



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

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2013. İşbu çeviri, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakıf Fonu'nun desteğiyle yapılmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Bu çeviri, Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Daha fazla bilgi için, bu belgenin sonunda bulunan, telif haklarına ilişkin belgeyi okuyunuz.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court. For further information see the full copyright indication at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 2013. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyrights/droits d'auteur à la fin du présent document.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARI

ESKİ BEŞİNCİ SEKSİYON

GAS VE DUBOIS/FRANSA DAVASI

(Başvuru no. 25951/07)

STRAZBURG

15 Mart 2012

Nihai Karar Tarihi

15/06/2012

Bu karar, Sözleşme'nin 44/2. maddesi gereğince kesinleşmiştir. Şekli düzeltmeler yapılabilir.

Gas ve Dubois/Fransa davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, aşağıdaki üyelerden oluşan dairesi (Eski Beşinci Seksiyon) :

Dean Spielmann, *Mahkeme Başkanı*,

Jean-Paul Costa,

Karel Jungwiert,

Boštjan M. Zupančič,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Ganna Yudkivska, *Yargıçlar*,

ve Claudia Westerdiek, *Yazı İşleri Müdürü*,

12 Nisan 2011 ve 14 Şubat 2012 tarihlerinde, kapalı oturumda yapılan müzakerelerden sonra, 14 Şubat 2012 tarihinde, aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Bu dava, Fransa Cumhuriyeti’ne karşı, iki Fransız vatandaşı olan Bayan Valérie Gas ve Nathalie Dubois (« başvuranlar ») tarafından, 15 Haziran 2007 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin (“Sözleşme”), 34. maddesi uyarınca, Mahkeme’ye sunulan 25951/07 no.lu başvuru sonucu görülmektedir.

2. Başvuranlar, Paris’te avukat olan Sayın C. Mécary tarafından temsil edilmişlerdir. Fransız Hükümeti (« Hükümet »), kendi temsilcisi olan, Dışişleri Bakanlığı’nın Hukuk İşleri Müdiresi Bayan E. Belliard tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuranlar, özellikle, heteroseksüel çiftlere göre ayrımcılığa maruz kaldıklarını çünkü Fransa’da, eşcinsel çiftlere, ikinci ebeveyn tarafından evlat edinme yönünde hukuki imkân tanınmadığını öne sürmüşlerdir. Sözleşme’nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesini öne süren başvuranlar, cinsel eğilimleri nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldıklarını ve bunun özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi haklarına saldırı oluşturduğunu öne sürmüşlerdir.

4. 31 Ağustos 2010 tarihli bir kararla, daire, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. 30 Kasım 2010’da, daire, davanın esasıyla ilgili duruşma yapılmasına karar vermiştir.

5. Hem başvuranlar hem de Hükümet, yazılı ek görüşlerini sunmuşlardır (İç Tüzük, madde 59/1). Aynı zamanda, yazılı görüşler, Mahkeme Başkanı'nın, müdahil olmalarına izin vermiş olduğu, Uluslararası İnsan Hakları Ligi (FIDH), International Commission of Jurists (ICJ), European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe), British Association for Adoption and Fostering (BAAF) ve Network of European LGBT Families Associations (NELFA) tarafından da sunulmuştur. Taraflar, bu yorumlara cevap vermişlerdir (İç Tüzük, madde 44/6). Bu örgütlerin, aynı zamanda, sözlü usule katılmalarına da izin verilmiştir.

6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, 12 Nisan 2011 tarihinde, kamuya açık duruşma yapılmıştır (İç Tüzük, madde 59/3).

– *Duruşmada Hükümet'i temsilen hazır bulunanlar:*

Bayan A.-F. TISSIER, Dışişleri Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürlüğü İnsan Hakları Müdür Yardımcısı, *ortak Hükümet ajanı,*
Bayan J.-C. GRACIA, Adalet Bakanlığı Genel Sekreterliği,

danışman,

Bayan C. BLANC, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürlüğü,

Bayan M.-A. RECHER LAMBEY, Adalet Bakanlığı Genel Sekreterliği,

Bayan A. TALBOT, Adalet Bakanlığı Genel Sekreterliği,
Bayan M. SCHULTZ, Dayanışma ve Sosyal Bağlantı Bakanlığı Sosyal Bağlantı Genel Müdürlüğü,
Bayan J. SPİTERİ, Çalışma, İş ve Sağlık Bakanlığı Finans, Hukuk ve Hizmet İşleri Müdürlüğü,
Bayan E. TOPIN, Dışişleri ve Avrupa Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürlüğü,

danışmanlar;

– *Başvuranları temsilen duruşmada hazır bulunanlar*

Sayın C. MÉCARY, avukat,
Sayın Y. STREIFF, avukat,
Bay T. BOUZENOUNE,

danışmanlar,
danışman;

– *Müdahil tarafı temsilen hazır bulunan ;*

Bay R. WİNTEMUTE, Londra King’s College’da profesör

danışman,

Uluslararası İnsan Hakları Ligi, « International Commission of Jurists » (ICJ), European Region of the International Lesbian and Gay Association » (ILGA-Europe), « British Association for Adoption and Fostering » (BAAF) ve « Network of European LGBT Families Associations » (NELFA) adına,

7. Mahkeme, Sayın Mécary, Bayan Tissier ve Bay Wintemute’nin beyanlarını dinlemiştir. Mahkeme, aynı zamanda, Sayın Mécary ve Bayan Tissier’nin, yargıçların sorularına verdikleri cevapları da dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

8. Başvuranlar, sırasıyla 1961 ve 1965 yıllarında doğmuş ve Clamart’da yaşamaktadırlar.

9. 1989’dan beri Bayan Valérie Gas’la (« birinci başvuran ») birlikte yaşayan Bayan Nathalie Dubois (« ikinci başvuran »), Belçika’da tıbbi destekle ve gizli donör yoluyla döllenerek hamile kaldığı kızı A.’yı, 21 Eylül 2000 tarihinde, Fransa’da doğurmuştur. A.’nın, Belçika kanunlarına göre gizli donör olan babası bakımından nesep bağı kurulmamıştır. Çocuk, doğduğundan beri, başvuranların ortak ikametgâhında yaşamaktadır. 22 Eylül 2000 tarihinde, çocuk, Clamart Belediyesi’nin nüfus kayıtlarına kaydettirilmiştir. Annesi tarafından, 9 Ekim 2000 tarihinde tanınmıştır.

10. İki başvuranın yapmış oldukları Medeni Dayanışma Anlaşması (PACS), 15 Nisan 2002 tarihinde, Vanves Asliye Hukuk Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü’ne kaydedilmiştir.

11. 3 Mart 2006’da, ilk başvuran, Nanterre Asliye Hukuk Mahkemesi’ne, partnerinin kızını, partnerinin de noter önünde vermiş olduğu açık rızasıyla, evlat edinme talebinde bulunduğu bir başvuru sunmuştur.

12. 12 Nisan 2006’da, savcı, Medeni Kanun’un 365. maddesine (bkz. 19. paragraf) dayanarak, ilk başvuranın, evlat edinme talebine itiraz etmiştir.

13. 4 Temmuz 2006 tarihli bir kararla, mahkeme, evlat edinmenin yasal koşullarının bulunduğunu ve başvuranların, çocuğa bakarak ve ona sevgi göstererek, çocukla etkin bir şekilde ve beraberce ilgilendiklerinin kanıtlanmış olduğunu tespit etmiştir. Bununla birlikte, mahkeme, talep konusu evlat edinmeyi, velayeti devrederek ve biyolojik annenin, çocuk üzerindeki haklarından mahrum bırakarak, başvuranların niyetine ve çocuğun yararına aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.

