

İngilizce orijinalinden çeviren: Serkan Cengiz¹

Translated by Serkan Cengiz / Advocate, www.serkancengiz.av.tr. All rights reserved. No part of this translation may be reproduced without the prior permission in writing of the translator

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

BİRİNCİ KISIM

SCHALK VE KOPF / AVUSTURYA²

(Başvuru no.30141/04)

KARAR

STRASBURG

24 Haziran 2010

Bu karar Sözleşme'nin 44. maddesinin 2.fikrasında belirtilen koşullarda kesinleşecek olup, yazınsal düzeltmelere tabi tutulabilir.

Schalk ve Kopf / Avusturya davasında;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Birinci Kısım), Bay Christos Rozakis (Başkan), Hakimler, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni, George Nicolaou, Daire Yazı İşleri Müdür Yardımcısı Andre Wampcah'dan müteşekkil heyet olarak, 25 Şubat 2010 ve 3 Haziran 2010 tarihlerindeki kapalı oturumlarda müzakereye bulunmuş olup, ikinci müzakere tarihinde kabul etmiş olduğu aşağıdaki kararı vermiştir.

USUL

1. Bu dava, Avusturya vatandaşı olan Bay Horst Michael Schalk ve Bay Johan Franz Kopf (başvurucular) tarafından 1 Şubat 2002 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin

¹Avukat, İzmir Barosu üyesi, www.serkancengiz.av.tr

² TBB Dergisi Kasım – Aralık 2010 (91.) sayısında yayınlanmıştır

Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin("Sözleşme") 34.maddesi uyarınca, Avusturya aleyhine yapılmış olan başvurudan (no.30141/04) kaynaklanmaktadır.

2. Başvurucular Viyana'da avukatlık yapan Bay K. Mayer tarafından temsil edilmişlerdir. Avusturya Hükümeti Avrupa ve Uluslararası İşler Federal Bakanlığı Uluslararası Hukuk Departman Müdürü Büyükelçi H. Tichy tarafından temsil edilmiştir.
3. Başvurucular özellikle eşcinsel bir çift olarak evlenme veya ilişkilerinin hukuk tarafından başka bir şekilde tanınması imkanından mahrum bırakılmaları nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldıkları yakınmasında bulunmuşlardır.
4. 8 Ocak 2007, tarihinde Birinci Kısım Başkanı, başvurunun Hükümete bildirilmesine karar vermiştir. Başkan, ayrıca, başvurunun esasının, kabuledilebilirliğiyle birlikte incelenmesine karar vermiştir (madde 29).
5. Başvurucular ve Hükümet başvurunun esas ve incelenebilirliği (kabuledilebilirliği) hakkında yazılı görüşlerini sunmuşlardır. Hükümet ayrıca ek görüşlerini sunmuştur. Buna ek olarak Mahkeme Başkanı tarafından davanın yazılı kısmına katılmasına izin verilen Birleşik Krallık Hükümeti'nden üçüncü taraf (müdahil/katılan) görüşleri alınmıştır (Sözleşme madde 36/2 ve Mahkeme İç Tüzüğü m. 44/2). Mahkeme Başkanı tarafından davaya katılmalarına izin verilen FIDH (Uluslararası İnsan Hakları Federasyonu), ICJ (Uluslararası Hukukçular Komisyonu), AIRE Centre (Avrupa'da Bireysel Haklara Dair Tavsiye) ve ILGA-Europe (Uluslararası Lezbiyen ve Geyler Derneği Avrupa Bölgesi) adlı dört sivil toplum kuruluşu ortak bir üçüncü taraf değerlendirmesi sunmuşlardır. Mahkeme Başkanı bu dört sivil toplum kuruluşunun duruşmada katılan sıfatıyla bulunmalarına izin vermiştir.
6. 25 Şubat 2010 tarihinde Strasburg'da bulunan İnsan Hakları Binasında bir duruşma yapılmıştır (Mahkeme İç Tüzüğü m.59/3).

Duruşmaya Katılanlar:

(a) Hükümet adına

Bayan B.OHMS, Federal Başbakan,

Yardımcı Ajan

Bayan G. PASCHINGER, Avrupa ve Uluslar arası İşler
Federal Bakanlığı

Bay M. STORMANN, Federal Adalet Bakanlığı,
(b) Başvurucular adına

Danışman

Bay K.MAYER
Bay H.SCHALK,

Avukat
Başvurucu

(c) Sivil Toplum Kuruluşları adına, katılanlar

Bay R. WINTEMUTE, Kings College, Londra

Avukat

Bayan A. JERNOW, Uluslararası Hukukçular Komisyonu

Danışman

Mahkeme Bayan OHMS, Bay MAYER ve Bay WINTEMUTE'yi dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

7. Başvurucular sırasıyla 1962 ve 1960 doğumludurlar ve eşcinsel bir çift olarak Viyana'da yaşamaktadırlar.
8. Başvurucular 10 Eylül 2002 tarihinde Medeni Hal Meseleleri Bürosuna başvurarak evlilik sözleşmesi yapabilmeleri için gerekli usul işlemlerinin yapılmasını talep etmişlerdir.
9. Viyana Belediye Bürosu 20 Aralık 2002 tarihli kararıyla başvurucuların bu talebini reddetmiştir. Belediye Bürosu, Medeni Kanunun 44.maddesine atıf yaparak evliliğin yalnızca karşıt cinsten olan iki kişi arasında akdedilebileceğine hükmetmiştir. Devamlılık arz eden içtihatlarla göre aynı cinsiyetten iki kişi arasında akdedilen evlilik geçersiz ve hükümsüz olarak kabul edilmiştir. Başvurucular, her ikisinin de erkek olması nedeniyle, evlenme ehliyetinden yoksundurlar.
10. Başvurucular, Viyana Bölgesel Valiliği'ne itiraz etmişlerse de itirazları reddedilmiştir. Vali, 11 Nisan 2003 tarihli kararıyla Belediye Bürosu'nun hukuki görüşünü onaylamıştır. Ek olarak Vali, iki kişinin aynı cinsiyetten olmasının bir evlilik engeli teşkil edeceğini

hüküm altına alan İdare Mahkemesi kararlarına da atıf yapmıştır. Vali , Ayrıca, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 12. maddesinin, evliliğin yalnızca farklı cinsiyetten kişiler arasında akdedilebileceğini hüküm altına almış olduğunu da belirtmiştir.

11. Başvurucular, anayasal itiraz yoluyla, evlenmelerinin hukuken mümkün olmamasının özel hayat ve aile yaşamlarına saygı haklarını ve ayrımcı muamelede bulunmama prensibini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular, Medeni Kanunun 1812 yılında yürürlüğe girişinden bu yana evlilik kavramının değiştiğini belirtmişlerdir. Özellikle üreme ve çocukların eğitimi, artık evliliğin dahili bir parçasını oluşturmamaktadır. Günümüz algılamasıyla evlilik, yaşamın tüm unsurlarını içine alan daimi bir birlikteliktir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin cinsel yönelime dayanan farklılıkların hatırı sayılır bir gerekçeyle dayandırılmasını şart koşması nedeniyle; eşcinsel çiftleri, evlilik akdinden yoksun bırakmanın nesnel bir meşruiyeti bulunmamaktadır. Diğer Avrupa Devletleri ya homoseksüel evliliklere izin vermişler ya da eşcinsel birlikteliklere eşit bir statü sağlamak amacıyla mevzuatlarını değiştirmişlerdir.

12. Son olarak, başvurucular, mülkiyetlerini barışçıl kullanma haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular, eşcinsel çifti oluşturanlardan birisinin ölümü halinde diğerinin, vergi hukukuna göre evli çiftten hayatta kalan eşe nazaran daha dezavantajlı durumda olması nedeniyle, ayrımcılığa maruz kalacağını iddia etmişlerdir.

13. 12 Aralık 2003 tarihinde Anayasa Mahkemesi başvurucuların yakınmasını reddetmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

“İtiraz edilen kararla sonuçlanan idari yargılama özellikle evliliğin meşruiyeti meselesi ile ilgilidir. Dolayısıyla şikayetçilerin tek ele alınabilir yakınması Medeni Kanun'un 44.maddesi'nin sadece “karşıt cinsiyetler” arasında bir evliliğe cevaz vermesi ve böyle bir evliliğe müsaade etmesidir. Mülkiyet hakkının ihlal edildiği şikayeti ise en basit ifadeyle bu durumun haksız olduğunu göstermeyi amaçlayan başka bir yoldur.

Evlilik açısından anayasa hukuku ile eşdeğer kuvvetteki AİHS'in 12.maddesi şöyledir:

“Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenme ve aile kurmak hakkına sahiptir.”

Ne Avusturya Federal Anayasası'ndaki eşitlik prensibi nede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 12'de "erkekler ve kadınlar" olarak ifade edilmesi nedeniyle) temel ebeveynlik imkanı ile donatılmış olan evlilik kavramının farklı bir türdeki ilişkileri içine alacak şekilde genişletilmesini gerektirmez. Dahası, evliliğin temeli hiçbir şekilde boşanmanın (veya ayrılmanın) mümkün olması olgusu ile ilgili olmayıp, eşlerin çocuk sahibi olmaya muktedir olup olmadığı veya çocuk isteyip istemedikleri meselesiyle alakalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 27 Eylül 1990 tarihli *Cossey* kararında (no.10843/84, özellikle transseksüel kişilerin durumu ile ilgilidir)

"evliliğin geleneksel doğasına bağlılık, evlilik bağlamında bir kişinin cinsiyetinin tespit edilmesine yönelik biyolojik ölçütün mütemadiyen kabulü için yeterli bir gerekçe oluşturmaktadır.

Tespitiyle, evliliğin bu "geleneksel" bağlamıyla sınırlandırılmış olmasını, nesnel olarak haklı görmüştür.

[Özellikle transseksüel meselesi açısından, içtihatla meydana gelen sonraki değişiklik (AİHM, *Goodwin*, no.28957/95, 11 Temmuz 2002) burada konu edilen genel meselenin değerlendirilmesinde de değişiklik yapılması gerektiği şeklinde ki bir sonuca varılmasına müsaade etmez.]

Eşcinsel ilişkilerin özel yaşam kavramı içine girmesi ve dolayısıyla da AİHS'in 8.maddesinin sağladığı korumadan yararlanması – ki AİHS'in 14.maddesi nesnel olmayan gerekçelere dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır- evlilik yasasının değişmesi gibi bir yükümlülüğün ortaya çıkmasına neden olmaz.

Görülmekte olan davada ilgili mevzuatın evli çiftler açısından özel kurallar ihtiva ederek eşcinsel birliktelikleri haksız bir şekilde ayrımcılığa tabi tutup tutmadığının incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Veyahut yasa yapıcıya anayasal konularda veya hukuk politikaları hususunda tavsiyede bulunmak işbu mahkemenin görevi değildir.

Dolayısıyla, şikayetin temelsiz olması nedeniyle reddedilmesi zorunludur."

14. Anayasa Mahkemesi'nin kararı, 25 Şubat 2004 tarihinde başvuruçuların vekillerine tebliğ edilmiştir.

II. İLGİLİ ULUSAL VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

A.Avusturya Hukuku

1. Medeni Kanun

15. Medeni Kanunun 44.maddesi şöyledir:

“Evlilik akdi aile ilişkileri açısından bir temel teşkil eder. Evlilik akdi uyarınca, karşıt cinsiyetten olan iki kişi sağlam ve sürekli bir karı kocalık ilişkisi içinde birlikte yaşayacaklarına, çocuk sahibi olacaklarına ve onları büyüteceklerine ve birbirlerine destek olacaklarına dair hukuki niyetlerini ilan ederler.”

