başvurucular, Medeni Hal Meseleleri Bürosu'na müracaat ederek, evlilik sözleşmesi yapabilmeleri için gereken prosedürel işlemlerin gerçekleştirilmesini talep etmişler, ancak başvuruları Medeni Kanun hükümleri gereğince, evliliğin sadece karşıt cinsiyetten olan kişiler arasında gerçekleşebileceği bildirilerek reddedilmiştir. Başvurucular itiraz mercilerine yaptıkları başvuruda, Medeni

²⁷⁹ 21.12.2000 tarihli, 33290/96 numaralı Salgueiro da Silva Mouta/Portekiz davası.

²⁸⁰ Harris vd., **a.g.e.** s. 617.

²⁸¹ 26.05.2002, 36515/97 ve 43546/02 numaralı Frette/Fransa davası.

²⁸² Bakım, **a.g.e.**, s. 3209.

²⁸³ 22.11.2010 tarihli, 30141/04 numaralı Schalk ve Kopf/Avusturya davası kararı, (çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-112004>, erişim tarihi: 20.03.2019.

Kanun'un çok eski tarihli olması sebebi ile, zaman içinde evlilik kavramının anlamının değiştiğini, AİHM'in içtihatlarında cinsel yönelime dayanan farklı muamelenin güçlü gerekçelere dayandırılmasını şart koşması nedeniyle; eşcinsel çiftleri evlilik akdinden yoksun bırakmanın nesnel bir meşruiyeti bulunmadığını iddia etmektedirler.

Başvurucuların itirazları reddedilmiştir. Red kararı gerekçesinde, Avusturya Federal Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen evlilik hakkının, sadece farklı cinsiyetten olan kişiler arasındaki evliliği kapsadığı ve farklı türdeki ilişkileri içine almadığı belirtilmiştir. Ayrıca, evlilik hakkının, eşlerin çocuk sahibi olmaya yetkin olup olmadığı veya çocuk isteyip istemedikleri ile ilgili olduğuna değinilmiştir. Karara göre, her ne kadar eşcinsel ilişkiler AİHS'in 8. maddesi kapsamında özel yaşam kavramı içine giriyor ve sözleşme 14. maddesi ile nesnel olmayan gerekçelerle yapılan ayrımcılığı yasaklıyorsa da, bu durum devletin mevcut evlilik yasasını değiştirmesi gibi bir sorumluluk yaratmamaktadır.

AİHM yaptığı değerlendirme de, söz konusu davanın 12. maddenin eşcinsel kişiler açısından incelenmesi hususunda bir ilk teşkil etmesi sebebi ile daha önce transseksüel kişiler açısından vermiş olduğu karara atıf yapmıştır. Mahkemenin kökleşmiş içtihatlarına göre, 12. madde de yer alan düzenleme bir kadın ve erkeğin evlenme ve aile kurma hakkını güvence altına almaktadır ve evlenme hakkı "Yüksek Sözleşen Devletlerin ulusal hukuklarına tabidir".

Mahkeme Christine Goodwin²⁸⁴ kararında değindiği evlilik kurumu algısının zaman içerisinde değiştiği tespitine atıfta bulunmuş ancak eşcinsel evlilikler konusunda Avrupa devletleri arasında henüz bir mutabakattan söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca Goodwin kararında mahkeme transseksüellerin sonradan edinmiş oldukları cinsiyetle yapacakları evlilik hususunda -yani bu durumda farklı cinsiyetler arasında- bir mutabakat olduğunu tespit etmiştir.

AİHM bu noktada, sözleşmenin 12. maddesi ile eşcinsel evliliklerin ulusal mevzuattaki yerine atıfta bulunan Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı'nın 9. maddesini karşılaştırma yoluna gitmiştir. 9. madde eşcinsel evlilikler hususunda

²⁸⁴ 11.07.2002 tarihli, 28957/95 numaralı Goodwin/Birleşik Krallık davası.

devletlere takdir yetkisi tanımaktadır. Madde gerekçesinde bu durum şöyle belirtilmiştir; “...Evlilik bağlamında eşcinsel ilişkilerin tanınması açısından herhangi bir engelin olmadığı iddia edilebilir. Buna karşın ulusal mevzuatın bu tür evlilikleri kolaylaştırması gerektiği hususunda açık bir gereklilik de bulunmamaktadır.” Sonuç olarak mahkeme sözleşmenin 12. maddesinin ihlal edilmemiş olduğuna karar vermiştir.

AIHM davada ayrıca sözleşmenin 14. maddesinin 8. madde ile bağlantılı olarak ihlal edildiği iddiasını da incelemiştir. Mahkeme 14. maddenin sadece sözleşme ve eklerinde korunan “hak ve özgürlüklerin kullanılmasıyla” bağlantılı olarak etki doğurması nedeniyle, bağımsız bir varlığı bulunmadığını ancak 14. madde açısından ihlalin incelenebilmesi için bahsi geçen bu maddelerin ihlal edilmesi gerekmediğini belirtmiştir.

Mahkeme içtihatlarına atıf yaparak, daha önceki kararlarında eşcinsel çiftler arasındaki duygusal ve cinsel ilişkilerin, “özel hayat” kavramı içinde ele alınacağını, ancak “aile yaşamı” kavramı içinde değerlendirilmediğini belirtmiştir. Mahkeme son yıllarda birçok Avrupa ülkesinde eşcinsel evliliklerin yasal hale gelmesi ve yaşanan sosyal değişimler neticesinde bu görüşünde direnmenin yapay olacağını eklemiştir. Dolayısıyla mahkeme eşcinsel birlikteliklerin hem özel hayat hem de aile hayatı kavramı içinde ele alınması gerektiği kanaatindedir.

Mahkeme, bir vakanın 14. madde açısından incelenebilmesi ve ayrımcılık teşkil etmesi için, öncelikle benzer durumda olan kişilere yapılan farklı bir muamelenin söz konusu olması gerektiğini belirtmiştir. Bu farklı muamelenin objektif ve haklı bir gerekçesinin olmaması ve aynı zamanda meşru bir amaca hizmet etmemesi gerekmektedir. Mahkeme, kullanılan araçlar ile amaç arasında makul bir orantılılık bulunmaması gerektiğini tekrar etmiş, bu alanda devletlerin takdir yetkisine de atıf yapmıştır. Mahkeme, sözleşmenin 12. maddesinin sözleşmecî devletler için eşcinsel evliliklere izin verilmesi yükümlülüğü yaratmayacağı kanaatinde olduğundan, sözleşme bir bütün olarak değerlendirildiğinde, 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin de böyle bir yükümlülük getirmediği kanaatindedir. Sonuç olarak AIHM, 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

3. X ve Diğerleri/Avusturya

Başvurucular, 1967 doğumlu birinci başvuru ve üçüncü başvuru eşcinsel bir çift ve üçüncü başvurunun evlilik dışı dünyaya gelen 1995 doğumlu çocuğu ise ikinci başvuru.²⁸⁵ Çocuğun velayet hakkı annesine bırakılmıştır. Birinci başvuru ile ikinci başvuruyu temsilen annesi olan üçüncü başvuru arasında çocuğun birinci başvuru tarafından evlat edinilmesini düzenleyen bir anlaşma akdedilmiş ve bu anlaşmanın onaylanması için yerel mahkemeye başvurulmuştur. Başvuranların talepleri hem yerel mahkeme hem bölge mahkemesi hem de Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir.

AIHM konu ile ilgili değerlendirme yaparken, öncelikle ulusal hukuk ve uygulamada evlat edinme, eşcinsel çiftler ve evlilik dışı çocuklarla ilgili düzenlemeleri ve sonra uluslararası sözleşmeler ile Avrupa Konseyi belgelerini dikkate almıştır.

AIHM, öncelikle AIHS'in 8. maddesi ile bağlantılı 14. maddesinin ihlali iddiasını ele almıştır. Başvurucular, 8. madde ile güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı kapsamında, birinci ve üçüncü başvuru eşcinsel bir çift olmaları sebebi ile cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa maruz kaldıkları iddiasında bulunmaktadır. Başvurucuların iddiasına göre, evli olsun ya da olmasın heteroseksüel bir çift için, bir eşin diğer eşin çocuğunu evlat edinmesi mümkünken eşcinsel çiftler için yasaklanmasının makul ve nesnel bir sebebi yoktur.

Mahkeme söz konusu olayı öncelikle kabul edilebilirlik yönü ile incelemeye almıştır. Hükümet; söz konusu olayda herhangi bir ayrımcılık bulunmadığı, evlat edinilmek istenen çocuğun babasının izninin söz konusu olmadığı ve bu durumun çocuğun lehine de olmadığı iddiasındadır. Bu nedenle de Avusturya Medeni Kanunu açısından eşcinsel çiftlerin evlat edinmemesi ulusal makamlarca bu olayda incelenmemiştir. AIHM başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermiş ve esasa ilişkin incelemeye geçmiştir.

²⁸⁵ 19.02.2013 tarihli, 19010/07 başvuru numaralı X/Avusturya kararı, (çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126733>, erişim tarihi: 10.05.2019.

Başvurucular, bilimsel bazı kanıtlar da ekleyerek, aile yaşantılarının ve çocuğun gelişiminin heteroseksüel bir çiftten oluşan aileden farklı olmadığını iddia etmişlerdir. Avusturya hukukuna göre evli çiftlerin birbirlerinin çocuklarını evlat edinmesi mümkündür. Ancak eşcinsel çiftler için evlat edinme Kayıtlı Partnerlik Hakkında Kanun ile açıkça yasaklanmıştır. Başvurucular evli olmayan heteroseksüel çiftlerle evli olmayan eşcinsel çiftler arasında evlat edinme konusunda açıkça farklı muamele olduğunu ve cinsel yönelimleri sebebi ile evlat edinme hakkından yoksun bırakılmalarının AİHM'in daha önce incelediği E.B/Fransa davasına²⁸⁶ benzer olduğunu iddia etmektedirler.

Hükümet ise; dava konusu ilişkinin aile hayatı kapsamında yer aldığını kabul etmektedir. Hükümet, evlat edinme hukuku alanında devletlerin geniş takdir yetkisi bulunduğunu, Avusturya hukukunun biyolojik ebeveyn, çocuk ve evlat edinmek isteyen kişinin çıkarları arasında bir denge kurduğunu iddia etmektedir.

AİHM, 14. maddenin sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlüklerle olan bağlantısına ve bu hak ve özgürlüklerden biri ihlal edilmese de uygulanabileceğine bir kez daha değinmiştir. Mahkeme, istikrarlı bir şekilde bir arada yaşan bir eşcinsel çiftin, aynı durumda olan heteroseksüel bir çift gibi aile hayatı kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir.

Mahkeme, Schalk ve Kopf²⁸⁷ ve Burden/Birleşik Krallık²⁸⁸ davalarında 14. madde açısından yaptığı değerlendirmelerde kullanmış olduğu kriterlere atıf yapmıştır.

AİHM, E.B/Fransa,²⁸⁹ Kozak/Polonya,²⁹⁰ Karner,²⁹¹ L ve V/Avusturya,²⁹² Smith ve Grady/Birleşik²⁹³ kararlarına atıf yaparak, cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde muamele farklılıklarında, çok ciddi ve inandırıcı gerekçeler sunulması gerektiğini, yani cinsiyet ve cinsel yönelimin şüpheli temeller kategorisinde yer

²⁸⁶ 22.01.2008 tarihli, 43546/02 numaralı E.B/ Fransa davası.

²⁸⁷ 22.11.2010 tarihli, 30141/04 numaralı Schalk ve Kopf/Avusturya davası.