14. İlk başvuran, bu karara karşı istinaf yoluna başvurmuş ve ikinci başvuran, gönüllü olarak, davaya müdahil olmuştur.

Versay İstinaf Mahkemesi önünde, başvuranlar, evlat edinme sayesinde, çocuk için, yaşadığı sosyal gerçekliğe uygun, güvenli bir hukuki çerçeve oluşturma isteklerini dile getirmişlerdir. Başvuranlar, bunun dışında, çocuğun annesinin maruz kaldığı, velayet kaybının, bu velayetin, kısmi veya tamamen devriyle giderilebileceğini ve diğer Avrupa ülkelerinde, aynı cinsten kişiler arasında bağ kuran evlat edinmeye izin verildiğini öne sürmüşlerdir.

15. 21 Aralık 2006 tarihli bir kararla, istinaf mahkemesi, taleplerinin reddini onamıştır.

Mahkeme, ilk derece hâkimleri gibi, evlat edinmenin yasal koşullarının bulunduğunu ve ilk başvuranın çocuğun sevgi görmesi ve maddi refahının sağlanmasına etkin şekilde katıldığının da kanıtlanmış olduğunu tespit etmişse de, başvuranların, Medeni Kanun'un 365. maddesinde öngörülen, babanın veya annenin eşinin evlat edinmesi halinde velayetin paylaşılmasından yararlanamayacak olmaları ve Bayan Dubois'nın, evlat edinme nedeniyle, çocuğu üzerindeki tüm haklarından mahrum kalacak olması nedeniyle, bu evlat edinmenin yasal sonuçlarının, çocuğun yararına uygun olmadığına karar vermiştir. Bunun yanı sıra, mahkeme, bu velayetin kullanılmasının sonradan devredilmesinin, çocuk için, annesinin velayeti kaybetmesinden doğan riskleri telafi etmeye yeterli olmadığı kanaatine varmıştır. Başvuru, mahkemeye göre, sadece, başvuranların, çocuk bakımından, ortak ebeveynliği meşrulaştırma isteklerini karşılamaktadır.

16. 21 Şubat 2007 tarihinde, başvuranlar, temyiz başvurusunda bulunmuşlar fakat Yargıtay önündeki prosedürü sonuna kadar takip etmemişlerdir. 20 Eylül 2007 tarihinde, Yargıtay birinci başkanı, temyiz hakkının düştüğüne ilişkin karar vermiştir.

II. İLGİLİ ULUSAL HUKUK VE UYGULAMA

A. Evlat edinme

17. Fransız hukukunda, iki tür evlat edinme şekli bulunmaktadır, bunlar, basit evlat edinme ve tam evlat edinmedir.

1. Tam evlat edinme

18. Tam evlat edinme kararı, sadece çocuğun küçüklüğünde verilebilir ve evli eşler veya tek yaşayan bir kişi tarafından talep edilebilir. Basit evlat edinmenin etkisi, evlat edinilen çocuğa, kendi nesep bağının (varsa) yerine kurulan bir nesep bağı sağlamak ve ona evlat edinmenin soyadını vermektir. Yeni bir nüfus kütüğü tesis edilir ve evlat edinme işlemi geri alınmaz (Medeni Kanun, madde 355 ve devamı).

2. Basit evlat edinme

19. Nihayet, basit evlat edinme, çocuk ve gerçek ailesi arasındaki bağları kesmez ve ek bir nesep bağı oluşturur (Medeni Kanun, madde 366. ve devamı). Basit evlat edinme, evlat edinilenin yaşı kaç olursa olsun hatta reşit olsa bile yapılabilir. Bu evlat edinme şekli, evlat edinmenin soyadını, evlat edinilenin önceki soyadına eklemektedir. Evlat edinilen, kendi ailesi bakımından miras haklarını korur ve evlat edinen bakımından da bu hakkı kazanır. Evlat edinme, evlat edinilen ve evlat edinen arasında, özellikle de besleme yükümlülüğü olmak üzere, karşılıklı yükümlülükler yaratır. Evlat edinilenin ebeveynleri, sadece, evlat edinilenin, evlat edinenden maddi yardım görmemesi halinde, ona maddi yardım sağlamakla yükümlüdürler.

Evlat edinilenin reşit olmaması halinde, basit evlat edinmenin etkisi, evlat edinene, çocuğun anne ve babasından alınan velayetin tüm haklarıyla donatmaktır. Yasa koyucu, bu kurala bir istisna getirmektedir: basit evlat edinmenin, evlat edinilenin baba veya annesinin evli eşi tarafından yapılması halinde. Bu durumda, velayet eşler arasında paylaşılmaktadır. Böylelikle:

Medeni Kanun Madde 365

« Evlat edinen, evlat edinilenin babası veya annesinin eşi olmaması koşuluyla, evlat edinilen bakımından, evlat edinilenin evliliğine rıza gösterme hakkı da dahil olmak üzere, tüm velayet haklarıyla donatılmaktadır; bu durumda, evlat edinenin, eşiyle birlikte, velayet hakkı bulunmaktadır ve eşi, evlat edinenin, bu velayetin ortak kullanımı amacıyla asliye hukuk mahkemesi yazı işleri müdürü önünde yapmış olduğu ortak beyan koşuluyla, kullanım hakkını muhafaza eder. (...) »

Ayrıca, tam evlat edinmenin aksine, basit evlat edinme işlemi, evlat edinilenin, evlat edinilenin veya küçük olması halinde, savcılığın talebi üzerine, geri alınabilir.

Basit evlat edinme, esasen ve küçükler bakımından, biyolojik ebeveynin veya ebeveynlerin eksikliklerini telafi etmeye yöneliktir. Uygulamada, tam evlat edinme durumları, çoğunlukla uluslararası evlat edinmeleri kapsamaktayken, aile arasında olmasına karar verilen basit evlat edinmeler, büyüklerle ilgilidir ve sıklıkla mirasa ilişkin bir amaç gütmektedirler.

B. Velayet

20. Velayet, ebeveynlerin, küçük çocukları bakımından hak ve ödevleri olarak tanımlanmaktadır. Velayet, çocuğun, “eğitimi güvence altına almak ve gelişimini sağlamak amacıyla, güvenlik, ahlak ve sağlığını korumaya” yöneliktir (Medeni Kanun, madde 371-1). Kural olarak, nesep bağı kurulduğunda, her küçük çocuğun ebeveyninin velayeti bulunmaktadır ve bu velayet, kendisinden sadece ağır kusurlar nedeniyle geri alınabilir. Velayet, çocuğun, kural olarak on sekiz yaşına gelerek reşit olmasıyla son bulur. Velayet, velayet hakkının kullanılmasından ayrılmaktadır. Velayet hakkının kullanılması, çocuğun yararıyla ilgili gerekçelerle, sadece bir ebeveyn verilebilir. Velayetin verilmemiş olduğu ebeveyn, çocuklarının bakım ve eğitimi gözetme hak ve ödevini muhafaza etmeye devam eder. Bu ebeveynin, onların hayatına ilişkin önemli seçimlerden haberdar edilmesi gerekir ve ağır kusur durumu hariç, ziyaret ve kalma hakkı kendisinden alınmaz.

21. Velayetin üçüncü kişilere devredilme imkânları bulunmaktadır (Medeni Kanun, madde 376). Velayete ilişkin olan 4 Mart 2002 tarihli kanundan itibaren, velayetin « klasik » devri, koşullarını gerektirmesi halinde, ebeveynlerin veya ikisinden birinin, bir üçüncü kişiye (özel bir kişi, onaylı bir kuruluş veya Çocuğa Sosyal Yardım Bölgesel Hizmetleri) devredilebilmesi için, aile işlerine bakan hâkime başvuru yapabilecekleri, Medeni Kanun’un 377. maddesinde düzenlenmektedir. Devir, kesin değildir ve evlat edinme için rıza gösterme hakkını kapsamaz. Bu çerçevede, velayetin, kısmen veya tamamen devri söz konusudur: ebeveynlerin, velayeti bulunur fakat üçüncü bir kişi yararına velayeti kullanma hakları ellerinden alınmıştır.