Bu hüküm 1 Ocak 1812 tarihindeki yürürlüğünden bu yana değişmemiştir.

2.Kayıtlı Birliktelik Yasası

16. Kayıtlı Birliktelik Yasası’nın amacı eşcinsel çiftlere hukuken tanınmaları için resmi bir mekanizma sağlamak ve onların ilişkilerinin hukuken mevcut olmasını sağlamaktır. Söz konusu yasanın kabulü sırasında, yasa koyucu Avrupa Devletlerindeki ilgili gelişmelere özel bir önem vermiştir (bakınız Kanun Tasarısı üzerine açıklayıcı rapor, 485 der Beilagen XXIV GP).

17. Kayıtlı Birliktelik Yasası, 1 Ocak 2010 tarihli Federal Hukuk Gazetesi’nin I. Bölüm 135/2009 nolu sayısında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yasanın 2.kısım şöyledir:

“Bir kayıtlı birliktelik, aynı cinsiyetten iki kişi tarafından tesis edilebilir (kayıtlı eşler/partnerler). Dolayısıyla kayıtlı partnerler, karşılıklı haklar ve yükümlülükler ihtiva eden sürekli bir ilişkiye kendilerini vakfederler.”

18. Kayıtlı birlikteliğin tesisine dair kurallar, bu kuralların etkileri ve birlikteliğin feshi evliliğe ilişkin kurallarla benzer niteliktedir.

19. Kayıtlı birliktelik, daimi temelde bir “birlikte yaşamı” ihtiva eder ve fiil ehliyetine sahip ve 18 yaşını doldurmuş aynı cinsiyetten iki kişi arasında tesis edilebilir (bölüm 3). Kayıtlı bir birliktelik, yakın akrabayla veya hali hazırda evli olan bir kişiyle veya hali hazırda başka bir kişiyle arasında kayıtlı birliktelik ilişkisi olan kişiyle tesis edilemez (bölüm 5).

20. Evli çiftlerde olduğu gibi, kayıtlı eşlerin her bakımdan birlikte yaşamaları, ortak bir evi paylaşmaları, birbirlerine saygılı davranmaları ve birbirlerine yardım etmeleri beklenmektedir (bölüm 8(2) ve (3)). Eşler açısından ise, ev işlerinden sorumlu olan ve buna karşın herhangi bir geliri olmayan partner, diğer partneri günlük hukuki işlemlerde temsil

etme yetkisine sahiptir (bölüm 10). Kayıtlı partnerler, bakım hususunda evli eşlerle aynı yükümlülüğe sahiptir (bölüm12).

21. Kayıtlı birlikteliğin fesih sebepleri evliliğin fesih sebepleri ve boşanma sebepleri ile aynıdır. Kayıtlı bir birlikteliğin feshi, partnerlerden birinin ölümü halinde gerçekleşecektir (bölüm 13). Birlikteliğin feshi, çeşitli nedenlere dayalı olarak verilecek bir yargı kararı ile de mümkündür: kayıtlı birliktelik kurmak amacının olmaması (bölüm 14), partnerlerden birisinin veya her ikisinin de kusurlu olması, uzlaşmaz farklılıklar nedeniyle birlikteliğin temelden sarsılması (bölüm 15).
22. Kayıtlı Birliktelik Yasası, mevcut mevzuat açısından bir dizi kapsamlı değişiklik getirerek kayıtlı partnerlere miras hukuku, iş ve sosyal güvenlik hukuku, mali hukuk, idari yargılama usul hukuku, kişisel verilerin korunması yasası, kamu hizmetlerine dair yasa, pasaport ve kayıt meseleleri ile yabancılar hukuku da dahil olmak üzere hukukun diğer alanlarında kayıtlı partnerlere evlilikteki eşlerle aynı statüyü sağlamaktadır
23. Hal böyle olmakla birlikte, sadece aynı cinsiyetten iki kişinin kayıtlı birliktelik tesis edebilmesi olgusu haricinde evlilik ve kayıtlı birliktelik arasındaki bazı farklılıklar varlıklarını halen devam ettirmektedir. Aşağıdaki farklılıklar, Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın kabulü öncesinde kamuoyunda tartışma konusu olmuştur; Evlilikler, Medeni Hal Meseleleri Bürosunda akdedilmekte iken kayıtlı birliktelikler Bölge İdare Birimi huzurunda tesis edilmektedir. İsim tercihiine ilişkin kurallar, evli çiftlerinkinden ayrılmaktadır; Örneğin yasa, kayıtlı birliktelik tesis eden çift ortak bir isim seçtiğinde yasa bunu “son isim” olarak nitelerken evli bir çiftin ortak ismine “aile ismi” olarak atıfta bulunmaktadır. Buna karşın en büyük farklılıklar ebeveynlik haklarına dairdir: Evli çiftlerden farklı olarak kayıtlı partnerlere, evlat edinme veya diğer partnerin çocuğunun evlat edinilmesi olarak ifade edebileceğimiz üvey evlat edinme izni verilmemektedir (bölüm 8(4)). Suni dölleme de kapsam dışında tutulmuştur (bölüm 2 (1) Suni Üreme Yasası).

B. Karşılaştırmalı Hukuk

1. Avrupa Birliği Hukuku

24. 7 Aralık 2000 tarihinde imzalanan ve 1 Aralık 2006 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 9.maddesi şöyledir:

“Evlenme ve aile kurma hakkı bu hakların kullanımını belirleyen ulusal yasalara uygun olarak garanti altına alınır.”

25. Şartın Yorumunun ilgili kısmı şöyledir:

“Her ne kadar birkaç devlet eşcinsel çiftlerin evlenme hakkını açık bir şekilde yasaklayan mevzuat ve kamu politikalarına sahip olsalar da modern eğilimler ve gelişmeler, eşcinsel çiftler açısından daha fazla açıklık ve kabullenme yönelimlidir. Hali hazırda eşcinsel ilişkiler, çok sınırlı olarak ve eşcinsel çiftlere evlilik imkanı vermeyecek şekilde, hukuk tarafından tanınmaktadır. Devletlerin çoğundaki ulusal mevzuat, birlikte yaşamayı isteyen eşlerin farklı cinsiyetlerden olmasını varsaymaktadır. Hal böyle olmakla birlikte Hollanda ve Belçika’nın da içinde bulunduğu birkaç ülkede aynı cinsiyetler arasındaki evlilikler hukuken tanınmaktadır. Diğer devletler örneğin İskandinav ülkeleri; mülkiyet paylaşım hakları, miras hakları gibi evliliğe ilişkin pek çok hükmün bu tür birlikteliklere de uygulanmasını ihtiva eden kayıtlı birliktelik yasasını kabul etmişlerdir. Aynı zamanda “kayıtlı partner” isminin, bu tür birlikteliklerin evlilikle karışmasını önlemek amacıyla kasten seçilmiş olduğunu ve kişisel ilişkilerin tanınmasına dair alternatif bir yöntem olarak kabul edildiğini belirtmek önemlidir. Sonuç olarak, bu yeni kurum sadece evlenemeyen çiftlere açık olup, eşcinsel birliktelikler evlilikle aynı konuma ve haklara sahip değildir (...).

Evliliğe ilişkin ulusal mevzuatların farklılığını dikkate almak amacıyla Şart’ın 9.maddesi ulusal mevzuata atıfta bulunmaktadır. Kaleme alınış şeklinden de görüleceği üzere madde diğer uluslararası enstrümanlara nazaran kapsam olarak daha geniştir. Diğer insan hakları enstrümanlarından farklı olarak açık bir şekilde “erkekler ve kadınlara” atıfta bulunmaması nedeniyle eşcinsel çiftlerin evlilik bağlamında tanınmasına herhangi bir engel bulunmadığı iddia edilebilir. Hal böyle olmakla birlikte ulusal mevzuata bu tür evlilikleri kolaylaştırmasına dair herhangi bir yükümlülük de bulunmamaktadır. Uluslararası mahkemeler ve komiteler, evlenme hakkının eşcinsel çiftleri içine alacak şekilde genişletilmesi hususunda bu güne kadar isteksiz kalmışlardır (...)

26. İşbu dava bağlamında çok sayıda Yönerge konuyla ilgilidir:

Ailelerin tekrar birleşmesi hakkına dair 22 Eylül 2003 tarihli ve 2003/86/EC sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi, üye Devletlerin topraklarında yasal olarak ikamet eden üçüncü bir ülkenin vatandaşı olan kişilerin aileleri ile tekrar birleşmeleri hakkıyla ilgilidir.

Yönergenin “aile üyeleri” başlığını taşıyan 4.maddesi şöyledir:

“(3) Üye devletler, ekonomik desteğini aldığı kişi ile uzun zamandır düzenli bir ilişki yaşayan üçüncü ülke vatandaşının veya Madde 5(2)’ye uygun olarak kayıtlı bir birliktelikle sponsoruna bağlı

olan üçüncü ülke vatandaşı olarak tarif edeceğimiz evlenmemiş partnerin, ülkeye girişini ve ikametini işbu Yönerge'ye uygun ve IV.Bölümde belirtilen koşullara tabi olmak şartıyla yasayla veya tüzükle düzenleyebilir. ...”

Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin 29 Nisan 2004 gün 2004/38/EC sayılı Yönerge'si yurttaşların birleşme hakkı ve onların aile üyelerinin, üye Devletlerin sınırları içerisinde serbest seyahatleri ve ikametleri ile ilgilidir.

Yönerge'nin 2.maddesi aşağıdaki tanımları ihtiva eder:

“(2) ‘Aile üyesi’ :

- (a) Eş
- (b) Sakin olunan üye Ülkenin konuyla ilgili mevzuatında belirtilen şartlara uygun olarak kayıtlı birlikteliği, evlilikle eşdeğer kabul etmesi durumunda; üye Ülkenin hukukuna uygun olarak bir Birlik vatandaşının kayıtlı birliktelik akdettiği kişi
- (c) 21 yaşının altında olup aynı soydan gelen fürular veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler ve (b) de belirtilen eş veya partner
- (d) Bakmakla yükümlü olduğu usulden akrabası veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler ve (b) de belirtilen eş veya partner”

2.Avrupa Konseyi Üye Ülkelerinde konuyla ilgili mevzuatın durumu

- 27.** Hali hazırda Belçika, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya ve İsveç olmak üzere kırk yedi üye devletin altısı eşcinsel çiftlerin evlenmelerine imkan vermektedir.
- 28.** Ek olarak, eşcinsel çiftlerin evlenmelerine müsaade etmemelerine karşın kabul etmiş oldukları yasal düzenlemeler ile eşcinsel çiftlerin ilişkilerini kaydettirmelerine müsaade eden on üç ülke bulunmaktadır: Andora, Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Macaristan, İzlanda, Lüksemburg, Slovenya, İsviçre ve Birleşik Krallık. Özetle on dokuz üye devlette; eşcinsel çiftler, ya evlenme ve yahut kayıtlı birliktelik akdetme imkanına sahiptirler (bakınız ayrıca *Burden / İngiltere* (BD) no.13378/05, paragraf 26, AİHM 2008).
- 29.** İrlanda ve Lihtenştayn'da eşcinsel evliliklere bir tür kayıtlı birliktelik akdetme imkanı vermeyi amaçlayan çalışmalar hali hazırda yapılmakta ve planlanmaktadır. Ek olarak Hırvatistan, eşcinsel çiftlerin birlikte yaşamalarını kabul eden, buna karşın çiftlere kayıt
-

imkanı vermeyen, sınırlı hükümler içeren Eşcinsel Medeni Birlikteliklerine Dair Yasa'yı kabul etmiştir.