²⁸⁸ 12.12.2006 tarihli, 13378/05 numaralı Burden/Birleşik Krallık davası.

²⁸⁹ 22.01.2008 tarihli, 43546/02 numaralı E.B/ Fransa davası.

²⁹⁰ 02.06.2010 tarihli 13102/02 numaralı Kozak/Polonya davası.

²⁹¹ 24.07.2003 tarihli 40016/98 başvuru numaralı Karner/Avusturya davası.

²⁹² 9.04.2003 tarihli, 39392/98 ve 39829/98 numaralı L ve V/Avusturya davası.

²⁹³ 27.12.1999 tarihli, 33985/96 ve 33986/96 numaralı Smith ve Grady/Birleşik Krallık davası.

aldığını ve devletlerin burada takdir yetkisinin dar olduğunu bir kez daha vurgulamıştır.

AİHM daha önce önüne gelen eşcinsel evlat edinmelerin, tek ebeveynin talebi ile (Frette²⁹⁴ ve E.B/Fransa²⁹⁵), eşcinsel üyelerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesi (Gas et Dubois)²⁹⁶ ya da çiftin birlikte evlat edinmesi şeklinde gerçekleşebileceğini belirtmektedir.

Frette/Fransa²⁹⁷ davasında AİHM, Fransız makamlarının başvuruyu ilgili kişinin cinsel yönelimi sebebi ile çocuğu evlat edinme konusunda yeterli şartlar sunmadığı gerekçesi ile reddettiklerini belirtmiştir. AİHM, söz konusu olayda her ne kadar cinsel yönelime dayalı bir farklı muamele varsa da, bunun çocuğun hakları ve sağlığını koruma gibi meşru bir amaç taşıdığını belirtmiştir. Mahkeme devletlerin bu konuda geniş takdir yetkisi olduğuna ve Avrupa Konseyi devletleri arasında bu konuda bir mutabakat olmadığı hususuna vurgu yapmıştır.

E.B/Fransa kararında²⁹⁸ ise bu görüşünden vazgeçmiş ve başvurucunun cinsel yöneliminin başvuru ile ilgili olarak tartışmaların merkezinde yer aldığına, bu durumun ayrımcı olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

AİHM, karşılaştırılabilirlik ölçütü çerçevesinde, başvuran eşcinsel çiftin durumu ile eşlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmek istediği heteroseksüel bir çift ile benzer olduğuna karar vermiştir.

AİHM, Avusturya hukukunda bir eşin diğer eşin çocuğunu evlat edinmesinin heteroseksüel çiftler için mümkün olduğunu, bu konuda eşcinsel çiftler ile heteroseksüel çiftler arasında ayırım yapıldığı belirtmiştir. Medeni Kanun'un 182/2 maddesi ile eşcinsel çiftlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesinin yasaklandığını bu nedenle de davaya özel şartlar değerlendirilmeksizin talebin reddedildiğini vurgulamıştır.

AİHM, 14. madde incelemelerinde kullandığı bir başka önemli uygulamaya atıfta bulunarak, 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağının her ne kadar sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerle sınırlı ise de, aynı zamanda

²⁹⁴ 26.05.2002, 36515/97 ve 43546/02 numaralı Frette/Fransa davası.

²⁹⁵ 22.01.2008 tarihli, 43546/02 numaralı E.B/ Fransa davası.

²⁹⁶ 15.06.2012 tarihli, 25951/07 numaralı Gas ve Dubois/Fransa davası.

²⁹⁷ 26.05.2002, 36515/97 ve 43546/02 numaralı Frette/Fransa davası.

²⁹⁸ 22.01.2008 tarihli, 43546/02 numaralı E.B/ Fransa davası.

bu maddelerin koruma alanında olması şartı ile devletlerin kendi istekleri ile korumaya aldıkları ek haklar içinde geçerli olduğunu belirtmiştir.

Avusturya hukuku heteroseksüel çiftlerden birinin diğerinin çocuğunu evlat edinmesi hakkını tanıyorken, eşcinsel çiftlere bu hakkın tanınmamasının meşru bir amacı olup olmadığı ve ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan yöntemin orantılı olup olmadığını araştırmıştır. AİHM, Avusturya hükümeti tarafından ileri sürülen, karşıt cinsiyetlerden oluşan ailelerin çocuğun gelişimi için uygun olduğu kabulüyle, geleneksel anlamda aileyi koruma istediğinin, meşru bir amaç olduğu kanaatindedir.

AİHM, aynı zamanda AİHS'in yaşan bir belge olma niteliği ve güncel şartlar dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini belirtir. AİHM'e göre, cinsiyet ve cinsel yönelim gibi devletlerin takdir alanının dar olduğu ayrımcılık temellerine dayalı muamele farklılıklarında sadece amacın meşru olması yeterli değildir, aynı zamanda bu amaca ulaşmak için alınan tedbirin – eşcinselleri söz konusu tedbirin uygulama alanı dışında bırakmak- zorunlu olması gerekir. AİHM, söz konusu başvuruda, geleneksel aile yapısı ile cinsel azınlıkların hakları arasında denge kurmanın gerekliliğine ve zorunluluğuna işaret eder.

AİHM kararında, AİHS'in 8. maddesi ile birlikte 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

4. Vallianatos ve Diğerleri/Yunanistan Davası

Başvurucular Yunan vatandaşı Grigoris Vallianatos ve Nikolaos Mylonas ile C.S, E.D, K.T, M.P, A.H., D.N ve Atina'da yerleşik bir tüzel kişi olan Synthessi Information Awereness Raising and Research Association'dır. Başvurucular, 3719/2008 sayılı "Aile, Çocuklar ve Topluma Yönelik Reformlar" başlıklı kanunla getirilen, "medeni birliktelikler" ile ilgili düzenlemenin sadece farklı cinsiyetten olan yetişkinler için geçerli olmasının, özel hayat ve aile hayatına saygı haklarını ihlal ettiğini ve farklı cinsiyetten olan çiftler ve hemcins olan kişiler arasında ayrımcılık oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir.²⁹⁹

²⁹⁹ 7.11.2013 tarihli, [29381/09](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-128294%22%7D) ve 32684/09 numaralı Vallianatos ve Diğerleri/Yunanistan davası kararı (çevrimiçi), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-128294%22%7D>, erişim tarihi: 20.03.2019.

Söz konusu kanunun açıklayıcı raporuna göre, medeni birliktelik müessesisi sosyal bir gerçektir ve kanun ile ilgili kişilerin birliktelikleri evlilik ile öngörülen durumlardan daha esnek ve aynı zamanda yasal bir şekilde kayıt altına alınacaktır.

Başvuran sekiz Yunan vatandaşından bir kısmı çift olarak birlikte yaşamakta, bir kısmı ise ayrı yaşamaktadır. Söz konusu kanunun, sadece heteroseksüel çiftler için “medeni birliktelik” öngörmesi ve eşcinsel çiftleri kapsama almaması nedeniyle, bu durumun kendilerine yönelik bir ayrımcılık olduğu iddiası ile şikâyetle bulunmuşlardır.³⁰⁰ Başvuruculara göre; söz konusu kanun, evliliği aile hayatının tek resmi kurumu olmaktan çıkarırken, aynı cinsiyetten olan çiftleri kapsam dışında bırakmış, onlara karşı çekimser hatta düşmanca bir tavır sergileyerek, eşcinsellik ile ilgili olarak negatif bir algı uyandırmaktadır. Başvurucular ayrıca Yunanistan’ın “medeni birliktelik” müessesini düzenlerken eşcinsel çiftleri kanun dışında tutan tek Avrupa ülkesi olduğunu vurgulamışlardır.

Mahkeme davayı öncelikle 14. maddenin 8. madde ile bağlantısı açısından ele almıştır. Mahkeme, özel hayat ve aile hayatı alanında cinsel yönelime dayalı ayrımcılık iddialarının incelendiği birçok davaya atıf yapmıştır. Bu davalardan bir kısmı sadece 8. madde kapsamında incelenmişken³⁰¹ diğerleri 8. madde ile birlikte 14. madde altında ele alınmıştır.³⁰²

Mahkeme, başvuru çiftlerin ilişkilerinin, farklı cinsiyetten kişilerin ilişkileri gibi “özel hayat” ve “aile hayatı” kavramı kapsamına girdiği kanaatindedir.

³⁰⁰ Başvurucular şikâyetlerinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 22.11.2010 tarihli, 30141/04 numaralı Schalk ve Kopf/Avusturya davası kararına atıfta bulunmuşlardır. Karar; istikrarlı bir fiili birliktelik yaşayan ve aynı evi paylaşan hemcins çiftlerin beraberliklerinin de “aile birliği” kavramının içinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkindir. Kararın tam metni (çevrimiçi), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-99605%22%7D>, erişim tarihi: 20.03.2019.

³⁰¹ Bkz; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin eşcinsel yetişkinler arasındaki cinsel ilişkilerin ceza hukuku kapsamında yasaklanması ile ilgili olarak; 24.02.1983 tarihli, 7525/76 numaralı Dudgeon/Birleşik Krallık davası, 26.10.1988 tarihli, 10581/83 numaralı Norris/İrlanda davası, 22.04.1993 tarihli, 15070/89 numaralı Modinos/Kıbrıs davası, eşcinsel kişilerin ordudan atılması ile ilgili olarak 27.12.1999 tarihli, 33985/96 ve 33986/96 numaralı Smith ve Grady/Birleşik Krallık davası.

³⁰² Bkz; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin eşcinsel ve heteroseksüel ilişkiler için farklı rıza yaşı uygulaması ile ilgili olarak; 9.04.2003 tarihli, 39392/98 ve 39829/98 numaralı L ve V/Avusturya davası, çocuğun velayetini alma ile ilgili olarak 21.12.2000 tarihli 33290/96 numaralı Salgueiro da Silva Mouta/Portekiz davası, evlat edinme ile ilgili olarak 26.05.2002, 36515/97 ve 43546/02 numaralı (Büyük Daire) Frette/Fransa davası, 15.06.2012 tarihli, 25951/07 numaralı Gas ve Dubois/Fransa davası, partnerin sosyal güvencesinden yararlanabilme hakkı ile ilgili olarak 18984/02 numaralı P.B. ve J.S./Avusturya davası.

Mahkeme olayda, birlikte yaşanan başvuruçular ile mesleki ya da sosyal nedenlerle ayrı yaşayan başvuruçular arasında da bir ayırım yapmaya gerek görmemektedir.

Mahkemeye göre olayda incelenmesi gereken konu, sözleşmenin 14. ve 8. maddeleri açısından, Yunanistan'ın evlilik müessesesi dışında, evli olmayan farklı cinsiyetten kişilerle sınırlı olarak yani aynı cinsiyetten kişileri dışarda bırakarak getirdiği yeni sistemi içeren bir kanun yapma yetkisi olup olmadığı hususudur.

Mahkeme öncelikle içtihatları ile getirdiği prensiplere değinmiş ve 14. madde kapsamında bir inceleme yapılabilmesi için benzer durumdaki kişilere yapılan farklı bir muamelenin söz konusu olması ve bu farklılığın objektif ve makul bir gerekçesi olması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle mahkeme başvuruçuların durumu ile farklı cinsiyetten kişilerin durumunu karşılaştırarak farklı muamele olup olmadığını incelemiş ve kanunun aynı cinsiyetten olan çiftleri dışarıda bırakarak ilgili kişiler açısından “cinsel yönelime dayalı” farklılık yaratıldığını tespit etmiştir.