22. Klasik devir prosedürüne göre, 4 Mart 2002 tarihli kanun, velayetin devir-paylaşılmasına ilişkin daha esnek bir tedbir almaktadır (Medeni Kanun 377-1). Böylelikle, velayetin devrine ilişkin karar, « çocuğun eğitilmesine ilişkin ihtiyaçlar için », ebeveynlerin her ikisinin veya sadece birinin, velayetin kullanılması hakkını, paylaşılan velayetten mahrum bırakılmaksızın, yetkili kılınan üçüncü kişiyle kısmen veya tamamen paylaşacağını öngörebilir. Bu tedbir, çocuk, ayrılan çift ve ister büyük anneler ve büyük babalar ister kaynana veya kaynatılar ya da birlikte yaşayan kişiler söz konusu olsun, üçüncü kişiler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesini sağlar. Her ebeveynin velayeti vardır ve bu velayeti kullanma hakkı bulunur. Devir, soyadı devrini veya nesep bağı kurulmasını sağlamaz, geçicidir ve çocuk reşit olduğunda ortadan kaybolur.

C. Evlilik ve Medeni Dayanışma Anlaşması (PACS)

23. Fransa’da, eşcinsel çiftlerin evlenmesine izin verilmemektedir (Medeni Kanun, madde 144). Bu ilke, 13 Mart 2007 tarihli bir kararında,

« Fransız kanununa göre, evliliğin, bir erkek ve bir kadının oluşturduğu bir birlik » olduğunu hatırlattığı kararla tekrarlanmıştır.

24. Medeni Kanun'un 515-1. maddesinde, Medeni Dayanışma Anlaşması (PACS) « farklı cinsiyetlerden veya aynı cinsiyetteki iki büyük gerçek kişi tarafından, ortak hayatlarını düzenleme amacıyla yapılan bir sözleşme » olarak tanımlanmıştır. PACS, eşler için, ortak bir hayat sürdürme ve maddi yardım ve karşılıklı yardımlaşma yükümlülüklerini kapsamaktadır.

PACS, eşlere, 1 Ocak 2007'de yürürlüğe giren miras ve bağışlarla ilgili kanunda değişiklik yapan 23 Haziran 2006 tarihli kanunla genişletilen bazı haklar vermektedir. Eşler, böylelikle tek bir vergi birliği oluştururlar; eşler, özellikle de, sağlık sigortası, annelik ve hayat sigortası konularında, bazı hakların kullanımında, evli eşlerle aynı muameleyi görmektedirler. Evliliğe özgü bazı etkiler PACS yapmış olan eşlere halen uygulanmamaktadır, kanun, özellikle, eşler arasında sıhrî hısımlık bağı veya mirasçılık bağı kurmamaktadır. Özellikle, PACS'ın sona ermesi, boşanma davalarındaki yargılamalara tabi değildir ve eşlerin basit ortak beyanları veya birinin diğerine tebliğ ettiği tek taraflı bir kararla gerçekleşebilir (Medeni Kanun, madde 515-7). Ayrıca, PACS'ın, medeni kanundaki, evlat edinme yoluyla nesep bağı kurulmasına ve velayete ilişkin hükümler üzerinde hiçbir etkisi bulunmamaktadır.

D. Tıbbi yardım yoluyla döllenme (PMA)

25. Döllenmeye yapılan ve *in vitro* gebeliği, embriyo transferini ve yapay döllenmeyi sağlayan uygulamaları kapsayan tıbbi yardım, Halk Sağlığı Kanunu'nun L.2141-1. ve devamındaki maddelerinde düzenlenmiştir. Aynı kanunun, L.2141-2. maddesine göre, PMA'nın uygulanmasına, Fransa'da, sadece, “patolojik özelliği, tıbbi olarak teşhis edilmiş olan kısırlığın giderilmesi” için tıbbi amaçla veya “ciddi bir hastalığın çocuğa veya çiftteki eşlerden birine geçmesini engellemek” için izin verilir. PMA'nın, döllenme yaşındaki bir erkek ve bir kadından oluşan, evli veya ortak bir hayat yaşayan kişiler tarafından yapılmasına izin verilir.

26. Bu durumda, Medeni Kanun'un 311-20. maddesi, ikinci ebeveyn için, yargı yoluyla babalığın tanınmasını öngörmektedir:

« Evli veya birlikte yaşayan ve döllenme amacıyla, üçüncü bir kişi olan bir donörün tıbbi yardımını almak için, bunu yapmadan önce, kendilerini nesep bakımından bu işlemin sonuçları konusunda bilgilendirecek olan hâkim veya noter önünde, gizliliği güvence altına alan koşullarda, rızalarını belirtmelidirler.

(...)

Tıbbi yardımla döllenmeye rızasını verdikten sonra, çocuğu tanımayan kişi, anne ve çocuk bakımından sorumludur.

Bunun dışında, babalığına, yargısal olarak hükmedilir. Bu dava, 328 ve 331. maddelerin hükümlerine tabidir. »

E. İçtihat

1. Bir PACS partnerinin küçük çocuğunun basit evlat edinilmesinin reddi hakkında

27. Yargıtay, bu sorun hakkında birçok karar vermiştir. 20 Şubat 2007 tarihinde verilen ilk iki karar, PACS yapmış olan ve yasal olarak annelerine bağlı olan ve babaları bakımından nesep bağı kurulmamış olan çocukları olan eşcinsel kadınlarla ilgilidir. Her iki durumda da, eş tarafından, çocukların basit evlat edinilmesi, annenin rızasıyla talep edilmiştir. Başvurulardan birinin, Bourges İstinaf Mahkemesi tarafından, özellikle de, « evlat edinmenin çocuğun yararına uygun olduğu » gerekçesiyle karar verilmiş ve diğer başvuru, Paris İstinaf Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Medeni Kanun'un 365. maddesine göre, Yargıtay'ın birinci hukuk dairesi, ilk istinaf kararını bozup iptal etmiştir:

« Bu yönde karar vererek, Bayan Y., bu evlat edinmeye rızasını vermiş olsa da bu evlat edinmenin, çocuğu yetiştirmeye devam etmek isteyen biyolojik anneyi, çocuk üzerindeki haklarından mahrum bırakan istinaf mahkemesi, adı geçen maddeyi ihlal etmiştir ; »

Yargıtay, ikinci istinaf kararını onamıştır:

« Fakat, birlikte yaşam söz konusu olmasına rağmen, Bayan X. tarafından evlat edinme halinde, çocukların annesi olan Bayan Y.'nin, onlar üzerindeki velayetini kaybedeceğine hükmeden ve velayetin devrinin, sadece koşulların gerektirmesi halinde talep edilebileceğine ve bunun, mevcut olayda ortaya çıkmamış, iddia edilmemiş olduğuna karar veren ve mevcut olayda, evlat edinmenin amacının, sadece evlat edinene, velayetin verilmesi amacı taşıması nedeniyle, böyle bir devretme veya paylaşmanın, itiraz ve çekişmeli olduğuna karar veren istinaf mahkemesi, kararını, yasal olarak gerekçelendirmiştir ; (1. Hukuk Dairesi, 20 Şubat 2007, 2 karar, Hukuk Dergisi 2007 I no. 70 ve 71).