30. Mahkeme'nin ulaşabildiği bilgiye göre ilgili devletlerin büyük çoğunluğu söz konusu yasal düzenlemeyi geçen on yıl içinde kabul etmişlerdir.
31. Kayıtlı birlikteliğin yasal sonuçları, çoğunlukla evliliğe eşdeğer olmak ile sınırlı haklar tanınmak arasında değişmektedir. Kayıtlı birlikteliğin yasal sonuçları arasında üç temel kategori öne çıkmaktadır: maddi sonuçlar, ebeveynlik sonuçları ve diğer sonuçlar.
32. Maddi sonuçlar, kayıtlı birlikteliğin vergi, sağlık sigortası, sosyal güvenlik ödemeleri ve emekli maaşları üzerindeki etkilerini konu almaktadır. İlgili devletlerin pek çoğunda partnerler, evliliğe benzer bir statüye sahip olmaktadır. Bu durum, ayrıca müşterek mülkiyet ve borç, ayrılık durumunda nafakanın uygulanmasına dair kurallar, partnerin kaza sonucu ölümü halinde tazminat hakkı ve miras hakkı gibi diğer maddi sonuçlara da uygulanmaktadır.
33. Mesele ebeveynlik sonuçlarına geldiğinde, kayıtlı partnerlerin tıbbi destekle döllenme operasyonu olanağı veya evlat edinmesi hususları ülkeden ülkeye hatırı sayılır ölçüde değişmektedir.
34. Diğer sonuçlar, partnerin soy ismini kullanma, yabancı partnerin ikamet izni ve vatandaşlık durumuna etkisi, tanıklıktan çekinme hakkı, tıbbi konulardaki 1.derece akraba statüsü, partnerin ölümü halinde devam eden kiracılık sıfatı ve hukuka uygun organ bağışları konularını içine almaktadır.

HUKUK

I.HÜKÜMETİN BAŞVURUNUN KAYITTAN DÜŞÜRÜLMESİNE YÖNELİK TALEBİ

35. Hükümet sözlü savunmalarında Kayıtlı Birliktelik Yasasının eşcinsel çiftlere, karşıt cinsiyetler arasında akdedilen evliliğin sağlamış olduğu hukuki statüyü temin etmiş olduğunu iddia etmiştir. Hükümet meselenin çözüme kavuşturulmuş olarak telakki edilebileceğini ve bu nedenle de başvurucunun Mahkeme listesinden çıkarılmasının
-

hakkaniyete uygun olacağını iddia etmiştir. Hükümet konuyla ilgili olması nedeniyle Sözleşme'nin aşağıda aktarılan madde 37/1 hükmüne dayanmıştır:

“1. Yargılamanın herhangi bir aşamasında, Mahkeme, aşağıdaki sonuçlara varılması halinde başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verebilir.

.....

b) Sorun çözümlenmişse veya;

Ancak işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan insan haklarına riayet gerektiriyorsa, Mahkeme başvurunun incelenmesine devam eder.”

36. Mahkeme, Sözleşme m.37/1-b hükmünün işbu davaya uygulanabileceği sonucuna ulaşması için iki soruya yanıt vermek zorundadır: Mahkeme ilk olarak, başvurucular tarafından doğrudan şikayet edilen durumların halen mevcut olup olmadığını, ikinci olarak da muhtemelen bu durumlar nedeniyle meydana gelmiş olan bir Sözleşme ihlali sonuçlarının telafi edilip edilmediğini sormak zorundadır (bkz *Shevanova / Letonya* (kayıttan düşürme) [BD], no.58822/00, paragraf 45, 7 Aralık 2007).

37. Mahkeme, başvurucuların şikayetlerinin esasının eşcinsel bir çift olarak evlenme imkanından yoksun kalmaları olduğunu gözlemlemektedir. Bu durum Kayıtlı Birliktelik Yasasının yürürlüğünden sonra da halen mevcuttur. Hükümet'in bizzat işaret ettiği üzere, adı geçen yasa eşcinsel çiftlere, evliliğe benzer veya karşılaştırılabilir bir statü sağlamakla birlikte, onlara sadece farklı cinsiyetlerden kişilere münhasır olan evlilik akdetme imkanını vermemektedir.

38. Mahkeme davanın kayıttan düşürülmesine ilişkin şartların meydana gelmemiş olduğu sonucuna ulaşır ve bu nedenle de Hükümet'in talebini reddeder.

II. SÖZLEŞMENİN 12.MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

39. Başvurucular, resmi makamların evlilik akdetme taleplerini reddetmeleri nedeniyle aşağıda aktarılan Sözleşme'nin 12.maddesinin ihlal edildiği yakınmasında bulunmuşlardır:

“Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir.”

Hükümet bu iddiayı reddetmiştir.

A.İncelenebilirlik (Kabuledilebilirlik)

40. Mahkeme, her ikisi de erkek olan ve evlenme hakları olduğunu iddia eden başvuruçuların yakınmasının 12.maddenin kapsamı içine girip girmediği meselesinin Hükümetçe ortaya konulduğunu gözlemlemektedir. Hal böyle olmakla birlikte Hükümet meselenin *ratione materiae* (konu bakımından) ile bağdaşmaz olması nedeniyle yakınmanın incelenemez (kabuledilemez) olduğu yollu bir iddia ileri sürmemiştir. Mahkeme, meselenin kafi derecede karmaşık olması nedeniyle incelenebilirlik aşamasında çözümlenebilir olmadığı hususunda hem fikirdir.

41. Mahkeme, tarafların savunmaları ışığında şikayetin Sözleşme kapsamında ciddi bir takım olaylar ve hukuki meseleler ihtiva ettiği ve çözümlenmesi açısından da davanın esas incelemesinin gerekli olduğu kanaatindedir. Bu nedenle Mahkeme, şikayetin Sözleşme m.35/3 bağlamında açıkça temelden yoksun olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Başvurunun incelenemez ilan edilmesine neden olabilecek başka herhangi bir neden de tespit edilmemiştir.

B. Esas

1. Tarafların Savunmaları

42. Hükümet, Mahkeme'nin içtihatlarını dikkate alan ve başvuruçuların herhangi bir Sözleşme hakkının ihlal edilmediğini tespit eden Anayasa Mahkemesi'nin kararına atıfta bulunmaktadır.

43. Mahkeme huzurundaki sözlü sunumlarında Hükümet, gerek 12.maddenin açık lafzının gerekse Mahkeme içtihatlarının, evlenme hakkının evliliğin doğası gereği farklı cinsiyetten olan çiftlerle sınırlı olduğunu hüküm altına aldığını iddia etmiştir. Hükümet, evlilik kurumunda Sözleşmenin kabulünden bu yana önemli sosyal değişimler meydana gelse de eşcinsel çiftlere evlenme hakkının tanınması hususunda bir Avrupa konsensüsünün olmadığını ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 9.maddesinden de böylesi bir hakkın çıkarılamayacağını iddia etmiştir. Lafızlarındaki farklılığa rağmen Şart'ın 9.maddesi eşcinsel evliliği açısından ulusal mevzuata atıfta bulunmaktadır.

44. Başvurucular, günümüz toplumundaki evlilikte, üreme ve çocukların eğitiminin belirleyici unsur olma özelliğini yitirdiğini, evliliğin, iki kişinin yaşamlarının tüm yönlerini içine alan bir birlik olduğunu iddia etmişlerdir. Evlilik kurumunun hatırı sayılır bir değişikliğe uğramış olması nedeniyle eşcinsel çiftlere evlilik hakkının reddi açısından herhangi bir gerekçe artık bulunmamaktadır. 12.maddenin yalnızca kadın ve erkeğin karşıt cinsiyetten birisi ile evlenme hakkına sahip olacağı şeklinde okunmasında bir zaruret bulunmamaktadır. Ayrıca başvurucular 12.madde’de “konuyla ilgili ulusal mevzuata” atıfta bulunulmasının devletlere evlenme hakkı hususunda sınırsız bir takdir marjı verildiği anlamına gelmeyeceği kanaatindedirler.

2.Katılanların Sunumları

45. Birleşik Krallık Hükümeti, Mahkeme içtihatlarına göre Sözleşme’nin 12.maddesinin “karşıt biyolojik cinsiyette olan kişiler arasındaki geleneksel evlilik” olarak anlaşıldığı kanaatindedir (bakınız *Sheffield ve Horsham / Birleşik Krallık*, 30 Temmuz 1998, paragraf 66, *Kararlar ve İncelenbilirlik Hakkındaki Kararlara Dair Raporlar* 1998 –V). Hükümete göre bu yaklaşımdan ayrılmayı gerektiren herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır.

46. Mahkeme, günün koşulları çerçevesinde yorumlanması zorunlu olan Sözleşme’nin yaşayan bir enstrüman olduğunu sıklıkla belirtmiş ve dolayısıyla da standartlar açısından üye devletler arasında bir uyum olması durumunda, içtihatlarını geliştirmek amacıyla bu yaklaşıma başvurmuştur. Örneğin *Christine Goodwin / Birleşik Krallık* [BD] (no.28957/95, AİHM 2002-VI) kararında Mahkeme, Sözleşen Devletlerin çoğunluğunun bu tür evliliklere izin verdiğini dikkate alarak, bir kişinin geçirmiş olduğu operasyon sonrasında edindiği cinsiyetten olmayan bir kişi ile evlenmesi hususundaki pozisyonunu gözden geçirmiştir. Buna karşıt olarak eşcinsel evlilikler hususunda herhangi bir standartlar uyumu mevcut değildir. Davaya katılan (Birleşik Krallık) Hükümetin görüşlerini Mahkeme’ye sunduğu sırada sadece üç üye Devlet eşcinsel evliliğine müsaade etmekte, ikisinde ise bu amaca matuf olmak üzere iki teklif üzerinde çalışılmaktadır. Eşcinsel evliliği sosyal, siyasal ve dinsel tartışmaları ihtiva eden hassas bir meseledir. Konuyla ilgili bir konsensüsün olmaması nedeniyle, Devlet hatırı sayılır genişlikte bir takdir yetkisine sahiptir.

