



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

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
BÜYÜK DAİRE

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA DAVASI

(Başvuru No. 40792/10, 30538/14 ve 43439/14)

KARAR

Madde 8 • Pozitif yükümlülükler • Aynı cinsiyetten olan çiftlerin her türlü hukuki tanıma ve korumadan yoksun olması • Onlara yeterli tanıma ve koruma ile yasal bir çerçeve sağlamaya ilişkin olarak teyit edilmiş pozitif yükümlülük • Avrupa Mahkemesinin, Taraf Devletlerin çoğunluğunun mevzuatındaki açık ve devam eden eğilimle ve çeşitli uluslararası organların benzer tutumlarıyla pekiştirilen içtihatları • Tanıma şeklinin ve koruma kapsamının kesin niteliğine karar vermek için yasal ve daha kapsamlı bir çerçevenin verilmesiyle ilgili olarak azaltılan takdir yetkisi • İstenmeyen evlilik şekli • Başvuranların menfaatlerinden üstün olmayan genel menfaat kapsamında ileri sürülen gerekçeler • Mevcut davada aşılın takdir yetkisi

STRAZBURG

17 Ocak 2023

İşbu karar kesinleşmiştir. Bazı şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2023. Bu gayriresmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

İçindekiler Tablosu

BÜYÜK DAİRE	1
USUL.....	4
OLAYLAR.....	8
DAVANIN KOŞULLARI	8
A. Başvuranlar Tarafından Evlenmek Amacıyla Yapılan Girişimler.....	8
B. Hukuki Süreçler	9
1. I. Fedotova ve I. Shipitko	9
2. D. Chunusov ve Y. Yevtushenko	10
3. I. Shaykhraznova ve Y. Yakovleva.....	11
İLGİLİ HUKUKİ ÇERÇEVE VE UYGULAMASI.....	11
I. İLGİLİ İÇ HUKUK KURALLARI VE UYGULAMASI.....	11
A. Rusya Federasyonu Anayasası.....	11
B. Rusya Federasyonu Aile Kanunu.....	13
C. Anayasa Mahkemesinin İçtihatları	13
II. ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMASI.....	15
A. Birleşmiş Milletler	15
1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği	15
2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi.....	15
B. Avrupa Konseyi	16
1. Bakanlar Komitesi.....	16
CM/Rec (2010)5 Sayılı Tavsiye Kararı	16
2. Parlamenterler Meclisi	18
3. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI)	19
4. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri.....	20
C. Avrupa Birliği	21
1. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı.....	21
2. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) İçtihatları	22
3. Avrupa Parlamentosu	24
D. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi	24
III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK UNSURLARI.....	25
HUKUKİ DEĞERLENDİRME.....	26
I. ÖN SORUNLAR.....	26
A. Mahkemenin davaya bakmaya yetkili olup olmadığına ilişkin sorun hakkında.....	26
B. Başvuruların incelenmesine devam edilmesi.....	28
C. Büyük Daire önündeki davanın konusu hakkında	29
II. HÜKÜMETİN İLK İTİRAZLARI HAKKINDA	30
A. Başvuranların mağdur statüsünün olmadığı iddiası hakkında	30
B. İç hukuk yollarının tüketilmemesi hakkında.....	32
III. SÖZLEŞME’NİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA.....	34

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI	
A. Daire tarafından verilen karar	34
B. Tarafların Büyük Daire Önündeki İddiaları.....	35
1. Başvuranlar	35
2. Hükümet.....	36
3. Müdahil Tarafların Görüşleri	39
a) Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri	39
b) LGB Alliance	41
c) Müşterek hareket eden ACCEPT Derneği, Youth LGB Organization Deystviye, National LGBT Rights Organisation LGL, “Love Does Not Exclude” Derneği, Polish Society for Antidiscrimination Law, Iniciativa Inakost, Insight Public Organisation ve Sarajevo Open Centre,	42
d) Müşterek hareket eden Russian LGBT Network ve Fondation Sphère.....	42
e) Gand Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi (Human Rights Centre)	43
f) Uluslararası Hukukçular Komisyonu ve Network of European LGBTIQ+ Families Associations (NELFA) ile müştereken AIRE Centre	43
g) <i>Euroregional Center for Public Initiatives (ECPI) ile Global Justice Institute (GJI)</i>	44
C. Mahkemenin Değerlendirmesi.....	45
1. Sözleşme’nin 8. Maddesinin Uygulanabilirliği Hakkında	45
a) Özel hayat.....	45
b) Aile hayatı	46
a) Sonuç	47
2. Sözleşme’nin 8. Maddesine Riayet Edilmesi Hakkında	47
a) Eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması ve korunmasına ilişkin pozitif bir yükümlülüğün varlığı hakkında	47
b) Ulusal takdir payının kapsamı	56
c) Davalı Devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği hakkında	59
d) Sonuç	66
IV. SÖZLEŞME’NİN 8. MADDESİYLE BİRLİKTE 14. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA	67
A. Dairenin Kararı	67
B. Tarafların Argümanları	67
C. Mahkemenin Değerlendirmesi.....	67
V. SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA ..	67

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI	
A. Tazminat	68
B. Masraf ve Giderler	68
BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,	68
HÂKİM MOTOC’UN DA KATILDIĞI HÂKİM PAVLI TARAFINDAN SUNULAN KISMİ MUHALEFET ŞERHİ.....	70
HÂKİM WOJTYCZEK’İN MUHALEFET ŞERHİ	75
1. Mahkemenin Görevi	75
2. Dinamik Yorumlama Hususu.....	77
3. Hakların Korunmasına Yönelik Paradigmada Önemli Bir Değişiklik.....	81
4. Kararın Etkileri	85
5. Sonuç.....	86
HÂKİM POLÁČKOVÁ’NIN MUHALEFET ŞERHİ.....	88
HÂKİM LOBOV’UN MUHALEFET ŞERHİ	93
1. Olayların ve Bağlamın Hatırlatılması	93
2. Hâkim İçtihat ile Çoğunluğun Görüşü Arasındaki Tutarsızlık	94
3. Avrupa Mutabakatının ve Sosyal Gerçeklerin Önemi	96
Sonuç.....	98

Fedotova ve diğerleri/Rusya davasında,

Başkan

Robert Spano,

Hâkimler

Jon Fridrik Kjølbro,

Síofra O’Leary,

Georges Ravarani,

Marko Bošnjak,

Krzysztof Wojtyczek,

Iulia Antoanella Motoc,

Branko Lubarda,

Yonko Grozev,

Armen Harutyunyan,

Stéphanie Mourou-Vikström,

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková,

Tim Eicke,

Darian Pavli,

Frédéric Krenc,

Mikhail Lobov,

ve Büyük Daire Yazı İşleri Müdür Yardımcısı Søren Prebensen’in katılımıyla
Büyük Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,

27 Nisan 2022 ve 12 Ekim 2022 tarihlerinde kapalı oturumla gerçekleştirilen
müzakerelerin ardından, söz konusu tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Rusya Federasyonu aleyhine açılan davanın temelinde, isimleri ve kişisel bilgileri mevcut karara ekli listede yer alan altı Rus vatandaşının (“başvuranlar”), 20 Temmuz 2010, 5 Nisan 2014 ve 17 Mayıs 2014 tarihlerinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin (“Sözleşme”) 34. maddesi uyarınca yapmış oldukları başvurular bulunmaktadır.

2. Başvuranlar, Mahkeme önünde 6 Nisan 2022 tarihine kadar Genevre Barosuna bağlı Avukat E. Daci ve Avukat B. Cron tarafından temsil edilmişlerdir.

Bu tarihten sonra Fedotova (başvuru no. 40792/10), Chunosov ve Yevtushenko (başvuru no. 30538/14) ve Shaykhraznova (başvuru no. 43439/14), Berlin Barosuna bağlı Avukat O. Genzdilova tarafından temsil edilmişlerdir.

3. Rus Hükümeti, Mahkeme önünde sırasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde Rusya Federasyonu eski temsilcileri G. Matyushkin, M. Galperin ve A. Fedorov, daha sonra Büyük Daire önünde halefleri M. Vinogradov tarafından temsil edilmiştir.

4. Başvuranlar, Rus yetkili makamlarının evlenmelerine izin vermemesi ve Rusya’da aynı cinsiyetten olan çiftlerin tanınması ve hukuki açıdan korunması için başka herhangi bir yol bulunmaması sebebiyle, çift olarak ilişkilerinin tanınma ve hukuki olarak korunma imkânının bulunmadığından şikâyetçi olmuşlardır.

5. Başvurular, Mahkemenin Üçüncü Bölümüne tahsis edilmiştir (İç Tüzüğü’nün 52. maddesinin 1. fıkrası). Bölüm Başkanı, 2 Mayıs 2016 tarihinde, Mahkeme İç Tüzüğü’nün 54. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, Sözleşme’nin 12. maddesine ilişkin şikâyetlerin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Başvuranların, Sözleşme’nin 8 ve 14. maddeleri bağlamındaki şikâyetleri Hükümete bildirilmiştir.

6. Başkan Paul Lemmens, hâkimler Georgios A. Serghides, Dmitry Dedov, María Elósegui, Anja Seibert-Fohr, Peeter Roosma, Andreas Zünd ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Milan Blaško’nun katılımıyla oluşturulan Üçüncü Bölümün bir Dairesi, 13 Temmuz 2021 tarihinde, oy birliğiyle, üç başvurunun birleştirilmesine, başvuruların kabul edilebilir olduğuna, Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine ve Sözleşme’nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesi alanında ileri sürülen şikâyetlerin esastan incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Karar metninin ekinde, hâkimler Lemmens ve Zünd tarafından yazılan ortak ayrık görüş yer almaktadır.

7. Hükümet, 12 Ekim 2021 tarihli bir yazıyla, Sözleşme’nin 43. maddesi gereğince davanın Büyük Daireye gönderilmesini talep etmiştir. Büyük Daire heyeti, 22 Kasım 2021 tarihinde, bu talebi kabul etmiştir.

8. Büyük Dairenin oluşumu, Sözleşme’nin 26. maddesinin 4 ve 5. fıkralarına ve İç Tüzüğü’nün 24. maddesine uygun olarak değiştirilmiştir. Büyük Daire tarafından 27 Nisan 2022 tarihinde halka açık bir duruşma düzenlenmiştir.

9. Başvuranlar gibi Hükümet de yazılı ek görüşlerini sunmuşlardır (İç Tüzüğün 59. maddesinin 1. fıkrası).

10. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Dunja Mijatović (“Komiser”), Mahkeme önündeki yargılamaya katılma hakkını kullanmış ve yazılı görüşlerini sunmuştur (Sözleşme’nin 36. maddesinin 3. fıkrası ve İç Tüzüğün 44. maddesinin 2. fıkrası).

11. Diğer taraftan, aşağıda belirtilen sivil toplum kuruluşlarının da görüşleri alınmıştır:

- LGB Alliance,
- Accept Derneği ile *Youth LGBT Organisation Deystviye, National LGBT Rights Organisation LGL, Love Does Not Exclude Association, Polish Society for Antidiscrimination Law, Iniciativa Inakost, Insight public Organisation ve Sarajevo Open Centre* (görüşlerini müştereken sunmuşlardır),
- Gand Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi (*Human Rights Centre*),
- *Euroregional Center for Public initiatives* (ECPI) ile *Global Justice Institute* (GJI) (görüşlerini müştereken sunmuşlardır),
- *l’AIRE Center* ile *International Commission of Jurists* (ICJ) ve *la Network of European LGBTIQ¹+ Families Associations* (NELFA) (görüşlerini müştereken sunmuşlardır),
- *Russian LGBT Network* ile *Sphère Vakfı*.

Başkan, Sözleşme’nin 36. maddesinin 2. fıkrası ve İç Tüzük’ün 44. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bu sivil toplum kuruluşlarının müdahil olmalarına izin vermiştir.

12. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 16 Mart 2022 tarihinde, Avrupa Konseyi Statüsü’nün 8. maddesi gereğince başlatılan süreç kapsamında, Rusya Federasyonu’nun 16 Mart 2022 tarihinden itibaren Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarıldığına dair CM/Res(2022)2 sayılı kararı kabul etmiştir.

13. Mahkeme, 22 Mart 2022 tarihinde, İç Tüzüğü’nün 20. maddesinin 1. fıkrası uyarınca genel kurul halinde toplanarak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Rusya Federasyonu’nun Avrupa Konseyi üyeliğinden

¹ LGBTIQ kısaltması, Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans, İnterseksüel ve Kuir bireyler için kullanılmaktadır.

çıkartılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 58 maddesi ışığında sonuçları hakkında kararı" kabul etmiştir. Mahkeme bu kararda, Rusya Federasyonu'nun 16 Eylül 2022 tarihinden itibaren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yüksek Taraflarından biri olmadığını belirtmiştir.

14. Hükümet, 28 Mart 2022 tarihli yazısında, "mevcut koşullarda, Rusya Federasyonu'nun 27 Nisan 2022 tarihinde öngörülen duruşmanın yapılmasının gerekli olmadığı kanaatinde olduğunu" belirtmiştir. Başvuranlardan bu konu hakkında görüşlerini sunmaları istenmiştir. Daci ve Cron, 1 Nisan 2022 tarihli yazıyla, başvuranlarla görüştiklerini ve başvuranların duruşmanın düzenlenmesinin gerekli olduğu kanaatinde olduklarını belirtmişlerdir.

15. Mahkeme Başkanı, 4 Nisan 2022 tarihinde, 27 Nisan 2022 tarihli duruşmanın gerçekleştirilmesine karar vermiş ve taraflardan duruşmaya katılacakların listesini bildirmelerini istemiştir. Hükümet bu davete yanıt vermemiştir.

16. Daci ve Cron, 6 Nisan 2022 tarihinde, Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğüne artık başvuranları temsil etmeyeceklerini, başvuranların duruşmada başka bir avukat tarafından temsil edileceklerini bildirmiştir.

17. Mahkeme Başkanı'nın talimatı üzerine, 8 Nisan 2022 tarihli bir yazıyla, Yazı İşleri Müdürlüğü, Daci ve Cron'dan başvuranların ve yeni temsilcilerinin güncel iletişim bilgilerini talep etmiş ve duruşmada kişileri temsil edecek kişilerin listesini bildirme yükümlülüğünün taraflara düştüğünü hatırlatmıştır.

18. Bu yazının da cevapsız kalması üzerine, Mahkeme, Yazı İşleri Müdürlüğü aracılığıyla gönderilen 14 Nisan 2022 tarihli yazıyla, duruşmaya katılacak kişilerin listesinin bildirilmesi için yeniden süre vermiş ve bu yazının da cevapsız kalması durumunda, başvuranların duruşmada temsil edilmeyeceği kanaatine varılacağını belirtmiştir. Bu yazının Daci ve Cron'a gönderilen bir kopyası da, yine başvuranların başvurunun yapıldığı sırada Mahkemeye bildirilen posta adreslerine ve elektronik adreslerine de gönderilmiştir.

19. Başvuranlardan Chunosov, 15 Nisan 2022 tarihinde, Mahkemeye, Yazı İşleri Müdürlüğünün göndermiş olduğu 14 Nisan 2022 tarihli yazıyla Büyük Daire önünde görülecek davadan haberdar olduğunu belirten bir yazı göndermiştir. Chunosov, yeni avukatı O. Gnezdilova'nın duruşmaya hazırlık yapabilmesi için

duruşma tarihinin ertelenmesini talep ederek, duruşmanın yapılmasını istediğini belirtmiştir.

20. Mahkeme Başkanı, Hükümetin veya başvuranların, 27 Nisan 2022 tarihli duruşmaya katılacak kişilerin isim listelerini bildirmediğini tespit ederek, 21 Nisan 2022 tarihinde, duruşmanın iptal edilmesine karar vermiştir. Başkan ayrıca, Chunosov'un duruşmanın başka bir tarihe ertelenmesine ilişkin talebini de reddederek, Mahkemenin 27 Nisan 2022 tarihinde davayı görmesine karar vermiştir.

21. Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü, 17 Mayıs 2022 tarihli yazıyla, Chunosov'un davayı devam ettirme isteğini kayda almıştır. Eş zamanlı olarak, başvuruların yapıldığı tarihte Mahkemeye bildirilen başvuranların posta adreslerine ve elektronik adreslerine aynı tarihte gönderilen yazılarla, diğer beş başvuranın da başvurularını devam ettirip ettirmek istemediklerini belirtmeleri istenmiştir.

22. Başvuranlar Fedotova, Yevtushenko ve Shaykhraznova, 30 Mayıs 2022 tarihli yazılarıyla, Chunosov gibi, başvurularını devam ettirmek istediklerini Mahkemeye bildirmişlerdir. Bu başvuranlar davanın devamında kendilerini temsil etmesi için Gnezdilova'ya vekâlet verdiklerini belirtmişlerdir. Başvuranlar Shipitko ve Yakovleva, Mahkemenin gönderdiği yazılara yanıt vermemişlerdir.

23. Davaya ilişkin müzakereler 27 Nisan 2022 ve 12 Ekim 2022 tarihlerinde gerçekleştirilmiştir. Büyük Dairenin oluşumu, Sözleşme'nin 23. maddesinin 2. fıkrası, 26. maddesinin 4 ve 5. fıkraları ile İç Tüzüğün 24. maddesi hükümlerine uygun olarak belirlenmiştir.

OLAYLAR

DAVANIN KOŞULLARI

A. Başvuranlar Tarafından Evlenmek Amacıyla Yapılan Girişimler

24. Altı başvuran, aynı cinsiyetten (kadın) olan üç ayrı çifti teşkil etmektedir. Başvuranlar farklı tarihlerde, belediyenin evlendirme dairesine (*органы записи актов гражданского состояния*) evlilik başvurularında bulunmuşlardır (*заявление о вступление в брак*). Başvuranlar I. Fedotova ve I. Shipitko, 12 Mayıs 2009 tarihinde, Moskova'da bulunan Tverskoy Belediyesi Evlendirme Dairesine; diğer başvuranlar ise Saint-Pétersbourg Belediyesi 4. Evlendirme Dairesine aynı taleple başvurmuşlardır.

25. Moskova’da bulunan Tverskoy Evlendirme Dairesi, birinci çiftin başvurusunu incelemiş ve 12 Mayıs 2009 tarihinde reddetmiştir. Saint-Petersburg 4. Evlendirme Dairesi, 29 Haziran 2013 tarihinde diğer iki çiftin taleplerini incelemeyi reddetmiştir. Yetkili makamlar bu kararı verirken, Rusya Federasyonu Aile Kanunu’nun, evliliği “bir kadın ve bir erkek arasındaki rızaya dayalı evlilik birliği” olarak tanımlayan 1. maddesine dayanmışlardır. Bu makamlara göre, başvuran çiftlerden hiçbirinin “bir kadın ve bir erkekten” oluşmaması sebebiyle, evlilik talepleri incelenememiştir.

26. Başvuranlar bu kararlara ulusal mahkemeler önünde itiraz etmişlerdir.

B. Hukuki Süreçler

1. I. Fedotova ve I. Shipitko

27. I. Fedotova ve I. Shipitko Moskova’nın Tverskoy İlçe Mahkemesi önünde evlilik taleplerinin reddedilmesine ilişkin karara itiraz etmişlerdir.

28. Başvuranlar, bu talebin Aile Kanunu’nun gereklerini karşıladığını ve evlilik taleplerinin yetkili makamlar tarafından reddedilmesinin, Anayasa’dan doğan haklarını ve Sözleşme’nin 8 ve 12. maddelerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

29. Tverskoy İlçe Mahkemesi, 6 Ekim 2009 tarihinde, söz konusu evlilik talebinin, çifti oluşturan kişilerden birinin erkek olmaması sebebiyle, Aile Kanunu’nda bildirilen koşulları, yani evliliğin “bir kadın ve bir erkek arasındaki rızaya dayalı” olmasına ilişkin hükümdeki şartı karşılamadığı kanaatine vararak, ilgililerin talebini reddetmiştir. Tverskoy Mahkemesi, ne uluslararası hukukun ne de Anayasa’nın ulusal makamlara, aynı cinsiyetten olan kişiler arasında evliliği teşvik etme veya kolaylaştırma yükümlülüğü getirdiğini gözlemlemiştir. Son olarak Tverskoy Mahkemesi, evlilik talebi formunda “Bay” ve “Bayan” unvanlarını içeren iki alan olduğunu ve dolayısıyla bu formun eşcinsel çiftler tarafından kullanılamayacağını vurgulamıştır.

30. Başvuranlar, Aile Kanunu’nun aynı cinsiyetten olan iki kişinin evlenmesini yasaklamadığını ileri sürerek, bu karara karşı itirazda bulunmuşlardır. Başvuranlar, Aile Kanunu’nun 14. maddesinde öngörülen evliliğe engel teşkil eden durumlar listesinde, eşcinsel çiftlerin belirtilmediğini ileri sürmüşlerdir.

31. Moskova Mahkemesi, 21 Ocak 2010 tarihinde, Tverskoy Mahkemesi tarafından ileri sürülen gerekçeyi kabul ederek, kararı onamıştır. Diğer taraftan Moskova Mahkemesi, aynı cinsiyetten olan kişilerin evlenmesinin kanunda açıkça yasaklanmamış olmasının, Devlet tarafından bu tür bir evliliğin kabul edildiği anlamına gelmediğine hükmetmiştir.

2. *D. Chunusov ve Y. Yevtushenko*

32. D. Chunusov ve Y. Yevtushenko Gryazi Mahkemesi önünde (Lipetsk Bölgesi) evlilik taleplerinin reddedilmesine ilişkin karara itiraz etmişlerdir.

33. Başvuranlar, Aile Kanunu'nun eşcinsel çiftlerin evlenme hakkına kısıtlama getirmediğini ileri sürmüşlerdir. Başvuranlar ayrıca, Sözleşme gibi uluslararası hukuk enstrümanlarının da, özellikle cinsel yönelime dayandırılan her türlü ayrımcılığı yasakladığını ve Sözleşmeciler Devletlere, özel ve aile hayatını koruma yükümlülüğü getirdiğini ileri sürmüşlerdir. Başvuranlar, özellikle Sözleşme'nin 8, 12 ve 14. maddelerine atıfta bulunmuşlardır.

34. Gryazi Mahkemesi, 2 Ağustos 2013 tarihinde, Rus hukukunun herhangi bir evlilik başvurusu için esastan incelemeyi gerektirdiği gerekçesiyle, evlendirme dairesinin söz konusu talebin esasını incelemeyi reddetmesinin, hukuka uygun olmadığına hükmetmiştir. Bununla birlikte Gryazi Mahkemesi, aynı cinsiyetten kişilerin evlenmesine ilişkin talebin reddedilmesiyle ilgili olarak, Anayasa Mahkemesinin E. Murzin davasında verdiği karara atıfta bulunmuştur. Bu davada Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın veya mevzuatın eşcinsel çiftlere evlenme hakkı vermediğine karar vermiştir (aşağıda 44. paragraf). Gryazi Mahkemesi, aynı cinsiyetten kişilerin evlenmesinin, ulusal ve dini geleneklere, "bir erkek ve bir kadın arasındaki biyolojik bir birlik" olarak evlilik anlayışına, ailenin, anneliğin ve çocukluğun korunmasına ilişkin devlet politikasına ve eşcinselliğin teşvik edilmesine ilişkin yasağa aykırı olduğunu eklemiştir. Gryazi Mahkemesi ayrıca, Sözleşme'nin Sözleşmeciler Devletlere, aynı cinsiyetten olan kişiler arasında yapılan evliliklere izin verme yükümlülüğü getirmediğine karar vermiştir.

35. Başvuranlar, Rus hukukunun evliliği, iki farklı cinsiyetten olan kişilerin birliği olarak tanımlamadığını, Aile Kanunu'nun aynı cinsiyetten olan kişilerin evlenmesini yasaklamadığını ileri sürerek, bu karara karşı istinaf başvurusunda bulunmuşlardır. Başvuranlar, evliliğin, yasal olarak tanınan tek birlik biçimi olması

sebebiyle, ilişkilerine yasal statü vermenin başka yolu bulunmadığını belirtmişlerdir.

36. Lipetsk Bölge Mahkemesi, 7 Ekim 2013 tarihinde başvuranların istinaf başvurusunu reddetmiştir. Bölge Mahkemesi, ilgililerin iddialarının, aile hukuku ve ulusal geleneklerin yanlış yorumlanmasına dayanan kişisel görüşlerinden başka bir şey olmadığına karar vermiştir.

37. Lipetsk Bölge Mahkemesi, 12 Mart 2014 tarihinde, başvuranların temyiz başvurusunda bulunmasına izin verilmesini reddetmiştir.

3. *I. Shaykhraznova ve Y. Yakovleva*

38. I. Shaykhraznova ve Y. Yakovleva, I. Fedotova ve I. Shipitko tarafından sunulan esasen aynı iddialarla (yukarıda 28. paragraf), evlilik taleplerinin reddedilmesine Gryazi Mahkemesi (Lipetsk Bölgesi) önünde itirazda bulunmuşlardır. Başvuranlar, diğer iddiaları arasında, Sözleşme'nin 8, 12 ve 14. maddelerini ileri sürmüşlerdir.