Daha sonra Yargıtay bu yaklaşımı onamıştır:

« Bir yandan, çocuğunun evlat edinilmesi halinde, kendisi, velayeti kullanmaya ehil iken ve bu bakımdan hiçbir ret söz konusu değilken, çocuğun (babası) veya annesi velayeti kaybeder ve diğer yandan, Medeni Kanun'un 365. maddesi, velayetin paylaşılmasını, sadece, eşin çocuğunun evlat edinilmesi halinde öngörmektedir ve Fransız yasal mevzuatının mevcut halinde, eşler, evlilik bağıyla birleşmiş kişilerdir, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hiçbir hükmüne aykırılık yapmayan istinaf mahkemesinin kararı, yasal olarak yerindedir. » (1. Hukuk Dairesi, 19 Aralık 2007, Hukuk Dergisi 2007 I no. 392; bkz. aynı yönde, 1. Hukuk Dairesi, 6 Şubat 2008, yayınlanmamış, temyiz no. 07-12948 ve 1. Hukuk Dairesi, 9 Mart 2011).

28. 20 Şubat 2007 tarihinde verilen ilk iki karar, Yargıtay Hukuk Bilgi Dergisi'nde, internette ve yıllık raporda yayınlanmıştır:

2. *Velayetin Devri Hakkında*

29. İlk prensip kararında (1. Hukuk Dairesi, 24 Şubat 2006, Bülten’de yayınlanmıştır), Yargıtay, PACS yapmış olan eşcinsel bir çiftin, bu mekanizmadan yararlanmasına izin vermiştir. Yargıtay, Medeni Kanun’un 377/1. maddesinin, « velayeti olan tek bir annenin, koşullar gerektirdiği sürece, velayetin kullanılma hakkının bir kısmını veya tamamını, sabit ve sürekli bir birliktelik yaşadığı kadına devretmesine karşı olmadığını ve bu tedbirin, çocuğun yararına uygun olduğuna » karar vermiştir. Daha sonra, Yargıtay, istenen koşulları, velayetin devredilmesinin sağlanması için kısıtlamıştır (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 8 Temmuz 2010, Bülten’de yayınlanmıştır). Koşulların aynı kalması halinde (olayların gerektirmesi ve tedbirin, çocuğun yüksek yararına uygun olması gerekmektedir), Yargıtay, bundan böyle, davacıların, böyle bir tedbirin, çocukların yaşam koşullarını iyileştirmeye yarayacağını ve vazgeçilemez bir niteliği olması gerekmesini istemektedir. Bu kısıtlayıcı algı, bundan böyle, ilk derece hâkimleri tarafından uygulanmaktadır (Paris Asliye Hukuk Mahkemesi, 5 Kasım 2010).

3. *Anayasa Mahkemesi’nin 6 Ekim 2010 tarihli kararı*

30. Mevcut davanın koşullarıyla benzer olayları ilgilendiren bir olay çerçevesinde, başvuranlar, anayasal eşitlik ilkesine saldırı olduğunu öne sürmekte ve Anayasa Mahkemesi’nden, öncelikli bir anayasaya uygunluk denetimi yapılmasını (QPC) talep etmektedirler ve Yargıtay bunu kabul etmektedir.

31. 6 Ekim 2010 tarihli bir kararda, Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu yasal hükümlerin anayasallığına ilişkin olarak *in abstracto* karar verme yetkisinin olmadığını fakat Yargıtay’ın sürekli olarak sürekli olarak yaptığı içtihat yorumu ışığında hüküm kuracağını belirtmiştir. Mevcut olayda, Medeni Kanun’un 365. maddesinin anayasallığının, bu hükmün, prensip olarak, çocuğun, bir partner veya birlikte yaşayan eşlerden biri tarafından evlat edinilmesini yasaklama etkisi olduğu (Yargıtay tarafından, 20 Şubat 2007’de değinilmiştir) ölçüde değerlendirilmelidir.

İlk olarak, Anayasa Mahkemesi, 365. maddenin hükümlerinin, çiftlerin, birlikte yaşamalarına veya PACS yapmalarına engel teşkil etmediğini, biyolojik ebeveynin veya birlikte yaşadığı kişiyi veya eşini, çocuğun eğitimine dahil etmesini önlemediğini hatırlatmıştır. Anayasa Mahkemesi, anayasa tarafından güvence altına alınan bir aile hayatı sürmenin, çocuk ve ebeveynin eşi arasında evlat edinmeye ilişkin nesep bağı kurulmasına hak vermediğine karar vermiştir.

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi, yasa koyucunun, basit evlat edinme seçeneğini, sadece evli çiftlere tanınmasına karar verdiğini ve kendi değerlendirmesini, yasa koyucunun değerlendirmesiyle değiştiremeyeceğini tespit etmiştir.

III. AVRUPA KONSEYİ'NİN METİN VE BELGELERİ

A. Evlat edinme hakkında Avrupa Sözleşmesi (gözden geçirilmiş)

32. 27 Kasım 2008 tarihinde imzaya açılan bu Sözleşme, 1 Eylül 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme, Fransa tarafından imzalanmamış ve onaylanmamıştır. İlgili hükümleri, aşağıdaki gibidir:

« Madde 7 – Evlat edinmenin koşulları

1 Yasal mevzuat, çocuğun:

a iki farklı cinsiyetten kişi tarafından ;

i evli olmaları veya,

ii böyle bir kurumun varlığı halinde, kayıtlı bir birliktelik anlaşması imzalamış olmaları halinde ;

b yalnız bir kişi tarafından, evlat edinilmesine izin vermektedir.

2 Devletlerin, işbu Sözleşme'nin kapsamını, evli olan veya birlikte, kayıtlı bir beraberlik anlaşması yapmış olan eşcinsel çiftlere uygulama imkânları bulunmaktadır. Devletlerin, aynı zamanda, bu Sözleşme'nin kapsamını, karşı cinsiyetlerden olan ve sabit bir ilişki çerçevesinde birlikte yaşayan çiftlere uygulama imkânları bulunmaktadır.

(...) Madde 11 – Evlat edinmenin etkileri

1 Evlat edinmeyle, çocuk, evlat edinenin veya edinenlerin ailesinin üyesi haline gelir ve onun veya onların ailesi bakımından, evlat edinenin veya edinenlerin, nesebi yasal olarak kurulmuş olan çocuğuyla aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olur. Evlat edinen veya edinenler, çocuk bakımından ebeveyn sorumluluğunu alırlar. Evlat edinme, çocuk ve esas anne ve babası arasındaki hukuki bağa son verir.

2 Bununla birlikte, evlat edinenin, eşi veya anlaşma yapılarak birlikte yaşanan eşi, evlat edinilen çocuğun, kendi çocuğu olması halinde, ve yasal mevzuatta aykırılık bulunmaması halinde, evlat edinilen çocuk lehine tüm hak ve yükümlülüklerini muhafaza eder.

(...)

4 Taraf devletler, mevcut maddenin önceki bentlerinde belirtilen etkilerden daha kısıtlı etkileri olan evlat edinme şekillerine ilişkin hükümler öngörebilir. »

B. Bakanlar Komitesi'nin Tavsiye Kararı

33. Cinsel eğilime ve cinsel kimliğe dayalı ayrımcılıkla mücadele etmeye yönelik tedbirlere ilişkin olan CM/Rec(2010)5 sayılı, ve 31 Mart

2010’da kabul edilen, Bakanlar Kurulu Tavsiye Kararı, üye devletlere, özellikle, aşağıdaki tavsiyelerde bulunmaktadır:

« (...)

24. Milli mevzuat, kayıtlı olarak anlaşmalı şekilde birlikte yaşayan aynı cinsiyetten kişiler arasındaki birliktelikleri tanıdığı sürece, üye devletlerin, bu kişilerin hukuki statülerinin ve hak ve yükümlülüklerinin, kendileriyle karşılaştırılabilir durumda olan heteroseksüel çiftlerinkine denk olmalarını hedeflemeleri gerekmektedir.