47. Dört sivil toplum kuruluşu, Mahkeme’ye, bu fırsatı kullanarak evliliği, eşcinsel çiftlerin de tesis edebileceği şekilde genişletmesi çağrısı yapmıştır. Karşıt cinsiyetten olanların evlenebilmelerine rağmen aynı cinsiyetten olanların evlenememeleri, cinsiyete dayanan

farklı bir muamele varlığına dalalet eder. Başvurucular, *Karner / Avusturya* (no. 40016/98, § 37, AİHM 2003-IX), kararına atıfta bulunarak böylesi bir farklılığın ancak “bir takım özel sebeplerin bulunması” durumunda makul olabileceğini iddia etmişlerdir. Başvurucular, itirazlarında böylesi bir gerekçenin bulunmadığını belirtmişlerdir. Eşcinsel çiftlerin evlenme akdinden yoksun bırakılması, geleneksel anlamda evliliği veya aileyi korumaya hizmet etmeyeceği gibi eşcinsel çiftlere evlenme olanağının sağlanması da evliliğin geleneksel anlamdaki değerini düşürmeyecektir. Ayrıca evlilik kurumu hatırı sayılır bir değişikliğe uğramış ve Mahkeme’nin *Christine Goodwin* (yukarıda bahsedilen karar, paragraf 98) kararında hükmettiği üzere, çocuk yapılamaması evlenme hakkının ortadan kaldırılmasının bir gerekçesi olarak telakki edilemez. Dört sivil toplum kuruluşunun da kabul ettiği üzere *Christine Goodwin* ile işbu dava arasındaki fark Avrupa konsensüsünün durumunda yatmaktadır. Buna rağmen adı geçen dört sivil toplum kuruluşu, söz konusu farklı tutuma dair herhangi bir objektif ve haklı bir gerekçenin yokluğunda Avrupa konsensüsüne çok daha az bir değerin atfedilmesi gerektiğini iddia etmişlerdir.

48. Dört sivil toplum kuruluşu son olarak Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nin, Ontoryo ve Britanya Kolombiyası (Kanada)³ Temyiz Mahkemesi’nin, Amerika Birleşik Devletleri eyaletlerinden California, Connecticut, Iowa ve Massachusetts Temyiz Mahkemeleri’nin eşcinsel çiftlerin evlenmelerine müsaade edilmemesinin ayrımcılık olduğuna hükmeden kararlarına atıfta bulunmuştur.

3. Mahkeme’nin Değerlendirmesi

a. Genel Prensipler

49. Mahkeme’nin kökleşmiş içtihatlarına göre, 12. madde bir kadın ve erkeğin evlenme ve aile kurma hakkını garanti altına almaktadır. Bu hakkın kullanımı kişisel, sosyal ve hukuki bir takım sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Evlenme hakkı “Yüksek Sözleşen Devletlerin ulusal hukuklarına tabidir”. Hal böyle olsa da ulusal mevzuatla getirilecek sınırlandırmalar, söz konusu hakkın özüne zarar verecek şekil ve yahut kapsamda olamaz (bakınız *B. ve L. / Birleşik Krallık*, no. 36536/02, paragraf 34, 13 Eylül 2005, ve *F. / İsviçre*, 18 Aralık 1987, § 32, Dizin A no. 128).

³ Ontoryo ve İngiliz Kolombiyası, Kanada’nın eyaletleridir.

50. Mahkeme, ilk olarak aynı cinsiyetten olan iki kişinin evlenme hakkına sahip olup olamayacaklarını iddia ettiği bir davayı şu ana kadar inceleme fırsatına sahip olmamıştır. Hal böyle olmakla birlikte Mahkeme'nin transseksüellerle alakalı içtihatlarından bazı prensipler çıkarılabilir.
51. Çok sayıda davada operasyon geçirmiş olan transseksüellerin, operasyon sonrasında edinmiş oldukları cinsiyetin karşıtı cinsiyete sahip birisiyle evlenmelerine müsaade edilmemesi durumunun 12.maddeyi ihlal edip etmediği meselesi öne çıkmıştır. Önceki içtihatlarında Mahkeme, 12.maddenin temelini teşkil eden geleneksel evlilik kavramına bağlılığın, evlilik kavramı bağlamında bir kişinin cinsiyetinin tespitinde Sözleşen Devletin biyolojik ölçütü temel almasının yeterli bir gerekçe olduğunu kabul etmiştir. Sonuç olarak bu mesele Sözleşen Devletin evlenme hakkının kullanımını ulusal hukukla düzenleme yetkisi dahilindeki bir mesele olarak telakki edilmiştir (bakınız *Sheffield ve Horsham*, yukarıda değinilen, paragraf 67; *Cossey / Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1990, paragraf 46, Dizin A no. 184; bakınız ayrıca *Rees / Birleşik Krallık*, 17 Ekim 1986, paragraf 49-50, Dizin A no. 106).
52. *Christine Goodwin* (yukarıda bahsedilen, §§ 100-104) davasında Mahkeme bu içtihattan ayrılmıştır: Mahkeme 12.madde tarafından bir erkek ve kadının evlenme hakkına atfen kullanılan kavramların cinsiyeti salt biyolojik ölçüt kullanarak tespit eden kavramlar olarak anlaşılmasının artık zorunlu olmadığına hükmetmiştir. Böylece, Mahkeme, Sözleşme'nin kabulünden bu yana evlilik kurumu bağlamında temel sosyal değişiklikler meydana geldiğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, Sözleşme'nin 12.maddesinin lafzından ayrılan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 9.maddesine göndermede bulunmuştur. Son olarak Mahkeme edinmiş oldukları cinsiyetleri ile transseksüellerin evlenmeleri hususunda geniş çaplı bir kabulün olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, operasyon geçirmiş bir transseksüelin edinmiş olduğu yeni cinsiyetinde evlenme imkanından yoksun bırakılmasının Sözleşme'nin 12.maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir.
53. Sonraki iki dava da işbu dava ile ilgilidir: *Parry / Birleşik Krallık* (incelenebilirlik hakkında karar), no. 42971/05, AİHM 2006-XV, ve *R. ve F. / Birleşik Krallık* (incelenebilirlik hakkında karar), no. 35748/05, 28 Kasım 2006). Her iki davada da başvuru birisi kadın diğeri de geçirmiş olduğu operasyon sonrasında kadınsı erkek olan evli bir çifttir. Başvurucular, diğerleri arasında, Sözleşme'nin 12. maddesi altında ikinci başvuru yapanın cinsiyet değişikliğinin tam ve hukuki olarak tanınmasına dair başvuru yapmayı istemesi
-

durumunda evliliklerini sonlandırmaya mecbur bırakılacakları yakınmasında bulunmuşlardır. Mahkeme bu yakınmayı, mesnetsiz olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkeme ulusal mevzuatın, cinsiyetin doğumla veya cinsiyetin tanınması prosedürüyle kazanılıp kazanılmadığına bakılmaksızın sadece karşıt cinsiyetten kişiler arasında yapılacak evliliğe müsaade ettiğini buna karşın eşcinsel evliliklere müsaade etmediğini belirtmiştir. Benzer şekilde 12. madde geleneksel evlilik kavramını bir erkek ve bir kadın arasındaki birliktelik olarak korumaktadır. Mahkeme çok sayıda Sözleşen Devletin evliliği, eşcinselleri içine alacak şekilde genişlettiğini kabul etmiş ise de bu yaklaşımın o ülkelerin toplumlarındaki evliliğin rolünü yansıttığını söylemeye devam etmiş ve 1950 tarihli Sözleşmeye, bizzat Sözleşen Devletlerce dahil edilen adı geçen temel haktan herhangi bir yorumun çıkmadığını belirtmiştir. Mahkeme, önceden mevcut olan evliliklerde cinsiyet değişikliğinin sonuçlarını ne şekilde düzenleneceğinin Devletlerin takdiri dahilinde olduğu sonucuna ulaşmıştır. Buna ek olarak Mahkeme transseksüel eşin cinsiyetinin hukuken tanınması amacıyla çiftlerin boşanmayı tercih etmeleri durumunda başvuruçuların medeni birliktelik kurma imkanına sahip olacaklarını bunun da şikayet edilen cinsiyetin tanınması rejiminin orantılılığını güçlendireceğini belirtmiştir.

b. İşbu davadaki uygulama

54. Mahkeme 12.maddenin evlenme hakkını sadece kadın ve erkeklere bahşettiğini belirtmektedir. Fransızca versiyonu şöyledir: « *l'homme et la femme ont le droit de se marier* ». Ayrıca 12.madde aile kurma hakkını da ihtiva eder.
55. Başvuruçular maddenin lafzının, salt bir erkeğin sadece bir kadınla veya bir kadının sadece bir erkekle evlenebileceği şeklinde bir anlamı ihtiva etmediğini belirtmişlerdir. Mahkeme, izole bir şekilde bakıldığında 12.maddenin lafzının iki erkek veya iki kadın arasındaki evliliği dışarıda bırakmayacak şekilde yorumlanabileceğini gözlemlemektedir. Hal böyle olmakla birlikte, diğer Sözleşme maddeleri ihtiva ettikleri hak ve özgürlükleri “herkese” bahşetmekte veya “hiç kimsenin” bazı yasaklı muamele türlerine tabi tutulamayacağını ifade etmektedir. 12.maddede tercih edilen lafzın maksatlı olduğunun kabulü zorunludur. Dahası Sözleşme’nin kabulü zamanındaki tarihi bağlamın da dikkate alınması zorunludur. 1950’lerde evlilik açık bir şekilde geleneksel anlamda farklı cinsiyetler arasındaki eşlerin birlikteliği olarak anlaşılmaktadır.
-

56. Evlenme hakkıyla aile kurma arasındaki ilişki bağlamında Mahkeme, bir çiftin çocuk düşünmemesi veya çocuğa ebeveynlik edememesinin bizatihi evlenme hakkını ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir (*Christine Goodwin*, yukarıda değinilen, paragraf 98). Hal böyle olmakla birlikte bu tespit eşcinsel evlilikler hususunda herhangi bir sonuca varılmasına müsaade etmez.
57. Her halükarda başvuruçular sadece 12.maddenin metinsel yorumuna dayanmamışlardır. Başvuruçular temelde Sözleşmenin yaşayan bir enstrüman olduğunu ve günümüz şartlarında yorumlanması gerektiğini ifade eden Mahkeme içtihatlarına da dayanmışlardır (bakınız *E.B./ Fransa* [BD], no. 43546/02, paragraf 92, AİHM 2008-..., ve *Christine Goodwin*, yukarıda değinilen, paragraflar 74-75). Başvuruçular itirazlarında 12.maddenin günümüz koşullarında eşcinsel çiftlerin evlenmelerine müsaade edecek şekilde, bir diğer ifadeyle üye Devletleri ulusal mevzuatlarında böylesi bir olanağı kabule zorlayacak şekilde okunmasının gerekli olduğunu iddia etmişlerdir.
58. Mahkeme başvuruçuların savlarından ikna olmamıştır. Her ne kadar *Christine Goodwin* kararında evlilik kurumunun Sözleşme'nin kabulünden bu yana temel bir takım sosyal değişikliklere maruz kaldığını belirtmiş olsa da Mahkeme eşcinsel evlilikler hususunda bir Avrupa mutabakatının mevcut olmadığı kanaatindedir. Hali hazırda 47 Sözleşen Devletten sadece 6'si eşcinsel evliliklere müsaade etmektedir (bakınız yukarıda paragraf.27).
59. Davalı Hükümet ve katılan Hükümet'in doğru şekilde ortaya koyduğu üzere işbu davanın *Christine Goodwin*'den ayırt edilmesi zorunludur. Söz konusu o davada (bakınız yukarıda değinilen paragraf 103) Mahkeme transseksüellerin edinmiş oldukları cinsiyette yapacakları evlilik hususunda bir standartlar birliği olduğunu tespit etmiştir. Dahası *Christine Goodwin*, şayet cinsiyetin salt biyolojik ölçüt temel alınarak değil de eşlerden birisinin cinsiyet değiştirmesinin de dahil olduğu diğer faktörler hesaba katılarak tanımlanması durumunda, farklı cinsiyetlerden olan eşler arasındaki evlilikle ilgilidir.
60. Sözleşme'nin 12.maddesi ile Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 9.maddesi arasındaki karşılaştırmaya dönersek Mahkeme halihazırda Şart'ın kasden erkeklere ve kadınlara yapılan göndermeyi terk ettiğini belirtmektedir (bakınız *Christine Goodwin*, yukarıda bahsedilen paragraf.100). Aralık 2009'da bağlayıcı hale gelen Şart'ın ilgili gerekçesi 9.maddenin diğer insan hakları enstrümanlarındaki karşılığından kapsam bağlamında daha geniş olmayı amaçladığını doğrulamaktadır (bakınız yukarıda paragraf.25). Aynı zamanda
-

ulusal mevzuata yapılan atıf, eşcinsel evliliklere izin verme ile bu tür evlilikleri açık bir şekilde yasaklama arasında değişen hükümler içeren ulusal düzenlemelerin farklılığını yansıtmaktadır. Şart'ın 9.maddesi ulusal mevzuata gönderme de bulunarak eşcinsel evliliklere izin verip vermeme kararını Devletlere bırakmaktadır. Madde gerekçesinin bir başka şekilde ki ifadesiyle “....Evlilik bağlamında eşcinsel ilişkilerin tanınması açısından herhangi bir engelin olmadığı iddia edilebilir. Buna karşın ulusal mevzuatın bu tür evlilikleri kolaylaştırması gerektiği hususunda açık bir gereklilikte bulunmamaktadır.”