Mahkeme ikinci olarak bu farklılığın meşru bir amaca dayanıp dayanmadığı ve orantılı olup olmadığı hususunu incelemiştir. Mahkeme geleneksel anlamda ailenin ve evlilik dışı çocuğun çıkarlarının korunmasının, muamelede farklılığı haklı çıkarabilecek ciddi ve meşru bir amaç olduğunu kabul etmektedir.

Mahkeme yerleşik içtihatları ışında bu uygulamanın orantılı olup olmadığını araştırmıştır. Mahkemeye göre, cinsiyet ve cinsel yönelime dayalı farklı muamelenin söz konusu olduğu durumlarda, devletlerin takdir yetkisi dardır ve “eşcinsel kişilerin” söz konusu kanun uygulamasından hariç tutulmasının zorunlu olduğunun ispatlanması şarttır.³⁰³ Mahkeme Yunanistan devletinin söz konusu kanunun kapsamına hemcins çiftleri almamasına ciddi ve inandırıcı gerekçeler sunmadığı ve sözleşmenin 14. maddesinin 8. madde ile beraber ihlal edildiği kanaatine ulaşmıştır.

C. Cinsiyet Değiştirme Nedeniyle Farklı Muamele Yapılmasına İlişkin Kararlar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenen cinsiyet değiştirme operasyonlarıyla ilgili davalardaki esas hukuki sorun, transseksüellerin yeni

³⁰³ 24.07.2003 tarihli 40016/98 başvuru numaralı Karner/Avusturya ve 02.06.2010 tarihli 13102/02 numaralı Kozak/Polonya davası kararları.

cinsiyetlerinin tanınması ve resmi kayıtların buna uygun olarak değiştirilmesini talep etme haklarının, sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen “özel hayata saygı hakkı” kapsamına girip girmediğidir.

Mahkeme Rees/Birleşik Krallık³⁰⁴ ve Cossey/Birleşik Krallık³⁰⁵ kararlarında, Avrupa’da devletler arasında bu konuda bir anlayış birliği bulunmadığını belirtmiştir. 1998’de Sheffield ve Horsham kararında,³⁰⁶ bu konuda bazı yasal düzenlemeler mevcut olsa da, transseksüelliğin bilimsel, ahlaki, hukuki ve sosyal sorunlara neden olmaya devam ettiğini ve taraf devletler arasında bir görüş birliğine ulaşılamadığını tespit etmiştir. Ancak mahkeme 2002 yılında vermiş olduğu Goodwin/Birleşik Krallık davası³⁰⁷ kararında artık bu hakkın 8. madde kapsamına girdiğine karar vermiştir.³⁰⁸

1. Rees/Birleşik Krallık Davası

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 1986 yılında vermiş olduğu Rees/Birleşik Krallık Davası’nda, kadınsal cinsiyet değiştirerek erkek olan transseksüel başvuran, Birleşik Krallık hukukunun kendisinin mevcut durumuna uygun bir hukuki statü sunamamasından şikayetçidir.³⁰⁹

Başvuran Mark Nicholas Alban Rees, 1942 yılında biyolojik ve fiziksel olarak kadın cinsiyetinin tüm özelliklerini taşıyarak, bir kadın olarak dünyaya gelmiştir. 1986 yılında ameliyatla erkek olan başvuru, ameliyattan sonra kendisine erkek kimliği verilmemesi ve bir kadınla evlenme hakkı tanınmaması sebebi ile şikayetçi olmuştur.

Mahkeme, sözleşmenin 8. maddesi açısından değerlendirme yaparken, bu maddenin asıl hedefinin kamu makamlarının keyfi uygulamalarının önüne geçilmesi

³⁰⁴ 17.10.1986 tarihli, 9532/81 numaralı Rees/Birleşik Krallık davası.

³⁰⁵ 27.09.1990 tarihli, 10843/84 numaralı Cossey/Birleşik Krallık davası.

³⁰⁶ 30.07.1998 tarihli, 31–32/1997/815–816/1018–1019 başvuru numaralı Sheffield ve Horsham/Birleşik Krallık davası.

³⁰⁷ 11.07.2002 tarihli, 28957/95 numaralı Goodwin/Birleşik Krallık davası.

³⁰⁸ Ali Rıza Çoban, “Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 57, sayı 3, 2008, s. 125, 126.

³⁰⁹ 17.10.1986 tarihli, 9532/81 numaralı Rees/Birleşik Krallık davası.

olduğunu belirtmiş, ancak devlete takdir alanı içinde pozitif yükümlülükler yüklediğini eklemiştir. Mahkemeye göre; birçok devlet transseksüellere yeni kimliklerine uyacak şekilde, şahsi statülerini değiştirme imkanı vermektedir. Davada mahkeme, cinsiyet değiştiren kişilerin nüfus kütüğüne yeni cinsiyetleri ile kaydolmaları ile ilgili olarak, devletin takdir payının geniş olduğunu ve sözleşmecî devletler arasında bu konuda bir mutabakat olmadığını belirtmiştir.

Mahkeme, başvuranın tıbbi giderlerinin devlet tarafından karşılandığına, başvuranın talep ettiği değişikliklerin nüfus kayıt sisteminde büyük ve köklü değişiklikler gerektirmesi sebebi ile söz konusu durumun aile hukuku ve miras hukuku gibi konularda önemli idari sonuçlar doğuracağına ve bu nedenle de üçüncü kişilere yeni görevler yükleyeceğine dikkat çekmiştir.

Tüm bu değerlendirmeler neticesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediği kanaatine varmıştır. Ayrıca mahkeme kararında transseksüellerin sorunlarının farkında olduğunu belirterek, bilimsel ve toplumsal gelişmeler ışığında gerekli tedbirlerin incelenmeye devam edilmesini tavsiye etmiştir.

Mahkeme aynı kararda 12. maddenin de ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme, kararın gerekçesinde, devletlerin evlenme hakkını düzenleme yetkisine sahip olduğunu ve sözleşmenin 12. maddesinde atıf yapılan geleneksel evlilik kavramının, karşı biyolojik cinslerin bir araya gelmesine dayalı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, taraf devletlerin doğum belgelerinde transseksüellerin yeni cinsiyetine göre bir değişiklik yapma yükümlülüğü olmağı kanaatindedir.

2. Hämäläinen/Finlandiya Davası

Başvurucu erkek olarak doğmuş ve 1996 yılında bir kadın ile evlenmiştir. Çiftin 2002 yılında bir çocukları olmuştur. 2009 yılında ise başvuru cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmiştir.³¹⁰

³¹⁰ 16.07.2014 tarihli, ve [37359/09](#) numaralı Hämäläinen/Finlandiya davası.

Finlandiya hukukunda evlilik sadece farklı cinsiyetler arasında hukuken mümkündür. Aynı cinsiyetten kişilerin evlilik yapmaları mümkün değildir ancak medeni birliktelik sözleşmesi yapmaları mümkündür.

Başvurucu ismini değiştirmesine rağmen, evliliğini medeni birlikteliğe dönüştürmeden ya da boşanmadan kadın kimlik numarası alamamıştır. Başvurucu bu nedenlerle, sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Mahkeme sözleşmenin, sözleşmeciler devletlere hemcinsler arası evliliğe izin verme yükümlülüğü getirmediğini belirtmiştir. Büyük daire aynı cinsiyetten kişiler arası evliliğe izin verilmesi hususunda ve daha önce var olan bir evlilik durumunda cinsiyet değişikliği ile ilgili olarak Avrupa'da ortak bir uygulama olmadığını belirtmiştir.

Mahkeme, cinsiyet tanınması hususunda, devletlerinin birçoğunun mevzuatı olmadığını belirterek cinsiyet değişikliği sonrasında yeni cinsiyetin hukuken tanınması hakkında kanun düzenlemesi yapıp yapmaması hususunda ve devletin müdahalesi durumunda kamu menfaatleri ile özel menfaatler arasında denge sağlamak amacıyla koyacağı kurallar hakkında Finlandiya devletine geniş takdir payı verilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Mahkemeye göre; başvurunun kimlik numarasındaki hata her ne kadar sosyal hayatta sıkıntılar yaratıyor olsa da, eşinin rızası ile söz konusu evliliği kayıtlı birlikteliğe dönüştürme imkanı mevcuttur. Evlilikle hemen hemen aynı yasal koruma şartlarına sahip kayıtlı birliktelik durumu orantısız bir düzenleme olmadığı gibi, başvurucuya etkileri açısından da orantısız değildir.

Bu nedenlerle mahkeme 14. maddenin 8. madde ile birlikte ele alındığından ihlal edilmediğine hükmetmiştir.³¹¹

3. Christine Goodwin/Birleşik Krallık Davası

Başvuran, cinsiyet değişikliği durumunun hukuki olarak tanınmamasından ve iş, sosyal güvenlik, emeklilik ve evlenme hakları bakımından bir transseksüel olarak karşılaştığı muameleden Birleşik Krallık aleyhine şikayetçi olmuştur.³¹²

³¹¹ 16.07.2014 tarihli, ve [37359/09](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_TUR.pdf) numaralı Hämäläinen/Finlandiya davası, (çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_TUR.pdf, erişim tarihi 15.03.2019

Mahkeme kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, transseksüellerin toplum tarafından kabullenilmesi ve cinsiyet değiştirenlerin yeni cinsel kimliklerinin hukuki olarak tanınması konusunda, uluslararası alanda olumlu bir eğilim mevcuttur. Mahkeme başvuranın cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınması ile kamu yararı arasındaki dengeyi dikkate almıştır. AİHM bu davada, başvuranın bireysel menfaatlerinin üzerinde ve daha önemli bir kamu yararı olmadığı ve adil denge kavramının bu davada başvuranın lehine olduğu kanaatindedir. Mahkeme ayrıca sözleşmenin 12. maddesinin de ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme transseksüel evliliklerin şartlarını ve usullerini belirleme yetki ve görevinin devlete ait olduğunu belirterek, hiçbir gerekçenin transseksüel bireylerin evlenme hakkından yararlanmalarını engellememesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme söz konusu davada özel hayatın ve ailenin korunması hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir, 14. maddenin ihlal edilmiş olup olmadığı konusunda ayrıca bir karar vermemiştir.

³¹² 11.07.2002 tarihli, 28957/95 numaralı Goodwin/Birleşik Krallık davası.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA CİNSİYET VE CİNSEL YÖNELİM

TEMELİNDE AYRIMCILIK

I. Cinsiyet ve Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık Düzenlemeleri

Türk hukuk sisteminde ayrımcılık yasağını içeren en önemli düzenleme Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan “Kanun Önünde Eşitlik” hükmüdür.

Türk hukukunda, cinsiyetler arasında eşitliğin sağlanabilmesinin temel iki dayanağı, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan “cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı” ve Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen “sosyal devlet ilkesi” olarak gösterilebilir.³¹³

1982 Anayasası'nın 10. maddesi “Kanun Önünde Eşitlik” düzenlemesini içermektedir. Madde; 2004 ve 2010 yıllarında yapılan değişiklikler ile kapsam bakımından genişletilmiş ve güçlendirilmiştir. Madde hükmü şöyledir;

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

³¹³ Zafer Gören, “Genel Eşitlik İlkesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c. 22, sayı 3, 2016, s. 3286.