25. Yasal mevzuatın, aynı cinsiyetten olan ve kayıtlı olarak anlaşmalı şekilde birlikte yaşayan kişilere ve evli olmayan çiftlere, hak veya yükümlülük vermemesi halinde, üye devletlerin, farklı cinsiyetten olan çiftler de dahil olmak üzere, aynı cinsiyetten olan çiftlere, hiçbir ayrımcılık yapmadan, içinde yaşadıkları sosyal gerçekliğe bağlı uygulamadaki sorunlara cevap verebilmek için hukuki imkanlar veya farklı imkanları vermeleri gerekmektedir. »

HUKUK

34. Başvuranlar, cinsel eğilimlerine dayalı olarak kendilerinin, ayrımcı bir muameleye maruz kaldıklarını ve bunun, özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi haklarına saldırı oluşturduğunu öne sürmektedirler. Sözleşme’nin, aşağıdaki şekilde kaleme alınmış olan 14. maddesiyle birlikte 8. maddesini öne sürmektedirler:

Madde 8

« 1. Herkes özel hayatına, 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. »

Madde 14

« Bu Sözleşme’de 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. »

I. HÜKÜMET’İN İLK İTİRAZI HAKKINDA

35. Esasen, Hükümet, Sözleşme’nin 8. maddesinin, mevcut olayda uygulanabilir olmadığını hatırlatmaktadır. Davanın esasının incelenmesi

esnasındaki muhakemeyi tekrar eden Hükümet, Mahkeme'nin, aile hayatının varlığına ilişkin *in concreto* değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkin ve bunun da, evliliğin hukuki çerçevesiyle sınırlı olmadığına ilişkin içtihadına atıfta bulunmuştur. Bununla birlikte, Hükümet, Mahkeme'nin sabit içtihadına göre, 8. maddenin, evlat edinme hakkı veya aile hayatı sürdürülen yetişkin ve çocuk arasında bir nesep bağı kurulmasına ilişkin bir hak vermediğini vurgulamaktadır. Oysa evlat edinme hakkı, Sözleşme kapsamına girmediği için, Hükümet, başvuranların, bu hak kapsamında bir ayrımcılığa maruz kaldıklarını öne süremeyeceklerini çünkü Sözleşme'nin 14. maddesinin, bağımsız bir varlığı olmadığı kanaatindedir.

36. Başvuranlar, davanın kabul edilebilirlik incelemesi çerçevesinde ileri sürülen iddialara atıfta bulunmaktadır.

37. Mahkeme, başvuranların, Sözleşme'nin 14. maddesiyle birlikte 8. maddesine dayandıklarını ve 8. maddenin, ne aile kurma ne de evlat edinme hakkı tanımadığını tespit etmektedir (*E.B./Fransa* [BD], no. 43546/02, paragraf 41, 22 Ocak 2008). Bununla birlikte, başvuranların durumunun *in concreto* incelenmesi, Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında « aile hayatının » varlığını göstermeyi sağladığı tespit edilmelidir. Ayrıca, cinsel eğilim, Sözleşme'nin 8. maddesinde korunan kişisel alanla ilgilidir. Böylelikle, davanın olayları, mevcut olayda ileri sürülen, Sözleşme'nin 14. maddesiyle tamamlanabilecek olan, Sözleşme'nin en azından bir maddesinin kapsamına girmektedir.

38. Mahkeme, bu bağlamda, 31 Ağustos 2010 tarihli olan ve başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin olan ve mevcut olayda, Sözleşme'nin 14. maddesinin, 8. maddeyle birlikte uygulanabilir olduğuna dair kararına atıfta bulunmaktadır.

39. Sonuç olarak, Hükümet'in ilk itirazı reddedilmelidir ve şikâyetin esasının incelenmesine geçilmelidir.

II. ESAS

A. Tarafların iddiaları

1. Başvuranlar

40. Başvuranlar, ilk başvuranın istemiş olduğu, eşinin çocuğunu evlat edinme talebinin reddedilmiş olmasından şikâyet etmektedirler. Başvuranlar, annenin velayetini geri alan evlat edinmenin yasal sonuçlarının gerekçesinin, farklı cinsiyetten olan kişilerin aksine, aynı cinsiyetten olan çiftlerin evlat edinmesine nihai bir engel oluşturmadığını çünkü onların, evlenemeyeceğini ve medeni kanunun 365. maddesinden yararlanamayacaklarını öne sürmektedirler. Başvuranlar, bir prensip

kararıyla, A.'nın, ilk başvuran tarafından basit evlat edinilmesine karar verilmesinin reddinin, özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi hakkına, ayrımcı bir şekilde saldırı oluşturduğu kanaatinde idirler.

41. Başvuranlar, A.'ya, Belçika'da, anonim donörle yapay dölleme yoluyla gebe kalınmış olduğunu hatırlatmaktadırlar. Doğduğundan beri, iki kadın tarafından yetiştirilmiş olmasına rağmen, A.'nın, hukuki olarak, yalnızca bir ebeveyni vardır, o da, ikinci başvurandır. İkinci başvuran, A.'ya soyadını vermiştir, velayeti tek başına kullanmaktadır ve öldüğünde, malları A.'ya devredilecektir. Nihayet, hukuki olarak, ilk başvuranın, çocuk bakımından hiçbir ödevi ve hakkı bulunmamaktadır. Başvuranlar, basit evlat edinmenin, esas nesep bağına eklenen bir nesep bağı kurulmasını sağlaması nedeniyle, basit evlat edinme talebi yoluyla, bu durumu telafi etmeye çalıştıklarını belirtmişlerdir. Bu durumda, A.'nın hukuki olarak iki ebeveyni olması ve bunun sağlayacağı hukuki güvenliğe, milli makamlar tarafından izin verilmemiştir.

42. Başvuranlar, bu durumda, cinsel eğilimlerine dayanan bir ayrımcılığa maruz kalmışlardır çünkü Fransız makamları, basit evlat edinme konusunda, evli olan kişileri değil aynı cinsiyetten olan kişilerden oluşan bir çiftin eşlerini devre dışı bırakmışlardır. Başvuranlar, nihayet, Yargıtay'ın, 13 Mart 2007 tarihli bir kararda belirttiği gibi, Fransa'da, eşcinsel evliliğin halen yasak olduğunu hatırlatmaktadırlar.

Bu ayrımcı muamele farkı, aynı zamanda, birlikte yaşayan ve anlaşmalı olarak birlikte yaşayan aynı cinsiyetten ve farklı cinsiyetlerden olan çiftlerin durumunda da doğrulanmaktadır çünkü heteroseksüeller, evlenerek, medeni kanunun 365. maddesinin uygulanmasını önleyebilirler fakat aynı şey, eşcinseller için geçerli değildir. Başvuranlar, mevcut olayda, evliliğe erişimlerinin olmasını talep etmediklerini belirtmektedirler fakat medeni kanunun, dolaylı bir ayrımcılık yaratan, sadece görünürdeki tarafsızlığını vurgulamaktadırlar.

43. Duruşmada, iddialarını kanıtlamak için, başvuranlar, A.'nın durumunu, başka bir çocuk olan A.D. ile karşılaştırmışlardır. A.D.'ye, anonim donörle yapay dölleme yoluyla hamile kalan kadın, Bay D. ile birlikte yaşamaktadır. Oysa A. ve A.D.'nin durumlarının her noktası karşılaştırılabilirken, hukuki statüleri farklıdır çünkü Medeni Kanun'un 311-20. maddesi uyarınca, Bay D. çocuğun, hukuki olarak babasıdır ve bunun için basit evlat edinme talebinde bile bulunmasına gerek yoktur (bkz. 26. paragraf).