39. Gryazi Mahkemesi, 12 Ağustos 2013 tarihinde başvuranların davasını reddetmiştir. Gryazi Mahkemesi, başvuranların evlilik taleplerinin esastan incelenmeksizin reddedilmiş gibi görünse de, durumun böyle olmadığını belirtmiştir. Gryazi Mahkemesi, evlendirme dairesinin, söz konusu talebi usulüne uygun şekilde incelediğini ve talebin reddedilmesinin tamamen kanuna uygun olduğunu eklemiştir. Gryazi Mahkemesi 2 Ağustos 2013 tarihli kararda sunulan gerekçeleri yinelemiştir (yukarıda 34. paragraf).

40. Lipetsk Bölge Mahkemesi, ilgililerin iddialarının, aile hukukuna ilişkin kanun hükümlerinin yanlış yorumlanmasına dayandığı ve yerleşik ulusal geleneklere aykırı olduğu kanaatine vararak, 18 Kasım 2013 tarihinde ardından 11 Mart 2014 tarihinde, sırasıyla başvuranların istinaf başvurularını ve temyiz başvurularını reddetmiştir.

İLGİLİ HUKUKİ ÇERÇEVE VE UYGULAMASI

I.İLGİLİ İÇ HUKUK KURALLARI VE UYGULAMASI

A. Rusya Federasyonu Anayasası

41. Rus Anayasası'nın somut olayla ilgili kısımları aşağıdaki şekildedir:

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI

Madde 15:

“1. Rusya Federasyonu Anayasası, yüksek hukuki güce, doğrudan yürürlüğe sahiptir ve Rusya Federasyonu genelinde uygulanır. Rusya Federasyonu’nda uygulanan kanunlar ve diğer hukuk düzenlemeleri, Rusya Federasyonu Anayasası’na aykırı olmamalıdır.

(...)

4. Uluslararası hukukun evrensel ilke ve normları ve Rusya Federasyonu’nun uluslararası antlaşmaları, Rusya Federasyonu’nun hukuk sisteminin bir parçasıdır. Eğer, Rusya Federasyonu’nun uluslararası antlaşmasıyla, kanunla öngörüldüğünden farklı bir hüküm öngörülmüşse, uluslararası antlaşmanın hükmü uygulanır. ”

Madde 17:

“1. Rusya Federasyonu’nda, uluslararası hukukun evrensel ilke ve normları doğrultusunda ve bu Anayasa’ya uygun olarak, insan ve vatandaş hak ve özgürlükleri tanınır ve güvence altına alınır.

(...)

3. İnsan ve vatandaşın hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilmesi, diğer kişilerin hak ve özgürlüklerini ihlal edemez. ”

Madde 19:

“1. Her birey, kanun ve mahkemeler önünde eşittir.

2. Devlet, cinsiyet, ırk, milliyet, dil, köken, mal varlığı ve makam, ikamet yeri, dini tutum, görüş, toplumsal birliklere mensubiyet, ayrıca diğer durumlarına bakmaksızın insan ve vatandaşların hak ve özgürlüklerinin eşitliğini güvence altına alır. Sosyal, ırksal, milli, dil veya dini mensubiyet niteliğine göre, vatandaşların haklarının her hangi bir şekilde sınırlandırılması yasaktır. ”

42. Anayasa’nın, Federal makamlar ile bölgesel makamlar arasında yetkilerin paylaşılmasına ilişkin ilkeleri bildiren 72. maddesinin 1. fıkrası, 14 Mart 2020 tarihinde, Federal Kanun 1-FKZ tarafından değiştirilmiştir. Bu değişiklikte, söz konusu hükme, Rusya Federasyonu ve Rusya Federasyonu bölgelerinin “bir erkek ve bir kadın arasındaki birlik olarak evliliğin” korunmasında ortak yetkiye sahip olduğunu belirten bir cümle eklenmiştir.

Bu Kanun, Anayasa’nın, Rusya Federasyonu Hükümeti’nin yetki alanlarını bildiren 114. maddesini de değiştirmiştir. Anayasa’nın 114. maddesinin 1. fıkrasının c) bendi, değiştirildiği şekliyle aşağıdaki gibidir:

“Rusya Federasyonu Hükümeti:

(...)

c) Rusya Federasyonu’nda kültür, bilim, eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, ailenin desteklenmesi, güçlendirilmesi ve korunması, geleneksel ailevi değerlerin korunması ile çevrenin korunması alanlarında tek bir devlet ve sosyal yönlendirme politikasının yürütülmesini sağlar;

(...) ”.

2020 yılında yapılan yasal reformdan önce, söz konusu hüküm aşağıdaki gibidir:

“Rusya Federasyonu Hükümeti:

(...)

c) Rusya Federasyonu’nda kültür, bilim, eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, ekoloji alanlarında tek bir devlet politikasının yürütülmesini sağlar.”

B. Rusya Federasyonu Aile Kanunu

43. Rusya Federasyonu Aile Kanunu’nun ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 1 Aileyle ilgili mevzuatın temel ilkeleri

“1. Aile, annelik, babalık ve çocukluk (...) Devlet tarafından korunur.

3. Aile ilişkileriyle ilgili kurallar, bir erkek ve bir kadın arasındaki rızaya dayalı evlilik birliğinin ilkelerine, ailedeki eşler arasındaki hakların eşitliğine dayanır (...).

4. Bir kişinin evlilik hakkının sosyal, ırksal, ulusal, dilsel veya dinsel aidiyet (...) temelinde herhangi bir şekilde kısıtlanması (...) yasaktır. ”

Madde 12 Evlilik için ön koşullar

“1. Evliliğin tescili, evlenme çağına gelen kadın ve erkeğin özgür ve karşılıklı rızasına bağlıdır.

2. İşbu Kanun’un 14. maddesinde sıralanan bütün durumlar, evliliğin tesciline engel teşkil eder. ”

Madde 14 Evliliğe engel durumlar

“Aşağıda belirtilen kişiler arasında evliliğe izin verilmez:

- Hâlihazırda evli olan kişiler,
- Ebeveyn ve çocuk (...), erkek kardeş ve kız kardeş, üvey kız ve erkek kardeşler,
- Evlat edinen ebeveyn ve evlat edinilen çocuk,
- Aralarından en az birinin akıl hastalığı nedeniyle mahkeme tarafından yasal ehliyeti geri alınan kişiler. ”

C. Anayasa Mahkemesinin İçtihatları

44. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, 16 Kasım 2006 tarihinde, Aile Kanunu’nun 12. maddesi hakkında ulusal makamlar tarafından yapılan yorumun aynı cinsiyetten olan sevgilisi ile evlenmesine engel olduğu gerekçesiyle, bu hükmün, Anayasa’ya aykırı olduğunu ileri süren E. Murzin (erkek) tarafından yapılan başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin no. 496-O no.lu bu kararının ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“2. Anayasa Mahkemesi, E. Murzin tarafından ibraz edilen belgeleri inceledikten sonra, ilgilinin başvurusunun esastan incelenmesi için herhangi bir gerekçe bulunmadığı kanaatine varmaktadır.

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI

2.1. (...) Rusya Federasyonu Anayasa'sı ve uluslararası hukuk kuralları, ailenin birincil amacının çocuk doğurmak ve yetiştirmek olduğu ilkesine dayanmaktadır.

Bu ilke ve evliliği bir erkek ve bir kadın arasındaki biyolojik birlik olarak yorumlayan ulusal gelenek dikkate alındığında, Aile Kanunu, aile ilişkileriyle ilgili kuralların, bir erkek ve bir kadın arasında özgürce rızaya dayanan evlilik birliği ilkelerine, aile içinde çocukların eğitime verilen önceliğe ve onların refahı ve gelişimi için duyulan kaygıya dayandığına hükmetmektedir (madde 1). Sonuç olarak, yetkileri çerçevesinde hareket eden Federal kanun koyucu, kadın ve erkeğin özgür ve karşılıklı rızasının, evliliğin ön koşullarından biri olduğuna karar vermiştir. Bu [ilke], başvuranın, başvurusunda ileri sürdüğü anayasal hakların ihlal edildiği şeklinde değerlendirilemez.

2.2. Başvuran, Aile Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrasına itiraz ederek, Devletten başka bir erkekle olan ilişkisinin Devlet tarafından korunan bir birlik şeklinde kaydedilmesini sağlayarak tanınmasını talep etmektedir.

Bununla birlikte, Devletin, Anayasa'dan veya Rusya Federasyonu'nun uluslararası yükümlülüklerinden kaynaklanan, eşcinsel birliktelikleri savunmak, kolaylaştırmak veya tanımak için uygun koşullar yaratma gibi hiçbir yükümlülüğü bulunmamaktadır. [Eşcinsel birlikteliklerin] tanınmaması ve tescil edilmemesi, başvuranın Rusya Federasyonu içindeki bireysel ve medeni haklarının tanınma ve güvence altına alınma düzeyi üzerinde tek başına bir etkiye sahip değildir.

Bazı Avrupa Devletlerinin demografik ve sosyal meseleleri ele alırken farklı bir yaklaşım benimsemesi, başvuranın anayasal haklarının ihlal edildiğini kanıtlamaz. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesi, evlenme hakkının özellikle erkekler ve kadınlar için tanındığı sonucuna varmamıza izin vermektedir. Ayrıca, Sözleşme'nin 12. maddesi, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalara göre bir aile kurma olasılığını açıkça öngörmektedir.

Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki tüm hususları göz önünde bulundurarak, (...) E. Murzin'in Anayasa Mahkemesi Hakkında Federal Anayasa Kanunu'nda tanımlanan kabul edilebilirlik koşullarını karşılamayan başvurusunun esasının incelenmemesine karar vermiştir (...). ”

45. Anayasa Mahkemesi, 23 Eylül 2014 tarihinde, İdari Suçlar Kanunu'nun “küçüklerle geleneksel olmayan cinsel ilişkilerin teşvik edilmesini” idari bir suç olarak düzenleyen 6.21. maddesinin Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin bir başvuruyu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, 24-P no.lu kararında diğer hususların yanı sıra aşağıdaki hususları belirtmiştir:

“(…) ailenin görevlerinden biri de çocukları doğurmak ve büyütmek olup, kadın-erkek birlikteliğinden oluşan evlilik anlayışı, mevzuatın, Rusya Federasyonu'nda aile ilişkileri alanındaki demografik ve toplumsal sorunları çözmeye yönelik yaklaşımının temelini oluşturmaktadır (...). ”

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI
II. ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMASI

A. Birleşmiş Milletler

1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği

46. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, 29 Mayıs 2015 tarihinde, “Cinsel yönelimleri veya cinsiyet kimlikleri nedeniyle insanlara karşı ayrımcılık ve şiddet” bir rapor yayımlamıştır. Yüksek Komiserlik, Devletlere, LGBTİ kişilere karşı şiddet ve ayrımcılıkla mücadeleyi amaçlayan birçok tavsiye kararı göndermiştir. Yüksek Komiserlik özellikle,

“Geleneksel olarak evli çiftlere verilen yardımların, eşcinsel çiftlere ve çocuklarına da, ayrımcı olmayan bir temelde verilmesini sağlayarak yasal olarak tanınmalarını” tavsiye etmiştir.

2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi

47. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 16 Ekim 2017 tarihinde yayımlanan Rusya Federasyonu’nun altıncı periyodik raporuna ilişkin nihai görüşlerinde, diğer hususların yanı sıra aşağıdakileri belirtmiştir:

“Ayrımcılık

22. Komite, taraf Devletin Anayasası ve Ceza Kanunu’nda yer alan ayrımcılık karşıtı hükümler hakkında delegasyon tarafından sağlanan bilgilere rağmen, kapsamlı bir ayrımcılık karşıtı mevzuatın bulunmamasından endişe duymaktadır. Ayrıca Komite, özellikle engellilik, etnik köken, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve sağlık durumuna dayalı olarak toplumdaki damgalama ve ayrımcılığın boyutuyla da ilgilenmektedir (madde 2).

23. Komite, Devlete, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında ayrımcılık yasağı hakkındaki 20 no.lu genel görüşünü (2009) dikkate alarak, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği de dâhil olmak üzere ayrımcılığın tüm temellerini kapsayan kapsamlı bir ayrımcılık karşıtı mevzuatın kabul edilmesi için adımlar atmasını tavsiye etmiştir. Ayrıca Komite, aşağıdaki hususlarda tavsiyelerde bulunmaktadır:

a) Eşcinsel bir ilişki içinde olan bireylerin, özellikle onlara evli çiftlerle aynı avantajları sağlayarak, Sözleşme’de yer alan hakları eşit koşullarda talep edebileceklerini kabul etmek ve 135 sayılı Federal Kanun da dâhil olmak üzere, belirli kişilere cinsel yönelimleri veya cinsiyet kimlikleri nedeniyle ayrımcılık uygulayabilecek, onları kovuşturabilecek veya cezalandırabilecek tüm yasaları yürürlükten kaldırmak veya değiştirmek. (...)”

B. Avrupa Konseyi

1. Bakanlar Komitesi

CM/Rec (2010)5 Sayılı Tavsiye Kararı

48. Bakanlar Komitesi, “cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği temelinde ayrımcılıkla mücadeleye yönelik önlemler” konulu CM/Rec (2010)5 sayılı Tavsiye Kararında, üye Devletlere şunları tavsiye etmiştir:

“1. Cinsel yönelim veya kimlik cinsiyetine dayalı doğrudan veya dolaylı ayrımcılığı izlemek ve gidermek için mevcut yasal ve diğer önlemleri incelemek, izlemek ve ilgili verileri toplamak ve analiz etmek;

2. Cinsel yönelim veya cinsiyet kimliğine dayalı her türlü ayrımcılıkla mücadele etmeyi, lezbiyen, gey, biseksüel ve trans kişilerin insan haklarına saygıyı güvence altına almayı ve onlara karşı hoşgörüyü teşvik etmeyi amaçlayan yasal ve diğer önlemlerin alınmasını ve etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak;

(...)

IV. Özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı

(...)

23. Ulusal mevzuatın evli olmayan çiftlere haklar ve yükümlülükler tanıdığı durumlarda, Üye Devletler, emekli aylığı yardımları, dul maaşı ve kiracılık hakları da dâhil olmak üzere, bunların hem eşcinsel hem de farklı cinsiyetten çiftlere herhangi bir ayırım gözetmeksizin uygulanmasını sağlamalıdır.

24. Ulusal yasaların kayıtlı eşcinsel birliktelikleri tanıdığı durumlarda, Üye Devletler yasal statülerinin yanı sıra hak ve yükümlülüklerinin karşılaştırılabilir bir durumdaki heteroseksüel çiftlerinkine eşdeğer olmasını sağlamayı amaçlamalıdır.

25. Ulusal hukukun eşcinsel kayıtlı ortaklıkları ve evli olmayan çiftleri tanımadığı veya bunlar üzerinde hak veya yükümlülükler vermediği durumlarda, Üye Devletler, karşı cinslerden oluşan çiftler de dâhil olmak üzere, herhangi bir ayrımcılık olmaksızın, aynı cinsiyetten çiftlere, içinde yaşadıkları sosyal gerçeklikle bağlantılı pratik sorunlara yanıt vermenin yasal veya diğer yollarını sağlama olasılığını düşünmeye davet edilmektedir.”

Rusya Federasyonu, bu Tavsiye Kararı’na ilişkin tutumunu aşağıdaki şekilde yorumlayıcı bir bildiride ifade etmiştir:

“1. Rusya Federasyonu, Bakanlar Komitesinin üye Devletlere cinsel yönelim veya cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılıkla mücadele tedbirlerine ilişkin Tavsiye Kararı hükümlerinin, üye Devletlerin ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin uluslararası yükümlülükleri ışığında yorumlanması ve LGBT bireyler için diğer sosyal gruplardan daha elverişli koşullar yaratmamaları gerektiği kanaatindedir.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına yapılan herhangi bir atıf, ilgili davaların özel koşullarına uygulandığı şeklinde anlaşılmalıdır.

(...)

6. Rusya Federasyonu, “Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı” başlıklı IV. Bölümün tüm hükümlerini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesi temelinde yorumlamaktadır. Bu madde uyarınca, evlenme ve aile kurma hakkının kullanılmasının ulusal yasalara tabidir ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin evlilik hakkının yalnızca bir erkek ve bir kadın arasındaki birlikteliği ifade ettiği şeklindeki kesin görüş, LGBT bireylerin haklarına engel olarak yorumlanamaz ve dolayısıyla ayrımcılık teşkil etmemekte ve bu hakların güçlendirilmesini gerektirmemektedir.

(...)

8. Rusya Federasyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tek bir kararının veya tek bir ülkeyi ilgilendiren kararların tüm Üye Devletler için standart olması gerektiği görüşünü paylaşmamaktadır. Mahkeme kararlarının, Sözleşme’nin 46. maddesi uyarınca yalnızca ilgili Devletler için bağlayıcı olduğu tartışılmazdır. Mahkeme, önceki kararlarıyla bağlı olmadığını ve bunların yalnızca atıfta bulundukları davaların belirli koşullarına uygulanabileceğini defalarca ifade etmiştir. Ayrıca Mahkeme, LGBT bireyleri ilgilendiren konuları çok tartışmalı bir ortamda ele almış ve son kararlarında bu alanda taban tabana zıt tutumlar benimsemiştir. Sonuç olarak, Rusya Federasyonu kendisini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin diğer Üye Devletlerle ilgili olarak verdiği kararların bağlamadığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin bağladığı kanaatindedir. (...)”

49. İnsan Hakları Yürütme Komitesi (CDDH), 16 Eylül 2020 tarihinde, 47 Üye Devletten 42’si tarafından cevaplanan bir anketin sonuçlarına dayanan “Bakanlar Komitesinin CM/Rec(2010)5 Tavsiye Kararı’nın uygulanmasına ilişkin en son raporunu” yayınlamıştır. Komite özellikle şu hususları belirtmiştir:

“(…)

126. Üye Devletler, Avrupa’da gözlemlenen son eğilim ışığında ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadına uygun olarak, eşcinsel çiftlerin yeterli şekilde tanınmasını ve korunmasını sağlayan belirli bir yasal çerçevenin var olmasını sağlamalıdır.

(...)

137. CDDH, Üye Devletlerin ankete verdiği yanıtlar ışığında, Bakanlar Komitesini, bu raporu dikkate almaya; Üye Devletleri, Tavsiye Kararını tam olarak uygulama çabalarını sürdürmeye teşvik etmeye ve özellikle Ayrımcılıkla Mücadele, Çeşitlilik ve Kapsayıcılık Yürütme Komitesi (CDADI) çerçevesinde Avrupa Konseyinin Üye Devletlere desteğini sağlamaya devam etmeye davet etmektedir.”

Rusya Federasyonu, ilk CDDH raporuna (CDDH(2009)019, Ek IV sayılı belge) ekli açıklamada ifade edilen nedenlerle CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararına ilişkin yorumların içeriğinden ayrı tutulduğunu

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI
ve bunların kabul edilmesine katılmadığını yineleyen bir açıklama yapmıştır.

2. *Parlamenteerler Meclisi*

50. Parlamenteerler Meclisi, 26 Eylöl 2000 tarihinde yayınlanan “Avrupa Konseyi üye devletlerinde lezbiyen ve geylerin durumu” ile ilgili 1474 (2000) sayılı Tavsiye Kararında, Bakanlar Komitesinin, diğeer hususların yanı sıra, üye Devletleri eşcinsel kişiler arasında kayıtlı birliktelikleri öngören bir mevzuatı kabul etmeye davet etmesini tavsiye etmiştir.

51. Parlamenteerler Meclisi, 10 Ekim 2018 tarihinde, 2239 (2018) sayılı ve “Özel hayat ve aile hayatı: cinsel yönelim ne olursa olsun eşitliğı sağlama” başlıklı kararı kabul etmiş ve Avrupa Konseyi Üye Devletlere, aşağıda belirtilen hususlarda çağrıda bulunmuştur:

“(…)

4.3. Eşcinsel partnerlere ilişkin anayasal, yasal ve düzenleyici hükümlerin ve politikaların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu alandaki içtihadıyla uyumlu hale getirilmesi ve dolayısıyla:

4.3. 1. Eşcinsel partnerlerin birlikteliklerinin tanınmasını ve korunmasını sağlayan özel bir yasal çerçevenin oluşturulması;

4.3. 2. Aynı cinsiyetten olan çiftlere, kira sözleşmelerinin yapılması konusunda karşı cinsten çiftlerle eşit hakların tanınması;

4.3. 3. Birlikte yaşayan eşcinsel kişilerin, birlikteliklerinin yasal statüsü ne olursa olsun, sağlık sigortası amaçları doğrultusunda bakmakla yükümlü oldukları kişiler olarak kabul edilmesinin sağlanması;

4.3. 4. Eşcinsel evliliğın kanunla öngörölmediğı durumlarda, aile birleşimi için yapılan oturma izni başvurularının işlenmesinde, vatandaşlığı olmayan eşcinsel eşin oturma izni alması için başka bir yol bulunmasının sağlanması (...); ”

52. Parlamenteerler Meclisi, 25 Ocak 2022 tarihinde, 2417 (2022) sayılı ve “Avrupa’da LGBTİ kişilere karşı yeniden canlanan nefretle mücadele” başlıklı kararı kabul etmiştir, bu kararın ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“14. Meclis, etkili cezai tedbirlere ve ayrımcılık karşıtı yasalara sahip olmanın, tam da düşmanlığın yüksek olduğı veya büyüdüğü zamanlarda en önemli husus olduğunu vurgulamaktadır. Meclis, Üye Devletleri, LGBTİ kişilerin nefret ve ayrımcılıktan uzak yaşama hakkının korunmasını sağlamak için gerektiğinde yasal çerçevelerini güçlendirmeye ve bunları etkin bir şekilde uygulamaya çağırmaktadır. Meclis, yukarıda belirtilen standartlara uygun olarak ve bunlardan doğabilecek daha spesifik

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI

veya daha kapsamlı yükümlülüklerle hâle getirmeksizin, Üye Devletlere özellikle aşağıdaki hususlarla ilgili çağrıda bulunmaktadır: (...)

14.6. şayet henüz yoksa yasal çerçevenin gerektiği şekilde oluşturulması ve her durumda, yasal çerçeveyi LGBTİ bireylerin eşitliği için gerekli olan diğer unsurlarla, özellikle yasal cinsiyet tanıma, interseks kişilerin fiziksel bütünlüğü, gökkuşağı ailelerinin korunması, translar için özel sağlık hizmetlerine erişim ve ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ve toplanma özgürlüğü gibi medeni hakların kullanılması açısından tamamlamak için gerekli yasama ve politika oluşturma süreçlerinin yürütülmesi.”

3. *Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI)*

53. ECRI, Rusya Federasyonu ile ilgili 4 Aralık 2018 tarihinde kabul ettiği ve 5 Mart 2019 tarihinde yayımladığı Rusya Federasyonu’na ilişkin beşinci raporunda şu ifadeleri kullanmıştır:

“116. Aile hukuku ile ilgili olarak, Rusya Federasyonu’nda yürürlükte olan mevzuat, herhangi bir eşcinsel birlikteliği tanınamamaktadır. ECRI, bu tanınma eksikliğinin sosyal haklar alanında çeşitli ayrımcılık biçimlerine yol açabileceğini düşünmektedir. Bu bağlamda, yetkililerin dikkatini Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin cinsel yönelim veya cinsiyet, toplumsal cinsiyet kimliği temelinde ayrımcılıkla mücadele tedbirlerine ilişkin Üye Devletlere yönelik CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararına çekmektedir.

117. ECRI, yetkili makamların, eşcinsel çiftlerin her gün karşılaştıkları somut sorunları çözmek için herhangi bir ayırım gözetmeksizin ilişkilerinin tanınmasını ve korunmasını sağlayacak bir yasal çerçeve benimsemelerini tavsiye etmektedir”.

54. ECRI, 1 Mart 2021 tarihinde, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve cinsiyet özellikleri ile ilgili konulardaki ana standartlarını sunmayı amaçlayan bir “LGBT sorunlarına ilişkin tematik not” yayımlamıştır. Bu notun ilgili kısımları aşağıdaki şekildedir:

“6. Yetkili makamlar, eşcinsel çiftlerin gündelik hayatta karşılaştıkları somut sorunların giderilmesi için herhangi bir ayırım gözetmeksizin ilişkilerinin resmi ve yasal olarak tanınmasını ve korunmasını sağlayacak bir yasal çerçeve belirlemelidir. Yetkili makamlar, evli çiftler ve eşcinsel çiftlere ilişkin düzenlemelerdeki mevcut farklılıkların her birinin nesnel ve makul bir gerekçesi olup olmadığını incelemeli ve gerekçesiz farklılıkları ortadan kaldırmalıdır.”

55. ECRI, 5 Ekim 2021 tarihinde “Rusya Federasyonu’na hitaben geçici takibe tabi tutulan tavsiyelerin uygulanmasına ilişkin sonuçlarını” yayımlamıştır. ECRI diğer hususlar arasında aşağıdaki hususları belirtmiştir:

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI

“ECRI, Rusya Federasyonu hakkındaki raporunda (beşinci izleme döngüsü), Rus yetkili makamlarına, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Bayev ve diğerleri/Rusya* davasındaki kararına uygun olarak, reşit olmayanlara eşcinselliğe ilişkin bilgi iletmeye yasağının (“reşit olmayanlar arasında geleneksel olmayan cinsel ilişkilerin teşvik edilmesine ilişkin mevzuat”) kaldırılmasını tavsiye etmiştir.