Madde metni incelendiği zaman; ilk fıkrada ayrımcılık nedenlerinin sınırlı olarak sayılmadığı ve “benzeri sebepler” ifadesi kullanılarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesine benzer bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.³¹⁴

Anayasa’nın eşitlik ilkesini ayrı bir hak olarak düzenlediği ve ikinci fıkrada kadınlar, üçüncü fıkrada ise farklı gruplar lehine pozitif ayrımcılık yükümlülükleri getirildiği görülmektedir.³¹⁵ İkinci fıkra 2010 yılında eklenen “bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olamayacağı” ibaresi, cinsiyet temelinde ayrımcılık açısından devlete kadın-erkek eşitliğini sağlama yönünde pozitif bir yükümlülük getirmektedir. Üçüncü fıkra ise görünüşte olumlu bir düzenleme olmakla birlikte, madde metninde sayılmayan diğer güçsüz ve azınlıkta kalan gruplar açısından olumsuz bir nitelik taşımaktadır.³¹⁶ Cinsel yönelim de, bu fıkrada sınırlı sayıda sıralanan ayrımcılık nedenlerinden biri olmaması sebebi ile bu kapsamdadır. Türk hukukunda, Anayasa’da ve kanunlarda eşcinsel, transseksüel ve travesti bireylerin insan haklarına çok fazla değinilmediği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı arasındaki bağı bir kararında şu şekilde açıklamıştır; “Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir.”³¹⁷

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu Kanunu’nun³¹⁸ 3. maddesinde “cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik

³¹⁴ Bkz; Anayasa Mahkemesi’nin 4.11.1986 tarihli, 1986/11, K. 1986/26 sayılı kararında; “Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasada yer alan en önemli kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Bu kural 1982 Anayasasında 1961 Anayasasına nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki; eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. ‘Benzeri sebeplerle’ de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır...” denilerek benzer sebepler kavramı açıklanmıştır.

³¹⁵ Duvan, **a.g.m.**, s.55

³¹⁶ Selda Çağlar, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, sayı 3, 2012, s. 49.

³¹⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 25.06.2014 tarihli 2014/256 başvuru numaralı kararı.

³¹⁸ (Çevrimiçi), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf>, erişim tarihi:20.03.2019.

köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş” temellerine dayalı ayrımcılık açıkça yasaklanmış, 4. maddesinde ise ayrımcılık türleri “ayrı tutma, ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama, çoklu ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, işyerinde yıldırma, makul düzenleme yapmama, taciz, varsayılan temele dayalı ayrımcılık” olarak sayılmıştır. Kanunda ayrıca ayrımcılık yasağının kapsamı da açık olarak düzenlenmiştir.

İş ilişkilerinde ayrımcılık yasağını düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu’nun, 5. maddesi “Eşit Davranma İlkesi” başlığını taşır ve cinsiyet ayrımcılığı kanun metninde açıkça ifade edilmiştir.³¹⁹ Madde metninde “dil, ırk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı” belirtilmiştir. Cinsel yönelim temelinde ayrımcılık, madde metninde açıkça sayılmadığından, “benzeri nedenler” içinde değerlendirilmelidir.

Türkiye’de halen büyük bir sorun olan ve ayrımcılığın bir türü olarak kabul edilen aile içi şiddetin önlenmesi amacıyla hazırlanan ilk kanun 4320 sayılı Ailenin Korunması Hakkındaki Kanun’dur. Söz konusu kanunun aile içi şiddet sorununu çözmekte yetersiz kalması, kadına yönelik şiddet olaylarının hızla artması üzerine 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 20 Mart 2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.³²⁰ Kanun, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

³¹⁹ Eşit davranma ilkesi, Madde 5 – (Ek: 6/2/2014-6518/57 md.) “İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

³²⁰ (Çevrimiçi), <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120320-16.htm>, erişim tarihi:05.05.2019.

Türkiye, ayrımcılık yasağı düzenlemeleri içeren pek çok uluslararası sözleşmeyi de imzalamış ve onaylamıştır. Anayasa'nın 90. maddesi "Milletlerarası Adlaşmaları Uygun Bulma" başlığını taşımaktadır. 2004 yılında yapılan değişiklik ile kanun maddesinin son fıkrası aşağıdaki gibi değişmiştir;

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

Bu maddeye göre, yargı makamları önüne gelen bir uyuşmazlıkta, uygulanması gereken mevzuat hükümleri herhangi bir ayrımcılık unsuru içeriyor ise, yürürlükte bulunan mevzuat yerine, Türkiye'nin iç hukukunun bir parçası olan ve usulüne uygun olarak onaylanmış uluslararası sözleşmeler uygulanabilecektir.³²¹

II. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Cinsiyet ve Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık

Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri düzenlenmiş ve 2010 yılında eklenen bir fıkra ile "Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır." hükmü getirilmiştir.³²²

Anayasa Mahkemesi kararına karşı ayrımcılık sebebi ile bireysel başvuru yoluna hangi koşullar altına başvurulabileceğine ilişkin bir değerlendirme yapabilmek için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını dikkate almak gerekmektedir.³²³ Anayasa Mahkemesi, itiraz yolu ve iptal davaları çerçevesinde

³²¹ Ulaş Karan, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesi'nin Uygulanabilirliği", **TBB Dergisi**, sayı 73, 2007, s. 147.

³²² (Çevrimiçi), <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, erişim tarihi:01.05.2019.

³²³ Duvar, **a.g.m.**, s. 62.

verdiği kararlarında, aynı hukuksal statüde olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağını, değişik hukuksal statülerde olanların ise değişik kurallara bağlı tutulacağını ve bu durumun anayasaya aykırılık oluşturmayacağını, eşitlik ilkesini de ihlal etmeyeceğini kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre aynı hukuksal durumda bulunan kişiler açısından da “kamu yararı” gibi “haklı gerekçeler” ile istisnai olarak farklı muamelenin söz konusu olması mümkündür.³²⁴ Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ayırım ölçütü olarak “kamu yararı”, ayırım amacı olarak ise “haklı neden” aramaktadır.³²⁵

Mahkeme kanun önünde eşitlik ilkesine haklı neden ölçütü ile bir istisna getirmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarında “haklı neden”in genel olarak, iptali talep edilen kanun maddesi ve kanunun amacında arandığı söylenebilir.³²⁶

Anayasa Mahkemesi, farklı muamelenin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığını araştırırken, farklı muamelenin; “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili”, “makul ve adil” olması gibi ölçütlerden faydalanmış ve kararlarında da bu ölçütlere atıf yapmıştır.³²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin medeni haklardan yararlanmada cinsiyet temelinde ayrımcılıkla ilgili olarak önüne gelen davalarda bu hukuki kriterlerin zaman zaman dışında çıktığı görülmektedir.³²⁸

Anayasa Mahkemesi 29.11.1990 tarihli, 1990/30 E. ve 1990/31K. sayılı kararında kadın-erkek eşitliğini şöyle yorumlamıştır; “Kadın erkek eşitliği, kadının erkekle eşit konuma getirilmesi olarak yorumlanmalıdır. Bunun aksi, yani erkeğin, daha kısıtlı hakları olan kadınla eşit duruma getirilmesi eşitlik kuralını olumsuz yönde yorumlama ve uygulama anlamına gelir. Oysa, kadın-erkek eşitliğinin amacı,

³²⁴ A.g.m., s. 58.

³²⁵ Gören, a.g.m., s. 3282, Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 31.10.1991 tarihli 1991/24 E., 1991/40 K. Sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2f6f969f-7781-4a8d-85d2-53e8c84d945f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi: 01.05.2019.

³²⁶ Çağlar, a.g.m., s. 52.

³²⁷ A.g.m., s. 55. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 31.10.1991 tarihli 1991/24 E., 1991/40 K. Sayılı kararı; “Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının anlam ve öneminin tüm ağırlığını taşıyan "haklı neden" ve "kamu yararı" kavramlarına, öğretide, eşitliği bozduğu ileri sürülen sınıflandırma ya da ayırımı, a) anlaşılabilir, b) amaçla ilgili, c) makul ve adil olması ölçütleriyle hukuksal biçim ve içerik kazandırılmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır, denebilir. Çünkü, eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmamakta ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olmaktadır. Başlangıçta var olan uyum içindeki bu koşullar, zamanla aralarındaki bağın çözülmesi halinde de Anayasa kurallarına aykırı hale gelebilirler.”

³²⁸ A.e. s. 56.

her iki cinsin benzer ancak eşit olmayan yönlerinin olumlu doğrultuda hukuksal olarak eşit duruma getirilmesidir. Kuşkusuz, benzemeyen yönleri için yapılan farklı hukuksal düzenlemeler -örneğin kadına doğum izni verilmesi gibi- bu eşitliği etkilemez. Zira kadın ve erkeğin benzemeyen yönlerine ilişkin hukuk kurallarının amacı, eşitliği sağlamak değil; her iki cinsin farklı özelliklerine hukuksal alanda çözüm getirmektir.”³²⁹

Kadına karşı cinsiyet ayrımcılığı ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlardan en önemlisi kadının soy ismine ilişkin karardır. Türk Medeni Kanunu’nun “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir” hükmünü düzenleyen 187. maddesine ilişkin olarak yapılan Anayasa’ya aykırılık iddiasına ilişkin olarak; eski Medeni Kanunu’nun 153. maddesi ile ilgili verdiği kararı tekrar etmiş, Anayasa’ya aykırılık bulunmadığını belirtmiştir.³³⁰

Söz konusu karar, evlilik kurumunun iki parçası olan, aynı statüde ve eşit olduğu kabul edilen kadın ve erkek açısından, Anayasa Mahkemesi’nin içtihat niteliğindeki “aynı hukuksal statüde olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağı, değişik hukuksal statülerde olanların ise değişik kurallara bağlı tutulacağı” ilkesi ile de çelişmektedir.³³¹

Anayasa Mahkemesi kararında; “Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” kuralının aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiğini belirtmiştir. Kararda, kanun hükmünde yer alan kadın aleyhine eşitsiz bu düzenlemenin, kamu düzeninin sağlanabilmesi için bir gereklilik olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin, kadının kendi soy ismi üzerinde hak sahibi

³²⁹ Bkz. Anyasa Mahkemesi’nin 29.11.1990 tarihli, 1990/30 E., 1990/31K. sayılı kararı, (çevrimiçi), <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/6604a41a-c3e9-4b6f-bcb7-65def934b994?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi:01.05.2019.

³³⁰ Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 10.03.2011 tarih, 2009/85E., 2011/49K.sayılı kararı.

³³¹ Çağlar, **a.g.m.**, s. 58., Anayasa Mahkemesi’nin 4.10.2006 tarihli, 2002/157 E.,2006/97 K. sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/7ae11425-372f-4a37-a821-7887384261c3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi:01.05.2019.

olduğu gerçeğini ikinci sıraya atarak, kadını “ailenin bağlarının güçlendirilmesi ve korunması” konusunda yükümlü eş olarak değerlendirdiği görülmektedir.³³² Ancak kararın önemli kabul edilebilecek bir özelliği, 8 üyenin kabul, 9 üyenin red oyu kullanmış olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarına da atıf yaparak, soy isim değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceğini; ulusal kanun koyucunun bu sınırlamaları kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir.³³³

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında ayrımcılık yasağını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıf yaparak tanımlamıştır. Bireysel başvurularda eşitlik ilkesine aykırılık ve ayrımcılık iddiaları, konu bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa hükümleri birlikte değerlendirilerek, her iki metnin ortak koruma alanı dikkate alınarak sonuçlandırılmalıdır.³³⁴ Ayrımcılığı genel olarak yasaklayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 12 Numaralı Protokol, henüz Türkiye tarafından onaylanmadığından, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bağımsız olarak ele alınamaz.³³⁵

Anayasa Mahkemesi’ne göre; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına benzer şekilde, başvurucunun ayrımcılık iddiasının kabul edilebilir olması için,

³³² **A.g.m.**, s. 57., Anayasa Mahkemesi’nin 10.03.2011 tarih, 2009/85E., 2011/49K.sayılı kararı.