Böylece, ister günlük hayatla ilgili işlemler için olsun (okula kaydettirme ve takibi) ister daha ağır koşullarda olsun (trafik kazaları), A.'ya, yalnızca annesi eşlik edebilirken, A.D. için Bay D.'de devreye girebilir. Ayrıca, biyolojik annenin ölümü halinde, A. kimsesiz kalır ve bir vasiye veya bir aileye verilebilirken, A.D., hukuken babası olan kişiye verilir. Başvuranlar, buradan, basit evlat edinme ve anonim donörle yapılan yapay döllemeye (IAD) ilişkin fransız yasal mevzuatının, A. ile ilk başvuran arasında evlatlık

ilişkisi sağlayan nesep bağı kurulmasını önlediği halde, ilk başvuranın erkek olması halinde, bunun mümkün olacağını çıkarmaktadırlar. Başvuranlar, Fransız hukuku tarafından öngörülen IAD'ye erişimi sorgulamadıklarını vurgulasalar da, çocuklarını yetiştiren çiftlerin, birlikte yaşayan veya PACS anlaşması yapmış olan iki kadından veya birlikte yaşayan veya PACS anlaşması yapmış olan bir kadın ve bir erkekten oluşmuş olmalarına göre hukuki muamele farkı yapılmaktadır.

44. Başka bir örnekle, başvuranlar, Bay D.'nin ölümünden sonra, A.D.'nin annesinin, Bay N. ile tanışan ve onunla birlikte yaşamaya veya evlenmeye karar vermesi imkânını hatırlatmaktadırlar. Böylece Bay N., A.D.'yi basit evlat edinme talebinde bulunabilirken, ilk başvuranın bu talebi reddedilmektedir.

45. Bu durumda, birlikte yaşayan veya PACS anlaşması yapmış olan ve evlenemeyen iki kadın ile evlenmeleri halinde, annenin eşinin, çocuğu, velayetin otomatik olarak paylaşılması sonucunu doğuracak şekilde, basit evlat edinme talebinde bulunabilmesini sağlayan bir kadın ve bir erkeğin durumu arasında bir muamele farkı bulunmaktadır.

46. Oysa başvuranlara göre, bu muamele farkının hiçbir meşru amacı bulunmamaktadır. Her halükarda, çocuğun yararı, kendisine, bir ebeveyninkinden ziyade, iki ebeveynin de hukuki korumasının sağlanmasını gerektirmektedir. Ayrıca, onlara göre, kendilerinin talep etmemiş oldukları, velayetin paylaşılarak transfer edilmesi (DPAP), yetersizdir. Sonuç olarak, DPAP, sadece velayetle ilgilidir, geçicidir ve milli mahkemeler tarafından, 8 Temmuz 2010'dan beri rahatlıkla verilmemektedir (bkz. 29. paragraf). Başvuranlar, çocuğun yararının en iyi şekilde korunmasının, DPAP ile değil basit evlat edinmeyle sağlanacağını vurgulamaktadırlar.

47. Başvuranlar, basit evlat edinme taleplerinin reddedilmesinin, cinsel eğilime dayalı doğrudan ve dolaylı bir ayrımcılık oluşturduğu ve aynı zamanda Sözleşme'ye aykırı olduğu sonucuna varmaktadırlar. Başvuranlar, Fransız Hükümeti'nin, bu ayrımcılığa son vermek için yasal değişiklikler önermesi gerektiği kanaatindedirler.

2. Hükümet

48. Hükümet, öncelikle, Fransız hukukundaki, evlat edinmeye ve velayetin devrine ilişkin hukuki düzenlemelerin ve bunların temellerini hatırlatmaktadır (bkz. yukarıdaki 17-22. paragraflar). Mevcut olaya gelince, duruşmada, Hükümet, başvuranların, DPAP talebinde bulunmadıklarını, oysaki bunu, koşulların gerektirdiğini tespit etmiştir (örneğin, ikinci başvuranın yolculuğa gitmesi).

49. Hükümet, medeni kanunun 365. maddesinin, hiçbir objektif ayrımcılığa neden olmadığı, çünkü bu hükmün, çiftin nasıl olduğundan bağımsız olarak, aynı şekilde, tüm evli olmayan çiftlere uygulandığı kanaatindedir. Söz konusu maddede öngörülen tek istisna olan evli eş, yasa koyucu tarafından, çocuğun yararının korunması endişesiyle ortaya

konmuştur. Nihayet, Hükümet'e göre, evlilik, diğer birlikteliklere kıyasla, çiftin sürekliliğini güvence altına alan bir kurumdur. Ayrıca, evliliğin sona ermesi halinde, aile hâkimi resen müdahale etmektedir. Buna karşılık, PACS, hem bu anlaşmayı yapmak hem de sona erdirmek açısından büyük bir esneklik sunmakta ve ailevi konularda ve nesep alanında hiçbir sonucu olmamaktadır. Bu unsurlar dikkate alındığında, yasa koyucu, çocuğun bakımı ve eğitimi alanında sürekli bir çerçevede olmasını sağlamak amacıyla, basit evlat edinme durumlarını sınırlamak istemiştir.

50. Hükümet, aynı zamanda, başvuranların ileri sürdükleri ve Fransa'da, evliliğin, sadece, heteroseksüel çiftlere tanınıyor olmasından kaynaklanan dolaylı bir ayrımcılığın varlığını da çürütmektedir. Hükümet, bu bağlamda, Mahkeme'nin içtihadına göre, aile hayatının, hukuki nesep bağı dışında olabileceği gibi, sadece evlilik çerçevesi dışında da gerçekleşebileceğini belirtmektedir.

51. Her halükarda, eğer Mahkeme, bir muamele farkı olduğuna kanaat getirirse, Hükümet, bunun yerinde olduğunu ve başvuranların durumunun, ister evli bir çiftle karşılaştırılması ister PACS anlaşması yapmış olan veya birlikte yaşayan heteroseksüel bir çiftle karşılaştırılması söz konusu olsun, bunun bir ayrımcılık oluşturmadığı kanaatindedir.

52. Duruşmada, Hükümet, özellikle, nesebe ilişkin Fransız hukukunun tamamının cinsel fark üzerine kurulu olduğunu vurgulamıştır. Toplumun bir seçiminden kaynaklanan bu yaklaşım dikkate alındığında, Hükümet, bir çocuğun nesebinin, sadece iki kadın veya iki erkek bakımından kurulu olmasının, ilkesel bir reform olduğunu ve bunun sadece, Parlamento tarafından yapılabileceği kanaatindedir. Bu sorunun, basit evlat edinmede velayetin paylaşılması gibi dolaylı yollarla değil bir bütün olarak demokratik bir tartışmada incelenmesi gerekmektedir.

3. Müdahiller

53. Uluslararası İnsan Hakları Ligi Federasyonu (FIDH), Uluslararası Hukukçular Komisyonu (ICJ), European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe), British Association for Adoption and Fostering (BAAF) ve Network of European LGBT Families Associations (NELFA), Mahkeme'de ortak müdahalede bulunmuşlardır.