61. Şart'ın 9.maddesinin dikkate alınması zorunludur. Bu nedenle Mahkeme, 12.madde tarafından garanti altına alınan evlenme hakkını, her halükarda karşıt cinsiyetten kişiler arasında tesis edilecek evlilikle sınırlandırılmasının zorunlu olduğu şeklinde değerlendirmeyecektir. Sonuç olarak 12.maddenin başvuruçuların yakınmalarına uygulanamayacağı söylenemez. Hal böyle olmakla birlikte eşcinsel evliliklere izin verilip verilmemesi meselesi Sözleşen Devletlerin ulusal hukuklarınca düzenlenecek mevzuata bırakılmıştır.

62. Bu bağlamda 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 (bakınız *B. ve L. / Birleşik Krallık*, yukarıda bahsedilen paragraf.36).

63. Sonuç olarak, Mahkeme Sözleşme'nin 12.maddesi'nin davalı Hükümet üzerinde başvuruçular gibi bir eşcinsel çiftin evlenmesine izin verme yükümlülüğü yüklemeyeceğini tespit eder.

64. Sonuç olarak Sözleşme'nin 12.maddesi ihlal edilmemiştir.

III. SÖZLEŞME’NİN 14.MADDESİNİN 8.MADDE İLE BAĞLANTILI OLARAK İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

65. Başvuruçular evlenme hakkından yoksun bırakılmış olmaları ve Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın yürürlüğe girmesi öncesinde ilişkilerinin hukuksal olarak tanınması olanağına sahip olmamaları nedeniyle Sözleşme'nin 8.maddesiyle bağlantılı olarak 14.maddesi

altında cinsel yönelimleri gerekçesiyle ayrımcılığa maruz kaldıkları yakınmasında bulunmuşlardır.

Sözleşme'nin 8.maddesi şöyledir:

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.
2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

Sözleşme'nin 14.maddesi şöyledir:

Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

A. İncelenebilirlik (Kabuledilebilirlik)

1. İç hukuk yollarının tüketilmesi

66. Hükümet yazılı sunumlarında, başvuruçuların ulusal makamlar önünde salt evlenmelerinin mümkün olmaması hususunda yakınmada bulunmuş olduklarını belirtmiştir. Hükümete göre başvuruçuların Mahkemeye sunmuş oldukları başvurularında, ilişkilerinin hukuki olarak tanınmasına dair herhangi bir alternatifin olmadığı meselesi türünden doğrudan veya dolaylı olarak ileri sürülmüş olan tüm diğer hususlar, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle incelenemez (kabuledilemez) olarak ilan edilmelidir. Buna karşın Hükümet, işbu iddiasını Mahkeme huzurundaki sözlü savunmalarında yinelememiştir. Hükümet aksine, kayıtlı birliktelik meselesinin işbu başvuru bağlamında işin özü olarak telakki edilebileceğini ifade etmiştir.

67. Başvuruçular özellikle eşcinsel bir çift olarak ayrımcılığa maruz kalmalarının yakınmalarının bir parçasını oluşturduğunu ve ayrıca anayasal şikayetlerin de 8.madde ile bağlantılı olarak 14.madde altında ilgili Mahkeme içtihatlarına dayanmış olduklarını belirtmişlerdir.

68. Mahkeme Sözleşme'nin 35.maddesinin 1. fıkrasının, Strasburg'da sonradan yapılması amaçlanan yakınmaların en azından özü itibarıyla ve ulusal hukukta belirtilen süre ve usul kurallarına uyularak, doğru iç hukuk makamları nezdinde önceden dile getirilmiş olmasını gerektirdiğini yineler (bakınız *Akdıvar ve Diğerleri / Türkiye*, 16 Eylül 1996, paragraf 66, *Kararlar ve İncelenebilirlik Hakkındaki Kararlara Dair Raporlar* 1996-IV).
69. İşbu başvuruda, ulusal yargılama resmi makamların başvuru sahiplerinin evlenmelerine izin vermemeleri ile ilgilidir. Söz konusu zaman zarfında bir kayıtlı birliktelik tesis etmenin mümkün olamaması nedeniyle başvuru sahiplerinin, evliliklerini gerçekleştirmeye çalışmak istisnası dışında, birlikteliklerinin hukuksal olarak tanınması meselesini ne şekilde ortaya koyabileceklerini öngörmek güçtür. Sonuç olarak, başvuru sahiplerinin anayasal şikayetleri ayrıca evlenme imkanının yokluğu üstünde de odaklanmıştır. Bununla birlikte başvuru sahipleri ayrıca, en azından özde, ilişkilerinin başka herhangi bir şekilde hukuk tarafından tanınabilmesine dair herhangi bir yolun mevcut olmadığı yakınmasında bulunmuşlardır. Buna karşın Anayasa Mahkemesi meseleyi ele alma imkanına sahip olmuş ve gerçekten de bazı hakları evli çiftlerle özgüleyerek hukukun hangi alanlarının eşcinselleri ayrımcılığa tabi tuttuğunu incelemenin yasa koyucuya ait olduğunu kısaca ifade etmiştir. Bu koşullar altında Mahkeme başvuru sahiplerinin ulusal hukuk yollarını tüketme yükümlülüğüne uygun davrandıkları hususunda tatmin olmuştur.
70. Her halükarda Mahkeme, alternatif hukuki tanıma meselesinin, işbu davanın özünü teşkil eden bir mesele olarak telakki edilmesi zorunlu olan evlenme imkanının yokluğu meselesiyle yakından ilişkili olduğu hususunda Hükümetle hem fikirdir.
71. Sonuç olarak, Mahkeme başvuru sahiplerinin 8.maddeyle bağlantılı olarak 14.madde altında ileri sürdükleri yakınmaları açısından iç hukuk yollarını tüketmemiş olduklarına dair Hükümet itirazını reddeder.

2.Başvuru sahiplerinin mağdurluk statüsü

72. Hükümet, Mahkeme huzurundaki sözlü sunumlarında ayrıca başvuru sahiplerinin Kayıtlı Birliktelik Yasasının yürürlüğünü takiben hala ileri sürmüş oldukları ihlalin mağduru olduklarını iddia edip edemeyecekleri meselesini gündeme getirmiştir.
-

73. Mahkeme, bir başvuruçunun mağdurluk statüsünün, o başvuruçuya Mahkeme önünde yakındığı olaylar temelinde ulusal düzeyde ödenen tazminata veya ulusal makamlarca açık veya zımni bir şekilde bir Sözleşme ihlalini kabul edip etmemelerine bağlı olabileceğini belirtmiştir. Sadece bu iki şartın gereğinin yerine getirilmesi durumunda Sözleşmenin ikincilik doğası bir başvurunun incelenmesine engel olur (bakınız, örneğin, *Scordino /İtalya* (incelenebilirlik hakkında karar), no. 36813/97, AİHM 2003-IV).
74. İşbu davada Mahkeme, ikinci koşulun gereğinin yerine getirilmemiş olması nedeniyle, ilk koşulun gereğinin yerine getirilip getirilmediği hususunu incelemek zorunda değildir. Hükümet Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın Sözleşme kapsamında bir yükümlülüğün gereğini yerine getirmek amacıyla değil tutum tercihi çerçevesinde kabul edilmiş olduğunu açık bir şekilde ortaya koymuştur (bakınız aşağıda paragraf 80). Bu nedenle adı geçen bu yasanın kabulü başvuruçular tarafından iddia edilen Sözleşme ihlalinin kabulü olarak telakki edilemez. Sonuç olarak Mahkeme, Hükümetin başvuruçuların iddia ettikleri 8.maddeyle bağlantılı olarak 14.madde ihlalinin mağduru olduklarını ileri süremeyecekleri itirazını reddeder.

3.Sonuç

75. Mahkeme tarafların sunumları ışığında yakınmanın Sözleşme kapsamında ciddi hukuki ve maddi meseleler ortaya koyduğunu, bunların tespitinin de esasa dair bir incelemeyi gerektirdiğini hüküm altına almıştır. Mahkeme bu nedenle iş bu yakınmanın Sözleşme'nin 35. maddesinin 3.fikrasının anlamı çerçevesinde açık bir şekilde mesnetsiz olmadığına karar verir.

B) Esas

1.Tarafların Sunumları

76. Başvuruçular, yakınmalarının özünde eşcinsel bir çift olmaları nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakılmış olduklarını belirtmiştir. Başvuruçular 14.maddenin 8.madde ile bağlantılı olarak uygulanabileceği hususunda Hükümet ile mutabık kalarak, cinsiyete dayalı farklılıklarda olduğu gibi cinsel yönelime dayanan farklılıkların kabulü ve haklılığı açısından özel bir takım ciddi gerekçelerin varlığının gerekli olduğunu belirtmişlerdir. Başvuruçular

itirazlarında evlenme imkanına sahip olamamaları açısından Hükümetin böylesi bir gerekçeyi ortaya koyamamış olduğunu iddia etmişlerdir.

77. Mahkeme'nin *Karner* kararını (yukarıda bahsedilen paragraf 40) takiben geleneksel ailenin korunması yeterince ciddi ve haklı bir gerekçedir. Buna karşın bu amaca ulaşılabilmesi için belirli bir farklılığın ayrıca zorunlu olduğunun açık bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Başvurucular, iddialarında eşcinsel çiftlerin evliliğin dışında bırakılmasının geleneksel ailenin korunması açısından zorunlu olduğu savını destekleyecek hiç bir gerekçenin ortaya konulmadığını iddia etmiştir.