ECRI, Rus makamlarından bu tavsiye kararının uygulandığına dair bilgi almış olmaktan memnuniyet duymaktadır.

Bununla birlikte yetkili makamlar, ECRI’ye bu tavsiyenin “Rusya Federasyonu yasama sistemiyle tamamen ilgisiz” olduğunu düşündüklerini bildirmişlerdir. Yetkili makamlar ayrıca, Rusya Federasyonu Anayasası’nın Rusya Federasyonu Hükümeti’nin “aileyi desteklemek, güçlendirmek ve korumak [ve] geleneksel aile değerlerini korumaktan” sorumlu olduğuna hükmeden 114. maddesine atıfta bulunmuşlardır. Yetkili makamlara göre, “geleneksel aile değerleri kavramı, reşit olmayanlar arasında eşcinselliğin teşvik edilmesini açıkça içermemektedir”.

İdari Suçlar Kanunu’nun 6.21. maddesi uyarınca verilen mahkûmiyet (para cezalarının ödenmesi) sayısı ile başlatılan kovuşturma sayısı arasındaki ilişkinin son yıllarda azalmaya devam ettiği sivil toplum grupları tarafından ECRI’ye bildirilmiş olsa da (Yargıtay tarafından sağlanan verilere göre: 2020 yılının ilk yarısındaki 15 vakadan biri, 2019 yılındaki 20 davadan dördü), ECRI’nin Rusya Federasyonu ile ilgili son raporunda açıklanan zorluklar, yani bu yasal hükümlerin belirsizliği, olası kapsamı ve caydırıcı etkisi sorun oluşturmaya devam etmektedir.

Ayrıca ECRI, bu tavsiye kararının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Rusya Federasyonu aleyhine verdiği bir karara dayandırıldığı dikkate alındığında, Rus makamlarının bu tavsiyeyi “ilgisiz” olarak değerlendirmesinden özellikle endişe duymaktadır.

ECRI, tavsiye kararının uygulanmadığı kanaatindedir.”

4. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri

56. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 21 Şubat 2017 tarihinde, “Eşcinsel çiftler için yasal tanınmaya erişim: Bu bir eşitlik meselesidir” başlıklı bir belge yayımlamıştır. Bu belgede özellikle aşağıda belirtilen paragraflara yer verilmiştir:

“Eşcinsel çiftleri yasal olarak tanımak, basit bir ilkeye saygı duymak anlamına gelir: Herkes kanun önünde eşittir. Sivil evlilik, sivil birliktelikler veya kayıtlı ilişkiler, devletin istikrarlı bir ilişki içinde olan çiftlere sağladığı faydaları, hakları ve yükümlülükleri temsil eder. Bir hükümetin eşcinsel çiftlere karşı ayrımcılık yapamayacağı ve onları resmi olarak tanıyan bir karşı cins birliğinin sağladığı korumadan mahrum bırakamayacağı fikri lehine bir fikir birliği ortaya çıkıyor gibi görünmektedir.

(...)

Devletler, aile hakları alanında cinsel yönelime dayalı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için çabalarını sürdürmelidir. Bu birçok tedbirle mümkündür:

- Eşcinsel çiftleri henüz yasal olarak tanımayan 20 Avrupa Konseyi Üye Devleti, - en azından - evliliğe veya başka bir resmi birlikteliğe girmiş farklı cinsiyetten partnerlere uygulanan ayrıcalıkları, yükümlülükleri veya faydaları, eşcinsel partnerleri de kapsayacak şekilde genişletmek için kayıtlı birlikler kuran yasalar çıkarmalıdır.

- Bütün Devletlerin mevzuatları, kayıtlı eşcinsel çiftlere, örneğin sosyal güvenlik, vergilendirme, sosyal yardımlar, hareket özgürlüğü, aile birleşimi, ebeveyn hakları ve mirasla ilgili olarak, evli veya kayıtlı heteroseksüel çiftlerle aynı hak ve faydaları sağlamalıdır.

- Devletler gey, lezbiyen ve biseksüel insanlara saygıyı teşvik etmeli ve insan hakları eğitimi ve bilinçlendirme kampanyaları yoluyla cinsel yönelime dayalı ayrımcılıkla mücadele etmelidir.

Eşcinsel çiftlere hak ve menfaatler verilmesi, hâlihazırda bunlardan faydalanan heteroseksüel çiftlerden hiçbir şey eksiltmez. Daha fazla insanın bu haklara sahip olması, onların güçlerini veya değerlerini yitirdikleri anlamına gelmez. Eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmasına yönelik eğilim, uzun süredir gölgede kalan ilişkiler kuran insanların gerçek ve günlük ihtiyaçlarına cevap vermektedir. Toplumlarımız çok çeşitli insanlardan, ilişkilerden ve ailelerden oluşur. Bu çeşitliliği bir zenginlik olarak görmenin artık zamanı gelmiştir.”

C. Avrupa Birliği

1. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

57. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 7:

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

Madde 9:

“Evlenme hakkı ve aile kurma hakkı, bu hakların kullanılmasına ilişkin ulusal mevzuata uygun olarak teminat altına alınacaktır.”

Madde 21:

“1. Özellikle cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal kökenler, genetik özellikler, dil, din veya inançlar, siyasi görüşler veya başka herhangi bir görüş, ulusal bir azınlığa mensubiyet, servet, doğum, engellilik, yaş veya cinsel yönelime dayalı herhangi bir ayrımcılık yasaktır.

2. Avrupa Topluluğu’nu Kuran Antlaşma ve Avrupa Birliği Antlaşması’nın uygulanması kapsamında ve anılan Antlaşmaların özel hükümleri saklı kalmak kaydıyla, milliyete dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır.”

58. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na ilişkin açıklamalar (2007/C 303/02) 9. madde ile ilgili olarak şu şekildedir:

“Bu madde, AİHS'nin 12. maddesine dayanmaktadır ve söz konusu hüküm aşağıdaki gibidir: ‘Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.’ Bu hakkın lafzı, ulusal mevzuatın aile kurmak için evlilikten başka yollar tanıdığı durumları kapsayacak şekilde modernize edilmiştir. Bu madde, aynı cinsten kişiler arasındaki birlikteliklere evlilik statüsü verilmesini ne yasaklar ne de empoze eder. Bu nedenle bu hak, AİHS tarafından sağlanana benzerdir, ancak kapsamı, ulusal mevzuatın öngörmesi durumunda daha geniş olabilir.”

2. *Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) İçtihatları*

59. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), kişilerin statüsünün ve özellikle evlilikle ilgili kuralların, Üye Devletlerin yegâne yetkisi dâhilinde olduğunu, Birlik hukukunun bu yetkiyi etkilemediği kanaatindedir. Bu nedenle Üye Devletler, eşcinsel kişiler için evlilik imkânı sağlayıp sağlamayacağına karar vermekte özgürdür (24 Kasım 2016 tarihli karar, *Parris*, C 443/15, EU:C:2016:897, 59. paragraf). Bununla birlikte, Üye Devletler, bu yetkinin kullanılmasında, Birliğin tüm vatandaşlarının, Üye Devletlerin topraklarında hareket etme ve ikamet etme özgürlüğüne ilişkin hükümlere saygı göstermelidir (bu anlamda bk. 2 Ekim 2003 tarihli *Garcia Avello*, C 148/02, EU:C:2003:539, 25. paragraf; 14 Ekim 2008 tarihli *Grunkin ve Paul*, C 353/06, EU:C:2008:559, 16. paragraf ve 2 Haziran 2016 tarihli *Bogendorff von Wolffersdorff*, C 438/14, EU:C:2016:401, 32. paragraf).

60. ABAD, *Coman e.a.* kararında (ECLI:EU:C:2018:385, 5 Haziran 2018), bir AB vatandaşının, vatandaşı olduğu Üye Devletten başka bir Üye Devlete seyahat etmek ve burada ikamet etmek için hareket özgürlüğünü kullanması ve orada evlilik yoluyla birleştiği aynı cinsiyetten üçüncü bir Devletin vatandaşıyla bir aile hayatı yaşaması durumunda, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 21. maddesinin, AB vatandaşının vatandaşı olduğu Üye Devletin yetkili makamlarının, söz konusu Üye Devletin ilgili kanununun eşcinsel kişiler arasında evliliğe izin vermediği gerekçesiyle, bu vatandaşa ikamet hakkı vermeyi reddetmesini haklı bulmuştur (51. paragraf).

ABAD bu sonuca varırken özellikle aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur:

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI

“45. Bir Üye Devletin, yalnızca üçüncü bir Devlet vatandaşına tanınmış bir ikamet hakkı vermek amacıyla, başka bir Üye Devlette o Üye Devletin yasalarına uygun olarak akdedilen eşcinsel kişiler arasındaki bir evliliği tanıma yükümlülüğü (...), söz konusu ilk Üye Devlette, ulusal hukuk tarafından tanımlanan ve Üye Devletlerin yetki alanına giren (...) evlilik kurumunu etkilemez Üye Devletin kendi ulusal hukukunda, eşcinsel kişiler arasında evlilik kurumunu öngörülmesini gerektirmez. Bu hak, başka bir Üye Devlette o Devletin hukukuna göre akdedilen ve yalnızca bu kişilerin Birlik hukukundan elde ettikleri hakları kullanmak amacıyla yapılan bu tür evlilikleri tanıma yükümlülüğü ile sınırlıdır.

46. Dolayısıyla, yalnızca bir üçüncü ülke vatandaşına tanınan bir ikamet hakkı vermek amacıyla böyle bir tanıma yükümlülüğü, ilgili Üye Devletin ulusal kimliğini göz ardı etmez veya kamu düzenini tehdit etmez.

47. Kişilerin serbest dolaşımının uygulanmasını engelleyecek nitelikte ulusal bir tedbirin, ancak bu tedbirin, Mahkemenin denetimini sağladığı Şart tarafından güvence altına alınan temel haklara uygun olması durumunda haklı gösterilebileceğini eklemek önemlidir (sırasıyla bk. 13 Eylül 2016, *Rendón Marín*, C 165/14, EU:C:2016:675, 66. paragraf).

(...)

50. Hâlbuki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarından, eşcinsel bir çiftin yürüttüğü ilişkinin, aynı durumda bulunan heteroseksüel bir çiftin ilişkisiyle aynı bağlamda “özel hayat” ve “aile hayatı” kavramlarına dâhil olabileceği anlaşılmaktadır (AİHM, 7 Kasım 2013, *Vallianatos e.a./Yunanaistan*, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, § 73 ve AİHM, 14 Aralık 2017, *Orlandi ve diğerleri/İtalya*, CE:ECHR:2017:1214JUD002643112, § 143).”

61. ABAD daha yakın bir zamanda verdiği V.M.A. kararında (C-490/20, EU:C:2021:1008, 14 Aralık 2021), bulunduğu Üye Devlet tarafından düzenlenen doğum belgesinde ebeveynleri aynı cinsiyetten olan iki kişi olarak kaydedilen reşit olmayan bir AB vatandaşının durumunda, AB hukukunun birçok hükmünün yorumlanması hakkında karar vermiştir. ABAD, bu çocuğun vatandaşı olduğu Üye Devletin, diğer herhangi bir Üye Devlette olduğu gibi, ona bir kimlik kartı veya pasaport vermekle ve bulunduğu Üye Devlet tarafından verilen, söz konusu çocuğun bu iki kişiden her biri ile birlikte Üye Devletlerin topraklarında serbestçe hareket etme ve ikamet etme hakkını kullanmasına izin veren belgeyi tanımakla yükümlü olduğuna hükmetmiştir (69. paragraf ve kararın hüküm kısmı).

3. *Avrupa Parlamentosu*

62. Avrupa Parlamentosu, 14 Eylül 2021 tarihinde, “Avrupa Birliği’nde LGBTIQ kişilerin haklarına ilişkin kararı” (2021/2679 (RSP)) kabul etmiştir. Bu kararda aşağıdaki paragraflar yer almaktadır:

“Avrupa Parlamentosu, (...)

2. Avrupa Birliği’nde bulunan gökkuşağı ailelerinin ve çocuklarının maruz kaldığı ayrımcılık ve cinsel yönelim, cinsiyet kimliği veya ifadesi ya da ebeveynlerin veya partnerlerin cinsiyet özellikleri nedeniyle haklarından mahrum bırakılmaları sebebiyle en derin endişelerini dile getirmekte ve Komisyona ve Üye Devletlere, bu ayrımcılığa son vermeleri ve bu ailelerin AB içinde serbest dolaşım temel hakkını kullanırken karşılaştıkları engelleri kaldırmaları için çağrıda bulunmaktadır;

3. Bütün Üye Devletlerde LGBTIQ kişilerin temel haklarını tam olarak kullanması için çalışmanın gereğini vurgulamakta ve AB kurumlarının ve Üye Devletlerin, Antlaşmalar, Şart ve uluslararası hukuk uyarınca bu hakları sağlamak ve korumakla yükümlü olduğunu hatırlatmaktadır;

4. AB’nin eşcinsel evliliklerin ve birlikteliklerin tanınması için ortak bir yaklaşım benimsemesinin gereğini vurgulamakta; Üye Devletleri özellikle, tüm ailelerin özel hayat ve aile hayatı hakkına ve dolaşım serbestliği özgürlüğüne tam saygı gösterilmesini güvence altına almak için, transseksüel ebeveynler için hukuken ait oldukları cinsiyetin tanınmasını kolaylaştıran tedbirler de dâhil olmak üzere her türlü yararlı mevzuatı kabul etmeye çağrıda bulunmaktadır.

5. AB hukukunun, anayasal hükümler de dâhil olmak üzere tüm ulusal hukuktan öncelikli olduğunu ve bu sebeple, Üye Devletlerin, AB içindeki kişilerin serbest dolaşımına ilişkin temel hakkı engellemek ve kendi topraklarına yerleşen gökkuşağı ailelerinin haklarını engellemek amacıyla, eşcinsel evliliğe karşı anayasal bir yasağı veya “ahlak” ya da “kamu politikasının” anayasal korumasını ileri süremeyeceğini hatırlatmaktadır.”

D. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi

63. Kosta Rika’nın başvurusu üzerine Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, 24 Kasım 2017 tarihinde, cinsiyet kimliği, eşitlik ve eşcinsel çiftlere ayrımcılık yapılmaması konularında OC-24 /17 sayılı bir tavsiye görüşü yayınlamıştır.

Söz konusu Mahkeme, Kosta Rika tarafından yöneltilen ve Devletin eşcinsel bir ilişkiden kaynaklanan tüm mülkiyet haklarının korunmasını güvence altına alması gerekip gerekmediğine ilişkin dördüncü soruya cevaben aşağıdakileri belirtmiştir:

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI

“Amerikan Sözleşmesi, özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı (11. maddenin 2. fıkrası) ve ailenin korunması hakkı (17. madde) uyarınca, eşcinsel bir ilişkiden kaynaklanabilecek aile bağına korumaktadır. Bu mahkeme ayrıca, eşcinsel bir çiftin üyeleri arasında korunan bir aile ilişkisinden kaynaklanan tüm mülkiyet haklarının, heteroseksüel çiftlere kıyasla ayrımcılık yapılmaksızın, eşitlik ve ayrımcılık yapmama hakkı kapsamında korunması gerektiği kanaatindedir (1. maddenin 1. fıkrası ve 24. madde). Yukarıda belirtilenlere rağmen, Devletler üzerindeki uluslararası yükümlülük sadece mülkiyet haklarının ötesine geçmekte ve uluslararası olarak tanınan tüm insan haklarının yanı sıra her Devletin iç hukuku tarafından tanınan ve heteroseksüel çiftler arasındaki aile bağlarından kaynaklanan hak ve yükümlülükleri de kapsamaktadır” (görüşün 199. paragrafı; çeviri resmi değildir).

Ardından, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, Kosta Rika tarafından yöneltilen ve eşcinsel ilişkilerden doğan mülkiyet haklarının tanınması amacıyla bu ilişkileri düzenleyen bir hukuki rejimin gerekli olup olmadığına ilişkin beşinci soruya cevaben aşağıdakileri belirtmiştir:

“Devletler, heteroseksüel çiftlerin oluşturduğu ailelere kıyasla ayrımcılık yapılmaksızın, eşcinsel çiftlerin oluşturduğu ailelerin tüm haklarının korunmasını sağlamak amacıyla iç hukuklarında mevcut tüm sistemlere erişim sağlamakla yükümlüdür. Bu amaçla, Devletlerin mevcut sistemleri eşcinsel çiftleri de kapsayacak şekilde genişletmek için idari, adli veya yasal tedbirler alarak değiştirmeleri gerekebilir. Mevcut sistemleri uyarlamakta geçici olarak kurumsal zorluklarla karşılaşan Devletler, bu tür reformlar için iyi niyetle çalışırken, eşcinsel çiftlerin herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmadan heteroseksüel çiftlerle eşit ve aynı haklara sahip olmasını sağlama yükümlülüğünü sürdürmektedir” (görüşün 228. paragrafı; çeviri resmi değildir).

64. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, görüşünü aşağıdaki şekilde sonuçlandırmıştır:

“[Amerikan] Sözleşmesi’nin 1. maddesinin 1. fıkrası, 2. maddesi, 11. maddesinin 2. fıkrası, 17 ve 24. maddeleri, Devletlerin, heteroseksüel çiftlerin oluşturduğu ailelere kıyasla ayrımcılık yapılmaksızın, eşcinsel çiftlerin oluşturduğu ailelerin haklarının korunmasını sağlamak amacıyla, evlilik hakkı da dâhil olmak üzere, iç hukuklarında mevcut tüm sistemlere tam erişimi sağlamayı zorunlu kılmaktadır (...)” (hüküm kısmının 8. maddesi; resmi olmayan çeviri).

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK UNSURLARI

65. Mahkeme, Avrupa Konseyi Üye Devletlerinde eşcinsel çiftlerin hukuki olarak tanınma biçimlerine ilişkin karşılaştırmalı bir çalışma yürütmüştür.

66. Söz konusu çalışmadan, otuz Üye Devletin hâlihazırda eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması imkânını sunduğu anlaşılmaktadır. Özellikle, on sekiz Devlet (Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, İspanya, Finlandiya, Fransa, İzlanda, İrlanda, Lüksemburg, Malta, Norveç, Hollanda, Portekiz, Birleşik Krallık, Slovenya, İsveç ve İsviçre) eşcinsel evliliklere izin verirken, diğer on iki Devlet (Andora, Kıbrıs, Hırvatistan, Estonya, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Lihtenştayn, Monako, Karadağ, Çek Cumhuriyeti ve San Marino) eşcinsel çiftler için evliliğe alternatif birliktelik biçimlerine izin vermektedir. Evliliğe izin veren on sekiz Devletten sekizi (Avusturya, Belçika, Fransa, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Slovenya ve Birleşik Krallık) eşcinsel çiftlere diğer birliktelik biçimlerini kurma imkânı da sunmaktadır (2010 yılında yürürlükte olan kayıtlı birliktelik rejimlerinin bazılarının tanımı için bk. *Schalk ve Kopf/Avusturya*, no. 30141/04, §§ 3134, AİHM 2010).

67. Rusya Federasyonu ve geri kalan 16 Üye Devlette (Arnavutluk, Ermenistan, Azerbaycan, Bosna Hersek, Bulgaristan, Gürcistan, Letonya, Litvanya, Kuzey Makedonya, Moldova Cumhuriyeti, Polonya, Romanya, Sırbistan, Slovak Cumhuriyeti, Türkiye ve Ukrayna) henüz eşcinsel çiftlerin ilişkilerinin yasal olarak tanınması imkânı bulunmamaktadır.

HUKUKÎ DEĞERLENDİRME

I.ÖN SORUNLAR

A. Mahkemenin davaya bakmaya yetkili olup olmadığına ilişkin sorun hakkında

68. Mahkeme, davalı Devletin 16 Mart 2022 tarihinden bu yana Avrupa Konseyi üyesi olmadığını (bk. yukarıdaki 12. paragraf) ve ayrıca 16 Eylül 2022 tarihinden itibaren Sözleşme'ye taraf olmadığını kaydetmektedir (bk. yukarıdaki 13. paragraf).

69. Bu koşullar altında, her ne kadar yetkisine, davanın Büyük Daireye gönderilmesini talep eden davalı Devlet tarafından mevcut yargılama çerçevesinde itiraz edilmemiş olsa da Mahkemeden mevcut başvuruları inceleme yetkisini incelemesi istenmektedir. Nitekim Mahkemenin yargı yetkisinin kapsamının, belirli bir davada taraflarca sunulan görüşler tarafından değil, Sözleşmenin kendisi, özellikle de 32. madde tarafından belirlenmesi nedeniyle, bir itirazın bulunmaması

kendi başına bu yargı yetkisini genişletme etkisine sahip olamaz (*Blečić/Hrvatistan* [BD], no. 59532/00, § 67, AİHM 2006-II). Mahkeme, kendisine sunulan her davada, davaya bakma yetkisine sahip olduğunu sağlamalı ve dolayısıyla, gerektiği takdirde resen, yargılamanın her aşamasında yargı yetkisi sorununu incelemelidir (*Mocanu ve diğerleri/Romanya* [BD], no. 10865/09 ve 2 diğer başvuru, § 201, AİHM 2014 (alıntılar)).

70. Sözleşme'nin 58. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“1. Bir Yüksek Sözleşmeci Taraf, (...) Sözleşme'yi ancak Sözleşme'ye taraf olduğu tarihten itibaren beş yıllık bir sürenin geçmesinden sonra ve Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne altı ay önceden sunulacak bir ihbarla feshedebilir. Genel Sekreter bunu diğer Yüksek Sözleşmeci Taraflar'a bildirir.

2. Bu fesih işlemi, feshin etki doğurduğu tarihten önce gerçekleşmiş ve yükümlülüklerin ihlali niteliğinde sayılabilecek olan bir olayla ilgili olarak, söz konusu Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın (...) Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden kurtulması sonucunu doğurmaz.

3. Avrupa Konseyi üyeliği sona eren her Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın (...) Sözleşme'ye de taraf sıfatı da aynı koşullarla sona erer.

(...)”

71. 58. maddenin hükümlerinden ve özellikle ikinci ve üçüncü fıkralarından, Avrupa Konseyi üyeliği sona erdikten sonra Sözleşme'ye taraf olmayı bırakan bir Devletin, artık Sözleşme'ye taraf olmadığı tarihten önce bu Devlet tarafından gerçekleştirilen herhangi bir eylemle ilgili olarak Sözleşme'de yer alan yükümlülüklerden kurtulmayacağı sonucu çıkmaktadır.

72. Sözleşme'nin 58. maddesinin bu şekilde yorumlanması, Mahkeme Genel Kurulu tarafından (Mahkeme İç Tüzüğü'nün 20. maddesinin 1. fıkrası uyarınca) 22 Mart 2022 tarihinde kabul edilen “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 58. maddesi ışığında Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyine taraf sıfatının sona ermesinin sonuçları hakkında karar” ile onaylanmıştır. Mahkeme, “16 Eylül 2022 tarihine kadar meydana gelen Sözleşme ihlali teşkil edebilecek eylem ve ihmallere ilişkin olarak Rusya Federasyonu aleyhine yapılan başvuruları ele alma yetkisini muhafaza edeceğini” belirtmiştir (Kararın 2. paragrafı).

73. Somut olayda, başvuranlar tarafından iddia edilen Sözleşme ihlallerinin dayandığı olaylar 16 Eylül 2022 tarihinden önce meydana gelmiştir. Başvuruların

Mahkemeye 2010 ve 2014 yıllarında yapılmış olması nedeniyle Mahkemenin bu başvuruları inceleme yetkisi bulunmaktadır.

B. Başvuruların incelenmesine devam edilmesi

74. Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü, 17 Mayıs 2022 tarihinde gönderilen yazılarla, Chunusov'un yargılamaya devam etme isteğini kaydetmiş ve diğer beş başvurunu, artık Daci ve Cron tarafından temsil edilmedikleri göz önüne alındığında, başvurularını takip edip etmeyeceklerini belirtmeye davet etmiştir. Başvuranlar Fedotova, Shaykhraznova ve Yevtushenko, 30 Mayıs 2022 tarihinde, Chunusov gibi yargılamaya devam etmek istediklerini bildirirken, Shipitko ve Yakovleva söz konusu yazılara cevap vermemiştir (bk. yukarıdaki 19, 21 ve 22. paragraflar).

75. Sözleşme'nin 37. maddesinin 1. fıkrasının a) bendi uyarınca, "Yargılamanın her aşamasında, Mahkeme aşağıdaki koşulların olduğu kanısına varırsa bir başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verebilir: başvuru sahibi davasını takip etme niyetinde değilse [...]".

76. Mahkeme, somut olayda, öncelikle, başvuranlar Fedotova (başvuru no. 40792/10), Chunusov ve Yevtushenko (başvuru no. 30538/14) ve Shaykhraznova'nın (başvuru no. 43439/14) yargılamaya devam etme yönündeki açık onaylarını kaydetmektedir. Mahkemenin, bu dört başvuranın başvurularını sürdürmeye yönelik isteklerini sorgulaması için hiçbir neden bulunmamaktadır.