54. Bu örgütler, öncelikle, eşcinsellerin evlat edinmesinin, birbirinden farklı üç durumda olduğunu belirtmektedirler: ilk olarak, istisnai olarak bile olsa, buna izin verilen üye bir ülkede, eşinin, evlat edinilen çocuk bakımından hiçbir hakkı olmamak üzere, bekâr bir kişinin evlat edinmek istemesi (bireysel evlat edinme); ikinci olarak, aynı cinsiyetten bir çiftin üyelerinden birinin, eşinin çocuğunu evlat edinmek isteyebilmesi ve bunun bu çiftin her iki üyesinin de, evlat edinilen çocuk bakımından velayeti kullanabilmesini sağlaması (ikinci bir ebeveyn tarafından evlat edinme); nihayet, aynı cinsiyetten olan bir çiftin iki üyesinin, kendileriyle hiçbir bağı

olmayan bir çocuğu evlat edinmek istemeleri ve bunun, iki partnerin de, aynı anda, evlat edinilen çocuk bakımından ebeveynlik haklarını elde etmesini sağlayacak şekilde birlikte evlat edinmek istemeleri (birlikte evlat edinme). Adı geçen *E.B./Fransa* davasında, Mahkeme, cinsel eğilimi ne olursa olsun, herkes için basit evlat edinmeye eşit erişim lehine hüküm kurmuştur. Mevcut olayda, söz konusu olan, ikinci bir ebeveyn tarafından evlat edinmedir.

55. 2011’de, Avrupa Konseyi’ne üye olan kırk yedi devletten onu, ikinci ebeveyn tarafından evlat edinmeyi kabul etmişlerdir ve diğer ülkelerde aynı yönde yasal değişiklikler yapılmaktadır. Müdahillere göre, şu yönde bir uzlaşma sağlanacak gibi görünmektedir: bir çocuk, sabit bir eşcinsel çift tarafından yetiştirildiğinde, ikinci ebeveynin hukuki statüsünün tanınması, çocuğun rahatını güçlendirmekte ve çıkarlarının, en iyi şekilde korunmasını sağlamaktadır.

56. Diğer devletlerde, yasal mevzuat ve içtihat da aynı eğilimdedir. Böylece, eşcinsel çiftlerde ikinci ebeveyn tarafından evlat edinme, Kanada’nın on üç eyaletinde elli Amerikan eyaletinin en azından on altı tanesinde ve Brezilya, Uruguay, Yeni Zelanda ve Avustralya’nın bazı kısımlarında mümkündür.

57. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları’na ilişkin Sözleşme’ye, Mahkeme’nin ilgili mevzuatına ve bazı ulusal mahkemelerin (Britanya Lordlar Kamarası veya Güney Afrika Anayasa Mahkemesi) içtihadına atıfta bulunan müdahiller, çocuğun yararının korunmasına öncelik veren Mahkeme’nin bu yaklaşımı benimsemesini talep etmektedirler.

B. Mahkeme’nin değerlendirmesi

1. Uygulanabilir genel ilkeler

58. Mahkeme’nin sabit içtihadına göre, 14. madde bağlamında bir sorunun ortaya çıkması için, karşılaştırılabilir durumlarda bulunan kişilere farklı muamele yapılması gerekmektedir. Böyle bir farklılık, sadece, objektif ve makul gerekçesi bulunmaması halinde yani, meşru bir amacı olmaması veya kullanılan araçlarla güdülen amaç arasında makul bir orantı olmaması halinde ayrımcı olur. Bunun dışında, sözleşmecî devletlerin, benzer durumlarda, hukuki açıdan farklı muamele (*Marckx/Belçika*, 13 Haziran 1979, paragraf 38, seri A no. 31) de dahil olmak üzere, farklı muamele yapılmasını gerektirip gerektirmediği veya hangi ölçüde gerektirdiği konusunda bir takdir marjları bulunmaktadır (*Burden/Birleşik Krallık* [BD], no. 13378/05, paragraf 60, AİHM 2008).

59. Bir yandan, Mahkeme, defaten, cinsiyete dayalı farklılıklar gibi, cinsel eğilime dayalı farklılıkların da ciddi nedenlerle gerekçelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (*Karner/Avusturya*, no. 40016/98, paragraf 37, AİHM 2003-IX, *L. et V./Avusturya*, no. 39392/98 ve 39829/98, paragraf 45,

AİHM 2003-I, *Smith et Grady/Birleşik Krallık*, no. 33985/96 ve 33986/96, paragraf 90, AİHM 1999-VI, ve *Schalk et Kopf/Avusturya*, no. 30141/04, paragraf 96 ve 97, AİHM 2010).

60. Diğer yandan, devletlerin, benzer durumlardaki farklılıkların, muamele farklılığını gerektirip gerektirmediklerini ve hangi ölçüde gerektirdiğini tespit etmek için sahip oldukları takdir marjı, genel düzene ilişkin olarak ekonomik veya sosyal tedbirler alınması gerektiğinde geniştir (bkz. örneğin, adı geçen *Schalk et Kopf*, paragraf 97).

2. Bu ilkelerin mevcut duruma uygulanması

61. Öncelikle, Mahkeme, bu davanın, adı geçen *E.B./Fransa* davasından farklı olduğunu tespit etmektedir. Söz konusu dava, eşcinsel bekâr bir kişi tarafından yapılan evlat edinme talebiyle ilgiliydi. Bu davada, Mahkeme, Fransız hukukunun, bekâr bir kişi tarafından bir çocuğun evlat edinilmesine izin vererek, bekâr bir eşcinsel tarafından da evlat edinme yolunu açtığını hatırlatmıştır. Bu iç yasal düzenleme gerçeği dikkate alındığında, Mahkeme, Hükümet'in ileri sürdüğü gerekçelerin, başvuranın talebinin reddedilmesini gerekçelendirmek için yeterince ciddi ve ikna edici olarak görülemeyecekleri kanaatinde. O halde, başvuranın durumunda ilişkin gerekçeler ret gerekçesi olarak sunulmuştur ve Mahkeme, bunların ayrımcı olduklarına karar vermiştir (bkz. adı geçen *E.B./Fransa* kararı, paragraf 94).

62. Mahkeme, mevcut olayda, başvuranların A.'yı evlat edinme taleplerinin reddedilmesinden şikâyet etmeleri nedeniyle durumun böyle olmadığını tespit etmektedir. Milli mahkemeler, kararlarını desteklemek için, basit evlat edinmenin, evlat edinene, velayet haklarının devrini sağlaması nedeniyle, biyolojik annenin, bu çocuğu yetiştirmeye devam etmek istemesi halinde çocuğun yararına uygun olmadığı kanaatine varmışlardır. Mahkemeler, basit evlat edinmede velayetin devrini düzenleyen medeni kanunun 365. maddesini uygulamışlardır. Evli olmayan başvuranlar, bu metinde öngörülen tek istisnadan faydalanamamışlardır.

63. Fransız hukukunda öngörüldüğü şekliyle, anonim donörle yapay dölleme (IAD) konusunda, Mahkeme, bu mekanizmaya erişim koşullarını sorgulamaksızın, başvuranların, bunun hukuki sonuçlarını eleştirdiklerini ve haksız bir muamele farklılığını öne sürdüklerini tespit etmektedir (paragraf 43 *in fine*). Oysa Mahkeme, öncelikle, başvuranların bu yasal mevzuata, milli mahkemeler önünde itiraz etmediklerini tespit etmektedir. Mahkeme, özellikle, Fransız hukukunun, bu mekanizmaya erişimi, sadece heteroseksüel çiftler için öngörüyor olsa da, bu erişimin, aynı zamanda, patolojik niteliği tıbbi olarak tespit edilmiş olan bir kısırlığı gidermeyi hedefleyen veya ağır bir hastalığın bulaşmasını (bkz. 25. ve 26. paragraflar) önlemeye yönelik tıbbi bir amacın varlığına bağlı olduğunu tespit etmektedir. Böylelikle, IAD'nin yapılmasına, Fransa'da, esasen, sadece heteroseksüel ve kısır olan çiftler için izin verilmektedir ve bu durum, başvuranların durumuyla karşılaştırılabilir değildir. Böylelikle, Mahkeme

için, IAD'ye ilişkin Fransız yasal mevzuatı, başvuranların mağduru oldukları bir muamele farkının temeli gibi görülemez. Mahkeme, aynı zamanda, bu kuralların, başvuranların talep ettikleri, evlat edinmeye bağlı nesep bağı kurulmasını sağlamadığını tespit etmektedir.