78. Başvurucular sözlü sunumlarında Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın kabulüne tepki göstererek kayıtlı birliktelik ile evlilik arasındaki farkların hala ayrımcı olduğunu iddia etmişlerdir. Başvurucular özellikle Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın evliliğin aksine nişanlanmaya imkan vermediğini, kayıtlı birlikteliklerin Bölge İdare Birimi Medeni Durumlar Bürosunda akdedildiğini belirtmektedirler. Partnerin kusurlu eylem sonucu ölümü halinde tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır. "Ailelere" sağlanan bazı ödemelerin kayıtlı birlikteliklere ve partnerlerden birisinin aynı evde yaşayan çocuklarına sağlanıp sağlanmayacağı hususu açık değildir. Her ne kadar cinsel yönelime dayanan farklılıklar hatırı sayılır gerekçeleri gerektirse de Hükümet tarafından böylesi bir gerekçe ortaya konulmamıştır.

79. Hükümet, Sözleşme'nin 8.maddesiyle bağlantılı olarak 14.maddesinin konuya uygulanacağını kabul etmiştir. Bu güne kadar Mahkeme içtihatları homoseksüel ilişkileri "özel hayat" kavramı içinde ele almıştır. Buna karşın birlikte yaşayan eşcinsellerin ilişkilerinin 'aile yaşamı' kavramı içine dahil edilmesi için makul gerekçeler bulunmaktadır.

80. 8. madde ile bağlantılı olarak 14.maddenin gereklerine uygunluk hususunda Hükümet, eşcinsel çiftlere evlilik dışında, ilişkilerinin hukuk tarafından tanınması olanağının verilir verilmeyeceği hususunun yasa koyucunun takdir yetkisinde olduğunu ifade etmiştir. Avusturya Yasama Meclisi, eşcinsel çiftlere böylesi bir imkanı sağlayacak bir tutum tercihi yapmıştır.1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe giren Kayıtlı Birliktelik Yasası uyarınca eşcinsel çiftler evliliğe çok benzer olan bir kayıtlı birlikteliği tesis edebilirler. Yeni yasa medeni hukuk, ceza hukuku, iş ve sosyal güvenlik hukuku, mali hukuk, idari yargılama

usulü hukuku, bilgilerin korunması hukuku, kamu hizmetleri hukuku, pasaport ve kayıt meseleleri ile yabancılar hukuku gibi çok farklı alanları kapsamaktadır.

2) Üçüncü tarafların (katılanların) sunumları

81. 8. maddenin uygulanabilirliği hususunda katılan Birleşik Krallık Hükümeti, her ne kadar Mahkeme içtihatları eşcinsel ilişkileri “aile yaşamı” kavramı içinde ele almamış olsa da, gelecekte bu ilişkilerin bu kavramın dışında bırakılmaması gerektiğini belirtmiştir. Hal böyle olmakla birlikte 14.maddeyle bağlantılı olarak 8.madde evlilik tesis etmeyi veya eşcinsel birlikteliklerin hukuksal olarak tanınması için alternatif usullerin yaratılmasını sağlayacak şekilde yorumlanmamalıdır.
82. Muameledeki işbu farklılığın haklılığı hususunda katılan Hükümet başvurucunun Mahkeme’nin (*Karner*) kararından çıkarımla ileri sürdüğü iddiaya itiraz etmiştir. Dayanılan davada Mahkeme, kira yasası uyarınca eşcinsel çiftlerin heteroseksüel çiftlere sağlanan korumanın dışında bırakılmasının geleneksel anlamda ailenin korunması meşru amacının temini açısından zorunlu olmadığını belirtmiştir. İşbu davadaki mesele farklıdır. Mesele evlenme veya başka bir şekilde hukuki tanınma imkanına sahip olunmasıdır. Eşcinsel ve karşıt cinsiyetteki çiftler arasındaki bu farklı muamelenin gerekçesi Sözleşme’nin 12.maddesi tarafından bizzat ortaya konulmuştur.
83. Son olarak müdahil Hükümet, Birleşik Krallık’ta Aralık 2005 tarihinde yürürlüğe giren 2004 tarihli Medeni Birliktelik Yasası’nın eşcinsel çiftler açısından bir kayıt sistemi getirdiğini belirtmiştir. Hal böyle olmakla birlikte adı geçen yasa, Sözleşme’nin bu tür bir olanağın sağlanmasına yönelik pozitif bir yükümlülük getirdiğini dikkate almadan, sosyal adalet ve eşitliği iyileştirmek amacıyla bir tutum tercihi olarak telakki edilmiştir. Hükümetin görüşüne göre bu yaklaşım Mahkeme’nin *Courten / Birleşik Krallık* (no.4479/06, 4 Kasım 2008) davasına ilişkin kararıyla da desteklenmiştir.
84. Dört sivil toplum kuruluşu Mahkeme’ye sundukları ortak değerlendirmelerinde Mahkeme’nin birlikte yaşayan partnerler arasındaki eşcinsel ilişkinin “aile yaşamı” kavramı içine girip girmediği meselesi hususunda bir hüküm tesis etmesinin gerekli olduğunu belirtmişlerdir. STK’lar, *Karner* kararında işbu sorunun cevapsız bırakıldığına dikkat çekmişlerdir (yukarıda bahsedilen, paragraf. 33). Müdahiller, eşcinsel çiftlerin aynı
-

heteroseksüel çiftlerde olduğu gibi uzun süreli duygusal ve cinsel ilişkiyi ihtiva eden bir birlikteliği tesis edebileceklerinin şu an itibariyle genel olarak kabul gördüğünü ve dolayısıyla da aynı heteroseksüel çiftlerde olduğu gibi ilişkilerinin hukuk tarafından tanınması ihtiyacı içerisinde olduklarını ileri sürmüşlerdir.

85. Mahkeme 12.maddenin Sözleşen Devletler açısından eşcinsel çiftlerin evlenmesine müsaade edilmesini gerektirdiği yolunda bir tespit yapmaması durumunda, 8.maddeyle bağlantılı olarak 14.madde altında eşcinsel çiftlerin hukuki tanınmasına yönelik alternatif bir yöntemin tesis edilmesi yükümlülüğünün mevcut olup olmadığı meselesine açıklık getirmelidir.

86. Sivil toplum kuruluşları aşağıdaki şekilde bu soruya yanıt vermişlerdir: İlk olarak, hak sahibi olmalarını sağlayacak her hangi bir alternatif yol sağlanmaksızın (örneğin hayatta kalan eşin ölen eşin maaşını alma hakkı gibi) evliliğe bağlı olan bazı hak ve kolaylıklardan eşcinsel çiftlerin yoksun bırakılması dolaylı ayrımcılığa neden olacaktır (bakınız *Thlimmenos / Yunanistan* [BD], no.343/67, paragraf.44, AİHM 2000-IV). İkinci olarak müdahiller, başvuruçuların *Karner* (yukarıda bahsedilen) kararına dayandırdıkları iddiaları ile mutabıktırlar. Üçüncü olarak müdahiller, Avrupa mutabakatının, evlilik tesis etme konusunda olmasa bile, hukuki tanımaya dair alternatif yolların sağlanması hususunda üye Devletlerin bir yükümlülük altında olduğu fikrine verilen desteğin arttığını belirtmektedirler. Şu ana kadar neredeyse Devletlerin neredeyse %40'ı eşcinsel çiftlerin, evlilik veya başka alternatif bir isim altında ilişkilerinin kayıt altına alınmasına müsaade etmiştir (bakınız yukarıda paragraflar 27-28).

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a. 8.maddeyle bağlantılı olarak 14.maddenin uygulanabilirliği

87. Mahkeme cinsel yönelime dayanan ayrımcılık konusunda çok sayıda davayı ele almıştır. Bunlardan yetişkinler arasındaki homoseksüel ilişkilerin ceza kanununca yasaklanması (bakınız *Dudgeon / Birleşik Krallık*, 22 Ekim 1981, Dizin A no. 45; *Norris / İrlanda*, 26 Ekim 1988, Dizin A no. 142; ve *Modinos / Kıbrıs*, 22 Nisan 1993, Dizin A no. 259) ve homoseksüellerin ordudan çıkarılması (bakınız *Smith ve Grady / Birleşik Krallık*, no. 33985/96 ve 33986/96, AİHM 1999-VI) konularını ihtiva edenler sadece 8.madde altında incelenmiştir. Diğerleri 8.madde ile bağlantılı olarak 14.madde altında incelenmiştir.

Bunlar ceza kanununda homoseksüel ilişki açısından rıza yaşı farklılıkları (*L. ve V. / Avusturya*, no. 39392/98 ve 39829/98, AİHM 2003-I), ebeveynlik haklarının verilmesi (*Salgueiro da Silva Mouta / Portekiz*, no. 33290/96, AİHM 1999-IX), evlat edinme izni (*Fretté / Fransa*, no. 36515/97, AİHM 2002-I, ve yukarıda anılan *E.B. / Fransa*) ve ölen partnerin kiracılığına devam etme hakkı (yukarıda anılan) konularını ele alan kararlardır.

88. Görülmekte olan davada başvuruçular yakınmalarını 8.maddeyle bağlantılı olarak 14.madde altında ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu yaklaşımın uygun olduğu düşüncesiyle, konuyu bu bağlamda ele alacaktır.
89. Mahkemenin tutarlı bir şekilde hükmettiği üzere, 14.madde Sözleşme ve Sözleşme Protokolleri'ndeki esasa dair diğer hakları tamamlamaktadır. Sadece bu hükümler tarafından korunan “hak ve özgürlüklerin kullanılmasıyla” bağlantılı olarak etki doğurması nedeniyle bağımsız bir mevcudiyeti bulunmamaktadır. Hal böyle olmakla birlikte 14.maddenin uygulanması adı geçen bu maddelerin ihlalinin ön koşul olarak gerektirmez ve bu kapsamda da madde otonom bir özelliğe sahiptir. Buna karşın mesele konusu edilen olaylar adı geçen maddelerden bir veya birden fazlasının kapsamı içine girmediği sürece 14.maddeye başvurulmasının olanağı olmayacaktır (örneğin bakınız *E.B. / Fransa*, yukarıda bahsedilen, paragraf 47; *Karner*, yukarıda bahsedilen, paragraf 32; ve *Petrovic / Avusturya*, 27 Mart 1998, § 22, *Raporlar* 1998-II).
90. İşbu davada başvuruçular gibi bir eşcinsel çiftin ilişkilerinin Sözleşme'nin 8.maddesinin anlamı çerçevesinde “özel hayat” kavramı içine girdiği hususunda herhangi bir anlaşmazlık olmamıştır. Hal böyle olmakla birlikte Mahkeme tarafların yorumları ışığında, meselenin başvuruçuların ilişkilerinin ayrıca “aile yaşamı” teşkil edip etmediği açısından ele alınmasının uygun olacağını tespit eder.
91. Mahkeme farklı cinsiyetten olan çiftlere dair yerleşik içtihatlarını yinelemektedir. Mahkeme bu içtihatlarında evlilik kavramını bu madde bağlamında sadece evliliğe dayalı olan ilişkilerle sınırlandırmamış ve kavramın evli olmamalarına rağmen birlikte yaşayan kişiler arasındaki fiili aile bağlarını içine alabileceğini belirtmiştir. Böylesi bir ilişkiden doğan bir çocuk doğumdan itibaren bu ilişkiden doğmuş olması nedeniyle kendiliğinden “aile” birliğinin bir parçasıdır (bakınız *Elsholz / Almanya* [BD], no. 25735/94, paragraf 43, AİHM 2000-VIII; *Keegan / İrlanda*, 26 Mayıs 1994, § 44, Dizin A no. 290; ve ayrıca *Johnston ve Diğerleri / İrlanda*, 18 Aralık 1986, § 56, Dizin A no. 112).
-

92. Buna karşın Mahkeme içtihatları bir eşcinsel çift arasındaki duygusal ve cinsel ilişkinin sadece “özel hayat” teşkil edebileceğini kabul etmiş ve uzun süre birlikte yaşayan çiftlerin durumunda dahi bu birlikteliğin “aile yaşamı” teşkil ettiğine dair bir tespitle bulunmamıştır. Bu sonuca ulaşırken Mahkeme, çok sayıda Avrupa Devletinde homoseksüeller arasındaki düzenli fiili birlikteliklerin hukuki ve adli bakımdan tanınmasına dair artan bir eğilim olmasına rağmen ve Sözleşen Devletler arasındaki çok küçük bir ortak zeminin varlığını dikkate alarak, bu alanı halen ülkelerin geniş takdir yetkisine sahip olduğu bir alan olarak gözlemlemektedir (bakınız *Mata Estevez / İspanya* (incelenebilirlik hakkında karar) no.56501/00, AİHM 2001-VI). Eşcinsel bir çiftten hayatta kalanına, “ev” kavramı içine giren ölen partnerinin kiracılık haklarının intikalini konu alan *Karner* davasında Mahkeme bariz bir şekilde davanın aynı zamanda başvurusunun “özel hayat ve aile yaşamını” ilgilendirip ilgilendirmediği hususunu karara bağlamamıştır.