77. Mahkeme dahası, Shipitko (başvuru no. 40792/10) ve Yakovleva'nın (başvuru no. 43439/14), diğer başvuranlardan farklı olarak, 17 Mayıs 2022 tarihinde kendilerine gönderilen yazıya cevap vermediklerini kaydetmektedir. Mahkeme, söz konusu iki başvuranın, yargılamayı sürdürmeye yönelik ilgilerinin devam ettiğini teyit etmek üzere kendisiyle iletişime geçmelerini engelleyen herhangi bir özel durumdan haberdar değildir. Mahkeme, bu koşullar altında, Shipitko ve Yakovleva'nın bundan böyle başvurularını takip etme arzusunda olmadıklarını değerlendirmektedir (*bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis), Ana Pavel/Romanya, (adil tazmin - kayıttan düşme), no. 4503/06, § 5, 29 Mayıs 2012*).

78. Mahkemenin, "Sözleşme ve Protokolleri tarafından güvence altına alınan insan haklarına saygı gösterilmesinin gerektirmesi" nedeniyle (37. maddenin

1. fıkrasının *sonu (in fine)*), söz konusu iki başvuranla ilgili olarak davayı incelemeye devam etmeye çağrılıp çağrılmadığı sorusuna ilişkin olarak, Shipitko ve Yakovleva tarafından ileri sürülen şikâyetlerin, Mahkemenin aşağıda değineceği diğer başvuranlar tarafından ileri sürülen şikâyetlerle aynı olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme ve Protokolleri tarafından güvence altına alınan insan haklarına saygı gösterilmesine ilişkin olarak, 37. maddenin 1. fıkrasının *sonu (in fine)* uyarınca, bu iki başvuran bakımından davanın incelenmesine devam edilmesini gerektirecek herhangi bir gerekçe görmemektedir (bk. *bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis)*, *Hirsi Jamaa ve diğerleri/İtalya* [BD], no. 27765/09, § 58, AİHM 2012 ve *Sharifi ve diğerleri/İtalya ve Yunanistan*, no. 16643/09, § 134, 21 Ekim 2014).

79. Mahkeme, sonuç olarak, Shipitko ve Yakovleva'ya ilişkin 40792/10 ve 43439/14 sayılı başvuruların kayıttan düşürülmesine ve diğer başvuranlarla ilgili olarak davanın incelenmesine devam edilmesine karar vermektedir.

C. Büyük Daire önündeki davanın konusu hakkında

80. Hükümet, Büyük Daire önünde, davanın esas olarak Sözleşme'nin 12. maddesinde yer alan evlenme hakkıyla ilgili olduğu kanaatine vararak Dairenin davayı Sözleşme'nin 8 ve 14. maddeleri kapsamında inceleme kararına itiraz etmiştir (bk. aşağıdaki 109 ila 112. paragraflar).

81. Mahkeme, başvuranların ilk başvurularında, ilk olarak, Rus makamlarının evlenmelerine izin vermemesinin Sözleşme'nin 12. maddesini ihlal ettiğini iddia ettiklerini kaydetmektedir. Başvuranlar, ikinci olarak, Sözleşme'nin 8 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ilişkilerinin herhangi bir şekilde yasal olarak tanınmasının mümkün olmadığından şikâyetçi olmuşlardır.

82. Üçüncü Bölüm Başkanı, 2 Mayıs 2016 tarihinde, tek başına Sözleşme'nin 8. maddesi ve Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte 14. madde kapsamında yapılan başvuruların Rus Hükümetine bildirilmesine karar vermiştir. Tek hâkim olarak görev yapan Bölüm Başkanı, geri kalan şikâyetlerle ilgili olarak - mevcut davada 12. madde kapsamındaki şikâyetler - nihai bir kararla bu şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (Sözleşme'nin 27. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 54. maddesinin 3. fıkrası).

83. Mahkemenin yerleşik içtihatları uyarınca, Büyük Daireye gönderilen “dava”, Daire tarafından kararında daha önce incelen başvurunun tüm yönlerini kapsamaktadır. Dolayısıyla, Büyük Daireye gönderilen “dava”, kabul edilemez olduğuna karar verilmemiş şikâyetlerle birlikte kabul edilebilir olduğuna karar verilen başvurudur (*Ilias ve Ahmed/Macaristan* [BD], no. 47287/15, §§ 171-172 ve 177, 21 Kasım 2019, *S.M./Hırvatistan* [BD], no. 60561/14, § 216, 25 Haziran 2020, *Big Brother Watch ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 58170/13 ve 2 diğer başvuru, § 268, 25 Mayıs 2021, *Denis ve Irvine/Belçika* [BD], no. 62819/17 ve 63921/17, § 98, 1 Haziran 2021 ve *Savran/Danimarka* [BD], no. 57467/15, § 169, 7 Aralık 2021). Sonuç olarak, Büyük Daire, daha önce tek bir hâkim tarafından kabul edilemez olduğuna karar verilen şikâyetleri inceleyemez (*Albert ve diğerleri/Macaristan* [BD], no. 5294/14, §§ 104 ve 105, 7 Temmuz 2020 ve *X. ve Diğerleri/Bulgaristan* [BD], no. 22457/16, § 141, 2 Şubat 2021).

84. Mahkeme, somut olayda, içtihatlarını bertaraf etmek için herhangi bir neden görmemektedir. Dolayısıyla Büyük Daire, Daire gibi, incelemesini başvuranların Sözleşme’nin 8. maddesi ve 8. maddeyle birlikte 14. madde kapsamındaki şikâyetlerine yoğunlaştıracaktır. Büyük Daire, başvuranların başvurularında iddia ettikleri gibi, Sözleşme’nin 12. maddesinin davalı Devlete eşcinsel çiftlere evliliği mümkün kılma yükümlülüğü getirip getirmediğine ilişkin soruyu incelemeyecektir zira Mahkeme, mevcut davada kesin bir kararla, bu soruya hâlihazırda olumsuz yanıt vermiştir.

II. HÜKÜMETİN İLK İTİRAZLARI HAKKINDA

85. Hükümet, Büyük Daire önünde sunduğu görüşlerinde, ilk kez iki ilk itiraz ileri sürmektedir. Hükümet, bir yandan başvuranların mağdur statülerini kaybettiklerini ve diğer yandan, iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürmektedir.

A. Başvuranların mağdur statüsünün olmadığı iddiası hakkında

86. Hükümet, başvuranların bundan böyle Mahkeme önünde iddia edilen ihlallerin mağduru olmadıklarını değerlendirmektedir. Hükümet, Büyük Daire önünde ilk defa, 40792/10 no.lu başvurunun başvuranlarının 2009 yılında Toronto’da evlendiklerini ve daha sonra ayrıldıklarını iddia etmektedir. Hükümete göre, 30538/14 no.lu başvurunun başvuranı Chunosov, 2014 yılında Danimarka’da

başka bir Rus vatandaşıyla evlenmiş ve daha sonra onunla birlikte Almanya'ya taşınmıştır. Hükümet, son olarak, Son olarak, Hükümet, 43439/14 no.lu başvurunun başvuranlarının ayrıldığını ve içlerinden biri olan Shaykhraznova'nın Almanya'ya taşındığını ileri sürmektedir. Hükümet, bu nedenlerle, başvuranların mağdur statülerini kaybettikleri ve aynı zamanda başvurularında ileri sürdükleri şikâyetlere yönelik menfaatlerini de yitirdikleri kanaatine varmaktadır. Hükümet ayrıca, koşullar dikkate alındığında, başvuruların, incelenmesine devam edilmesini haklı gösteren herhangi bir nedenin bulunmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 37. maddesinin 1. fıkrasının c) bendi uyarınca kayıttan düşürülebileceğini değerlendirmektedir.

87. Mahkeme, İç Tüzüğü'nün 55. maddesi gereğince, davalı Sözleşmeci Tarafın bir kabul edilemezlik itirazı ileri sürmek istemesi durumunda, itirazın niteliği ve koşullar buna izin verdiği sürece, başvurunun kabul edilebilirliği hakkında yazılı veya sözlü olarak sunması gereken görüşlerinde bunu yapması gerektiğini hatırlatmaktadır (*N.C./İtalya* [BD], no. 24952/94, § 44 AİHM 2012 X ve *Konstantin Markin/Rusya* [BD], no. 30078/06, § 95, AİHM 2012 (alıntılar)). Söz konusu madde uyarınca geç sunulması halinde, itiraz zaman aşımına uğrar ve dolayısıyla, Hükümet, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 55. maddesinde belirtilen süre sınırına uyacak durumda değilse, reddedilmelidir (*Stanev/Bulgaristan* [BD], no. 36760/06, § 196, AİHM 2012 ve *Svinarenko ve Slyadnev/Rusya* [BD], no. 32541/08 ve 43441/08, § 82, AİHM 2014 (alıntılar)).

88. Mahkeme, somut olayda, yargı yetkisini etkileyen bu soruyu kendiliğinden (*proprio motu*) incelemesini engelleyecek herhangi bir unsur olmadığından, Hükümetin mağdur statüsünün kaybına ilişkin yukarıda belirtilen itirazı ileri sürmesinin engellenip engellenmediğini incelemeyi gerekli görmemektedir (*Buzadji/Moldova Cumhuriyeti* [BD], no. 23755/07, § 70, 5 Temmuz 2016 ve *Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy/Finlandiya* [BD], no. 931/13, § 93, 27 Haziran 2017).

89. Mevcut davada, bir yandan, ulusal makamların başvuranlar tarafından ileri sürülen ihlali en azından esas itibarıyla tanıyıp tanımadıklarını, diğer yandan, başvuranlara uygun ve yeterli bir çözüm sunulup sunulmadığını belirlemek Mahkemenin görevidir (bk. diğer birçok karar arasında, *Dalban/Romanya* [BD],

no. 28114/95, § 44, AİHM 1999-VI, *Scordino/İtalya (no. 1)* [BD], no. 36813/97, § 193, AİHM 2006-V ve yukarıda anılan *Konstantin Markin*, § 82). Somut olayda, başvuranlar, Rusya’da ilişkilerinin yasal olarak tanınmaması ve korunmamasının mümkün olmayışının, özel ve aile hayatına saygı haklarını ihlal ettiğini ve kendilerine karşı cinsel yönelimlerine dayalı bir ayrımcılık yapıldığını iddia etmişlerdir. Bununla birlikte Mahkemeye sunulan dava dosyasından, ulusal makamların başvuranlar tarafından iddia edilen ihlalleri açıkça veya esas itibarıyla tanıdığı veya düzelttiği anlaşılmamaktadır. Aksine, Hükümet, Mahkeme önünde, bu ilişkilerin tanınmayışının Sözleşme ile uyumlu olduğunu ileri sürmektedir.

90. Dahası, başvuranların, Rus makamlarının evlilik başvurularını kabul etmeyi ve böylece Rus hukuku uyarınca ilişkilerine mümkün olan tek yasal tanıma biçimini vermeyi reddetmesinin ardından yaptıkları hayat tercihlerinin mağdur statüleri üzerinde bir etkisi olamaz (*bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis)*, *Yevgeniy Dmitriyev/Rusya*, no. 17840/06, § 37, 1 Aralık 2020). Ayrıca, başvuranlarla ilgili bu tür değişikliklerin, tam da başvuranların Mahkemeye yaptıkları şikâyetlerinin merkezinde yer alan ilişkilerinin Rusya’da tanınması ve korunmasının mümkün olmayışından kaynaklandığı göz ardı edilemez.

91. Mahkeme, yukarıda belirtilenleri dikkate alarak, başvuranların, bundan böyle Sözleşme’nin 8. maddesinin ve 8. madde ile birlikte 14. maddesinin iddia edilen ihlallerinden dolayı mağdur olduklarını iddia edemeyeceklerini değerlendiremez. Mahkeme, aynı nedenlerle, davanın incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden bulunmadığı sonucuna varamaz. Dolayısıyla, Hükümetin birinci ilk itirazını reddetmek gerekmektedir.

B. İç hukuk yollarının tüketilmemesi hakkında

92. Hükümet ardından, iki açıdan, iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair itiraz etmektedir. Hükümet, öncelikle, başvuranların “iki aşamalı” temyiz usulüne başvurarak Yargıtaya temyiz başvurusunda bulunmaları gerektiği kanaatine varmaktadır. Hükümet, bu bağlamda, Mahkemenin 2012 yılında 353-FZ sayılı Kanun ile getirilen yeni temyiz yolunun bundan böyle tüketilmesi gereken etkin bir hukuk yolu oluşturduğuna karar verdiği *Abramyan ve diğerleri/Rusya* ((k.k.), no. 38951/13 ve 59611/13, 12 Mayıs 2015) kararına atıfta bulunmaktadır. Ayrıca başvuranlar, ulusal mahkemeler önünde, yalnızca evlenme haklarını ileri sürmek

yerine, bir çift olarak ilişkilerinin yasal olarak tanınmasının mümkün olmayışını açıkça dile getirmeliydiler.

93. Mahkeme, söz konusu itirazın Büyük Daire önündeki yargılama öncesinde dile getirilmediğini gözlemlemektedir. Mahkeme İç Tüzüğü'nün 55. maddesi (bk. yukarıdaki 87. paragraf) uyarınca, Hükümet, özellikle de davanın kabul edilebilirliği ve esasına ilişkin 15 Eylül 2016 tarihli ilk görüşlerinde bu itirazı ileri sürmesini engelleyebilecek herhangi bir engel belirtmemesi nedeniyle, bu itirazı ileri süremez (bk. *bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis)*, *Navalnyy/Rusya* [BD], no. 29580/12 ve 4 diğer başvuru, § 61, 15 Kasım 2018 ve *López Ribalda ve diğerleri/İspanya* [BD], no. 1874/13 ve 8567/13, § 83, 17 Ekim 2019).

94. Mahkeme ayrıca, itirazın ilk yönüyle ilgili olarak, Hükümet tarafından ileri sürülen hukuk yolunun, yani 2012 yılında 353-FZ sayılı Kanunla getirilen “iki aşamalı” temyiz yolunun, 12 Mayıs 2015 tarihli Abramyan ve diğerleri kararına (yukarıda anılan karar, §§ 93-96) kadar tüketilmesi gereken etkin bir hukuk yolu olarak görülmediğini kaydetmektedir. Mahkeme, başvuranların Mahkemeye bu karardan önce başvurmuş olmaları nedeniyle iki aşamalı temyiz yolunu tüketmek zorunda olmadıklarını onaylamıştır (*Kocherov ve Sergeyeva/Rusya*, no. 16899/13, §§ 66-68, 29 Mart 2016). Mevcut başvuruların 2010 ve 2014 yıllarında yapılmış olması nedeniyle Hükümet tarafından ileri sürülen itirazın ilk kısmı Mahkeme tarafından kabul edilemez.

95. Mahkeme, itirazın ikinci yönüyle ilgili olarak, en azından 30538/14 ve 43439/14 no.lu başvurularda sunulan dosyalardan, başvuranların, ulusal mahkemeler önünde, diğerlerinin yanı sıra Sözleşme'nin 8 ve 14. maddelerini ileri sürerek, birlikteliklerinin yasal olarak tanınmasının ve korunmasının reddedilmesinin, özel ve aile hayatına saygı haklarının ihlalini ve aynı zamanda ayrımcı bir muameleyi teşkil ettiğini iddia ettiklerinin anlaşıldığını kaydetmektedir. Her hâlükârda, Rus hukuku kapsamında başka bir tanıma imkânının bulunmaması nedeniyle, başvuranlar evlilik dışında bir tanıma şekli talep etmedikleri için eleştirilemezler.

96. Mahkeme, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği iddiasına ilişkin ikinci ilk itirazını da reddetmektedir.

III. SÖZLEŞME’NİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

97. Başvuranlar, Rusya’da ilişkilerinin yasal olarak tanınmasının ve korunmasının mümkün olmadığından şikâyetçi olmuşlardır. Başvuranlar, bu durumun Sözleşme’nin 8. maddesi tarafından korunan özel ve aile hayatına saygı haklarını ihlal ettiğini değerlendirmektedirler. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

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

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

98. Hükümet, bu iddiaya karşı çıkmaktadır.

A. Daire tarafından verilen karar

99. Daire, kararında, öncelikle, davanın olaylarının Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamına girdiğini ve başvuruların hem “özel hayatları” hem de “aile hayatları” ile ilgili olduğunu belirtmiştir (41. paragraf). Daireye göre, başvuruların şikâyetinin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, inceleme sırasında, Rusya’nın başvuruların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini sağlama pozitif yükümlülüğünü, özellikle de ilişkilerinin tanınmasını ve korunmasını sağlayan bir iç hukuk çerçevesi sağlayarak, yerine getirip getirmediğini belirlemek Mahkemenin göreviydi (*ibidem*, 50. paragraf).

100. Daire, başvuruların durumunu inceledikten sonra, ilişkilerinin yasal olarak tanınmasının mutlak imkânsızlığının, bir yandan karşılıklı sevgiye dayalı istikrarlı bir ilişki içinde olan başvuruların yaşadığı sosyal gerçeklik ile diğer yandan eşcinsel bir çift bağlamında var olan en sıradan “ihtiyaçları” korumayan hukuk arasında bir çatışma yarattığını tespit etmiştir (*ibidem*, 51. paragraf).

101. Daire, başvuruların bireysel menfaatlerinin önüne geçebilecek öncelikli bir toplum menfaati bulunmadığını göz önünde bulundurarak, davalı Devletin, başvuruların birlikteliklerinin resmi olarak tanınmasının mümkün olmayışını haklı göstermediği kanaatine varmıştır. Dolayısıyla, somut olayda, söz konusu çatışan menfaatler arasındaki adil denge bozulmuştur (*ibidem*, 55. paragraf). Daire, iç hukukta eşcinsel çiftleri koruyacak yasal bir çerçeve

bulunmaması nedeniyle, Rusya'nın bu çiftleri tanımak için en uygun yolu seçme konusundaki takdir yetkisini aştığını değerlendirmiştir. Sonuç olarak Daire, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*ibidem*, 56. paragraf).

B. Tarafların Büyük Daire Önündeki İddiaları

1. Başvuranlar

102. Başvuranlar, öncelikle, Hükümetin davanın olaylarının Sözleşme'nin 12. maddesi kapsamına girdiğine yönelik iddiasına itiraz etmektedirler. Başvuranlar, söz konusu hükmün somut olayla ilgisi olmadığı kanaatindedirler. Başvuranlar, iddialarının Daire tarafından Sözleşme'nin 8 ve 14. maddeleri kapsamında incelendiğini ve ikinci olarak, Daire'nin 8. madde kapsamında verdiği kararın sonuçlarının 12. maddeyle çok az ilgisi olduğunu, zira bu iki hükmün farklı kapsamlara sahip olduğunu ve farklı hakları güvence altına aldığını belirtmektedirler.

103. Başvuranlar, bir çift olarak istikrarlı bir ilişki içinde olduklarını ve bu nedenle, Mahkemenin içtihatları uyarınca, 8. maddenin hem “özel hayat” hem de “aile hayatı” yönlerinin geçerli olduğunu ileri sürmektedirler. Başvuranlar, Rus Devletinin, 8. madde tarafından güvence altına alınan haklarını kullanabilmelerini sağlayacak alternatif bir yasal çözüm sağlama konusunda pozitif bir yükümlülüğü olduğunu değerlendirmektedirler. Başvuranlara göre, bu alternatif çözüm, eşcinsel çiftlerin evli heteroseksüel çiftlerle benzer bir konumda olmaları koşuluyla, medeni ortaklık, medeni birliktelik, medeni dayanışma anlaşması veya başka herhangi bir şekilde olabilir.

104. Başvuranlar, eşcinsel partnerlerin Devletin ailelere sağladığı mali destek ve konut desteğinden yararlanabilmeleri gerektiği kanaatine varmaktadır. Aynı ailenin üyeleri olarak kabul edilmenin, eşin hastalanması ve hastaneye kaldırılması durumunda eşcinsel partnerlerin önemli kararlar almasına ve eşe yardımcı olmak için izin kullanılmasına imkân tanıyacağını iddia etmektedirler. Başvuranlar, bu durumun, partnerin bir ceza davasına konu olması halinde, partner aleyhine tanıklık etme yükümlülüğünden muaf tutulmasına imkân sağlayacağını da eklemektedirler. Başvuranlar dahası eşcinsel çiftlerin üyelerinin tutuklu partnerlerini serbestçe ziyaret etme hakkına sahip olmaları ve çiftlerden birinin

ölümü halinde miras alabilmeleri gerektiğini belirtmektedirler. Başvuranlar ayrıca, aile birleştirme hakkına, tıbbi yardımla üreme hakkına ve ayrılık durumunda nafaka hükümlerine atıfta bulunarak, bunların heteroseksüel çiftler için ayrılan ve Rusya’da eşcinsel partnerlerin hariç tutulduğu haklar olduğunu iddia etmektedirler.

105. Başvuranlar, evliliğe yasal alternatifin ne şekilde olması gerektiği konusunda Devletlerin takdir yetkisinin geniş olduğunu kabul etmekle birlikte, bu takdir yetkisinin eşcinsel çiftlerin herhangi bir şekilde yasal olarak tanınmasını geçersiz kılacak kadar geniş olamayacağını ileri sürmektedirler.

106. Başvuranlar, Rus Devleti’nin söz konusu menfaatler arasında adil bir denge kuramadığı kanaatindedirler. Başvuranlara göre, Hükümetin toplumun yüksek menfaatine, yani esasen Rus vatandaşlarının çoğunluğu tarafından paylaşılan ahlaki düzenin savunulmasına yönelik argümanı, eşcinsel çiftlerin tanınmasına yönelik bir yasal çerçevenin bulunmamasını haklı göstermemektedir.

107. Başvuranlara göre, dahası, eşcinsel çiftlere evlilik dışında bir tanınma biçimi sağlamak, geleneksel aileyi koruma veya Rusların çoğunluğunun tutum ve duygularına saygı gösterme ihtiyacıyla çelişmemektedir.

108. Sonuç olarak başvuranlar, Büyük Daireyi, Dairenin Sözleşme’nin 8. maddesine ilişkin sonuçlarını onaylamaya davet etmektedirler.

2. *Hükümet*

109. Hükümet, Dairenin Sözleşme’nin 8. maddesini oldukça geniş bir şekilde ve Sözleşme’nin 12. maddesine ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 16. maddesine aykırı olarak yorumladığını, bu maddelere göre evlenme ve aile kurma hakkının farklı cinsiyetten iki kişiye ait olduğunu değerlendirmektedir. Hükümete göre Daire, incelemesini yalnızca Sözleşme’nin 12. maddesine dayandırmalı ve 8. maddeyi, Devletlere doğrudan Sözleşme’den kaynaklanmayan yükümlülükler yükleyecek şekilde yorumlamaktan kaçınmalıydı. Hükümet, Sözleşme’nin çeşitli hükümlerinin Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31 ve 32. maddelerinde belirtilen andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kurallara uygun olarak ve tutarlı bir şekilde okunması ve yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.

110. Hükümet, Viyana Sözleşmesi’nin 62. maddesine atıfta bulunarak, bir andlaşmanın akdedildiği tarihte mevcut olan durumla karşılaştırıldığında ortaya

çıkan ve taraflarca öngörülmemiş olan durumdaki herhangi bir esaslı değişikliğin, andlaşmanın akdedildiği tarihte geçerli olan yorumun bertaraf edilmesini haklı çıkarmak için ileri sürülemeyeceğini değerlendirmektedir. Hükümet, Üye Devletlerin Sözleşme’yi, evlenme ve aile kurma hakkının “bir erkek ve bir kadın” için saklı olduğunu bilerek imzaladığını ve bugün kendilerine farklı bir yorum yüklemenin Viyana Sözleşmesi’nin 62. maddesine aykırı olacağını ileri sürmektedir.

111. Hükümet, Sözleşmeci Devletlerin Sözleşme’yi imzaladıkları sırada aynı cinsiyetten iki kişiye evlilik hakkı tanıma niyetinde olmamaları nedeniyle, böyle bir hakkın mevcut haliyle Üye Devletin takdirine bağlı bir konu olduğunu belirtmektedir. Hükümet, aynı cinsiyetten iki kişinin evlenme hakkını açıkça öngören yeni bir anlaşmanın - örneğin Sözleşme’ye ek yeni bir protokolün - hazırlanması gerektiği kanaatine varmaktadır. Hükümete göre, böyle bir anlaşma ayrıca, taraf Devletlerin kendi iç hukuk sistemlerinde eşcinsel ilişkilerin başka şekillerde tanınmasını sağlama yükümlülüğünü içerebilir.

112. Hükümet, başvuranların öncelikle evlenme haklarını ileri sürdüklerini ve dolayısıyla davanın, Mahkemenin bu hükme ilişkin içtihatları dikkate alındığında somut olayda ihlal edilmemiş olan Sözleşme’nin 12. maddesi kapsamına girdiğini belirtmektedir. Hükümete göre, bu tespit, davanın bildirilmesi sırasında Mahkemenin 12. madde kapsamındaki şikâyetin kabul edilemez olduğuna karar vermesiyle de teyit edilmiştir.

113. Hükümet dahası, Rusya Federasyonu ve Avrupa Konseyi üyesi 16 ülkenin eşcinsel çiftlere herhangi bir yasal tanıma sunmaması nedeniyle, eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması ve korunması konusunda Avrupa çapında bir fikir birliği olmadığını iddia etmektedir.