³³³ Mahkeme 8.12.2011 tarihli, 2010/119 E., 2011/165 K. sayılı kararında ise AİHS’e atıf yaparak; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da çok geçerli nedenlerin varlığı dışında, yalnızca cinsiyete dayalı bir farklı muamelenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği kabul edilmektedir...Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa’nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.” şeklinde bir sonuca ulaşmıştır.

³³⁴ Bkz. Anayasa Mahkemesi, Başvuru No. 2013/997, 15.10.2014 tarihli kararı; “Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa’da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir.”

³³⁵ Çağlar, **a.g.m.**, s. 63., Anayasa Mahkemesi’nin 15.11.2017 tarihli, 2016/132 E., 2017/157 K. sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cf523e57-2938-4ea2-88ec-758a305f7f98?highlightText=farkl%C4%B1%20muamele&excludeGerekce=False&wordsOnly=False> erişim tarihi:01.05.2019.

öncelikle kendisiyle benzer durumda olanlardan farklı bir muameleye tabi tutulmuş olması ve bu farklı muamelenin de meşru bir nedeninin olmaması gerekmektedir.³³⁶

Anayasa'nın 10. maddesinde cinsel yönelim açıkça sayılmamış, benzeri sebepler ifadesi içinde değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları arasında, cinsel yönelime ilişkin kararların az sayıda da olsa mevcut olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında, "cinsiyet" gibi madde metninde açıkça sayılan ayrımcılık temelleri ile "cinsel yönelim" gibi madde metninde açıkça sayılmayan ayrımcılık temellerinin önem derecesinin birbirinden farklı olduğu kabul edilmiştir.³³⁷ Anayasa Mahkemesi din temelinde ayrımcılıkla bağlantılı bir kararında bu konudaki görüşünü açıklamıştır.³³⁸

A. İtiraz Davaları

Anayasa Mahkemesi'nin cinsiyet değişikliğine ilişkin olarak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesine ilişkin olarak vermiş olduğu iki karar önem arz etmektedir.³³⁹

Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından, Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin 2. fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile iptali talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi 2015/79 E. ve 2017/164 K. sayılı kararında itirazın reddine karar vermiştir.³⁴⁰

³³⁶ A.g.m., s. 63.

³³⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 26.6.2014 tarihli ve 2014/256 başvuru numaralı kararı, Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, c.32, 2015, s. 261.

³³⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 26.6.2014 tarihli ve 2014/256 başvuru numaralı kararı, paragraf 146; "Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında "*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep*" sebeplerine dayanılarak ayırım yapılamayacağı belirtildikten sonra fıkranın devamında "*benzeri sebeplerle*" de ayırım gözetilmeyeceği belirtilmiştir. Böylece Anayasa koyucu bazı türde farklı muamelelere özel önem vermiş ve ismen saymış, ayrıca aynı fıkra da, "*benzeri sebepler*"le ayırım yapılamayacağı esası getirilmiş olmakla, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır. Anayasa'nın ismen saydığı farklı muamele türlerini daha önemli gördüğü ve bu türlerde yapılan muamelelerin ancak "*çok önemli gerekçeler*" ileri sürüldüğü taktirde haklı kılınabileceği belirtilmelidir."

³³⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2017 tarihli, 2015/79 E. ve 2017/164 K. sayılı kararı ve 29.11.2017 tarihli, 2017/130 E. ve 2017/165 K. sayılı kararı.

³⁴⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 2015/79 E. ve 2017/164 K. sayılı kararı, (çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0c609e7e-58be-45f4-97b0-470caa6f3777?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi:01.05.2019.

Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinde düzenlenen cinsiyet değişikliği prosedürü, mahkemeden izin alınması, bu iznin sonucunda cinsiyet değişikliğinin gerçekleştirilmesi ve son olarak nüfus kaydının buna göre düzenlenmesi olarak üç aşamadan oluşmaktadır.³⁴¹ Anayasa Mahkemesi söz konusu itirazı, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesi, "Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı" başlıklı 17. maddesi ve "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20. maddeleri kapsamında değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında; transseksüel bir kişinin nüfus kaydının düzeltilmesini talep etmesinin, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı duyma hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğunu tespit etmiştir. Anayasa'nın 13. maddesi gereğince; "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Anayasa Mahkemesi aynı kararında, kanunla getirilen sınırlamaların, temel hakların kullanılmasını zorlaştırmaması gerektiğini ve kanunun hedeflediği amaca ulaşmasına engel olmaması veya etkisini azaltmaması gerektiğini belirtmiştir. Öze dokunmayan müdahaleler de aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerine uygun olmalıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre; cinsiyet değiştirme operasyonları, geri dönüşünün olmaması, kişilerin sağlığı açısından taşıdığı riskler, sıradan hale gelmemesi, nüfus kayıtlarının devletin hukuk düzeni açısından önem arz etmesi gibi nedenler ile devlet tarafından denetim altında

³⁴¹ Türk Medeni Kanunu, Madde 40- "Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.

Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir."

tutulmaktadır. Anayasa Mahkemesi kişilerin huzur ve refahının da kamu düzeni ile sağlanabileceğine değinmektedir.³⁴²

Mahkeme, itiraza konu kuralın, hem transseksüel yapıdaki kişilerin nüfus kaydını değiştirebilmesi için bu operasyonu geçirmesi yönünde bir yükümlülük getirdiğini, hem de bu operasyonu geçiren kişiler için nüfus kaydı değişikliğine olanak sağladığını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, kanun maddesi ile kişiler için, özel hayata saygı hakkına müdahale niteliğinde bir ameliyat olma zorunluluğu getirilmediğini vurgulamaktadır. Mahkemeye göre bu madde ile, sadece nüfus kaydının düzeltilmesi talebinde bulunabilmesi için bu operasyonun gerçekleştirildiğinin sağlık kurulu raporu ile kanıtlanması konusunda bir yükümlülük getirilmektedir. Kişilerin cinsiyet değişikliği yapma hakkına herhangi bir müdahale içermemektedir. Aksi halde kişinin biyolojik cinsiyeti ile nüfus kaydı arasında uyumsuzluk ortaya çıkacaktır ki, bu durumun hukuk düzeni ve toplumsal düzen açısından ortaya çıkaracağı sorunlar dikkate alındığında bu kuralın, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruma ve özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına ölçsüz bir müdahale olmadığı görülmektedir. Mahkeme tüm bu nedenlerle itirazın reddine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından aynı maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “üreme yeteneğinden yoksun bulunduğu” ibaresinin iptaline karar verilmesi talebini ise kabul ederek iptal etmiştir.³⁴³ Anayasa Mahkemesi’ne göre, kanun maddesinde mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesi, üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma şartı taşıdığından, üreme yeteneğine sahip olan transseksüel kişiler için ayrıca bir tıbbi bir müdahale zorunluluğu taşımaktadır. Oysa ki, bu kişiler cinsiyet değişikliği operasyonunun doğal sonucu olarak üreme yeteneğinden yoksun kalacaklardır. Üreme yeteneğinden tıbbi bir müdahale ile yoksun kalan kişiler açısından, cinsiyet değiştirme operasyonunun gerçekleşmemesi durumu, sonuçları açısından telafisi imkansız durumlar yaratabilecektir.

³⁴² Anayasa Mahkemesi’nin 2015/79 E. ve 2017/164 K. sayılı kararı.

³⁴³ Anayasa Mahkemesi’nin 29.11.2017 tarihli, 2017/130 E. ve 2017/165 K. sayılı kararı,(çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/541c15e5-cca0-4b1b-bee7-63fa0e24a29e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi:01.05.2019.

Bu nedenle mahkeme, 29.11.2017 tarih, 2017/130 E. ve 2017/165 K. sayılı kararı ile “...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığına ve iptaline karar vermiştir.

B. Bireysel Başvuru Kararları

1. M.K Anayasa Mahkemesi Başvurusu

Başvuran, cinsiyet değişikliğine izin verilmesi talebinin reddedilmesi sebebiyle, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiası ile 2015/13077 başvuru numarası ile Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuran; 1983 doğumlu, trans bir birey olup nüfus kayıtlarında cinsiyeti kadın olarak belirlenmiştir.³⁴⁴

Başvuran, ergenlik çağından itibaren psikolojik ve hormonal olarak erkekse davranışlar göstermesi nedeniyle, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Erişkin Cinsiyet Değerlendirme Konseyi tarafından takip edilmiş ve sağlık kurulu tarafından rapor oluşturulmuştur. Başvurucunun erkek cinsel kimliğini benimsediği, bu nedenle erkek bedenine geçmesinin ruh sağlığı açısından da uygun olduğu, kadın üreme yeteneğinin mevcut olduğu ve yapılacak cerrahi ve tıbbi tedavi sonucunda hem erkek hem kadın üreme yeteneğinden yoksun kalacağı tespit edilmiştir.

Başvuran, sağlık kurulu raporuna dayanarak, cinsiyet değişikliğine izin verilmesi talebi ile mahkemede dava açmış, davası üreme yeteneğinin bulunması nedeniyle, şartların oluşmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 31/3/2010 Tarihli ve Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılıkla Mücadele Etmek İçin Alınacak Önlemler Hakkında CM/Rec(2010)5 Sayılı Tavsiye Kararı³⁴⁵

³⁴⁴ (Çevrimiçi), <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/13077>, erişim tarihi:01.05.2019.

³⁴⁵ “IV. Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı (...)

Toplumsal cinsiyetin yeniden belirlenmesinin yasal olarak tanınması için gerekli olan, fiziksel nitelikli değişiklikler de dahil olmak üzere, ön koşullar, suiistimale yol açabilecek şartların kaldırılması için düzenli olarak gözden geçirilmelidir...

ile Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin 29/4/2010 Tarihli, Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılık Hakkında 1728 (2010) Sayılı Tavsiye Kararı'na³⁴⁶ atıf yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi, davayı öncelikle kabul edilebilirlik yönünden incelemiş, daha sonra esasa ilişkin incelemeye geçmiştir. Esasa ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi tarafından öncelikle “müdahalenin varlığı” ve söz konusu “müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı” değerlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, başvurunun cinsiyet değiştirme sürecinde, ameliyattan önce üreme yeteneğinden vazgeçmesini zorunlu kılan sterilizasyon (kısırlaştırma) operasyonuna yönlendirilmesinin, başvurunun maddi bütünlüğüne müdahale teşkil ettiği kanaatindedir.

Başvurunun cinsiyet değiştirme ameliyatına izin verilmesi talebini reddeden Mahkeme, 4721 sayılı Kanun'un 40. maddesine dayanmıştır.

4721 sayılı Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası şöyledir: "Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme

Üye Devletler, bir şahsın toplumsal cinsiyetinin yeniden belirlenmesinin, özellikle de resmi belgelerde ad ve toplumsal cinsiyet değişikliğinin süratle, saydam ve erişilebilir bir biçimde yapılabilmesi ve yaşamın tüm alanlarında yasal olarak tamamen tanınması için uygun tedbirleri almalıdırlar. Üye Devletler aynı zamanda, yerine göre, devlet dışındaki aktörlerin eğitim veya çalışma izinleri gibi önemli belgelerde de benzer tanımayı ve değişiklikleri kabul etmelerini temin etmelidirler. (...)