64. Başvuranlar, A.'nın, ilk başvuran tarafından evlat edinilme talebinin reddedilmesinin, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi haklarını, ayrımcı şekilde ihlal ettiğini öne sürmektedirler. Başvuranlar, eşcinsel çift olarak, evli olsun veya olmasınlar, heteroseksüel çiftlere göre haksız bir muamele farkına maruz kaldıklarını öne sürmektedirler.

65. Mahkeme, ilk olarak, başvuranların hukuki durumunun, evli çiftlerin durumuna göre incelenmesinin gerekli olduğu kanaatindedir. Mahkeme, medeni kanunun 365. maddesinin, evlat edinenin, evlat edinilenin biyolojik ebeveyninin eşi olması halinde, velayetin paylaşılmasını düzenlediğini ve Fransız hukukundaki evlenme yasağı nedeniyle, başvuranların yararlanamadıklarını tespit etmektedir.

66. Mahkeme, derhal, adı geçen *Schalk et Kopf* davasının incelenmesi çerçevesinde, Sözleşme'nin Hükümetlere ve taraf devletlere, evliliği, eşcinsel bir çifte açma yükümlülüğü yüklediğini belirttiğini hatırlatmaktadır (bkz. adı geçen *Schalk et Kopf*, 49-64. paragraflar). Eşcinsel evlilik hakkı, 8. maddeyle birlikte 14. maddeden de çıkarılamaz (*ibid.* paragraf 101). Ayrıca, Mahkeme, devletlerin eşcinsel çiftlere, farklı bir hukuki tanıma şekli sağlamaya karar vermeleri halinde, verilen statünün kesin türüne karar vermek için belli bir takdir marjından faydalandıkları kanaatindedir (*ibid.* paragraf 108).

67. Mahkeme, mevcut olayda, başvuranların, evliliğe erişim talep etmediklerini belirtmekte fakat kendilerine göre, benzer bir durumda olmaları nedeniyle, ayrımcı bir muameleyi öne sürdüklerini tespit etmektedir.

68. Mahkeme, bu iddiadan ikna olmamıştır. Mahkeme, daha önce de tespit ettiği gibi, evliliğin, taraflarına, özel bir statü sağladığını hatırlatmaktadır. Evlenme hakkının kullanılması, Sözleşme'nin 12. maddesinde korunmaktadır ve sosyal, kişisel ve hukuki sonuçları vardır (adı geçen *Burden*, paragraf 63, ve *Joanna Shackell/Birleşik Krallık* (karar), no. 45851/99, 27 Nisan 2000 ; aynı zamanda bkz. *Nylund/Finlandiya* (karar), no. 27110/95, AİHM 1999-VI, *Lindsay/Birleşik Krallık* (karar), no. 11089/84, 11 Kasım 1986, ve *Şerife Yiğit/Türkiye* [BD], no. 3976/05, 2 Kasım 2010). Nihayet, Mahkeme, ikinci ebeveyn tarafından evlat edinme konusunda, başvuranların, evli çiftlerle karşılaştırılabilir bir durumda bulunmadıkları kanaatindedir.

69. Daha sonra, başvuranların şikâyetlerinin ikinci kısmına gelince, Mahkeme'nin, onların durumunu, evli olmayan heteroseksüel çiftlerin durumuyla karşılaştırarak incelemesi gerekir. Bu çiftler, başvuranlar gibi PACS anlaşması yapmış veya birlikte yaşıyor olabilirler. Esasen, Mahkeme, PACS anlaşması yapılması gibi karşılaştırılabilir hukuki durumlarda

bulunan çiftlerin, basit evlat edinmelerine izin verilmediğini tespit etmektedir (bkz. 19, 24. ve 31. paragraflar). Bu durumda, Mahkeme, başvuranların cinsel eğilimlerine dayalı bir muamele farkı olmadığını tespit etmektedir.

70. Şüphesiz, başvuranlar, heteroseksüel çiftlerin, medeni kanunun 365. maddesinin uygulanmamasını bu yolla sağlayabilirken, evlenme imkânı olmamasına dayanan dolaylı bir ayrımcılık söz konusu olduğunu iddia etmektedirler.

71. Bununla birlikte, bu bağlamda, Mahkeme, daha önceden yapmış olduğu tespite atıfta bulunmaktadır (bkz. 66.-68. paragraflar).

72. Nihayet ve ek olarak, Mahkeme, söz konusu evlat edinmenin, evlat edinilen kişi ve onun biyolojik ebeveyni arasındaki, önceki nesep bağının son bulmasını sağlayan algılanma mantığının, reşit olmayan kişiler için de geçerli olduğunu tespit etmektedir (bkz. *mutadis mutandis*, *Emonet et autres/İsviçre*, no. 39051/03, paragraf 80, 13 Aralık 2007). Mahkeme, medeni kanunun, basit evlat edinmede velayetin kullanılmasının devrini düzenleyen, 365. maddesinin temeli ve konusu dikkate alındığında (bkz. 19. paragraf), sadece bu hükmün uygulanmasının sorgulanmasına dayanarak, A. bakımından çift nesep bağı kurulmasının meşrulaştırılamayacağı kanaatindedir.

73. Böylelikle, Mahkeme, Sözleşme'nin 14. maddesiyle birlikte 8. maddesinin de ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME

1. Oybirliğiyle, Hükümet'in ilk itirazının *reddine*;
2. Bir oya karşı altı oyla, Sözleşme'nin 14. ve 8. maddelerinin birlikte *ihlal edilmediğine*;

KARAR VERMİŞTİR.

İşbu karar, Fransızca olarak hazırlanmış ve 15 Mart 2012 tarihinde, Strazburg'da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde ilan edilmiştir.

Claudia Westerdiek
Yazı İşleri Müdürü

Dean Spielmann
Mahkeme Başkanı

Bu kararın ekinde, Sözleşme'nin 45/2. maddesi ve İç Tüzük'ün 74/2. maddesi uyarınca, aşağıdaki ayrık görüşler bulunmaktadır:

- Yargıç Costa ve Yargıç Spielmann'ın uyma görüşleri;
- Yargıç Spielmann ve Yargıç Berro- Lefèvre'in uyma görüşleri;
- Yargıç Villiger'in muhalefet şerhi.

Bu görüşlerin çevirisi yapılmamıştır, İngilizce veya Fransızcasına, Mahkeme içtihadının veritabanı olan HUDOC'tan ulaşılabilir.

© **Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2013.** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi dilleri, İngilizce ve Fransızca'dır. İşbu çeviri, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakıf Fonu'nun desteğiyle yapılmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Bu çeviri, Mahkeme'yi bağlamamaktadır ve Mahkeme, bu çevirinin kalitesine ilişkin olarak hiçbir sorumluluk almamaktadır. Bu çeviri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat veritabanı olan HUDOC'tan veya HUDOC'un ilettiği diğer veritabanlarından indirilebilir (<http://hudoc.echr.int>). Bu çeviri, ticari olmayan amaçlarla ve davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ve İnsan Hakları Vakfı'na atıfta bulunmak suretiyle alıntılanabilir. Bu çeviriyi kısmen veya tamamen, ticari amaçlarla kullanmak isteyenlerin, bunu aşağıdaki adrese bildirmeleri gerekmektedir: publishing@echr.coe.int.

© **Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013.**

The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court, nor does the Court takes any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

© **Conseil de l'Europe/ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 2013.**

Les langues officielles de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (<http://hudoc.echr.int>), ou de tout autre base de données à laquelle HUDOC l'a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme. Toute personne souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante : publishing@echr.coe.int.