114. Hükümet, başvuranlar tarafından ileri sürülen ilişkilerinin bir şekilde yasal olarak tanınması hakkına ilişkin olarak, eşcinsel çiftlere bu hakkı tanıyan ulusal mevzuatın incelenmesinin, hiçbir yasal tanıma biçiminin, evliliğin sağladığı korumaya benzer bir yasal koruma sağlamadığını ve bu nedenle yeterli bir alternatif çözüm olmadığını gösterdiğini ileri sürmektedir.

115. Hükümet ayrıca evliliğin eşcinsel çiftleri de kapsayacak şekilde genişletilmesinin Rusya Anayasası’na aykırı olacağını ve kamu düzenini

bozacağını değerlendirmektedir. Hükümete göre, ulusal sisteme evliliğe benzer yeni bir yasal birlik biçiminin dâhil edilmesi hukuki açıdan makul olmayacaktır. Hükümete göre, yeni bir yasal birlik biçiminin oluşturulması Rus Aile Kanunu'nda reform yapılmasını gerektirecektir. Hükümet, bu bağlamda, Rusya Anayasa Mahkemesinin 23 Eylül 2014 tarihli ve 24-P sayılı kararına dayanmaktadır; bu karara göre, Rusya Anayasası'nın 38. maddesi anlamında, geleneksel kavramlarıyla aile, annelik ve çocukluk, Rus iç düzeninin temel değerlerini oluşturmaktadır ve özel olarak korunmalı ve muhafaza edilmelidir.

116. Hükümet, geleneksel haliyle ailenin Rus toplumunun temel bir değeri olduğu ve insan türünün korunmasını ve geliştirilmesini sağlama hedefiyle özünde bağlantılı olduğu kanaatindedir. Hükümet, geleneksel ailenin korunmasının öneminin, 2020 tarihli yeni Anayasa'da, özellikle de bunu Devletin temel değerleri arasında sayan 114. maddenin 1. fıkrasının c) bendinde ve aynı zamanda geleneksel ailenin korunmasının artık federal devletin ve bölgesel yönetimlerin ortak sorumluluğu olduğunu belirten 72. maddenin 1. fıkrasında yeniden doğrulandığını gözlemlemektedir. Hükümet, bu bağlamda, Rusya Anayasa Mahkemesinin söz konusu hükümlerin Rus anayasal düzenine uygunluğunu onayladığını vurgulamaktadır. Hükümet, Mahkemenin içtihatları ile geleneklerin ve kültürel çeşitliliğin korunmasının önemini kabul etmiş olması nedeniyle, geleneksel aile değerlerinin korunması amacının Sözleşme ile uyumsuz olmadığı kanaatine varmaktadır. Hükümet, Mahkemenin ulusal makamların toplumdaki değişimleri en iyi değerlendirebilecek konumda olması nedeniyle, cinsel azınlıkları korumaya yönelik reformların uygulanması için uygun zamanı ve araçları seçme yetkisini her zaman Devletlere bıraktığını eklemektedir.

117. Hükümet dahası, başvuranların, tüm Rus vatandaşları gibi, medeni durumlarından kaynaklanan herhangi bir dışlama veya engel olmaksızın, mülkiyet konusunda Rusya Medeni Kanunu tarafından öngörülen tüm haklardan yararlandıklarını iddia etmektedir. Ayrıca Hükümet, Rusya'da herkesin vasiyetname hazırlamakta ve mirasçılarını seçmekte özgür olduğu belirtilmektedir. Hükümet, Rus hukukuna göre her vatandaşın, medeni durum veya cinsel yönelime dayalı sınırlamalar olmaksızın ipotek sözleşmeleri yapmakta özgür olduğunu ifade etmektedir. Hükümet, ulusal hukuk tarafından tanınan bu hakların, evli olmayan

kişiler de dâhil olmak üzere, herhangi bir kısıtlama olmaksızın ileri sürülebileceğini eklemektedir. Hükümet, konut programlarına erişime ilişkin olarak, bu programların ulusun nüfus artışını teşvik etmek üzere tasarlandığını, dolayısıyla kanunla belirlenen kriterleri karşılamayan geleneksel ailelerin de kapsam dışında bırakıldığını vurgulamaktadır. Hükümet mali destek programlarının, evli olması gerekmeyen ihtiyaç sahibi kişilere sağlandığını da belirtmektedir. Hükümet, konut programlarına, mali yardımlara veya diğer sosyal koruma biçimlerine erişimin medeni duruma göre düzenlenmediği ve de evli kişilerle sınırlı olmadığı sonucuna varmaktadır. Son olarak Hükümet, Rusya’da hiç kimsenin hastanedeki hastaları ziyaret etmesinin engellenmediğini, bununla birlikte evli olmanın bulaşıcı bir hastalık durumunda hasta eşi ziyaret etme hakkını güvence altına almadığını açıklamaktadır.

118. Dahası Hükümet, Rus toplumunun eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmasını kabul etmesinin zamanının gelmediğini ileri sürmektedir. Hükümet, bağımsız *Levada Analytical Center* da dâhil olmak üzere 2021 yılında çeşitli Rus araştırma merkezleri tarafından yapılan ve Rus vatandaşlarının %69’unun eşcinsellere karşı hoşgörüsüz olduğunu ve sadece evliliğe değil, aynı zamanda eşcinsel çiftlerin herhangi bir şekilde tanınmasına da karşı olduğunu gösteren çeşitli araştırmaların bulgularına işaret etmektedir. Ayrıca, Levada Center tarafından paylaşılan istatistiki verilere göre Rusların %59’u eşcinsellerin heteroseksüellerle aynı haklara sahip olmaması gerektiğini düşünmektedir. Hükümet, Mahkemeyi, bu konuda *Oliari ve diğerleri/İtalya* (no. 18766/11 ve 36030/11, 21 Temmuz 2015) davasında benimsenen yaklaşımı izlemeye ve davayı incelerken Rus toplumunun eşcinsel çiftler karşısındaki tutumunu dikkate almaya davet etmektedir.

3. *Müdahil Tarafların Görüşleri*

a) **Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri**

119. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri (“Komiser”), kendisinden önceki Komiser tarafından 2017 yılında yayımlanan belgeye atıfta bulunarak (yukarıdaki 56. paragraf), eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmasının, ilgili kişilerin ayrımcılığa uğramaksızın özel ve aile hayatına saygı hakkını etkili bir şekilde kullanabilmeleri açısından son derece önemli olduğunu değerlendirmektedir.

120. Komiser, yasal tanımanın olmaması nedeniyle eşcinsel partnerlerin günlük yaşamlarında ciddi engellerle karşılaştıklarını belirtmektedir. Komiser, bu

bağlamda, eşcinsel bir partnerin aile yardımı veya sağlık sigortası talep etmesinin ya da uygun vergi koşullarından yararlanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Komiser ayrıca, eşcinsel bir çiftin üyesinin hasta eşine veya çocuklarına bakmak için izin alamayacağını ve ölüm durumunda miras haklarından yararlanamayacağını belirtmektedir. Dahası Komiser, eşcinsel bir çiftin her iki üyesinin de birlikte yaşamakta genellikle zorluklarla karşılaştığını ve eşcinsel partnerin aile birleştirme amacıyla bir “aile üyesi” olarak kabul edilmediğini açıklamaktadır. Komisere göre, Covid-19 pandemisi Avrupa’da ve dünya genelinde genellikle yasal olarak tanınmayan bu çiftlerin savunmasızlığını artırmıştır.

121. Komiser, eşcinsel çiftlerin tanınması için yasal bir çerçeve oluşturulmasının, Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında Devletlere düşen pozitif yükümlülüklerle karşılık geldiğini değerlendirmektedir. Bu bağlamda Komiser, *Oliari ve diğerleri* (yukarıda anılan) davasına atıfta bulunmaktadır. Komiser, evliliğin eşcinsel çiftler için mümkün olmadığı durumlarda, Sözleşmeciler Tarafının en azından alternatif bir tanıma şekli öngörmeleri gerektiğini belirtmektedir. Komiser, gerçekten etkin olabilmesi için, eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmasının anlaşılır bir yasal çerçeve ile düzenlenmesi, kolay erişilebilir olması ve ilgili kişiler için güvence altına alınan hakların açıkça belirtilmesi gerektiği kanaatine varmaktadır. Komiser, bu tür bir tanımanın, istikrarlı bir ilişki içinde olan bir çiftin hayatının tüm yönlerini kapsayacak şekilde kapsamlı olması gerektiğini eklemektedir. Komiser, bu bağlamda, eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmasının kapsamı gereken haklar konusunda Mahkemeden ek rehberlik almanın faydalı olacağını değerlendirmektedir.

122. Komiser, Mahkemenin *Oliari ve diğerleri* davasında gözlemlediği fikir birliğinin zaman içinde güçlendiğini ve şu anda otuz Üye Devletin eşcinsel çiftlere bir tür yasal tanıma sağladığını kaydetmektedir.

123. Ayrıca Komiser, şikâyet edilen muamele farklılığının cinsel yönelime dayalı olması nedeniyle, somut olayda ulusal makamların takdir yetkisinin sınırlı olduğunu ileri sürmektedir. Komiser, dolayısıyla, meşru bir toplum menfaatinin, eşcinsel evlilik veya birlikteliğe karşı güçlü bir sivil toplum muhalefetine olduğu ülkelerde bile, eşcinsel çiftlerin ilişkilerinin bir şekilde yasal olarak tanınmasına yönelik menfaatlerine üstün gelebileceği bir durumu öngörmenin zor olduğu

kanaatine varmaktadır. Komisere göre, çeşitli aile türlerinin korunması geleneksel ailelere zarar vermez veya hâlel getirmez. Nitekim Komisere göre, eşcinsel çiftlerin aile hayatına özgü hakları etkin bir şekilde kullanabilmelerini sağlamak, aynı haklara hâlihazırda sahip olan ve sahip olmaya devam eden heteroseksüel çiftlerin haklarına hiçbir şekilde müdahale etmemektedir. Dahası, son elli yılda aile yapılarında önemli toplumsal değişiklikler meydana geldiği iddia edilmektedir ki bu da başlı başına bir aile tipini diğerlerine göre koruma amacını tartışmalı hale getirmektedir.

124. Komiser, bir ülkedeki hâkim kamuoyu ile ilgili olarak, sivil toplumun LGBTİ bireylere yönelik olumsuz tutumunun, belirli siyasi akımlar tarafından yapılan etiketlenmenin bir sonucu olabileceğini ileri sürmektedir. Komisere göre, nitekim homofobik politikaları destekleyen liderlerin bulunduğu ülkelerde yapılan istatistiksel çalışmalar, cinsel azınlıkların kabulünde bir düşüş olduğunu göstermektedir.

125. Komiser, eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmamasının LGBTİ bireylere yönelik ayrımcılık anlamına geldiğini ve eşcinsel birlikteliklerin yasal olarak tanınmamasının eşcinsel ilişkilere yönelik önyargıların sürdürülmesine katkıda bulunduğunu, buna karşılık bu tür bir tanınmaya erişimin LGBTİ bireylere yönelik hoşgörüsüzlüğü azalttığının gösterildiğini kaydetmektedir.

126. Komiser, son olarak, Devletlerin çiftlerin tanınması için tek bir yöntem öngörmesi ve eşcinsel çiftler için özel bir yasal mekanizma oluşturmaktan kaçınması gerektiğini değerlendirmektedir.

b) LGB Alliance

127. LGB Alliance, Devletlerin eşcinsel çiftleri yasal olarak tanıma yükümlülüğü lehinde açık bir uluslararası fikir birliği olduğunu vurgulamaktadır. LGB Alliance, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin eşcinsel çiftlerin tanınması için çağrıda bulunduğunu ileri sürmektedir. Dahası, giderek artan sayıda uluslararası mahkeme eşcinsel çiftler için evliliğe erişimi zorunlu kılmaktadır ki bu da, LGB Alliance’a göre, en azından alternatif bir tanıma biçimi savunmaktır. Müdahil taraf ayrıca Kanada, Güney Afrika, Brezilya, Tayvan, Amerika Birleşik Devletleri, Kosta Rika ve Ekvador mahkemeleri tarafından verilen kararlara da atıfta bulunmaktadır.

128. LGB Alliance, Mahkemenin, Devletlerin Sözleşme kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla güvence altına alması gereken, istikrarlı çiftlerin “temel haklarının” içeriğini netleştirmesi gerektiğini değerlendirmektedir.

c) Müşterek hareket eden ACCEPT Derneği, Youth LGB Organization Deystviye, National LGBT Rights Organisation LGL, “Love Does Not Exclude” Derneği, Polish Society for Antidiscrimination Law, Iniciativa Inakost, Insight Public Organisation ve Sarajevo Open Centre,

129. Söz konusu müdahil taraflar, Sözleşme’nin 14. maddesiyle birlikte 8. maddesinin, Sözleşmeciler Tarafına eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması ve korunmasını sağlama konusunda pozitif bir yükümlülük yüklediğini ileri sürmektedir. Müdahil taraflar, bu yükümlülüğün kapsamının Mahkeme tarafından yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararında açıkça tanımlandığı kanaatindedir.

130. Müdahil taraflar, Rusya gibi iç hukuklarında çiftlerin sadece bu şekilde tanınmasını öngören ülkelerde, eşcinsel çiftlerin evliliğe erişimlerinin olması gerektiğini değerlendirmektedir. Nitekim müdahil taraflara göre, eşcinseller için özel olarak alternatif tanınma biçimlerinin getirilmesi, bu kişilere karşı bir ayrımcılık durumu yaratacak niteliktedir.

131. Eşcinsel çiftler, ilişkilerinin yasal olarak tanınmaması halinde günlük yaşamlarında büyük zorluklarla karşılaşacaktır. Ayrıca, uygun bir yasal çerçevenin bulunmaması LGBTİ bireylere yönelik önyargıların güçlenmesine katkıda bulunacaktır. Aksine, toplumsal çalışmaların da göstereceği gibi, LGBTİ bireylerin evliliğe erişimi toplum tarafından kabul görmelerini artıracaktır.

d) Müşterek hareket eden Russian LGBT Network ve Fondation Sphère

132. Söz konusu iki Rus sivil toplum kuruluşu, araştırma gerçekleştirmiş ve Rusya’da eşcinsel çiftlerin karşılaştığı yasal engellerin bir listesini hazırlamıştır. Bu kuruluşlar, evli insanların aksine, eşcinsel çiftlerin, özellikle ebeveynlik izninden veya ailevi nedenlerle izinden, ayrılık veya ölüm durumunda nafakaya ve hasta eşe yardıma ilişkin kuralların uygulanmasından, vergi indirimlerinden, bir çocuğu evlat edinme imkânından ve ceza davalarında suçlanan eş aleyhine tanıklık etmeyi reddetme imkânından yoksun bırakıldıklarını ileri sürmektedir. Dahası bu kuruluşlar, sınır dışı edilme durumunda Rus makamlarının eşcinsel partneri aile üyesi olarak görmediğini belirtmektedir.

133. Müdahil taraflar, eşcinsel çiftlerin Rusya’da diğer çiftlere tanınan bazı hakları sözleşme imzalayarak ya da yasal prosedürler yoluyla edinebildiklerini kaydetmektedir. Ancak söz konusu taraflar, bu tür mekanizmalara başvurmanın maliyetli olduğunu ve söz konusu prosedürlerin uzun sürdüğünü gözlemlemektedir. Taraflar dahası, birçok Rus eşcinsel çiftin birlikteliklerinin tanınması için yurtdışına, yabancıların evlenmesine izin veren ülkelere gitmek zorunda kaldığını, ancak bu evliliklerin Rusya’da tanınmadığını açıklamaktadır. Müdahil tarafların görüşüne göre, eşcinsel çiftler ile heteroseksüel çiftler arasındaki muamele farklılığının nesnel ve makul herhangi bir gerekçesi bulunmamaktadır. Müdahil taraflara göre, bunun sonucunda, cinsel yönelime dayalı ayrımcı muamelenin bir parçası olan aşağılanma ve hüsrana duygusu ortaya çıkmaktadır.

e) Gand Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi (Human Rights Centre)

134. Bu müdahil taraf, Mahkemenin eşcinsel birlikteliklerin tanınmasına ilişkin içtihadının, Oliari ve diğerleri davasında (yukarıda anılan) Sözleşmeci Tarafların Sözleşme’nin 8. maddesi uyarınca eşcinsel çiftleri tanıyan ve koruyan belirli bir yasal çerçeve sağlama konusunda pozitif bir yükümlülük altında olduğu sonucuna varacak kadar Sözleşme’nin dinamik bir yorumunu takip ederek zaman içinde geliştiğini gözlemlemektedir. Söz konusu taraf, Daire tarafından verilen kararın, mevcut yaşam koşullarını yansıtan bu gelişen yorumun bir parçası olduğunu düşünmektedir.

135. Bu müdahil tarafa göre, Mahkeme, tüm Avrupa bölgesinde eşcinsel çiftlerin homojen bir şekilde korunmasını sağlamak için bu çiftlerin Devletler tarafından yasal olarak tanınması gereken temel haklarını netleştirmelidir.

f) Uluslararası Hukukçular Komisyonu ve Network of European LGBTIQ+ Families Associations (NELFA) ile müştereken AIRE Centre

136. Bu müdahil taraflar, mevcut davada Daire tarafından verilen karara ve aynı zamanda *Oliari ve diğerleri* (yukarıda anılan) kararına atıfta bulunarak ve söz konusu alanda “artan bir fikir birliğini” ileri sürerek, Sözleşme’nin 8. maddesinin Sözleşmeci Taraflara, eşcinsel çiftlerin özel ve aile hayatına saygı hakkını koruyabilecek bir yasal çerçeve oluşturma konusunda pozitif bir yükümlülük yüklediğini belirtmektedir. Bu müdahil taraflar, böyle bir çerçevenin, bu tür çiftlerin ilişkilerinin yasal olarak tanınmasını sağlaması ve aynı zamanda bu tür çiftlerin en yaygın ve temel ihtiyaçları için koruma sağlaması ve içinde

bulundukları belirsizlik durumunu ortadan kaldırmaya yardımcı olması gerektiği kanaatindedir.

137. Söz konusu müdahil taraflara göre, eşcinsel birlikteliklerin herhangi bir şekilde yasal olarak tanınmaması, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında Sözleşmeciler Tarafına tanınan takdir yetkisini aşmaktadır. Bu taraflara göre, söz konusu yetkinin içinde Devletler sadece hangi yasal tanıma biçiminin en uygun olduğuna karar vermekte özgürdür.

g) *Euroregional Center for Public Initiatives (ECPI) ile Global Justice Institute (GJI)*

138. Söz konusu müdahil taraflar din özgürlüğü ile LGBTİ kişilerin haklarının korunması arasındaki ilişki hakkında görüş bildirmektedir. Bu taraflar, öncelikle, aile ve evlilik tanımının belirli dini anlayışlarla bağlantılı olmadığını, bunun yerine çağdaş aile ve aile yapısı kavramının gelişen evrimini yansıttığını ileri sürmektedir. Taraflar, özellikle Rusya gibi çok kültürlü ve çok dinli bir ülkede ailenin tek bir dini tanımı olmadığını belirtmektedir. Taraflar, her hâlükârda aile kavramını oluşturan dini oluşumlar ya da kültürel varlıklar olmadığı kanaatindedir. Taraflara göre, farklı aile türlerine ve üyelerine sunulan yasal korumanın niteliğini tanımlamak Devletin görevidir. Din özgürlüğü ve kültürel kimlik hakkı, ailenin ve aile birliklerinin yasal tanımını etkileyemez ve etkilememelidir.

139. Ardından söz konusu müdahil taraflar, Rusya'daki LGBTİ bireylerin eşitsizlik ve savunmasızlık durumlarına değinmektedir. Bu taraflar "geleneksel olmayan cinsel ilişkilerin propagandasına" karşı önce 2006 yılında bölgesel düzeyde, ardından 2013 yılında federal düzeyde kabul edilen kanunu ve ayrıca milliyetçi ve Ortodoks gruplar tarafından desteklendiği iddia edilen LGBTİ bireylere yönelik şiddet içeren saldırıları ileri sürmektedir. Taraflar, Ortodoks Kilisesi'nin LGBTİ bireylere aile hayatı hakkının tanınmasına şiddetle karşı çıktığını iddia etmektedir. Rus Ortodoks Kilisesi Patriğinin LGBTİ bireylerin tüm Rus toplumu ve medeniyeti için tehlikeli olduğunu defalarca ifade ettiği iddia edilmektedir. İddiaya göre bu koşullar, homofobik suçların cezasız kalması ile birleştiğinde, 2015 yılından bu yana Rus toplumunun LGBTİ bireylere yönelik olumsuz tutumunun kötüleşmesine yol açmıştır.

C. Mahkemenin Değerlendirmesi**1. Sözleşme'nin 8. Maddesinin Uygulanabilirliği Hakkında**

140. Mahkeme, ilk olarak, Hükümetin, 8. maddenin, “özel hayat” ya da “aile hayatı” yönleriyle, dava olaylarına uygulanabilirliğine Daire önünde ya da Büyük Daire önünde hiçbir şekilde itiraz etmediğini kaydetmektedir. Mahkeme, aşağıda belirtilen gerekçelerle, tarafların bu konudaki görüşlerinden ayrılmak için bir neden görmemektedir.

a) Özel hayat

141. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında “özel hayat” kavramının, ister kişilik (*Bensaid/Birleşik Krallık*, no. 44599/98, § 47, AİHM 2001-I ve *Christine Goodwin/Birleşik Krallık* [BD], no. 28957/95, § 90, AİHM 2002-VI) ister kişisel özerklik anlamında olsun, kişisel gelişim hakkını kapsayan (*K.A. ve A.D./Belçika*, no. 42758/98 ve 45558/99, § 83, 17 Şubat 2005) ve 8. maddenin güvencelerinin yorumlanmasında önemli bir ilkeyi yansıtan (*Pretty/Birleşik Krallık*, no. 2346/02, § 61, AİHM 2002-III), kapsamlı bir tanıma elverişli olmayan geniş bir kavram olduğunu hatırlatmaktadır.

142. Cinsel yönelim, Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından korunan kişisel alana girmektedir (*Dudgeon/Birleşik Krallık*, 22 Ekim 1981, § 41, A serisi no. 45, *E.B./Fransa* [BD], no. 43546/02, § 43, 22 Ocak 2008 ve *Gas ve Dubois/Fransa*, no. 25951/07, § 37, AİHM 2012).

143. Mahkeme ayrıca, “özel hayat” kavramını bireylerin hayatlarının en mahrem yönlerine indirgemenin çok kısıtlayıcı olacağını değerlendirmiştir (bk. özellikle, *Niemietz/Almanya*, 16 Aralık 1992, § 29, A Serisi no. 251-B). Böylelikle 8. madde, “sosyal bir özel hayat” sürme hakkını, yani bireyin sosyal kimliğini geliştirme imkânını kapsayan geniş anlamda “özel hayat” hakkını güvence altına almaktadır. Bu bağlamda, söz konusu hak, benzer insanlarla ilişki kurmak ve bu ilişkileri geliştirmek amacıyla başkalarına ulaşma imkânını güvence altına almaktadır (*Bărbulescu/Romanya* [BD], no. 61496/08, § 70, 5 Eylül 2017 ve burada atıfta bulunulan içtihat). Sonuç olarak, bir kişinin “özel hayatı” sosyal kimliğinin birçok yönünü kapsamaktadır (yukarıda anılan *López Ribalda ve diğerleri*, § 87 ve *Denisov/Ukrayna* [BD], no. 76639/11, § 95, 25 Eylül 2018). Mahkeme özellikle, evli, bekâr, boşanmış veya dul olsun, bir kişinin medeni durumunun, 8. madde

tarafından korunan kişisel ve sosyal kimliğinin bir parçası olduğuna karar vermiştir (*Dadouch/Malta*, no. 38816/07, § 48, 20 Temmuz 2010).

144. Mahkeme, mevcut davada, eşcinsel çiftlere açık bir yasal tanıma ve koruma rejiminin yokluğunun, ilişkilerinin hukuk tarafından meşrulaştırılmasını ve korunmasını isteyen eşcinsel kişiler olarak başvuranların hem kişisel hem de sosyal kimliklerini etkilediğini kabul etmektedir. Dolayısıyla 8. madde “özel hayat” yönüyle uygulanabilir.

b) Aile hayatı

145. Sözleşme’nin 8. maddesi anlamında “aile hayatı”, öncelikle, yakın kişisel bağların varlığına bağlı bir olgu sorunudur (*Marckx/Belçika*, 13 Haziran 1979, § 31, A Serisi no. 31 ve *K. ve T./Finlandiya* [BD], no. 25702/94, § 150, AİHM 2001-VII). 8. maddede yer alan “aile” kavramı, evliliğe dayalı ilişkilerin yanı sıra, özellikle tarafların herhangi bir evlilik ilişkisi olmaksızın birlikte yaşadığı diğer *fiili* (*de facto*) “aile” bağlarını da kapsamaktadır (*Johnston ve diğerleri/İrlanda*, 18 Aralık 1986, § 55, A Serisi no. 112, *Keegan/İrlanda*, 26 Mayıs 1994, § 44, A Serisi no. 290 ve *Paradiso ve Campanelli/İtalya* [BD], no. 25358/12, § 140, 24 Ocak 2017).