VII. Sağlık

Üye Devletler transgender bireylerin, toplumsal cinsiyetin yeniden belirlenmesiyle ilgili, transgender sağlık hizmetleri alanındaki psikolojik, endokrinolojik ve cerrahi uzmanlık hizmetleri dahil olmak üzere, uygun hizmetlere, makul sayılamayacak koşullara maruz bırakılmadan, etkili bir biçimde erişimini sağlamak üzere gerekli tedbirler almalıdırlar. Hiç kimse, rızası alınmadan cinsiyet değişikliği prosedürlerine tabi tutulmamalıdır.”

³⁴⁶ “...Trans kişiler, Avrupa Konseyi'ne üye birçok devlette, ayrımcı tutumlardan ve cinsiyet geçiş terapisi almadaki ve yeni cinsiyetlerinin yasal olarak tanınmasındaki engellerden kaynaklanan bir ayrımcılık döngüsü ile haklardan mahrum bırakılmayla karşı karşıyadırlar. Bunun bir sonucu da, trans kişiler arasında nispeten yüksek intihar oranıdır. (...)

Sonuç olarak, Meclis üye devletleri bu konuları ve özellikle şunları ele almaya çağırmaktadır: (...) Trans kişilerin karşı karşıya kaldığı belirli ayrımcılıkların ve insan hakları ihlallerinin üzerine gitmek; bilhassa yasada ve uygulamada onların aşağıdaki haklarını temin etmek, (...)

Daha önceden kısırlaştırma veya cinsiyet değiştirme ameliyatı veya hormon tedavisi dahil olmak üzere diğer tıbbi prosedürleri geçirme yükümlülüğü olmaksızın, bir bireyin tercih ettiği cinsiyet kimliğini yansıtan resmi belgeler,

Cinsiyet değiştirme tedavisine erişim ve sağlık hizmeti alanlarında eşit muamele.”

yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır."

Anayasa Mahkemesi'ne göre, söz konusu kanun hükmü, kamu düzeni açısından gereklidir, ayrıca ameliyatın geri dönüşü yoktur ve sağlık açısından da riskler taşımaktadır. Bu sebeplerle söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 17. maddesi ve Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde meşru bir amaca dayalı olduğu sonucuna varılmıştır. Kanuni dayanağı bulunan ve meşru bir amaca dayanan bu düzenlemenin ihlal teşkil etmemesi için aynı zamanda belirli kriterleri sağlaması gerekmektedir. Bunlar Anayasa Mahkemesi tarafından; demokratik toplum düzeninde gereklilik, hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük olarak belirlenmiştir.

Başvuru, başvurunun cinsiyet kimliğini belirleme özgürlüğüyle ilişkilidir. Türk hukuk sisteminde cinsiyet değişikliği için öncelikle mahkemeden izin alınması, mahkemenin verdiği izin ile yapılan cinsiyet değiştirme ameliyatının ardından nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinin değiştirilmesi ve hukuki tanınmanın sağlanması söz konusudur.

Üreme yeteneğine sahip transseksüel kişiler açısından "cinsiyet değişikliği" için mahkeme tarafından izin verilebilmesinin bir şartı da üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olmalarıdır. Yani kısırlık şartı cinsiyet değiştirme ameliyatı için şart olarak düzenlenmiştir. Söz konusu kısırlaştırma- sterilizasyon ameliyatı ise ergin kişinin rızası ile mümkündür.

Anayasa Mahkemesi tarafından 29/11/2017 tarihinde 4721 sayılı Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında³⁴⁷ geçen "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu ... " ibaresinin başvuran açısından gerekli olmayan bir müdahale niteliğinde olduğu ve bu sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin varlığı söz konusu olmadığından, ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşıdığı

³⁴⁷ 4721 Sayılı Kanun'un son hali aşağıdaki gibidir;

"Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu (...)bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır."

20/3/2018 tarihli ve 30366 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 29/11/2017 tarihli ve E.: 2017/130, K.: 2017/165 sayılı Kararı ile, bu maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu..." ibaresi iptal edilmiştir.

kanaatine ulaşılmıştır. Söz konusu hükmün, Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğini belirterek, yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

2. Nurcan Yolcu Anayasa Mahkemesi Başvurusu

2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, “Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.” hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 8/12/2011 tarih ve 2010/119 E., 2011/165 K. sayılı kararı³⁴⁸ ile iptal edilmiştir. Başvuru, boşanma davasından sonra velayeti kendisine bırakılan anne tarafından çocukların soy isimlerinin değişmesi talebiyle açılan davanın, mahkemece reddedilmesi üzerine, Anayasa'nın 10. ve 20. maddelerinde yer alan hakların ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Başvuruda dikkate alınan bakanlık görüşünde; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine atıf yapılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında, isim ve soy isim ile ilgili düzenlemelerin, AIHS'in 8. maddesinin koruma alanında kabul edildiği, Anayasa Mahkemesi tarafından da benzer konuların Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında değerlendirildiği belirtilmiştir. Sözleşmenin 8. maddesi ile ayrımcılık yasağı düzenlemesi içeren 14. maddesinin birlikte ele alındığı hususlarına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun değerlendirilebilmesi için hak ihlali iddiasının, Anayasa ve sözleşmenin ortak koruma alanında yer alması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir kişilik hakkı olan soy ismin, kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru olarak, kişinin manevi varlığı kapsamında olduğunu, bu nedenlerle isim hakkının Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında kaldığını, bunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine karşılık geldiğini belirtmiştir.

³⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.2011 tarih, 2010/119 E. Ve 2011/165 K. sayılı kararı; (çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e9bf87c6-2adb-43f9-a646-891bebbcdc1a?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>, erişim tarihi; 29.05.2019.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, velayet hakkı kendisine bırakılan çocuğun soyadının, başvuru annenin kendi soy ismi ile değiştirilmesi yönündeki talebi aynı zamanda velayet hakkı ile ilgili olduğundan Anayasa'nın 20. maddesi³⁴⁹ kapsamında değerlendirilmesi gereken bir hukuki konudur. Ayrıca, Anayasa'nın 41. maddesinde³⁵⁰ yer bulan "aile yaşamına saygı hakkına" ilişkin pozitif yükümlülüklerin de göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi "ayrımcılık yasağı" biçiminde düzenlenmemiş olsa bile, ayrımcılık yasağını da içermektedir. Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında "dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep" sebeplerine dayanılarak ve "benzeri sebeplerle" ayırım yapılamayacağı ifade edilmiştir. Mahkeme, Anayasa'nın ismen saydığı farklı muamele türlerini, "benzeri sebepler" olarak belirttiği diğerlerinden daha önemli gördüğünü ve bu türlerde yapılan muamelelerin ancak "çok önemli gerekçeler" ileri sürüldüğü takdirde haklı kılınabileceğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi ikinci olarak; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ayrımcılık yasağını ele alırken dikkate aldığı nesnel ve makul neden ile meşru amaç kriterlerine atıf yapmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında vurgulanan, benzer durumlar arasındaki farklılıkların hangi durumlarda farklı bir muameleyi gerekli kıldığını belirlemede, devletlerin takdir hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak cinsiyete

³⁴⁹ Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."

³⁵⁰ Anayasa'nın "Ailenin korunması ve çocuk hakları" kenar başlıklı 41. maddesi şöyledir:

"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refâhı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

dayalı farklı bir muamelenin, sözleşmeye uygun olduğunun kabul edilebilmesi için çok geçerli nedenler sunulması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre de; yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı bazı ayrımlar haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği bozmadığı hâlde, sadece cinsiyete dayalı ayrımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluştururlar.

Mahkeme, eşlerin hak ve yükümlülükler açısından evlilik süresince ve boşanmada aynı hukuksal statüde bulunduğu, velayet hakkı kapsamında erkeğe tanınan, çocuğun soy ismini belirleme hakkının, kadına tanınmamasının velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı bir farklı muamele oluşturduğu kanaatine ulaşmış, Anayasa'nın 10. ve 20. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

SONUÇ

Ayrımcılık yasağı ile ulaşılmak istenen esas amaç eşitliktir. Eşitlik, ayrımcılık yasağının ayrılmaz bir parçası ve insan hakları düşüncesinin üzerine kurulduğu temel kavramlardan biridir.

Ayrımcılık yasağının hukuksal anlamda karşımıza çıktığı alanlardan biri de cinsiyet ayrımcılığı ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılıktır. Cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık, bireylerin cinsiyetleri ya da cinsel yönelimleri sebebiyle ayrımcılığa uğramalarıdır. Söz konusu ayrımcılık, önyargılar sonucu ortaya çıkan negatif tutum ve davranışlar, dışlama, nefret ve hatta şiddete ulaşan şekillerde ortaya çıkabildiği gibi, hukuk alanında hak ve özgürlüklerden yararlanma konusunda da karşımıza çıkmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan temel ayrımcılık düzenlemesi 14. maddede yer almaktadır. Sözleşmeye Ek 12 Numaralı Protokol ile genel bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi getirilmişse de, protokol henüz Türkiye tarafından onaylanmamıştır.

Ayrımcılık yasağı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesinde, sözleşme kapsamında güvence altına alınan hak ve özgürlüklerle sınırlı olarak güvence altına alınmıştır. Madde metninde sınırlı olmaksızın sayılan ayrımcılık temellerinden birisi olarak “cinsiyet” açıkça belirtilmiş, “cinsel yönelim” ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile yasak ayrımcılık temellerinden biri olarak kabul edilmiştir.

Bu çalışmada, cinsiyet ayrımcılığı, kadın-erkek eşitsizliğinin toplumsal alanda ortaya çıkardığı sorunlarla bağlantılı olarak ele alınmıştır. Cinsel yönelim temelinde ayrımcılık ise, kişilerin cinsel yönelimleri nedeniyle farklı muamele görmeleri ve cinsiyet değişiklikleri ile bağlantılı olarak incelenmiştir. Cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık iddiaları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne en çok AİHS’in “Özel Hayata Saygı Hakkı” başlıklı 8. ve “Evlenme Hakkı” başlıklı 12. maddesi ile bağlantılı olarak gelmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağı her ne kadar sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerle sınırlı ise de, aynı zamanda bu maddelerin koruma alanında olması

şartı ile, devletlerin kendi istekleri ile korumaya aldıkları ek haklar için de geçerli olduğunu kabul etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen davalarda, 14. madde kapsamında inceleme yaparken, öncelikle ayrımcılık iddiasının sözleşmede düzenlenen bir hak veya özgürlükle ile bağlantısını ve başvuru ile daha lehe muamele gördüğü iddia edilen grubunun benzer yani karşılaştırılabilir olup olmadığını incelemektedir. Daha sonra, söz konusu ayrımcı muamelenin “nesnel ve haklı” bir sebebi ve meşru bir amacı olup olmadığını ve ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan yöntem arasında bir orantılılık bulunup bulunmadığını incelemektedir.

Mahkeme, ayrımcılığa uğrama ve mağdur olma ihtimali yüksek olan belirli gruplara karşı yapılan ayrımcılığı şüpheli temeller kategorisinde değerlendirmiş, cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı bu kapsamda ele almıştır. Bununla bağlantılı olarak, bu temellere dayalı ayrımcılık iddialarında, AİHM tarafından, devletlerin takdir alanının daha dar olduğu kabul edilmektedir. AİHM, cinsiyet ve cinsel yönelim gibi devletlerin takdir alanının dar olduğu ayrımcılık temellerine dayalı muamele farklılıklarında sadece amacın meşru olmasını yeterli bulmamış, aynı zamanda bu amaca ulaşmak için alınan tedbirin mutlaka uygulanması gereken zorunlu bir tedbir olması gerektiğini belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin tarihsel süreç içerisinde cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılıkla bağlantılı kararlarının, ulusal mevzuatlar gibi, toplumsal değişimler karşısında sabit kalmadığı ve dinamik bir yapıda olduğu söylenebilir. AİHM, AİHS’in yaşayan bir belge olma niteliğine atıfta bulunarak, toplumsal değişimleri ve gelişmeleri dikkate alarak kararlarını güncellemiştir.