93. Mahkeme 2001 yılından, yani *Mata Estevez* davasında karar verilmesinden bu yana çok sayıda üye devlette eşcinsel çiftlere yönelik sosyal tutumlarda hızlı bir evrim olduğunu belirtmektedir. O tarihten bu yana hatırı sayılır sayıda Avrupa Devleti eşcinsel çiftlerin hukuki tanınmasını kabul etmiştir (bakınız yukarıda paragraflar 27-30). Ayrıca bazı AB hukuku hükümleri ayrıca eşcinsel çiftlerin “aile” kavramına dahil edilmesi hususunda giderek artan bir eğilimi yansıtmaktadır (bakınız yukarıda paragraf.26).

94. Bu evrim açısından Mahkeme bir eşcinsel çiftin, heteroseksüel çiftin aksine, 8.madde çerçevesinde “aile yaşamına” sahip olamayacağı görüşünü sürdürmenin yapay olacağı kanaatindedir. Sonuç olarak, birlikte yaşayan ve düzenli fiili bir birlikteliğe sahip olan başvuruçuların ilişkisi, aynı durumdaki bir heteroseksüel çiftte olacağı gibi “aile yaşamı” kavramı içine girmektedir.

95. Bu nedenle Mahkeme işbu davanın maddi vakıalarının 8.maddenin anlamı çerçevesinde “özel hayat” kavramı içine girdiği kadar “aile yaşamı” kavramı içine de gireceği sonucuna ulaşmaktadır. Sonuç olarak 8.madde ile bağlantılı olarak 14.madde uygulanır.

b. 8.madde ile bağlantılı olarak 14.maddeye uygunluk

96. Mahkeme, bir meselenin 14.madde altında ileri sürülebilmesi için aynı durumda olan kişilere yapılan muamele açısından bir farklılığın olması gerektiğini içtihatlarıyla ortaya

koymuştur. Objektif ve haklı bir gerekçenin mevcut olmaması, meşru bir amaç güdülmemesi veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmeye çalışılan amaç arasında makul bir oranlılık ilişkisinin bulunmaması durumunda böylesi farklı bir muamele ayrımcılık teşkil edecektir. Sözleşen Devletler diğeri benzer durumlardaki farklılıkların, farklı bir muameleyi haklılaştırıp haklılaştırmadığının ve ne kapsamda haklılaştırdığının değerlendirilmesinde geniş bir takdir yetkisine sahiptirler (bakınız yukarıda bahsedilen *Burden* paragraf.60).

97. Bir taraftan Mahkeme müteaddit defalar, tıpkı cinsiyete dayalı farklılıklarda olduğu gibi, cinsel yönelime dayalı farklılıkların makul gerekçelendirme yoluyla özel bir takım nedenler gerektirdiğine hükmetmiştir (yukarıda bahsedilen *Karner* kararı paragraf.37, yukarıda bahsedilen *L ve V / Avusturya* kararı paragraf.45, ve yukarıda bahsedilen *Smith ve Grady* kararı paragraf.90). Diğeri taraftan, meselenin ekonomik veya sosyal bir stratejiyi ilgilendirmesi durumunda genellikle Devlete Sözleşme uyarınca geniş bir takdir yetkisi bahşedilmektedir (bakınız örneğin, *Stec ve Diğeri / Birleşik Krallık* [BD], no.65731/01, paragraf.52, AİHM 2006-VI).
98. Takdir yetkisinin kapsamı koşullara, konuya ve arka plana göre değişecektir. Bu bağlamda konuyla ilgili faktörlerden birisi, Sözleşen Devletlerin hukukları arasında ortak bir dayanağın var olup olmayacağıdır.(bakınız yukarıda bahsedilen *Petrovic*, paragraf 38).
99. Her ne kadar taraflar, başvuruçuların büyük oranda heteroseksüel çiftlerle aynı durumda olup olmadığı meselesine açık bir şekilde değinmemiş olsalar da, Mahkeme eşcinsel çiftlerin tıpkı heteroseksüel çiftlerde olduğu gibi, düzenli bir ilişkiye sahip olma hususunda ehil oldukları noktasından başlayacaktır. Sonuç olarak başvuruçular ilişkilerinin hukuk tarafından tanınması ve korunması açısından heteroseksüel çiftlere oldukça benzer bir durumdadırlar.
100. Başvuruçular ilk olarak evlenmelerinin halen mümkün olmaması nedeniyle, ikinci olarak Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın yürürlüğe girmesine kadar ilişkilerinin tanınmasına dair alternatif bir yolun kendilerine sağlanmamış olması nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakıldıklarını iddia etmişlerdir.
101. Her ne kadar başvuruçular 12. maddeye evlenme hakkına dair herhangi bir husus dahil edilmemiş olsa dahi adı geçen bu hakkın 8.maddeyle bağlantılı olarak 14.maddeden
-

çıkarılabileceğini ileri sürer gibi gözükseler de Mahkeme bu görüşü paylaşmamaktadır. Mahkeme Sözleşme'nin bir bütün olarak okunması gerektiğini, bu nedenle de Sözleşme maddelerinin birbiriyle harmoni içerisinde anlaşılmasının gerekli olduğunu yineler (bakınız yukarıda bahsedilen *Johnstan ve diğerleri*, paragraf 57).Yukarıda ulaşılan Sözleşme'nin 12.maddesinin Sözleşen Devletler üzerinde eşcinsel çiftlerin evlenmelerine müsaade edilmesi yükümlülüğü yaratmayacağı yolundaki sonucu dikkate alındığında, 8.maddeyle bağlantılı olarak 14.madde -ki bu madde daha geniş kapsam ve amaçlıdır- böylesi bir yükümlülük ihdas edecek şekilde yorumlanamaz.

102. Hukuki tanınmanın mevcut olmayışı olarak isimlendirilen başvuruçuların yakınmalarının ikinci ayağına dönüldüğünde, Mahkeme başvuruçuların işbu başvuruyu sunduklarında ilişkilerinin Avusturya Hukuku uyarınca tanınmasını sağlamak üzere herhangi bir olanağa sahip olmadıklarını tespit etmiştir. Bu durum Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2010 tarihine kadar devam etmiştir.

103. Mahkeme bu bağlamda, bireysel başvurudan kaynaklanan bir başvuruda faaliyetini mümkün olduğunca önündeki somut davanın incelenmesiyle sınırlamak zorunda olduğunu yinelemektedir (bakınız *F./ İsviçre*, yukarıda bahsedilen, § 31). Şu anda bir kayıtlı birlikteliğin tesisinin başvuruçular bakımından mümkün olmasına rağmen, eşcinsel çiftlerin hukuken tanınmasına dair herhangi bir yolun olmayışının, böylesi bir tanıma bugün itibarıyla elde edilmiş olsa bile, 8.maddeyle bağlantılı olarak 14.maddeyi ihlal edip etmeyeceğine dair bir inceleme yapılması hususunda Mahkeme'ye herhangi bir talep sunulmamıştır.

104. İşbu davanın koşulları çerçevesinde incelenmek üzere geride kalan davalı Devletin, başvuruçuların birlikteliğinin hukuki tanınması hakkındaki Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın yürürlüğünden önce alternatif bir yolu temin etmesinin gerekli olup olmadığıdır.

105. Mahkeme eşcinsel çiftlerin hukuken tanınmasına dair her geçen gün artan bir Avrupa mutabakatı konsensüsü olduğunu not etmeden geçemez. Dahası bu eğilim geçen on yıl içerisinde hızla yayılmıştır. Hal böyle olmakla birlikte eşcinsel çiftlere hukuki tanıma imkanı sağlayan devletler çoğunlukta değildir. Bu nedenle mesele konusu bu alanın, devletlerin yasal değişikliklerin zamanlaması açısından geniş bir takdir yetkisine de sahip olduğu hala kati bir mutabakatı içermeyen, evrilmekte olan haklardan birisi olarak telakki edilmesi gerekmektedir (bakınız *Courten*, yukarıda bahsedilen; bakınız ayrıca *M.W. /*

Birleşik Krallık (incelenebilirlik hakkında karar), no. 11313/02, 23 Haziran 2009, her iki kararda Birleşik Krallık'taki Medeni Birliktelik Yasası ile ilgilidir).

- 106.** 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe giren Avusturya Kayıtlı Birliktelik Yasası yukarıda bahsedilen evrimi açıkça tarif etmektedir ve bu nedenle de yeni yeni ortaya çıkmakta olan Avrupa mutabakatının bir parçasıdır. Buna karşın Avusturya Meclisi, Kayıtlı Birliktelik Yasası'nı daha önce kabul etmediği için kınanamaz (bakınız diğerleri arasında, Petrovic, yukarıda bahsedilen, paragraf.41).
- 107.** Son olarak Mahkeme, başvuruçuların evlilik statüsünün sağladığı bazı farklılıklar ve kayıtlı birliktelik yasası nedeniyle hala ayrımcılığa maruz bırakıldıkları iddialarını inceleyecektir.
- 108.** Mahkeme, Sözleşme'nin 12.maddesi ve ayrıca 8.maddesiyle bağlantılı olarak 14.maddesi uyarınca Devletlerin, eşcinsel çiftlerin evlenmelerini yasaklamada hala özgür olduklarına dair yukarıdaki tespitlerinden başlayacaktır. Hal böyle olmakla birlikte başvuruçular, bir Devletin eşcinsel çiftler açısından alternatif bir hukuki tanıma imkanı sağlamayı tercih etmesi durumunda, bunun her yönden ve her alanda, her ne kadar farklı bir isim altında da olsa, evliliğe karşılık gelecek bir statüyü sağlayacak şekilde tesisinin zorunlu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu argüman hususunda ikna olmamıştır. Tam aksine Mahkeme, tanımaya dair alternatif yolların sağlayacağı kesin statü açısından Devletlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olacakları kanaatindedir.
- 109.** Mahkeme, Kayıtlı Birliktelik Yasası'nın başvuruçulara pek çok açıdan evlilikle eşdeğer veya evliliğe benzer bir hukuki statü edinme imkanı verdiğini gözlemektedir (bakınız paragraflar 18-23). Maddi sonuçlar açısından çok küçük bir takım farklılıklar olsa da, ebeveynlik hakları bağlamında hatırı sayılır farklılıklar hala mevcuttur. Hal böyle olmakla birlikte bu durum bütünsel olarak diğer üye Devletlerdeki eğilime karşılık gelmektedir (bakınız yukarıda paragraflar 32-33). Dahası işbu davada adı geçen bu farklılıkların her birini incelemesi hususunda Mahkeme'den herhangi bir talepte bulunulmamıştır. Örneğin, başvuruçuların suni dölleme veya evlat edinme hususlarındaki yürürlükte kalan sınırlandırmalardan doğrudan etkilenmiş olduklarını ileri sürmemeleri nedeniyle Mahkeme, bu farklılıkların haklı olup olmadığının incelenmesi hususunda işbu davanın kapsamı ötesine gidecektir. Bütün olarak, Mahkeme davalı Devletin kayıtlı
-

birliklilik vasıtasıyla sağlanan hak ve yükümlölüklerle dair tercihinde takdir yetkisini aştığına dair her hangi bir ibare görmemektedir.