146. Mahkeme, eşcinsel ilişkilerle ilgili olarak, *Schalk ve Kopf/Avusturya* davasında, birçok Üye Devlette eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmasına ilişkin hızlı gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda, heteroseksüel bir çiftin aksine, eşcinsel bir çiftin 8. madde anlamında bir “aile hayatına” sahip olamayacağını düşünmeye devam etmenin yapay olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla Mahkeme, başvuranların istikrarlı bir şekilde birlikte yaşayan *fiili* (*de facto*) bir eşcinsel çift olarak ilişkilerinin, aynı durumdaki heteroseksüel bir çiftinkiyle aynı şekilde “aile hayatı” kavramına girdiği kanaatine varmıştır (*Schalk ve Kopf*, yukarıda anılan, § 94).

147. Mahkeme, *Vallianatos ve diğerleri/Yunanistan* davasında bu ilkeyi onaylamış ve mesleki ve sosyal nedenlerle birlikte yaşamamanın, ilgili çiftleri 8. madde anlamında “aile hayatı” kapsamına sokan istikrardan yoksun bırakmadığını eklemiştir (*Vallianatos ve diğerleri/Yunanistan* [BD], no. 29381/09 ve 32684/09, § 73, AİHM 2013 (alıntılar)). Mahkeme, bu bağlamda, *Oliari ve diğerleri/İtalya* davasında, günümüzün küreselleşen dünyasında birçok çiftin, mesleki veya başka nedenlerle farklı ülkelerde ikamet etmeleri nedeniyle ilişkilerini uzaktan yaşadıkları

dönemler geçirdiklerini kaydetmiştir. Dolayısıyla birlikte yaşamanın olmaması, kendi başına, istikrarlı bir ilişkinin varlığını veya bu ilişkinin korunması ihtiyacını etkilemez (yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri*, § 169).

148. Mahkeme ardından, birçok kez, eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmadığı ve/veya korunmadığı iddiasıyla ilgili davalarda Sözleşme'nin 8. maddesinin hem özel hayat hem de aile hayatı boyutlarıyla ilgili olduğunu onaylamıştır (*Orlandi ve diğerleri/İtalya*, no. 26431/12 ve 3 diğer başvuru, § 143, 14 Aralık 2017, *Pajić/Hırvatistan*, no. 68453/13, § 68, 23 Şubat 2016, *Chapin ve Charpentier/Fransa*, no. 40183/07, § 44, 9 Haziran 2016 ve *Taddeucci ve McCall/İtalya*, no. 51362/09, § 58, 30 Haziran 2016).

149. Mevcut davada, başvuranların, Rus makamları önünde başvuruda bulundukları sırada, tanınma ve korunma talebinde bulunan, istikrarlı ilişkileri olan çiftler oldukları tartışmasızdır. Başvuranların durumlarının, başvurularını yaptıktan sonra, birlikteliklerinin iç hukukta yasal olarak tanınmasının imkânsızlığı nedeniyle değişmiş olabileceği gerçeği, Mahkemenin karar veremeyeceği bir konudur. Dahası, bu imkânsızlık, şu anda Mahkeme önünde bulunan şikâyetin merkezinde yer almaktadır.

150. Sonuç olarak, Mahkeme, Hükümetin somut olayda 8. maddenin uygulanabilirliğine ilişkin herhangi bir itirazının bulunmaması nedeniyle, eşcinsel çiftlere yasal tanıma ve koruma sağlanmadığı iddiasıyla ilgili olarak yukarıda belirtilen davalarda ulaştığı sonuçlardan farklı sonuçlara varmak için bir neden bulunmadığı kanaatindedir.

a) Sonuç

151. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin “aile hayatı” yönünden olduğu gibi “özel hayat” yönünden de uygulanabileceği sonucuna varmaktadır.

2. Sözleşme'nin 8. Maddesine Riayet Edilmesi Hakkında

a) Eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması ve korunmasına ilişkin pozitif bir yükümlülüğün varlığı hakkında

152. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin temel amacının bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumak olsa da, Devlete, 8. madde ile güvence altına alınan haklara etkin şekilde riayet etmenin doğasında bulunan pozitif yükümlülükler yükleyebileceğini de hatırlatmaktadır (*Odièvre/Fransa* [BD],

no.42326/98, § 40, AİHM 2003-II, *Hämäläinen /Finlandiya* [BD], no.37359/09, § 62, AİHM 2014 ve yukarıda anılan *Bărbulescu* kararı, § 108).

153. Mahkeme, mevcut davanın, Sözleşme'nin 8. maddesinin Taraf Devletler için eşcinsel kişilerin evlilik ilişkilerinin yasal olarak tanınmasından ve korunmasından yararlanmalarına imkân verme konusunda pozitif bir yükümlülük doğurup doğurmadığı sorusunu gündeme getirdiğini tespit etmektedir.

154. Mevcut davada, Mahkemeden, başvuranların Rusya'da evlenememelerinin Sözleşme'yi ihlal edip etmediğini incelemesi istenmemiştir. Bu bağlamda, başvuranların Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin şikâyetlerinin, nihai karar açısından açıkça temelden yoksun olduğu gerekçesiyle reddedildiğini hatırlatmaktadır (bk. yukarıda 5 ve 82. paragraflar).

155. Mevcut dava, Rus hukukunda eşcinsel çiftlerin, bu tanımanın şeklinden bağımsız olarak, yasal olarak tanınmasına ilişkin herhangi bir imkânın bulunmamasıyla ilgilidir. Hükümetin Büyük Daire önünde önerdiğinin aksine, Daire kararı, davalı Devlete eşcinsel çiftlere evlilik izni verme yükümlülüğü getirmemiştir. Böyle bir yorum, Daire kararından veya Mahkemenin mevcut içtihadından çıkarılamaz (bk. aşağıda 165. paragraf).

i. *Mahkeme içtihadının durumu*

156. Mahkemenin 8. madde kapsamında eşcinsel kişilerin korunmasına ilişkin içtihatları gelişmeye ve zaman içinde tutarlılık kazanmaya devam etmiştir. Mahkemeden başlangıçta bu kişilerin özel hayatlarının en mahrem yönlerini etkileyen müdahaleler hakkında karar vermesi istenmişse de, (bk. rıza gösteren yetişkinler arasında özel olarak işlenen eşcinsel eylemlerin suç sayılmasına ilişkin olarak, yukarıda anılan *Dudgeon* kararı, *Norris/ İrlanda* kararı, 26 Ekim 1988, Seri A no. 142 ve *Modinos/Kıbrıs*, 22 Nisan 1993, Seri A no. 259,); eşcinsel kişilerin silahlı kuvvetlerden ihraç edilmesine ilişkin olarak, ayrıca bk. *Smith ve Grady/ Birleşik Krallık*, no. 33985/96 ve 33986/96, AİHM 1999-VI ve *Lustig-Prean ve Beckett/ Birleşik Krallık*, no. 31417/96 ve 32377/96, 27 Eylül 1999), eşcinsel çiftlerin korunmaması veya korumanın yetersizliği ile ilgili şikâyetleri gittikçe artarak değerlendirmeye başlamıştır (bk. örneğin, partnerinin ölümü halinde kira sözleşmesinin eşcinsel bir kişiye devredilmesine ilişkin olarak, *Karner/Avusturya*, no. 40016/98, AİHM 2003-IX ve *Kozak/Polonya*, no. 13102/02, 2 Mart 2010); eşcinsel bir çift tarafından basit evlat edinmeye erişimle ilgili olarak yukarıda anılan

Gas ve Dubois kararı; ailevi nedenlerle eşcinsel partnere oturma izni verilmesi ile ilgili olarak yukarıda anılan *Taddeucci ve McCall* kararı ve yukarıda anılan *Pajić* kararı).

157. Sonuç olarak, Mahkeme gittikçe artarak, eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmaması ve korunmamasına ilişkin birkaç davayla ilgilenmiştir.

158. Bu nedenle, yukarıda anılan *Schalk ve Kopf* davasında, başvuranlar, her ikisinin de eşcinsel olması nedeniyle, evlenemeyecekleri ve de ilişkilerinin başka bir şekilde yasal olarak tanıtamayacakları gerekçesiyle ayrımcılığa uğradıkları iddiasında bulunmuşlardır. Başvuranların şikâyetlerini yalnızca Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesi açısından inceleyen Mahkeme, ilişkilerinin tanınması ve korunması ihtiyaçları bakımından heteroseksüel bir çiftin durumuna benzer bir durumda olduklarını ifade ederek başlamıştır (yukarıda anılan *Schalk ve Kopf* kararı, § 99). Daha sonra, evlilik haricinde herhangi bir yasal tanınma şeklinin bulunmadığı bağlamındaki şikâyetle ilgili olarak Mahkeme, Avusturya yasa koyucunun, başvuranların başvuruda bulunmaları sonrasında, 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe giren kayıtlı birlikteliğe ilişkin bir yasayı kabul ettiğini gözlemlemiştir. Bu koşullar altında, Mahkemeye göre incelenmesi gereken sorun, Mahkemenin incelediği sırada durum halen böyleyse, eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmamasının, 8. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edip etmeyeceğini değil; ancak yalnızca davalı Devletin, başvuranlara olduğundan daha önce bir tanıma şekli sağlayıp sağlamadığını belirlemektir (*ibid*, § 103). Bu bağlamda Mahkeme, 2010 yılından itibaren eşcinsel partnerlerin birçok açıdan evliliğe eşdeğer veya benzer bir yasal statü elde etmelerine izin vererek (*ibid*, § 109), Avusturya'nın Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddeyi ihlal etmediği kanaatine varmıştır (*ibid*, § 106).

159. *Vallianatos ve diğerleri* davası farklı bir şekilde sunulmuştur. Başvuranlar, Yunanistan'da 3719/2008 sayılı Kanun'la getirilen "Birlikte Yaşama Sözleşmesinin" yalnızca heteroseksüel çiftlere mahsus olduğundan şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme, evlilik haricinde resmi olarak tanınan bir ortak yaşam biçimi olarak bu yasa tarafından öngörülen medeni birlikteliğinin, yarattığı genişletilmiş veya kısıtlanmış yasal sonuçlardan bağımsız olarak, başvuranlar için kendiliğinden bir değere sahip olduğunu kaydetmiştir. Eşcinsel çiftler için birlikte yaşamının, karşı cinsten çiftler için birlikte yaşamayla aynı karşılıklı destek ve

yardım ihtiyaçlarını içerdiğine dikkat çekmiştir. Bu nedenle, eşcinsel çiftlerin “Birlikte Yaşama Sözleşmesinin” yararına kabul edilmeleri yönünde özel bir menfaatleri olacaktır; zira bu onlara, karşı cinsten çiftlerin aksine, ilişkilerini kanun tarafından tanınan bir forma sokmak için Yunan hukukundaki tek yasal dayanağı sunacaktır. Ayrıca, Birlikte Yaşama Sözleşmesi’nin eşcinsel çiftleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi, bu çiftlerin kendi aralarında örf ve adet hukuku sözleşmeleri yapan basit bireyler olarak değil, Devlet tarafından resmen tanınan bir çift olarak mülkiyet, nafaka ve miras konularını düzenlemelerine izin verecektir (yukarıda anılan *Vallianatos ve diğerleri* kararı, §§ 81 ve 90). Hükümetin, eşcinsel çiftlerin, Birlikte Yaşama Sözleşmesinin dışında bırakılmasını haklı kılacak sağlam ve inandırıcı gerekçeler sunmaması sebebiyle (*ibid*, § 92), Mahkeme, Sözleşme’nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

160. Mahkeme, *Schalk ve Kopf* ile *Vallianatos ve diğerleri* davalarında, Sözleşme’nin tek başına 8. maddesi hakkında karar vermediğini kaydetmektedir. Ayrıca, *Vallianatos ve diğerleri* davasında, başvuranların şikâyeti, Yunan Devletinin eşcinsel çiftlerin bir şekilde yasal olarak tanınmasını sağlamak için kendisine yüklediği pozitif yükümlülüğü ihlal etmesi ile ilgili değildi (yukarıda anılan *Vallianatos ve diğerleri* kararı, § 75). Söz konusu dava, yasa koyucu tarafından evliliğe ek olarak konulan ve yalnızca heteroseksüel çiftlerin yararlanabileceği yasal bir rejimden eşcinsel çiftlerin dışlanmasıyla ilgiliydi.

161. Bunun yanı sıra, Mahkeme daha sonra, eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınma ve koruma elde etmelerinin imkânsızlığıyla doğrudan ilgili olan diğer davalarda Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan şikâyetler hakkında karar vermiştir.

162. Dolayısıyla Mahkeme, *Oliari ve diğerlerinin* kararında, eşcinsel çiftlerin iç hukukta ilişkilerinin tanınmasını ve korunmasını taahhüt eden yasal bir çerçeve oluşturarak onların özel ve aile yaşamlarına riayet edilmesini sağlama görevinin davalı Devlete düştüğünü ifade etmiştir (yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 164). Eşcinsel çiftlerin, heteroseksüel çiftler gibi, istikrarlı ilişkilere girme yeteneğine sahip olduklarını ve ilişkilerinin yasal olarak tanınması ve korunmasına benzer bir ihtiyaç duyduklarını hatırlatmıştır (*ibid*, § 165). Mahkeme, daha sonra mevcut davaya dönerek, eşcinsel çiftlere özgü hak ve

görevlerin yasal olarak tanınması ve korunması çağrısında bulunan İtalya Anayasa Mahkemesinin tutumunu dikkate almış (*ibid*, § 180) ve bu görüşün, İtalyan kamuoyunun çoğunluğunun duyarlılığını yansıttığını gözlemlemiştir (*ibid*, § 181). Evliliklerinin korunmasına yönelik bir rejime sahip olmayan başvuruların menfaatlerini ve davalı Devlet tarafından genel menfaat temelinde ileri sürülen argümanları inceledikten sonra, Mahkeme, başvuruların menfaatleriyle karşılaştırılabilecek ağır basan bir toplum menfaati yokluğunda, İtalya'nın takdir yetkisini aştığı ve başvurulara eşcinsel ilişkilerinin tanınmasını ve korunmasını sağlayan belirli bir yasal çerçeve sağlama konusundaki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği sonucuna varmıştır (*ibid*, § 185).

163. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında eşcinsel çiftlere yasal tanınma ve koruma sağlanması gereğini hatırlatarak, aynı tespitleri *Orlandi ve diğerleri* kararında yinelemiştir (yukarıda anılan *Orlandi ve diğerleri* kararı, §§ 192 ve 210). Mevcut davada Mahkeme yeniden, eşcinsel kişilere de açık olan medeni birlikteliğine ilişkin mevzuatın yürürlüğe girdiği (2016 yılından önce eşcinsel çiftlerin yasal tanınmasını ve etkili korumayı taahhüt eden spesifik bir yasal çerçevenin olmamasını göz önünde bulundurarak, İtalya'nın söz konusu farklı menfaatleri dengelemede adil bir denge kuramadığı kanaatine varmıştır (*ibid*, § 210).

164. Bu nedenle, Mahkemenin içtihatlarından, Sözleşme'nin 8. maddesinin, bir Taraf Devletin "özel bir yasal çerçeve" tesis ederek eşcinsel çiftlere yasal tanıma ve koruma sağlamasını gerekli kılacak şekilde yorumlandığı ortaya çıkmaktadır (yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 185 ve yukarıda anılan *Orlandi ve diğerleri* kararı, § 210).

165. Buna karşın, Sözleşme'nin 8. maddesi bugüne kadar Taraf Devletlere eşcinsel çiftlere açık evlilik pozitif yükümlülüğü yükleyecek şekilde yorumlanmamıştır. *Hämäläinen* kararında Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin böyle bir yükümlülük yüklediği şeklinde anlaşılamayacağını açıkça belirtmiştir (yukarıda anılan *Hämäläinen* kararı, § 71). 8. maddenin bu yorumu, Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 12. maddesine yapılan yoruma benzemektedir. Nitekim bu, Sözleşme'nin 12. maddesinin Sözleşmeciler Devletlere eşcinsel çiftlere açık evlilik yükümlülüğü yüklediği şeklinde anlaşılamayacağını bugüne kadar tutarlı bir

şekilde ifade etmiştir (yukarıda anılan *Schalk ve Kopf* kararı, § 63, yukarıda anılan *Hämäläinen* kararı § 96, yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 191 ve yukarıda anılan *Orlandi ve diğerleri* kararı, § 192). Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerin, yalnızca heteroseksüel çiftlere açık evlilik yapma özgürlüğüne sahip olduklarını göz önünde bulundurarak Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte 14. madde kapsamında aynı sonuca varmıştır (yukarıda anılan *Schalk ve Kopf* kararı, §§101 ve 108, yukarıda anılan *Gas ve Dubois* kararı, § 66 ve yukarıda anılan *Chapin ve Charpentier* kararı, § 48).

ii. *Ulusal ve uluslararası düzeyde gözlemlenebilir fikir birliği derecesi*

166. Mahkemenin Sözleşme'nin 8. maddesine ilişkin yukarıda belirtilen ve Taraf Devletlere eşcinsel çiftleri yasal olarak tanıma ve koruma yükümlülüğü getiren içtihatları, uluslararası hukuk gibi Taraf Devletlerin iç hukukun somut ve sürekli gelişimi ile uyumludur.

167. Mahkeme, Sözleşme'nin, günümüz koşulları ve bugün demokratik Devletlerde hâkim olan kavramlar ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğunu hatırlatmaktadır (bk. diğer kararlar arasında, *Tyrer/Birleşik Krallık*, 25 Nisan 1978, § 31, Seri A no.26, yukarıda anılan *Marckx* kararı, § 41 ve yukarıda anılan *Christine Goodwin* kararı). Sözleşme'nin, her şeyden önce insan haklarının korunmasına yönelik bir mekanizma olması sebebiyle, Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerdeki duruma ilişkin gelişmeleri dikkate almalı ve örneğin, ulaşılabilecek standartlar konusunda ortaya çıkabilecek herhangi bir fikir birliğine tepki göstermelidir (*Stafford / Birleşik Krallık* [BD], no. 46295/99, § 68, AİHM 2002-IV, *Scoppola / İtalya* (no. 2) [BD], no. 10249/03, § 104, 17 Eylül 2009) ve *Bayatyan / Ermenistan* [BD], no.23459/03, § 102, AİHM 2011). Yukarıda anılan içtihattan da anlaşılacağı üzere, Mahkeme dinamik ve gelişen bir yaklaşımı sürdürmekte başarısız olması halinde, böyle bir tutum herhangi bir reform veya iyileştirmeyi engelleme riski taşır (bk. bu anlamda yukarıda anılan ve Mahkeme'nin, 8. madde kapsamında kendilerine yüklenen pozitif yükümlülükler nedeniyle, taraf Devletlerin artık, özellikle ilgili kişilerin medeni hallerini değiştirmelerine izin vererek, ameliyat edilen transseksüellerin cinsiyet değiştirmelerinin tanınmasını sağlamaları gerektiğine karar verdiği *Christine Goodwin* kararı, § 74; bk. ayrıca, Sözleşme'nin 7. maddesinin yorumlanmasıyla ilgili olarak yukarıda anılan

Scoppola kararı, § 104 ve Sözleşme'nin 9. maddesiyle ilgili olarak yukarıda belirtilen *Bayatyan* kararı, § 98).

168. Mahkeme tarafından verilen çok sayıda karar, Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların kapsamını yorumlama haklarının geliştirilmesine dayanan bu yorumlayıcı yaklaşımı göstermektedir (bk. örneğin, *Mazurek/Fransa* 34406/97, § 52, AİHM 2000-II, söz konusu kararda, Avrupa Konseyi üye Devletlerinde “evlilik dışı doğan çocuklara karşı ayrımcılığın ortadan kalkmasına yönelik net bir yönelim” kaydettikten sonra Mahkeme, Sözleşme'nin ihtilaf konusu hükümlerinin zorunlu olarak dinamik yorumunda “böyle bir gelişmeyi görmezden gelemeyeceği” sonucuna varmıştır.”).

169. Daha spesifik olarak eşcinsel kişiler ve Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında bu kişilerin korunmaları ile ilgili olarak Mahkeme, kırk yılı aşkın bir süre önce, rıza gösteren erkekler tarafından özel olarak gerçekleştirilen eşcinsel eylemleri suç sayan yasalarla ilgili olarak, yukarıda anılan *Dudgeon* kararında şunu belirtmiştir: “Günümüzde eşcinsel davranış, bu yasaların çıkarıldığı zamandan daha iyi anlaşılmaktadır ve bu nedenle, buna karşı daha fazla hoşgörülü davranılmaktadır: Avrupa Konseyine üye devletlerin büyük çoğunluğunda insanlar, burada incelenen türden uygulamaların kendi içlerinde cezai baskı gerektirdiğine inanmayı bıraktılar; oradaki ulusal mevzuat, bu noktada Mahkemenin göz ardı edemeyeceği açık bir gelişme göstermiştir (bk. *gerekli değişiklikler yapılmak koşuluyla (mutatis mutandis)*, yukarıda anılan *Marckx* kararı, s. 19, parag. 41 ve yukarıda anılan *Tyrer* kararı, § 31)”.

170. Başka bir ifadeyle, Sözleşme'nin hazırlandığı sırada “yasal ve normal” olarak kabul edilebilecek bir şey, daha sonrasında Sözleşme ile bağdaşmaz hale gelebilir (yukarıda anılan *Marckx* kararı, § 41).

171. Mevcut durumda Mahkeme, içtihadı boyunca, Taraf Devletlerde eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması ve korunması lehine devam eden bir eğilim olduğunu kaydetmiştir.

172. Böylelikle, 2010 yılında *Schalk ve Kopf* davasında Mahkeme, “eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmasına yönelik bir Avrupa konsensüsü ortaya çıktığını ve bu gelişmenin de son on yılda hızla gerçekleştiğini” tespit etmiştir. Ancak, eşcinsel çiftlere yasal tanıma sunan eyaletler henüz çoğunluğu oluşturmamaktadır.

Bu nedenle, söz konusu alan, her zaman hakların yerleşik bir fikir birliği olmaksızın geliştiği ve Devletlerin yasal reformların benimsenme hızını seçerken bir takdir payına sahip olması gereken bir alan olarak değerlendirilmelidir” (yukarıda anılan *Schalk ve Kopf* kararı, § 105). Mevcut davada Mahkeme, 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe giren Avusturya Kayıtlı Birliktelik Kanunu’nun yukarıda açıklanan gelişmeyi yansıttığını ve “(...) ortaya çıkan Avrupa mutabakatı çerçevesinde tespit edildiği” kanaatine varmıştır (*ibid*, § 106).

173. 2013 yılında, *Vallianatos ve diğerleri* kararında Mahkeme, “Avrupa Konseyi’ne üye Devletlerin yasal düzenlerinde bir fikir birliği olmamasına rağmen, şu anda eşcinsel kişiler arasındaki ilişkilerin yasal olarak tanınma biçimlerinin uygulanmasına ilişkin bir eğilim ortaya çıkmaktadır” yönünde tespitte bulunmuştur (yukarıda anılan *Vallianatos ve diğerleri* kararı, § 91). O zamanlar, dokuz Üye Devlet eşcinsel evliliğe izin verirken, on yedi Üye Devlet, eşcinsel çiftler için medeni birliktelik biçimleri öngörmektedir. Toplamda, on dokuz Üye Devlet eşcinsel çiftler için bir tür tanımaya (evlilik ve/veya kayıtlı birliktelik) izin vermiştir (*ibid*, § 25).

174. 2015 yılında, *Oliari ve diğerleri* davasında, Mahkeme, eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmasına yönelik eğilimin “*Schalk ve Kopf* kararından bu yana Avrupa’da hızla gelişmeye devam ettiği” tespitinde bulunmuştur. Nitekim Avrupa Konseyi üye devletlerinin “küçük bir çoğunluğu” (kırk yedi devletten yirmi dördü) o dönemde eşcinsel çiftlerin evlilik kurumu veya başka bir evlilik kurumu veya başka bir birleşme şekli yoluyla yasal olarak tanınmasını sağlayan yasa çıkarmıştı. Aynı hızlı gelişme, Avrupa Konseyi dışındaki birkaç ülkede de tespit edilebilir (yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, §§ 65, 135 ve 178).

175. Mahkeme tarafından bu davalarda zaten gözlemlenen dinamik bugün açıkça teyit edilmiştir. Mahkemenin elindeki verilere göre, şu anda otuz Taraf Devlet eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması imkânı sağlamaktadır. On sekiz eyalet, eşcinsel insanlara evlilik yolunu açmaktadır. Diğer on iki eyalet, evliliğe alternatif tanıma şekilleri oluşturmuştur. Eşcinsel çiftlerin evliliğine izin veren on sekiz devlet arasında, sekiz devlet bu çiftlere başka birleşme biçimleri imkânı da sunmaktadır (bk. yukarıda 66 ve 67. paragraflar). Bu koşullar altında, şu anda Taraf Devletlerde eşcinsel kişilerin birlikteliğinin (evlilik kurumu veya bir tür birliktelik

yoluyla) yasal olarak tanınması lehine açık ve sürekli bir eğilimden bahsetmek mümkündür; öyle ki otuz Taraf Devletin çoğunluğu bu anlamda yasa çıkarmıştır.