Türk hukukunda ise ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi ile birlikte Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrımcılık yasağı temelleri açısından, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan bu temel düzenleme ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında paralellik mevcuttur.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, mahkeme önüne gelen bireysel başvuruların, AİHS ve Anayasa’nın, yani her iki metnin ortak güvence alanında kalması gerektiği aksi halde inceleme yapılamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kadın-erkek eşitliği ile ilgili kararları genelde aile hukuku, iş hukuku ve ceza hukuku ile ilgili alanlarda karşımıza çıkmaktadır. Kadın-

erkek eşitliğine ilişkin kararların genel olarak kadının evlenmeden önceki soyadını kullanması, iş hukukunda yaşanan sorunlar ve kadına karşı şiddete ilişkin kararlarla sınırlı kaldığı görülmektedir. Cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa ilişkin kararlar ise genelde cinsiyet değiştirme operasyonları ve kamu görevlilerin cinsel tercihinine ilişkin kararlarla sınırlı kalmıştır. Tüm bu sebeplerle; Anayasa Mahkemesi'nin cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılık kararlarının hem toplumsal gelişmelerin hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının gerisinde kaldığı görülmektedir.

Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan bir devlet olarak, ulusal hukuk sisteminde cinsiyet ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı önlemek için gerekli hukuksal düzenlemeleri yapmak ve ayrımcılığı önlemek amacı ile gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ile geliştirdiği ayrımcılık yasağı düzenlemelerinin gerisinde kalan uygulamalar, tazminat sorumluluklarını arttıracaktır.

12 Numaralı Ek Protokol'ün henüz Türkiye tarafından onaylanmamış olması sebebi ile ayrımcılık yasağı Türkiye açısından sadece 14. madde kapsamında ele alınıyorsa da, genel ayrımcılık yasağı düzenlemesini içeren 12 Numaralı Ek Protokol'ün onaylanması ile ayrımcılık yasağının uygulama alanı da genişleyecektir.

KAYNAKÇA

- Akad, Mehmet,
Dinçkol, Bihterin Vural,
Bulut, Nihat:
Akbulut, Olgun: **Genel Kamu Hukuku**, 10. bs, İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- Akıncı, Şahin: “Uluslararası Hukukta Azınlık Haklarının Gelişimi ve Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2006.
- Aksaray, Buse: **Roma Hukuku Dersleri**, 11.bs, Konya, Sayram Yayınları, t.y.
- Alatlı, Alev: **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012.
- Aslan Öncü, Gülay: **Batıya Yön Veren Metinler; Kökler Orta Çağlar**, c.1, y.y., 2010.
- Aristoteles: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta Yayınları, 2011.
- Ataysoy, Zafer Gören: **Politika**, İng. çev. T.A . Sinclair, Tur. Çev. Mete Tuncay, İstanbul, Remzi Kitapevi, 1975.
- Avrupa Konseyi: **Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması**, 2. bs., İzmir, D.E.Ü Döner Sermaye Yayınları, No:83.
- Balkır, Gönül: **Avrupa Ayrımcılık Yasağı El Kitabı**, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajandası, 2010.
- “Toplumsal Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığı”, **Türkiye Barolar Birliği Tübbakom 1. Kadın Avukatlar Kurultay Tebliği**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2013, s.68-95.

- Bakım, Sevi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c. 22, sayı 3, 2016, s.3191-3218.
- Bakırcı, Kadriye: **Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda; Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler**, Ankara, Seçkin, 2012.
- Barnard, Cathereine, Hepple, Bob: “Substantive Equality”, **Cambridge Law Journal**, 2003, vol.59, s. 562.
- Başar, Koray: **Bedensel Cinsiyet, Cinsiyet Kimliği, Cinsel Yönelim**, Cinsel Eğitim Tedavi ve Araştırma Derneği, Bilgilendirme Dosyası-10, Eşcinsellik, İstanbul, y.y. 2013.
- Berktaş, Fatmagül: **Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın; Hristiyanlıkta ve İslamiyette Kadının Statüsüne Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım**, 6.bs.,y.y., Metis Yayınları, 2016.
- Budak, Selçuk: **Psikoloji sözlüğü**, 2.bs., Ankara , Bilim ve Sanat Yayınları, 2003.
- Capotorti, Francesco: **Study On The Rights Of Persons Belonging To Ethnic, Religious And Linguistic Minorities**, New York, United Nations, 1979.
- Cevizci, Ahmet: **Ortaçağ Felsefesi Tarihi**, Bursa, Asa Yayınları, 1999.
- Çağlar, Selda: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, sayı 3, 2012. s.41-86.

Çavuşoğlu, Naz:

Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları, 2. bs., İstanbul, Su Yayınları, 2001,

Çelebican,

Roma Hukuku, 14. bs., Ankara , Yetkin Özcan Yayınları, 2010.

Karadeniz:

Çoban, Ali Rıza:

“Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 57, sayı 3, 2008, s.187- 223.

Dinçkol, Bihterin:

“Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:4, Sayı:8, 2005, s.101-117.

Duvan, Ayşe Özkan:

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2.sayı, 2017, s.17-81.

Eren, Hayrettin:

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Ankara, Hukuk Yayınları Dizisi, 2016.

Ergül, Ergin:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Ankara, Yargı Yayın Evi, 2003.

Gemalmaz,

Mehmet Semih:

Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku’ nun Genel Teorisi’ne Giriş, 7. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.

Gören, Zafer:

“Genel Eşitlik İlkesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı 3, 2016, c. 22. s.3279-3301.

Göze, Ayferi:

Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2017.

Gözübüyük, Şeref,
Gölcüklü, Feyyaz:

Gül, İdil Işıl,
Karan, Ulaş:
Gül, İdil Işıl,
Karan Ulaş:

Gülmez, Mesut:

Güner, Umut, vd.

Harris, D.J. vd.,

Hirş, Ernest:

Hobbes, Thommas:

İnceoğlu Sibel (Edit.),
Karan, Ulaş:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılama Yöntemi, 9. bs., Ankara, Turhan Kitapevi, 2011.

Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 351, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları 13, 2011.

İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, 1.bs., Ankara, Belediye İş Yayınları, 2009.

Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2011, (Çevrimiçi), https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/02/24/Cinsel_Yonelim_veya_Cinsiyet_Kimligi_Izleme_Raporu.pdf, erişim tarihi: 01.02.2019.

Avrupa İnsan Hakları Hukuku, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, 2013.

Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, 2.bs., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996.

Leviatan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti, çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2013.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 2.bs, İstanbul, Beta, 2013.

- Kaboğlu, İbrahim, Ö.: **Özgürlükler Hukuku**, 6.bs., y.y. İmge Kitabevi, 2002.
- Kapani, Münci: **Kamu Hürriyetleri**, 7.bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 1993.
- Kaplan, Tuncay
Senyen: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, **TBB Dergisi Özel Sayı**, 2017, s.225-268.
- Karan, Ulaş: “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2015. c.32, s.235-306.
- Karan, Ulaş: **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, İstanbul, Onikilevha, 2017.
- Karan, Ulaş: “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesi’nin Uygulanabilirliği”, **TBB Dergisi**, sayı 73, 2007.
- Kibar, Bilge Esin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2010.
- Kilkelly, Ursula: **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ nin 8. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Avrupa Konseyi, 2001, (Çevrimiçi), http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_ban_kasi/el_kitaplari/ozel_hayat.pdf, erişim tarihi:20.03.2019.
- Korkut, Levent: **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, 1.bs., Ankara, Adres Yayınları, 2009.

- Kuru, Baki: **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- Kuyucu, Nisan: **AİHM İçtihadında Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Kadına Yönelik Şiddet**, 1. bs. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Memiş, Emin: İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri, **Anayasa Yargısı Dergisi**, c. 17, Yıl 2000, s. 130-172.
- Nal, Sabahattin: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda Azınlık Hakları**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2010.
- Oran, Baskın: **Küreselleşme ve Azınlıklar**, 4.bs., Ankara, İmaj Yayınevi, 2001.
- Öden, Merih: **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.
- Öztem, Niyazi: **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul, Der Yayınları, 1999.
- Öztürk, Serpil: **İslam'ın Kadına Eşitlik Arayışı**, y.y., İkinci Adam Yayınları, 2007.
- Rousseau, Jean Jacques: **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı; ve Temelleri Üzerine Konuşma**, çev. Rasih Ruhi İleri, 15.bs.,y.y., Say Yayınları, 2018.
- Rousseau, Jean Jacques: **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, 9. Bs. İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, 2012.
- Rosenthal M,
Yudin P: **Materyalist Felsefe Sözlüğü**, çev. Aziz Çalışlar, y.y., Sosyal Yayınları, 1972.
- Sayer, Handan: “Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Erkeklerin Katılımı”, Uzmanlık Tezi, **T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü**, 2011, (Çevrimiçi),<http://kadininstatusu.aile.gov.tr/data>

- [/542a8e0b369dc31550b3ac30/handan_sayer_tez.pdf](/542a8e0b369dc31550b3ac30/handan_sayer_tez.pdf), erişim tarihi: 10.03.2019.
- Sönmez, Bülent: **Gizli Kimlik Eşcinselliğin Anlamı Üzerine**, İstanbul, NKM Yayınları, 2007.
- Şenel, Alaeddin: **Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne**, Ankara, y.y., 1970.
- Tahiroğlu, Bülent
Erdoğan, Belgin: **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2012.
- Torun, Yıldırım: **Ronald Dworkin'in Hukuk ve Siyaset Felsefesinde Adalet, Özgürlük ve Eşitlik Sorunu**, y.y, Savaş Yayınevi, 2008.
- Toprakkaya, Arslan: **Hukuk ve Adalet**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- Tumin, M.M: "Some Principles Of Stratification: A critical Analysis", **American Sociological Review** Vol. 18, N. 4 ,1953, s.. 387-394.
- Tunç, Hasan: "Uluslararası Sözleşmelerde Azınlık Hakları Sorunu ve Türkiye", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, sayı 1-2, 2004, s.181-238.
- Tezcan, Durmuş,
Mustafa Ruhan, Erdem,
Sancaktar, Oğuz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara Açık Cezaevi, 2004.
- Tanili, Server: **Uygarlık Tarihi**, 23.bs, İstanbul, Cumhuriyet Kitapları, 2009.
- Uygun, Oktay: **Devlet Teorisi**, 4.bs, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2017.
- Ünal, Şeref: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Ankara, T.B.M.M Basımevi, 1995.
- Zimmer, Robert: **Felsefe Portalı; Klasik Eserlere Giriş**, çev. Leyla Uslu, Ankara, Arkadaş Yayınevi, 2008.
- İstanbul Barosu "Toplumsal Cinsiyet Eşitliği İçin Anayasa

Kadın Hakları Merkezi:

Değişikliği Önerileri”, **Tübakkom 1. Kadın Avukatlar Kurultay Tebliği**, Türkiye Barolar Birliği, 2013, Ankara, s.61-68.

İNTERNET KAYNAKLARI

Gülmez, Mesut: “**İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler**”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi, 11. Kongre Özel Sayısı, s.217-266, (çevrimiçi), <http://calismatoplum.org/sayi25/gulmez.pdf>, erişim tarihi: 20.03.2019.