110. Sonuç olarak Mahkeme 8.maddeyle bağlantılı olarak bir 14.madde ihlalinin mevcut olmadığını tespit eder.

IV. 1 NOLU PROTOKOLUN 1.MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

111. Başvurucular, evli çiftlerle karşılaştıklarında mali alanda özellikle vergi hukuku bağlamında dezavantajlara sahip oldukları yakınmasında bulunmuşlardır. Başvurucular aşağıda aktarılan 1 nolu Protokol'ün 1.maddesine dayanmaktadırlar.

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez. “

İncelenebilirlik (kabuledilebilirlik)

112. Hükümet yazılı sunumlarında başvurucuların maruz kaldığı mali alandaki olası ayrımcılığa dair ileri sürmüş oldukları yakınmalarının iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle incelenemez (kabuledilemez) olarak ilan edilmesi gerektiğini iddia etmişlerdir. Hal böyle olmakla birlikte Hükümet, bu iddiasını Mahkeme huzurundaki duruşmada yinelememiştir.

113. Mahkeme başvurucuların mali alanda özellikle de vergi hukuku alanındaki ayrımcılık meselesine, Anayasa Mahkemesi huzurunda ileri sürdükleri eşcinsel bir çift olarak evlenmelerine izin verilmemesi nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldıkları şeklinde özetlenebilecek esas yakınmalarını tasvir etmek amacıyla değindiklerini belirtmektedir.

114. İşbu davanın koşulları çerçevesinde Mahkeme'ye, başvurucuların iç hukuk yollarını tüketip tüketmemiş oldukları meselesine dair karar verme hususunda herhangi bir talepte bulunulmamıştır. Mahkeme başvurucuların Mahkeme'ye sunmuş oldukları başvurularında iddia ettikleri 1 nolu Protokol'ün 1.maddesi ihlali bağlamında herhangi bir ayrıntı

vermediklerini dikkate alır. Mahkeme bu nedenle işbu şikayetin kanıtlanamamış olduğuna hükmeder.

115. Mahkeme devamla, işbu şikayetin temelsiz olduğuna ve Sözleşme'nin 35.maddesinin 3. ve 4. paragrafları uyarınca incelenemez (kabuledilemez) olarak ilan edilmesinin zorunlu olduğuna hükmeder.

BU NEDENLERLE MAHKEME

1. Başvurunun kayıttan düşürülmesine dair Hükümet talebinin oybirliği ile *reddine* ;
2. Başvurucuların yakınmalarının Sözleşme'nin 12.maddesi altında incelenebilir olduğunun 6'ya karşı 1 oyla ilanına;
3. Başvurucuların yakınmalarının Sözleşme'nin 8.maddesiyle bağlantılı olarak 14.madde altında incelenebilir olduğunun oybirliğiyle ilanına;
4. Başvurunun geri kalanının incelenemez olarak ilanına;
5. Oybirliği ile Sözleşme'nin 12.maddesinin ihlal edilmediğine;
6. 4'e karşı 3 oyla Sözleşme'nin 8.maddesiyle bağlantılı olarak 14.maddesinin ihlal edilmediğine hükmeder.

Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77.maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca 24 Haziran 2010 günü İngilizce dili ile yazılı olarak ilan edilmiştir.

Andre Wampach

Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Christos Rozakis

Başkan

HAKİMLER ROZAKİS, SPIELMANN VE JEBENS'İN ORTAK MUHALEFET ŞERHİ

1. Bizler Kararın 6.numaralı kısmının aksi yönünde oy kullandık. Aşağıda belirtilen gerekçelerle Sözleşme'nin 8.maddesiyle bağlantılı olarak bir 14.madde ihlalinin olmadığı şeklindeki çoğunluk görüşüyle mutabık değiliz.

2. İş bu çok önemli davada Mahkeme, önceki içtihatlarına dair dikkatli bir inceleme yaptıktan sonra eşcinsel çiftleri “aile yaşamı” kavramına dahil ederek içtihatları açısından çok ileri bir adım atmıştır. Özellikle Avrupa Birliği hukukundaki gelişmelere dayanarak Mahkeme kararının 93.paragrafında “*eşcinsel çiftlerin aile kavramına dahil edilmesi hususunda giderek artan bir eğilim*” olduğunu tespit etmiştir (bakınız 22 Eylül 2003 tarihli ailelerin tekrar birleşmesi hakkına dair 2003/86/EC sayılı Yönerge ve Birlik vatandaşlarının ve ailelerinin Üye Devletlerin toprakları içerisinde serbestçe seyahat ve ikamet haklarına dair 2004/38/EC sayılı Yönerge’)

3. Mahkeme bu yaklaşımı kararının 94.paragrafında bir kez daha yinelemiştir:

“Bu evrim açısından Mahkeme bir eşcinsel çiftin, heteroseksüel çiftin aksine, 8.madde çerçevesinde “aile yaşamına” sahip olamayacağı görüşünü sürdürmenin yapay olacağı kanaatindedir. Sonuç olarak, birlikte yaşayan ve düzenli fiili bir birlikteliğe sahip olan başvuruçuların ilişkisi, aynı durumdaki bir heteroseksüel çiftte olacağı gibi “aile yaşamı” kavramı içine girmektedir.”

4. Kayıtlı Birliktelik Yasasının (“Yasa”) yürürlüğünden önce herhangi bir yasal çerçevenin bulunmayışı ciddi bir problem arz etmiştir. Bu bağlamda bizler Mahkeme’nin gerekçesinde bulunan bir çelişkiye dikkat çekiyoruz. 94. paragrafta “*başvuruçuların ilişkisi ‘aile yaşamı’ kavramına girmektedir*” şeklinde karar verdikten sonra, Mahkeme bu tespitten bir takım çıkarımlarda bulunmuştur. Hal böyle olmakla birlikte her hangi bir ihlalin bulunmadığına karar vererek Mahkeme aynı zamanda davalı Devlete başvuruçulara en azından belirli bir çerçevede de olsa her hangi bir ailenin sahip olması gereken korumayı sağlayacak, konuyla ilgili tatmin edici bir yasal çerçeve sağlanmasına dair olumlu bir yükümlülük tesis etmeksizin mevcut hukuki boşluğu onaylamıştır.

5. Paragraf 99’da Mahkeme ayrıca aşağıdaki yaklaşımı ciddiyetle onaylamıştır:

“Her ne kadar taraflar, başvuruçuların büyük oranda heteroseksüel çiftlerle aynı durumda olup olmadığı meselesine açık bir şekilde değinmemiş olsalar da, Mahkeme eşcinsel çiftlerin tıpkı heteroseksüel çiftlerde olduğu gibi, düzenli bir ilişkiye sahip olma hususunda ehil oldukları noktasından başlayacaktır. Sonuç olarak başvuruçular ilişkilerinin hukuk tarafından tanınması ve korunması açısından heteroseksüel çiftlere oldukça benzer bir durumdadırlar.”

6. Başvuruçular evlenme hakkından yoksun bırakılmaları nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakıldıklarından şikayet etmekle kalmayıp ayrıca – ki bu önemlidir – söz konusu Yasanın

yürürlüğe girmesinden önce aralarındaki ilişkinin hukuk tarafından tanınmasına dair her hangi bir imkana sahip olmadıkları hususunda yakınmışlardır.

7. Bizler 2010 yılında yürürlüğe giren söz konusu Yasanın etkileri ve özellikle de Mahkeme'nin kararının 18-23 paragraflarında tespit etmiş olduğu Sözleşme'nin 8.maddesiyle birlikte 14.maddesine uyulup uyulmadığı meselesine dair, her halükarda iş bu Yasanın yürürlüğünden önce bu hükümlerin ihlal edilmiş olması nedeniyle, her hangi bir görüş belirtmek istemiyoruz.
 8. *“Hatırı sayılır benzer durumların”*(paragraf 99) tespit edilmiş olması nedeniyle ve *“cinsel yönelime dayalı farklılıkların özellikle bir takım gerekçelerle haklılaştırmayı”* (paragraf 97) gerektirmesine vurgu yapan Mahkeme, davalı Devletin iş bu farklı muameleyi maruz gösterecek her hangi bir haklı neden ileri sürmemesiyle ve sadece bu bağlamda sahip olduğu takdir yetkisine dayanmış olması nedeniyle Sözleşme'nin 8.maddesiyle bağlantılı olarak bir 14.madde ihlalini tespit etmeliydi (paragraf 80). Hal böyle olmakla birlikte farklı muameleyi haklılaştıracak her hangi makul bir nedenin davalı Hükümet tarafından ortaya konulamamış olması nedeniyle takdir yetkisi kavramına başvurulmamalıdır. Sonuç olarak *“Sözleşen Devletlerin Hukukları arasında ortak bir zeminin mevcut oluşu veya olmayışı”* konuyla ilgili değildir; çünkü bu tür hususlar takdir yetkisi kavramına başvurulması açısından sadece *alt derecede* bir dayanak teşkil etmektedirler. Gerçektende Mahkeme bir ortak yaklaşımın mevcudiyeti veya yokluğunu dikkate alarak ulusal makamların meselenin ele alınmasında dair mahkemeden daha iyi bir konumda olmasını dikkate alarak ulusal makamlarca böylesi bir haklılaştırmaya ilişkin sunulan gerekçelerden tatmin olabilir.
 9. Günümüzde eşcinsel çiftlerin düzenli bir ilişkiye sahip olabileceği hususu toplum tarafından kabul edilmekte ve geniş bir şekilde tanınmaktadır. Eşcinsel çiftlere evliliğe bağlı olan imkanları ve hakları, en azından belli bir kapsamda, sağlayan her hangi bir yasal çerçevenin bulunmayışı (bakınız iş bu muhalefet şerhinin 4.paragrafı), özellikle Avrupa'da bu tür hakları veya imkanları sağlayan bir takım yolların tesisi edilmesine yönelik artan eğilim dikkate alındığında, kuvvetli bir gerekçeyi gerektirmektedir.
 10. Sonuç olarak kanaatimize göre Sözleşme'nin 8.maddesiyle bağlantılı olarak bir 14.madde ihlali bulunmaktadır.
-