176. Taraf Devletlerde gözlemlenen bu açık ve sürekli eğilimin, çeşitli uluslararası organların benzer tutumlarıyla pekiştiği görülmektedir. Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme'nin bir boşlukta yorumlanamayacağını hatırlatmaktadır (*Magyar Helsinki Bizottság/Macaristan* [BD], no. 18030/11, § 123, 8 Kasım 2016). Uluslararası hukukun Sözleşme dışındaki unsurlarını ve bu unsurlara ilişkin yetkili organlar tarafından yapılan yorumları dikkate almaktadır (yukarıda anılan *Demir ve Baykara/Türkiye* kararı [BD], no. 34503/97, § 85, AİHM 2008, yukarıda anılan *Bayatyan* kararı , § 102 ve *Ulusal Spor Dernekleri ve Sendikaları Federasyonu (FNASS) ve diğerleri/Fransa*, no. 48151/11 ve 77769/13, § 181, 18 Ocak 2018). Sözleşme tarafından sunulan güvenceleri yorumlarken ve ilgili alanda ortak bir Avrupa standardının bulunup bulunmadığını belirlerken, ilgili uluslararası belgeleri ve raporları, özellikle de Avrupa Konseyinin diğer organlarınıninkileri dikkate almaktadır (*Tănase/Moldova* [BD], no.7/08, § 176, AİHM 2010).

177. Bu durumda, birkaç Avrupa Konseyi organı, üye Devletlerde eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmasını ve korunmasını sağlama gereğini vurgulamıştır (yukarıda 48-56. paragraflar). Mahkeme aynı zamanda, uluslararası düzeyde yaşanan gelişmeleri de dikkate almaktadır (bk. özellikle, yukarıda 46 ve 61. paragraflar). Son olarak, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin OC-24/17 sayılı tavsiye görüşünde, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf Devletlerin, eşcinsel çiftlerin oluşturduğu ailelerin haklarının korunmasını sağlamak amacıyla kendi iç hukuklarındaki mevcut tüm mekanizmalara, farklı cinsiyetten çiftlerin oluşturduğu ailelere göre ayırım yapılmaksızın erişim sağlamakla yükümlü olduğu kanaatine varmıştır (yukarıda 64. paragraf).

iii. Sonuç

178. Avrupa Konseyine üye Devletlerdeki açık ve sürekli bir eğilimle sağlamalaştırılan içtihatları (yukarıda 156-164. paragraflar) ışığında (yukarıda 175. paragraf), Mahkeme, bu devletlerin, Sözleşme'nin 8. maddesi temelinde üstlerine düşen pozitif yükümlülükler gereğince, eşcinsel kişilerin çift ilişkilerinin tanınmasından ve yeterli şekilde korunmasından yararlanmalarına olanak tanıyan yasal bir çerçeve sağlamakla yükümlü olduklarını doğrulamaktadır.

179. Sözleşme'nin 8. maddesinin bu yorumu, eşcinsel kişilerin özel ve aile yaşamlarının etkin bir şekilde korunmasını sağlama kaygısıyla dikte edilmektedir. Ayrıca, başta çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık olmak üzere, Sözleşme'nin teşvik ettiği “demokratik toplum” değerleriyle de uyumlu olduğu tespit edilmiştir (*Young, James ve Webster/Birleşik Krallık*, 13 Ağustos 1981, § 63, Seri A no.44, *Chassagnou ve diğerleri/Fransa* [BD], no. 25088/94 ve diğer 2 kişi, § 112, AİHM 1999-III ve *S.A.S./Fransa* [BD], no. 11, § 128, AİHM 2014). Mahkeme, bu bağlamda, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklere ilişkin her türlü yorumun, “demokratik bir toplum” ideallerini ve değerlerini korumayı ve geliştirmeyi amaçlayan genel ruhuyla bağdaştırılması gerektiğini hatırlatmaktadır (*Soering /Birleşik Krallık*, 7 Temmuz 1989, Seri A no. 161, yukarıda anılan *Svinarenko ve Slyadnev* kararı, *Khamtokhu ve Aksenchik / Rusya* [BD], no. 60367/08 ve 961/11, 24 Ocak 2017).

180. Mevcut durumda, eşcinsel çiftlerin yasal tanınma ve korumadan yararlanmalarına izin verilmesi, bu tür bir tanıma ve korumanın, bunları oluşturan insanların cinsel yönelimi ne olursa olsun, bu çiftlere meşruiyet kazandırması ve topluma dâhil olmalarını teşvik etmesi bakımından, bu ideallere ve değerlere şüphesiz hizmet etmektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin anlamı dâhilinde demokratik bir toplumun cinsel yönelime dayalı her türlü damgalamayı reddettiğini vurgulamaktadır (*Bayev ve diğerleri/Rusya*, no. 67667/09 ve diğer 2 kişi, § 83, 20 Haziran 2017). Temeli, bireylerin eşit onurudur ve bir tehdit olarak değil, zenginlik olarak algıladığı çeşitlilikten beslenir (*Natchova ve diğerleri/Bulgaristan* [BD], no. 43577/98 ve 43579/98, § 145, AİHM 2005-VII).

181. Mahkeme, bu bağlamda, birçok organ ve merciin, eşcinsel çiftlerin tanınması ve korunmasının, eşcinsel kişilere yönelik önyargı ve ayrımcılıkla mücadele için bir araç oluşturduğu kanaatine vardıklarını gözlemlemektedir (yukarıda 46, 48 ve 125. paragraflar).

182. Şimdi, yukarıda belirtilen pozitif yükümlülüğün uygulanmasında Taraf Devletlere tanınan takdir yetkisinin belirlenmesi gerekmektedir.

b) Ulusal takdir payının kapsamı

183. Taraf Devletler, Sözleşme'nin 8. maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirirken, kapsamı çeşitli faktörlere göre değişiklik gösteren bir takdir yetkisine sahiptirler. Mahkeme bu bağlamda içtihatlarından

çıkan ilkeleri hatırlatır (*Evans/Birleşik Krallık* [BD], no. 6339/05, § 77, AİHM 2007-I, *Dubská ve Krejzová /Çek Cumhuriyeti* [BD] , no. 28859/11 ve 28473/12, § 178, 15 Kasım 2016, yukarıda anılan *Paradiso ve Campanelli* kararı, § 182; *S.H./Avusturya* [BD], no. 57813/00, § 94, AİHM 2011,y ukarıda anılan *Hämäläinen* kararı, § 67 ve *Vavříčka ve Diğerleri /Çek Cumhuriyeti* [BD], no. 47621/13 ve diğer beş başvuru, § 273, 8 Nisan 2021). Bir bireyin varlığının veya kimliğinin esaslı veya özellikle önemli bir yönü söz konusu olduğunda, Devlete bırakılan takdir genellikle kısıtlanır (bk. örneğin, yukarıda anılan *Dudgeon* kararı, § 60, yukarıda anılan *Christine Goodwin* kararı, § 90 ve *Mennesson /Fransa*, no.65192/11, § 80, AİHM 2014 (özetler)). Öte yandan, Avrupa Konseyine üye devletler arasında, söz konusu menfaatin göreceli önemi veya onu korumanın en iyi yolu hakkında bir fikir birliği olmadığında, özellikle davada, hassas ahlaki veya etik sorunlar gündeme getirildiğinde takdir yetkisi daha geniştir (örneğin bk. yukarıda anılan *S.H. ve diğerleri* kararı, § 97, yukarıda anılan *Paradiso ve Campanelli* kararı, §§ 194-195 ve yukarıda anılan *Dubská ve Krejzová* kararı, §§ 182-184).

184. İlk noktada Mahkeme, kişinin kimliğinin temel veya özellikle önemli yönlerinin, soyuyla (*Dickson/Birleşik Krallık* [BD], no. 44362/04 , § 78, AİHM 2007-V ve yukarıda anılan *Mennesson* kararı, § 80), kökenleri ve ebeveynlerinin kimliği (yukarıda anılan *Odièvre* kararı, § 29) ve etnik kimliği (*Aksu / Türkiye* [BD], no. 4149/04) ile ilgili bilgilere erişim 4149/04 ve 41029/04, § 58, AİHM 2012) ve hatta cinsel kimliği (*A.P., Garçon ve Nicot/Fransa*, no. 79885/12 ve diğer 2 kişi, § 123, 6 Nisan 2017) ile ilgili davalarda söz konusu olduğunu ifade etmiştir.

185. Mevcut davada Mahkeme, eşcinsel kişilerin birlikteliklerinin yasal olarak tanınması ve korunmasına yönelik taleplerinin, kişisel ve sosyal kimliklerinin özellikle önemli yönlerine dokunduğu kanaatindedir.

186. Daha sonra, bir konsensüsün varlığına ilişkin olarak Mahkeme, Avrupa Konseyi Üye Devletlerinde eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması ve korunması lehine Avrupa düzeyinde açık ve sürekli bir eğilim olduğunu kaydetmiştir (yukarıdaki paragraf).

187. Sonuç olarak, eşcinsel kişilerin kişisel ve sosyal kimliklerinin özellikle önemli yönleri tehlikede olduğundan (yukarıda 185. paragraf) ve ayrıca Avrupa Konseyi Üye Devletlerinde açık ve devam eden bir eğilim gözlemlendiğinden

(yukarıda 175. paragraf), Mahkeme, eşcinsel evli çiftlere yasal tanınma ve koruma imkânı verilmesi söz konusu olduğunda, Taraf Devletlerin önemli ölçüde azaltılmış bir takdir marjına sahip oldukları kanaatindedir.

188. Bunun yanı sıra, Mahkemenin içtihatlarından da anlaşılacağı üzere (yukarıda anılan *Schalk ve Kopf* kararı, § 108, yukarıda anılan *Gas ve Dubois* kararı, § 66; yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 177 ve yukarıda anılan *Chapin ve Charpentier* kararı, yukarıda, § 48), Taraf Devletler, zorunlu olarak, evlilik şeklini alması gerekmeyen eşcinsel çiftlere tanınacak yasal rejimin tam niteliğine karar vermede daha geniş bir takdir payına sahiptir (yukarıda 165. paragraf). Nitekim Devletler, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek için “yöntem seçimine” sahiptir (yukarıda anılan *Marckx* kararı, § 53). Devletlere tanınan bu serbestlik, hem eşcinsel çiftlere tanınacak tanıma biçimi hem de onlara sağlanacak korumanın içeriği ile ilgilidir.

189. Mahkeme, bu bağlamda, eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması ve korunması lehine açık ve sürekli bir eğilimin açık olmasına rağmen, bu tanınmanın şekli ve bu korumanın içeriği konusunda benzer bir fikir birliği bulunmadığını gözlemlemektedir. Ayrıca, Sözleşme'nin temelini oluşturan ikincillik ilkesi uyarınca, Sözleşme ile güvence altına alınan hakların kendi “yetki alanları” içindeki herkese tanınmasını sağlamak için gerekli tedbirlere karar vermek her şeyden önce Sözleşmeciler Devletlerin görevi olup eşcinsel çiftlere uygulanacak yasal rejimi belirlemek Mahkemenin görevi değildir (bk. yukarıda anılan *Christine Goodwin* kararı, § 85 ve yukarıda anılan *Marckx* kararı, § 58).

190. Ancak, Sözleşme, pratik ve etkili olan ve teorik veya yanıltıcı olmayan hakları korumayı amaçladığından (*Airey/İrlanda*, 9 Ekim 1979, § 24, Seri A no. 32 ve *M.A./Danimarka* [BD], no. 6697/18, § 162, 9 Temmuz 2021), taraf Devletlerin eşcinsel çiftlere sağladığı korumanın yeterli olması önemlidir (yukarıda 178. paragraf). Bu bağlamda, Mahkeme, bazı kararlarda, özellikle maddi (nafaka, vergi veya miras) veya manevi (karşılıklı yardımlaşma hakları ve görevleri) olmak üzere, eşcinsel çiftlere açık bir yasal mekanizma çerçevesinde düzenlenmesinden fayda sağlayacak olan çift olarak yaşama özgü sorulara atıfta bulunabilmiştir (bk. yukarıda anılan *Vallianatos ve diğerleri* kararı, § 81 ve yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 169).

c) Davalı Devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği hakkında

191. Yukarıdaki hususlar ışığında, davalı Devletin, başvurular açısından pozitif tanıma ve koruma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini tespit etmek artık Mahkemeye düşmektedir (yukarıda 178. paragraf). Bu amaçla, kendisine tanınan takdir payı dikkate alındığında, davalı Devletin ileri sürdüğü üstün çıkarlar ile başvurular tarafından talep edilen menfaatler arasında adil bir denge kurup kurmadığı incelenmelidir (yukarıda anılan *Hämäläinen* kararı, § 65; bk. ayrıca yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 175 ve yukarıda anılan *Orlandi ve diğerleri* kararı, § 198).

192. Mahkeme, başvuruların, çiftlerinin yasal olarak tanınmasını sağlamak amacıyla Rus makamları huzurunda adım attıkları zamanki durumdan yola çıkacak ve şikâyet ettikleri durumun, gerektiği takdirde, başvuruda bulundukları zamandan bu yana gelişip gelişmediğini Mahkemenin Rusya ile ilgili yargı yetkisinin 16 Eylül 2022 tarihinden sonra meydana gelen olayları kapsamadığını dikkate alarak inceleyecektir (yukarıda 72. paragraf).

193. Bu bağlamda, başvuruların ulusal yetkili makamlar önünde bu tanımayı talep ettikleri sırada, Rus hukukunun bu imkâna izin vermediği tartışılmazdır (*aski yönde bir karar için (a contrario)*, yukarıda anılan *Chapin ve Charpentier* kararı, §§ 49-51, söz konusu kararda, evlilik olasılığının olmaması nedeniyle, olayların meydana geldiği dönemde, başvuruların, bir medeni dayanışma sözleşmesi yapma seçeneği bulunmaktaydı.). Mevcut başvuruların sunulmasından sonra Rus hukukunun herhangi bir şekilde değişmediği de tartışılmamaktadır (*aksi yönde bir karar için (a contrario)*, yukarıda anılan *Schalk ve Kopf* kararı, §§ 102-106, söz konusu kararda, Mahkeme önünde başvurularının sunulduğu 2004 yılında, başvuruların Avusturya hukuku uyarınca ilişkilerinin tanınmasına yönelik hiçbir imkânları yoktu; ancak sonradan 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe giren mevzuat değişikliğinin ardından kayıtlı birliktelikte sonuçlanma imkânına sahip olmuşlardır).

194. Mahkeme, Davalı Devletin, eşcinsel çiftlerin resmi tanıma ve koruma rejiminden yararlanmasına izin vermek için iç hukukunu değiştirme niyetini ifade etmediğini kaydetmektedir. Aksine, Hükümet, eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması ve korunmasına ilişkin bu imkânsızlığın Sözleşme'nin 8. maddesi ile uyumlu olduğunu ve sözde üstün çıkarların korunmasını sağlamak için

gerekelendirildiğini ileri sürmektedir. Mahkeme ayrıca, bir erkek ve bir kadın arasındaki birliğe dayanan geleneksel ailenin korunmasının, yakın zamanda 2020 yılında gerçekleştirilen Anayasa reformuyla pekiştirildiğini kaydetmektedir (yukarıda 42. paragraf).

195. Bu nedenle davalı Devletin durumu, eşcinsel kişilerin özel hayatlarının ve ailelerinin etkili bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla iç hukuklarında değişiklikler yapan çok sayıda Taraf Devletin durumundan önemli ölçüde farklılık göstermektedir (bk. özellikle yukarıda anılan *Schalk ve Kopf*, *Orlandi ve diğerleri*, *Chapin ve Charpentier* davaları ve ayrıca yukarıda 66 ve 67. paragraflarda belirtilen karşılaştırmalı hukuk unsurları).

i. *Başvuranların kişisel menfaatleri*

196. Başvuranlar, Rusya’da ilgili çiftlerinin yasal olarak tanınmasının imkânsızlığından şikâyet etmektedirler. Ayrıca, çiftlerinin karşı karşıya kaldıkları yasal boşluğun onları her türlü yasal korumadan mahrum bıraktığını ve onları günlük yaşamlarında sonuç olarak zorluklara maruz bıraktığını iddia etmektedirler. Eşcinsel çiftler olarak ailelere yönelik konut ve mali programlara erişimin imkânsızlığına, ölen partnerden miras almanın imkânsızlığına ve ayrılık veya ölüm durumunda nafakadan yararlanmanın imkânsızlığına atıfta bulunmaktadır. Ayrıca, tamamen bir çift olarak görülmemelerinin, hasta partnere yardım etmek için izinden yararlanmalarını ve hastane yardımları ile ilgili önemli kararlar almalarını engellediğini iddia etmektedirler. Ayrıca, eşcinsel bir kişinin ceza yargılamasında yer alan diğer partner hakkında tanıklık etme yükümlülüğünden muaf tutulmadığını ve bu kişinin onu cezaevinde serbestçe ziyaret etme imkânının bulunmadığını (bk. yukarıda 104. paragraf) iddia etmektedirler.

197. Hükümet, ayrılma veya partnerlerden birinin ölümü halinde eşcinsel partnerlerin nafakadan yararlanmalarının veya diğer yardım yollarına erişmelerinin imkânsızlığına ilişkin görüş sunmamıştır. Öte yandan, başvuranların, diğer vatandaşlar gibi, mülkiyet ve miras konularında Rus yasalarının sağladığı haklardan yararlandıklarını ve ipotek sözleşmelerini sonuçlandırabileceklerini ileri sürmektedirler. Hükümet, Rus hukukunun, başvuranların haklarına yeterli koruma sağladığını ve hiçbir şekilde yetkili mercilere erişimlerini sınırlamadığını ileri sürmektedir (yukarıda 117. paragraf).

198. Büyük Daire önünde müdahil taraflar, Rus sivil toplum kuruluşları “Rus LGBT Ağı” ve “Sphere”, Rusya’daki eşcinsel çiftlerin durumunu farklı şekilde tanımlamışlar ve eşcinsel partnerlerin her gün yaşadıkları güçlükleri, özellikle de ailevi veya ebeveynlik nedenleriyle izin, vergi indirimleri veya ayrılma veya partnerlerden birinin ölümü durumunda nafaka (bk. yukarıda 132.paragraf), yani istikrarlı ilişki yaşayan bir çiftin en sıradan ihtiyaçlarını elde etme konusunda yaşadıkları zorluklardan yakınmışlardır.

199. ECRI, Rusya’da uygun bir yasal çerçevenin olmaması nedeniyle eşcinsel çiftlerin günlük hayatta karşılaştığı zorlukları doğrulamıştır (yukarıda 53. paragraf). Davalı Devleti, “eşcinsel çiftlerin günlük hayatta karşılaştıkları somut sorunları çözmek için, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, ilişkilerinin tanınmasına ve korunmasına izin verecek bir yasal çerçeveyi kabul etmeye” davet etmiştir (*ibid.*).

200. Mahkeme, birlikteliklerin resmi olarak tanınmasının başvurular için içsel bir değere sahip olduğunu kabul etmektedir. Bu tanıma, yalnızca kişisel kimliklerinin gelişimine değil, fakat aynı zamanda Sözleşme’nin 8. maddesinin kendilerine taahhüt ettiği sosyal kimliklerinin gelişimine de katkıda bulunmaktadır (yukarıda 144. paragraf).

201. Mahkeme, evlilik dışında resmi olarak tanınan bir birlikte yaşama biçiminin, eşcinsel çiftler için, bunun yarattığı genişletilmiş veya kısıtlanmış yasal sonuçlardan bağımsız olarak kendi içinde bir değere sahip olduğunu daha önce ifade etmiştir (yukarıda anılan *Vallianatos ve diğerleri* kararı, § 81). Dolayısıyla, eşcinsel kişiler tarafından oluşturulan bir birlikteliğin resmi olarak tanınması, bu çiftte dış dünya karşısında bir varoluş ve meşruiyet sağlamaktadır (yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 174).

202. Resmi olarak tanınmaya yönelik temel ihtiyacın ötesinde, eşcinsel bir çiftin de heteroseksüel bir çift gibi korunmaya yönelik “sıradan ihtiyaçları” bulunmaktadır (yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 169). Aslında çiftin tanınması, korunmasından ayrı tutulamaz. Mahkeme, eşcinsel çiftlerin, ilişkilerinin resmi olarak tanınması ve korunması ihtiyacı açısından heteroseksüel çiftlerle karşılaştırılabilir bir durumda olduklarını defalarca belirtmiştir (bk. özellikle

yukarıda anılan *Schalk ve Kopf* kararı, § 99, yukarıda anılan *Vallianatos ve diğerleri* kararı, §§ 78 ve 81 ve yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 165).

203. Mevcut davada Mahkeme, yalnızca, resmi olarak tanınmadığı takdirde, eşcinsel çiftlerin Rus yasalarına göre yalnızca *fili (de facto)* birliktelikler olduğu tespitinde bulunabilir. Bu kişiler, resmi olarak tanınan bir çift olarak değil, yalnızca kendi aralarında ortak hukuk sözleşmeleri akdeden bireyler olarak çift yaşamlarına bağlı olan mülkiyet, geçim veya mirasla ilgili meseleleri çözebilirler (bk. *gerekli değişiklikler yapılmak koşuluyla (mutatis mutandis)*, yukarıda anılan *Vallianatos ve diğerleri* kararı, § 81). Adli ve idari makamlar önünde de çiftlerinin varlığını ileri süremezler. Ancak, eşcinsellerin çiftlerinin olağan ihtiyaçları için koruma almak üzere yerel mahkemelere başvurmak zorunda olmaları, kendi başlarına, özel ve aile yaşamlarına saygı gösterilmesine engel teşkil etmektedir (yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 171).

204. Yukarıda belirtilenler ışığında, başvurulara uygulanan Rus yasal çerçevesinin, istikrarlı bir ilişki içinde olan eşcinsel çiftlerin tanınması ve korunmasına yönelik temel ihtiyaçları karşıladığı düşünülemez (bk. *gerekli değişiklikler yapılmak koşuluyla (mutatis mutandis)*, yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 172).

ii. *Davalı Devlet tarafından kamu yararı bağlamında ileri sürülen gerekçeler*

205. Eşcinsel çiftler için herhangi bir yasal tanınma ve koruma bulunmadığına dair Davalı Devlet tarafından ileri sürülen gerekçeleri incelemek artık uygun olacaktır. Bu, geleneksel ailenin değerlerini, Rus kamuoyunun çoğunluğunun hislerini ve reşit olmayanların eşcinselliğin teşvik edilmesine karşı korunmasını gerektirmektedir Bu gerekçeler aşağıda sırasıyla incelenecektir.

a) Geleneksel ailenin korunması

206. Hükümet, her şeyden önce, Rus toplumunun Anayasa tarafından korunan temel değerlerini oluşturan evlilik kurumlarının ve geleneksel ailenin korunması gerektiğini savunmaktadır (bk. yukarıda 115 ve 116. paragraflar). Mahkeme, içtihadında gelenekleri ve kültürel çeşitliliği korumanın önemini kabul ettiğinden, geleneksel aile değerlerini koruma amacının kendi başına eleştiriye açık olmadığını ileri sürmektedir (*ibid*).

207. Mahkeme, geleneksel aileyi desteklemenin ve teşvik etmenin kendi başına meşru, hatta değerli olduğunu hatırlatmaktadır (yukarıda anılan *Marckx*

kararı, § 40). Terimin geleneksel anlamıyla ailenin korunmasının, ilke olarak, cinsel yönelime dayalı muamele farklılığını haklı çıkarabilecek önemli ve meşru bir neden oluşturduğunu ifade etmiştir (yukarıda anılan *Karner* kararı, § 40, yukarıda anılan *Kozak* kararı, § 99 ve yukarıda anılan *Vallianatos ve diğerleri* kararı, § 83).

208. Bunun yanı sıra, terimin geleneksel anlamıyla aileyi koruma amacı oldukça soyut kalmaktadır ve bunu gerçekleştirmek için çok çeşitli somut tedbirler kullanılabilir (yukarıda anılan *Karner* kararı, § 41, yukarıda anılan *Kozak* kararı, § 98 ve yukarıda anılan *Vallianatos ve diğerleri* kararı, § 139). Ayrıca, Sözleşme’nin kabul edilmesinden bu yana geçirdiği değişikliklerin de gösterdiği gibi, aile kavramı zorunlu olarak gelişmektedir (yukarıda anılan *Mazurek* kararı, § 52).

209. Sözleşme, mevcut koşullar ışığında yorumlanması gereken canlı bir belge olduğundan, Devletin aileyi korumak ve aile hayatına saygıyı sağlamak için 8. madde kapsamında alınacak tedbirleri, toplumun gelişimini, toplumun, medeni durumun ve ilişkisel düzenin sorularını algılama biçiminde ortaya çıkan değişiklikleri, özellikle özel ve aile hayatı yürütme şekliyle ilgili olarak daha olası bir yol veya seçim olduğu yönündeki düşünciyi dikkate alarak seçmesi gerekmektedir (yukarıda anılan *Vallianatos ve diğerleri*, § 84 ve burada anılan içtihat).