(Çevrimiçi),http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cb5a096d28610.00407830, erişim tarihi: 16.04.2019.

Virgina Haklar Bildirgesi, (Çevrimiçi), https://tr.wikisource.org/wiki/Virginia_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Bildirgesi, erişim tarihi:21.02.2019.

12 Haziran 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi, (çevrimiçi), <https://billofrightsinstitute.org/wpcontent/uploads/2011/12/DelARATIONofIndependence.pdf>, erişim tarihi:21.03.2019.

BM İnsan Hakları Komitesi 1989 yılı, 37 numaralı oturum, 18 numaralı genel yorumu, (Çevrimiçi),https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/05/05/BMde_Insan_Haklari_Yorumlari_1981_2006.pdf, erişim tarihi: 23.03.2019.

UC Berkeley, Gender Equity Resource Center, (çevrimiçi),http://ejce.berkeley.edu/geneq/resources/lgbtq-resources/definition-terms#sexual_minority, erişim tarihi:21.03.2018.

(Çevrimiçi), http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=C%C4%B0NS%C4%B0YET, erişim tarihi: 01.02.2019.

(Çevrimiçi), <https://www.merriam-webster.com/dictionary/gender>, erişim tarihi: 01.12.2018.

Ünal Tekeli/Türkiye AIHM Kararı, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-158595>, erişim tarihi: 20.02.2019.

Yogyakarta İlkeleri;

(çevrimiçi), http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/yogyakarta_ilkeleri.pdf, erişim tarihi: 01.04.2019

Kaos GL Dergisi (Çevrimiçi); <http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/l/g/lgbt-haklari-insan-haklaridir-saglik.pdf>, erişim tarihi: 20.04.2019.

(Çevrimiçi), <https://www.merriam-webster.com/dictionary/transgender>, erişim tarihi: 12.12.2018.

1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı, (çevrimiçi), <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf>, erişim tarihi: 22.12.2018.

1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname, (çevrimiçi), https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html, erişim tarihi: 22.12.2018.

(Çevrimiçi), <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf>, erişim tarihi: 01.05.2019.

1961 tarihli Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi, (çevrimiçi), <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf>, erişim tarihi: 21.03.2019.

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi, (Çevrimiçi), <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708>, erişim tarihi:29.05.2019.

AB Konseyi Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne Dair 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/EC sayılı Direktifi, (Çevrimiçi), <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0080&qid=1559153208350&from=EN>, erişim tarihi:29.05.2019.

7.2.1991 tarihli, 184/89 başvuru numaralı Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg davası kararı, (çevrimiçi), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-184/89>, erişim tarihi:01.05.2019.

Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/1680462545>, erişim tarihi: 01.05.2019.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkçe çevirisi, (çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, erişim tarihi: 21.03.2019.

AIHS Ek 7 Numaralı Protokol (çevrimiçi), <https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf>, erişim tarihi:18.03.2019.

06.04.2000 tarihli, 34369/97 başvuru numaralı Thlimmenos/Yunanistan kararı, (çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-112598>, erişim tarihi: 29.03.2019.

23.07.1968 tarihli, 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 başvuru numaralı Belçika Dil Davası, (çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57524>, erişim tarihi: 29.03.2019.

Council of Europe, Recommendations, resolutions and guidelines, (çevrimiçi), <https://www.coe.int/en/web/cdcj/recommendations-resolutions-guidelines> , erişim tarihi: 20.03.2019.

12 Numaralı Ek Protokol Açıklayıcı Raporu, (çevrimiçi), <https://rm.coe.int/16800cce48>, erişim tarihi: 30.03.2019.

CEDAW, (çevrimiçi), <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/cedaw.pdf>, erişim tarihi: 29.03.2019.

9.06.2009 tarihli, 33401/02 numaralı Opuz/Türkiye davası, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124268>, erişim tarihi:20.04.2019.

2.11.2010 tarihli, 3976/05 başvuru numaralı Şerife Yigit/Türkiye davası kararı, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144244>, erişim tarihi:15.05.2019.

2.12.2014 tarihli, 61960/08 başvuru numaralı Emel Boyraz/Türkiye davası kararı, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153150>, erişim tarihi:20.05.2019.

7.11.2013 tarihli, 29381/09 ve 32684/09 numaralı Vallianatos ve Diğerleri/Yunanistan davası kararı (çevrimiçi), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-128294%22%5D%7D>, erişim tarihi: 20.03.2019.

22.11.2010 tarihli, 30141/04 numaralı Schalk ve Kopf/Avusturya davası kararı, (çevrimiçi),<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-99605%22%5D%7D>, erişim tarihi: 20.03.2019.

22.11.2010 tarihli, 30141/04 numaralı Schalk ve Kopf/Avusturya davası kararı (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-112004>, erişim tarihi:20.03.2019.

19.02.2013 tarihli, 19010/07 başvuru numaralı X/Avusturya kararı, (Çevrimiçi), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126733>, erişim tarihi: 10.05.2019.

16.07.2014 tarihli, ve 37359/09 numaralı Hämäläinen/Finlandiya davası, (çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_TUR.pdf , erişim tarihi 15.03.2019.

Kuran Ahzab Suresi (çevrimiçi),<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Ahz%C3%A2b-suresi/3568/35-ayet-tefsiri>, erişim tarihi: 15.12.2018

Kuran, Nisa Suresi, (çevrimiçi), <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/sure/4-nisa-suresi>, erişim tarihi: 15.12.2018

Kuran, Kasas Suresi, (çevrimiçi), <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Kasas-suresi/3253/1-4-ayet-tefsiri>, erişim tarihi: 15.12.2018

(Çevrimiçi), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf>, erişim tarihi:20.03.2019.

Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.1990 tarihli, 1990/30 E., 1990/31K. sayılı kararı, (çevrimiçi), <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/6604a41a-c3e9-4b6f-bcb7-65def934b994?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi:01.05.2019.

Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.2011 tarih, 2010/119 E. Ve 2011/165 K. sayılı kararı; (çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e9bf87c6-2adb-43f9-a646-891bebbcdc1a?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>, erişim tarihi: 29.05.2019.

Anayasa Mahkemesi'nin 31.10.1991 tarihli 1991/24 E., 1991/40 K. Sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2f6f969f-7781-4a8d-85d2-53e8c84d945f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi: 01.05.2019.

Anayasa Mahkemesi'nin 4.10.2006 tarihli, 2002/157 E.,2006/97 K. sayılı kararı, (Çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/7ae11425-372f-4a37-a821-7887384261c3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi:01.05.2019.

Anayasa Mahkemesi'nin 15.11.2017 tarihli, 2016/132 E., 2017/157 K. sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/cf523e57-2938-4ea2-88ec758a305f7f98?highlightText=farkl%C4%B1%20muamele&excludeGerekce=False&wordsOnly=False> erişim tarihi:01.05.2019.

Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2017 tarihli, 2017/130 E. ve 2017/165 K. sayılı kararı,(çevrimiçi), <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/541c15e5-cca0-4b1b-bee7-63fa0e24a29e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi:01.05.2019.

(Çevrimiçi), <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120320-16.htm>, erişim tarihi:05.05.2019.

(Çevrimiçi), <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/13077>, erişim tarihi:01.05.2019.

AIHM KARARLARI

23.07.1968 tarihli, 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 numaralı **Belçika Dil** davası.

24.02.1983 tarihli, 7525/76 numaralı **Dudgeon/Birleşik Krallık** davası.

28.11.1984 tarihli, 8777/79 numaralı **Rasmussen/Danimarka** davası.

28.05.1985 tarihli, 9214/80; 9473/81; 9474/81 numaralı **Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık** davası.

17.10.1986 tarihli, 9532/81 numaralı **Rees/Birleşik Krallık** davası.

26.10.1988 tarihli, 10581/83 numaralı **Norris/İrlanda** davası.

27.09.1990 tarihli, 10843/84 numaralı **Cossey/Birleşik Krallık** davası.

22.04.1993 tarihli, 15070/89 numaralı **Modinos/Kıbrıs** davası.

22.04.1997 tarihli, 21830/93 numaralı, **X, Y, Z/Birleşik Krallık** davası.

30.07.1998 tarihli, 31–32/1997/815–816/1018–1019 başvuru numaralı **Sheffield ve Horsham/Birleşik Krallık** davası.

27.12.1999 tarihli, 33985/96 ve 33986/96 numaralı **Smith ve Grady/Birleşik Krallık** davası.

6.04.2000 tarihli, 34369/97 numaralı **Thlimmenos/Yunanistan** davası.

21.12.2000 tarihli, 33290/96 numaralı **Salgueiro da Silva Mouta/Portekiz** davası.

26.05.2002, 36515/97 ve 43546/02 numaralı **Frette/Fransa** davası.

11.07.2002 tarihli, 28957/95 numaralı **Goodwin/Birleşik Krallık** davası.

9.04.2003 tarihli, 39392/98 ve 39829/98 numaralı **L ve V/Avusturya** davası.

24.07.2003 tarihli, 40016/98 numaralı **Karner/Avusturya** davası.

16.11.2004 tarihli, 29865/96 numaralı **Ünal Tekeli/Türkiye** davası.

12.12.2006 tarihli, 13378/05 numaralı **Burden/Birleşik Krallık** davası.

22.01.2008 tarihli, 43546/02 numaralı **E.B/ Fransa** davası.

9.06. 2009 tarihli, 33401/02 numaralı **Opuz/Türkiye** davası.

02.06.2010 tarihli, 13102/02 numaralı **Kozak/Polonya** davası.

22.10.2010 tarihli, 18984/02 numaralı **P.B. ve J.S./Avusturya** davası.

22.11.2010 tarihli, 30141/04 numaralı **Schalk ve Kopf / Avusturya** davası.

02.11.2010 tarihli, 3976/05 numaralı **Şerife Yigit/Türkiye** davası kararı,

15.06.2012 tarihli, 25951/07 numaralı **Gas ve Dubois/Fransa** davası.

19.02.2013 tarihli, 19010/07 başvuru numaralı **X/Avusturya** davası.

28.05.2013 tarihli, 7971/07 numaralı **Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye** davası.

03.09.2013 tarihli, 26268/08 numaralı **Tuncer Güneş/Türkiye** davası.

7.11.2013 tarihli, 29381/09 ve 32684/09 numaralı **Vallianatos ve Diğerleri/Yunanistan** davası.

10.12.2013 tarihli, 38249/09 numaralı **Tanbay Tüten/Türkiye** davası.

16.07.2014 tarihli, ve 37359/09 numaralı **Hämäläinen/Finlandiya** davası.

02.12.2014 tarihli, 61960/08 başvuru numaralı **Emel Boyraz/Türkiye** davası.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

29.11.1990 tarihli, 1990/30 E., 1990/31K. sayılı kararı.

31.10.1991 tarihli 1991/24 E., 1991/40 K. Sayılı kararı.

4.10.2006 tarihli, 2002/157 E.,2006/97 K. sayılı kararı.

10.03.2011 tarih, 2009/85E., 2011/49K. sayılı kararı.

8.12.2011 tarih, 2010/119 E., Ve 2011/165 K. sayılı kararı

15.10.2014 tarihli, 2013/997 numaralı Kamil Çakır kararı.

12.06.2018 tarihli, 2015/13077 numaralı, M.K. kararı.

11.11.2015 tarihli, 2013/9880 numaralı, Nurcan Yolcu kararı.

15.11.2017 tarihli, 2016/132 E., 2017/157 K. sayılı kararı.

29.11.2017 tarihli, 2015/79 E., 2017/164 sayılı kararı.

29.11.2017 tarihli, 2017/130 E., 2017/165 K. sayılı kararı.