210. Dolayısıyla, Belçika hukukunda “meşru” aile ile “doğal” aile arasında yapılan ayrım ile ilgili *Marckx* kararında Mahkeme şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Geleneksel aileyi desteklemek ve teşvik etmek bizzat meşru hatta övgüye değerdir”, “mevcut davada olduğu gibi, “doğal” aileye zarar vermeye veya zararlar sonuculan tedbirlere bu amaçla başvurmamak da gereklidir; doğal ailenin üyeleri, 8. maddenin güvencelerinden meşru aileninkilerle eşit olarak yararlanır” (yukarıda anılan *Marckx* kararı, § 40).

211. Bilhassa eşcinsel çiftlerle ilgili olarak, Mahkeme, Sözleşme’nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesi uyarınca, eşcinsel partnerlerin, partnerlerden birinin ölümü halinde kira sözleşmesinin devrinden doğan faydadan mahrum bırakılmasının, geleneksel aileyi koruma ihtiyacı ile haklı gösterilemeyeceğine karar vermiştir (bk. yukarıda anılan *Karner* kararı, § 41 ve yukarıda anılan *Kozak* kararı, § 99). Mahkeme, *Taddeucci ve McCall/İtalya* (yukarıda anılan, § 98) davasında eşcinsel partnerin ailevi nedenlerle oturma izninden yararlanamaması

konusunda da aynı sonuca varmıştır. *X ve diğerleri/Avusturya* davasında, Mahkeme benzer şekilde, eşcinsel çiftlerin Avusturya'daki heteroseksüel çiftlere açık ortak ebeveynliğin kabul edilme alanından dışlanmasının geleneksel ailenin korunmasıyla haklı gösterilemeyeceğinin kanıtlanamadığı kanaatine varmıştır (*X ve diğerleri/ Avusturya* [BD], no.19010/07, § 151, AİHM 2013).

212. Mevcut davada, istikrarlı bir ilişki içinde olan eşcinsel çiftlere yasal olarak tanınma ve koruma sağlamanın kendi başına geleneksel şekilde oluşturulmuş ailelere zarar verebileceğini veya onların geleceğini tehlikeye atabileceğini düşünmek için hiçbir neden yoktur (*gerekli değişiklikler yapılmak koşuluyla (mutatis mutandis)*), yukarıda anılan *Bayev ve diğerleri* kararı, § 67). Nitekim eşcinsel çiftlerin tanınması, heteroseksüel çiftlerin evlenmelerini veya verdikleri modele uygun bir aile kurmalarını hiçbir şekilde engellemez. Daha geniş anlamda, eşcinsel çiftlerin haklarının tanınması, kendi içinde, diğer insanlar veya diğer çiftler için tanınan hakların zayıflaması anlamına gelmemektedir. Hükümet aksini ifade edecek durumda değildir.

213. Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, geleneksel ailenin korunmasının, mevcut davada, eşcinsel çiftlerin herhangi bir şekilde yasal olarak tanınmaması ve korunmamasını haklı çıkaramayacağı kanaatindedir.

2) Rus kamuoyunun çoğunluk duygusu

214. Hükümet, Mahkemenin değerlendirmesinde, *Oliari ve diğerleri* davasındaki yaklaşımında olduğu gibi, eşcinsel ilişkilere büyük ölçüde karşı olan Rus kamuoyunun tutumunu dikkate alması gerektiğini savunmaktadır (bk. yukarıda 118. paragraf).

215. Mahkeme, öncelikle, *Oliari ve diğerleri* davasında, çoğunluğu eşcinsel çiftlerin tanınmasından yana olan İtalyan kamuoyunun duyarlılığını kuşkusuz dikkate aldığını kaydetmektedir (yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 181). Ancak bu durumun Mahkemenin muhakemesinde belirleyici olduğu söylenemez. Mahkeme, bu davada, yüksek ulusal mahkemelerin, hukuki süreç olmaksızın vardığı sonuçları göz önünde bulundurarak ve daha geniş anlamda, başvuranların kişisel çıkarlarına üstün gelmesi muhtemel olan daha yüksek bir topluluk çıkarının bulunmamasını vurgulayarak, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*ibid* , § 185).

216. Ayrıca, Mahkeme, bazen bireylerin çıkarlarını bir grubun çıkarlarına tabi kılmak gerekli olsa da, demokrasinin çoğunluğun fikrinin sürekli üstünlüğüne indirgenmediğini, aksine azınlık bireylerine adil davranılmasını sağlayan ve hâkim durumun kötüye kullanılmasından kaçınan bir denge gerektirdiğini birçok kez hatırlatmıştır (bk. *gerekli değişiklikler yapılmak koşuluyla (mutatis mutandis)*, yukarıda anılan *Young, James ve Webster* kararı, § 63, yukarıda anılan *Chassagnou ve diğerleri* kararı, § 112, *Gorzelik ve diğerleri/Polonya* [BD], no. 44158/98, § 90, AİHM 2004 I ve *İzzettin Doğan ve diğerleri / Türkiye* [BD], no.62649/10, § 109, 26 Nisan 2016).

217. Mahkemenin, heteroseksüel çoğunluğun eşcinsel azınlığa yönelik önyargılarını içeren politikaları ve kararları onaylamayı sürekli olarak reddettiğini belirtmek önem arz etmektedir (yukarıda anılan *Bayev ve diğerleri* kararı, § 68, yukarıda anılan *Smith ve Grady* kararı, § 97, *Salgueiro da Silva Mouta/Portekiz*, no. 33290/96, §§ 34-36, AİHM 1999-IX ve L. ve V./Avusturya, no. 39392/98 ve 39829/98, § 52, AİHM 2003-I). Öte yandan, Sözleşme'nin 14. maddesi açısından, belirli bir ülkedeki gelenekler, basmakalıp yargılar ve hâkim olan sosyal tutumların, cinsel yönelime dayalı bir farklı muamele için kendi başlarına yeterli gerekçe oluşturamayacağına işaret etmiştir (yukarıda anılan *Khamtokhu ve Aksenchik* kararı, § 78).

218. Ayrıca Mahkeme, Hükümetin, Rusların çoğunluğunun ifade özgürlüğü, cinsel azınlıkların toplanma veya dernek kurma özgürlüğü ile ilgili davalarda eşcinselliği onaylamadığı yönündeki iddiasını zaten reddetmiştir. Daire gibi (§ 52), Büyük Daire de, bir azınlık grubunun, güvence altına aldığı hakları yalnızca çoğunluk tarafından kabul edilmesi koşuluyla kullanabilmesinin Sözleşme'nin altındaki değerlerle gerçekten bağdaşmayacağı görüşündedir. Böyle bir durumda, azınlık gruplarının din, ifade ve toplanma özgürlüğü hakkı tamamen teorik hale gelir ve Sözleşme'nin gerektirdiği şekilde pratik ve etkili olmaz (*Barankevich /Rusya*, no. 10519/03, § 31, 26 Temmuz 2007, yukarıda anılan *Bayev ve diğerleri* kararı, § 70 ve *Alekseyev/Rusya*, no. 4916/07 ve diğer 2 kişi, § 81, 21 Ekim 2010, bk., davalı Devletin dışında, *Sekmadienis Ltd./Litvanya*, no. 69317 /14, § 82, 30 Ocak 2018 ve *Beizaras ve Levickas/Litvanya*, no. 41288/15, § 123, 14 Ocak 2020).

219. Mahkeme, bu değerlendirmelerin mevcut davayla tamamen ilgili olduğu kanaatindedir; öyle ki Rusya'daki heteroseksüel çoğunluğun iddia edilen olumsuz hatta düşmanca tavrı, başvuruların, çiftlerinin hukuk tarafından tanınmasını ve yeterince korunmasını görme menfaatlerine karşı çıkamaz.

3) Reşit olmayanların eşcinselliğin teşvik edilmesine karşı korunması

220. Hükümet, Daireye sunduğu görüşlerinde, eşcinsel çiftlerin resmi olarak tanınmasının, reşit olmayanları eşcinselliğin teşvik edilmesine karşı korumaya yönelik temel ilkeye aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Sağlıklarına, ahlaklarına zarar verebileceğini ve içlerinde “geleneksel evlilik ilişkileri ile geleneksel olmayan evlilik ilişkileri arasında yanlış bir sosyal denklik izlenimi” yaratabileceğini ifade etmiştir. Bu argüman, reşit olmayanları “eşcinsellik propagandasına” karşı koruyan yasalara dayanmaktaydı (Daire kararının 34 ve 53. paragrafları).

221. Hükümet, Büyük Daire huzurunda bu iddiaları açıkça tekrarlamamıştır.

222. Her ne olursa olsun, Mahkeme, *Bayev ve diğerleri* kararında eşcinselliğin veya geleneksel olmayan cinsel ilişkilerin reşit olmayanlara teşvik edilmesine ilişkin yasama yasağı hakkında karar verme fırsatı bulmuştu. Bu kararla, “söz konusu yasal hükümlerin, heteroseksüel çoğunluk açısından eşcinsel azınlığa ilişkin bir önyargı içerdiğini” ifade etmiştir (yukarıda anılan *Bayev ve diğerleri* kararı, §§ 68-69 ve 91). “Yetkililerin bu yasayı kabul ederek, demokratik bir toplumdan ayrılamaz olan eşitlik, çoğulculuk ve hoşgörü kavramlarıyla bağdaşmayan damgalama ve önyargıyı vurguladığı ve homofobiyi teşvik ettiği” sonucuna varmıştır (*ibid*, § 83).

223. Mahkeme, mevcut davada bu sonuçtan sapacak herhangi bir neden görmemektedir.

d) Sonuç

224. Mahkeme, yaptığı incelemenin sonunda, Hükümetin kamu yararı bağlamında ileri sürdüğü gerekçelerden hiçbirinin, başvuruların, çiftleri için uygun yasal tanınma ve koruma elde etme konusundaki menfaatlerine ağır basmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, davalı Devletin takdir yetkisini aştığı ve başvuruların özel ve aile yaşamlarına saygı hakkını güvence altına alma konusundaki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği sonucuna varmıştır.

225. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

IV. SÖZLEŞME’NİN 8. MADDESİYLE BİRLİKTE 14. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

226. Başvuranlar, evlilik haricinde çiftlerinin yasal olarak tanınmasının imkânsızlığının cinsel yönelime dayalı ayrımcılık teşkil ettiğini iddia etmektedirler. Başvuranlar, Sözleşme’nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesini ileri sürmektedirler.

A. Dairenin Kararı

227. Daire, Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiği tespitini göz önünde bulundurarak, mevcut davada Sözleşme’nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesinin de ihlal edilip edilmediğini incelemenin gerekli olmadığı kanaatine varmıştır.

B. Tarafların Argümanları

228. Başvuranlar, evlilik olmaksızın çiftlerinin tanınmasının ve evli çiftlere benzer bir yasal korumanın elde edilmesinin imkânsızlığının, kendilerini Sözleşme’nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesine aykırı olarak cinsel yönelime dayalı ayrımcılığa maruz bıraktığını iddia etmektedirler. Bu muamele farklılığı herhangi bir meşru amaç gütmemektedir.

229. Hükümet, evli olmayan heteroseksüel çiftlerle aynı haklara sahip oldukları için başvuranların cinsel yönelimlerine dayalı ayrımcılıktan şikâyet etmekte haksız olduklarını, Rus hukukunda bir çift için yasal olarak tanınmanın tek olası biçiminin evlilik olduğunu ileri sürmektedir.

C. Mahkemenin Değerlendirmesi

230. Daire gibi Büyük Daire de 8. madde kapsamında ulaştığı tespitleri dikkate alarak, Sözleşme’nin 8. maddesi ile birlikte okunduğunda 14. maddesinin ihlal edilip edilmediğini ayrıca incelemeyi gerekli görmemektedir (*Valentin Câmpeanu adına Hukuki Kaynaklar Merkezi/ Romanya* [BD], no. 47848/08, § 156, AİHM 2014; ayrıca bk. yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 188 ve yukarıda anılan *Orlandi ve diğerleri* kararı, § 212).

V. SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

231. Sözleşme’nin 41. maddesi aşağıdaki şekildedir:

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI

“Eğer Mahkeme, işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Taraf’ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder. ”

A. Tazminat

232. Başvuranlar, Daire önünde, manevi zarar için 50.000 avro (EUR) talep etmektedirler.

233. Hükümet, bu talebe karşı çıkmaktadır.

234. Ayrıca, bir başvurana Büyük Daire huzurunda yalnızca önündeki yargılama kapsamında yapılan masraf ve giderlere ilişkin taleplerini sunma izni verildiği için, Mahkemenin, Sözleşme’nin 43. maddesi gereğince göndermeye konu olan davalardaki uygulaması, genel olarak, adil tazmin talebinin, Daireye başlangıçta sunulanla aynı olduğu yönündedir (*Nagmetov/Rusya* [BD], no. 35589/08, § 63, 30 Mart 2017 ve *Abdi İbrahim/Norveç* [BD], no. 15379/16, § 168, 10 Aralık 2021).

235. Mahkeme, somut olayın koşulları dikkate alındığında, ihlal tespitinin, başvuranların maruz kalmış olabileceği her türlü manevi zarar için yeterli adil tazmin teşkil ettiği kanaatindedir.

B. Masraf ve Giderler

236. Başvuranlar, Büyük Daire önündeki yargılama kapsamında masraf ve giderler bağlamında iddia sunmamışlardır.

237. Mahkeme, İç Tüzüğü’nün 60. maddesi uyarınca, bu bağlamda herhangi bir ödeme yapılmamasına karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,

1. Oy birliğiyle, bu şikâyetlerin, 16 Eylül 2022 tarihinden önce meydana gelen olaylarla ilgili olması sebebiyle, başvuranlar tarafından ileri sürülen şikâyetleri inceleme yetkisine sahip olduğuna;

2. Bire karşı on altı oyla, 40792/10 ve 43439/14 no.lu başvuruların Shipitko ve Yakovleva ile ilgili olmaları nedeniyle kayıttan düşürülmesine ve davanın diğer başvuranlar açısından incelenmesine sürdürülmesine;

3. Bire karşı on altı oyla, Hükümetin ilk itirazlarının reddine;

4. Üçe karşı on dört oyla, Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine;

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI

5. Dörde karşı on üç oyla, Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesi bağlamındaki şikâyeti ayrı olarak incelemeye gerek olmadığına;

6. İkiye karşı on beş oyla, ihlal tespitinin başvuranların maruz kaldıkları manevi zarar için tek başına yeterli bir adil tazmin sağladığına;

7. Bire karşı on altı oyla, geri kalan kısmı için adil tazmin taleplerinin reddine *karar vermiştir.*

İşbu karar Fransızca ve İngilizce dillerinde tanzim edilmiş olup Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca 17 Ocak 2023 tarihinde Strazburg'ta bulunan İnsan Hakları Sarayında kamuya açık olarak gerçekleştirilen duruşmada açıklanmıştır.

Søren Prebensen

Robert Spano

Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Başkan

Mevcut kararın ekinde, Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak, aşağıdaki ayırık görüşler yer almaktadır:

- Hâkim Motoc'un da katıldığı Hâkim Pavli'nin kısmi muhalefet şerhi;
- Hâkimler Wojtyczek, Poláčeková ve Lobov'un ayırık görüşleri.

R.S.

S.C.P.

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI – AYRIK GÖRÜŞLER
HÂKİM MOTOC’UN DA KATILDIĞI HÂKİM PAVLI
TARAFINDAN SUNULAN KISMİ MUHALEFET ŞERHİ

(Çeviridir)

1. Mevcut davada, Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine dair koşulsuz tepspitten yana çoğunlukla birlikte oy kullandım. Hâkim Anthony Kennedy’in sözleriyle, “Adaletsizliğin doğası, onu her zaman kendi zamanımızda göremememizdir”¹. Mahkeme, hâlihazırdaki kararıyla, Avrupa’da nerede olursa olsunlar, cinsel azınlıkları görünmez kılan perdeyi kaldırmaktadır.

2. Bununla birlikte, çoğunluğun başvuranların Sözleşme’nin 8. maddesiyle birlikte Sözleşme’nin 14. maddesine ilişkin şikâyetinin ayrı olarak incelenmesine gerek olmadığını belirtmesi halinde, çoğunluğa katılamayacağımdan dolayı üzüntü duymaktayım. Bu şikâyet, başvuranların evlilik dışındaki ilişkilerinin yasal olarak tanınma şekline erişimin imkânsızlığının cinsel yönelime dayalı ayrımcılık teşkil ettiği yönündeki iddiaya dayanmaktadır (kararın 226. paragrafı). “*Câmpeanu* formülüne” dayanarak, çoğunluğun vardığı sonuç (kararın 230. paragrafı) bağlamında, muamele eşitsizliğine ilişkin şikâyetin “davanın temel bir yönünü” teşkil etmediği ileri sürülmektedir (*Dudgeon/Birleşik Krallık*, 22 Ekim 1981, § 67, A serisi no. 45, *Chassagnou ve diğerleri/Fransa* [BD], no. 25088/94 ve diğer 2 başvuru, § 89, AİHM 1999-III, *Timichev/Rusya*, no. 55762/00 ve 55974/00, § 53, AİHM 2005-XII ve *A.K. ve L./Hrvatistan*, no. 37956/11, § 92, 8 Ocak 2013) Meslektaşlarıma tamamen saygı duyarak, bu görüşe katılmıyorum.

3. Sözleşme’nin 14. maddesi bağlamındaki şikâyetin özet olarak ele alınması, ilgili sorunlar hakkında önceki içtihadımızın büyük bir kısmı gibi, herhangi bir şekilde eşitlik değerlendirmelerine dayalı pek çok iddianın bulunduğu, Sözleşme’nin 8. maddesi açısından Büyük Daire tarafından yapılan incelemenin büyük bir kısmıyla çelişmektedir (özellikle bk. kararın 146, 158, 159, 162, 177, 180, 181, 211 ve 217. paragrafları). Bundan böyle, Mahkemenin yerleşik yaklaşımı, eşcinsel çiftlerin “ilişkilerinin tanınması ve korunması yönündeki ihtiyaçlarına ilişkin olarak, heteroseksüel bir çiftin durumuna benzer bir durumda”

¹ *Obergefell/Hodges*, 576 U.S. 644 (2015, çoğunluğun görüşü).

bulunduklarına dair temel görüşe dayanmaktadır. Başka bir deyişle, bu çiftler, özellikle “kişisel ve sosyal kimliklerinin bilhassa özel yönlerine” ilişkin olarak, kanunun korumasına daha az *layık* değildirlir (kararın 185. paragrafı). Mahkemenin en yüksek adli oluşumunun hâlihazırda verdiği karar, yalnızca kırk yıl kadar önceki “[homoseksüel davranışa] yönelik daha fazla hoşgörüden (yukarıda anılan *Dudgeon* kararı, § 60) bunların eşit haysiyetlerine tam saygı duymaya ilişkin kademeli, ancak sürekli değişimde önemli bir aşamaya işaret etmektedir (diğer atıflar arasında bk. kararın 180. paragrafı).

4. Ayrıca, başvuranların cinsel yöneliminin, ilgililerin istikrarlı ilişkileri bağlamında oluşturulan bağın herhangi bir şekilde tanınmasının veya yasal olarak korunmasının reddedilmesine neden olan *tek gerekçe* olmasına itiraz edilmemektedir. Ulusal yasal rejimi desteklemek amacıyla davalı Hükümet tarafından ileri sürülen gerekçeler, bu hususta herhangi bir şüpheye yer bırakmamaktadır. Ayrıca başvuranlara Rus hukukunda yasal koruma, imtiyaz ve evliliğe ilişkin geleneksel yasal kuruma bağlı sorumluluklardan yararlanan, heteroseksüel çiftlerden (yani cinsel yönelimi mevcut davada başvuranların yöneliminden farklı olan iki kişiden oluşan) farklı bir şekilde muamele edildiği açıktır. Büyük Daire, ayrımcılık yapmama ve demokratik çoğulculuk ilkelerine ve temel hakların karşı çoğunluk boyutuna dayanan iddiaları kullanarak -geleneksel ailenin korunması, halkın çoğunluğunun görüş ve duygularına saygı gösterilmesi ve reşit olmayanların korunmasına dayanan- Rus Hükümeti tarafından ileri sürülen üç gerekçeyi reddetmiştir. Çoğunlukların iyi bir evliliği oluşturan hususlara ilişkin görüşlerini ifade etme hakkına sahip olmalarına rağmen, yasal olarak dışlanmalarına ve özel hayat ve aile hayatı konusunda en temel haklarının reddedilmesine yol açacak bir şekilde cinsel azınlıklara bu görüşü dayatamazlar. Bu değerlendirmeler ışığında, yalnızca muamele eşitliği iddiasının bu davanın “temel bir yönü” olduğu sonucuna varabilirim.

5. Adil olmak için, söz konusu kararın muamele eşitliğine ilişkin önemli değerlendirmeler içerdiğini belirtmem gerekmektedir: Bu karar, örnek olarak, eşcinsel iki kişi arasındaki ilişkilerin yasal olarak tanınmasının “[eşcinsel] çiftlere bir meşruiyet verdiğini ve bu çiftleri oluşturan kişilerin cinsel yönelimi dikkate alınmaksızın, topluma dâhil edilmelerini desteklediğini” ve bunların

damgalanmasıyla mücadele etmeye katkıda bulunduğunu belirtmektedir (kararın 180. paragrafı). Bu tanınma, cinsel azınlık üyeleri için pratik veya yasal avantajların ötesine geçen “gerçek bir değere” sahiptir (kararın 200-201. paragrafları). Bununla birlikte, Büyük Dairenin başvuranlar tarafından ileri sürülen ayrımcılık şikâyetinin ayrı olarak incelenmesini kabul etmesi halinde, aynı durum ifade edilebilecektir. Kısa bir süre önce benzer bir bağlamda ileri sürdüğüm gibi, kanunlar ahlaki bir boyuta sahiptir ve toplumların ahlaki anlayışlarının şekillendirilmesine katkıda bulunmaktadır². Kanunlar, bunlardan yararlanan kişilere görünmez olmadıklarını, farklılıkları ne olursa olsun, bu toplumun eşit üyeleri olarak görüldüklerini ve değerlendirildiklerini belirtmektedirler. Yasaya aykırı gerekçelere dayanarak bir ayrımcılık yapan ulusal yasal rejimler tam tersini yapmaktadır: Bunlar, Sözleşme’nin 8. maddesi tarafından korunan herhangi bir kişinin haklarının ihlalinin ötesine geçen zararlara yol açarak, ön yargıları ve sosyal ayrımı güçlendirme eğilimindedir. Dolayısıyla, “haklardan eşit bir şekilde yararlanma” gerekliliğini onaylayan bir Mahkeme kararı, büyük bir gerçek değere sahiptir.

6. Ayrımcılık şikâyetinin esasına yönelik uygun bir incelemenin Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında hâlihazırda ve yarıncı incelemelerde bulunulması için yararlı olmasını sağlayan son bir ek neden bulunmaktadır: Devletin bu bağlamdaki takdir yetkisi sorunundan bahsetmek istemekteyim. Hâlihazırda verilen karar, bu yetkinin eşcinsel çiftlere bir tür yasal tanınma ve korunmanın sağlanmasına ilişkin olarak, “önemli ölçüde azaltılmış” olduğunu, ancak bu yetkinin kapsamının hem tanınma şekline hem de sağlanması gereken “korunmanın içeriğine” ilişkin olarak, uygun yasal rejimin tam niteliği hakkında karar vermek için “daha geniş” olduğunu belirtmektedir (kararın 187-188. paragrafları). Eşcinsel çiftlerin haklarıyla ilgili gelecekteki yasal mücadeleler, “önemli ölçüde azaltılmış olan” Devletin takdir yetkisi ile “daha geniş” olan takdir yetkisi arasındaki alanda gerçekleşecektir.

7. İlgili takdir yetkisine ilişkin bu nitelendirmeye katılmıyorum. Bununla birlikte, Mahkemenin bir adım daha atarak, eşcinsel çiftlere yönelik yasal korumanın niteliğine ilişkin olarak bu yetkinin “*dış sınırlarını*” en azından genel

² D. B. ve diğerleri/İsviçre (no. 58817/15 ve 58252/15, 22 Kasım 2022, kesinleşmemiş), Hâkim Pavli’nin kısmi muhalefet şerhi.

bir şekilde tanımlayarak, “yeterli” bir korumayı tavsiye eden oldukça minimalist bir talimatın ötesine geçmesini isterdim (kararın 190. paragrafı). Özellikle Sözleşme’nin 8. maddesiyle birlikte Sözleşme’nin 14. maddesine dayanarak incelenen bir dava olan *Vallianatos ve diğerleri/Yunanistan* ([BD], no. 29381/09 ve 32684/09, AİHM 2013) kararında Mahkeme tarafından düzenlenen hukuk kuralları, kendi kanaatime göre özel bir önem taşımaktadır. Öncelikle, heteroseksüel çiftlerin yararlandıkları yasal koruma ve avantajların öte yandan benzer durumlarda eşcinsel çiftlere yönelik yasal olarak reddedilebilmesini sağlayan nedenleri tespit etme görevi davalı Hükümetlere aittir. İkinci olarak, “Devletlere verilen takdir yetkisinin cinsiyete veya cinsel yönelime dayalı muamele farklılığına ilişkin (...) durumlarda dar olması [nedeniyle], hem orantılılık ilkesi kabul edilen tedbirin genellikle hedeflenen amacın gerçekleştirilmesini sağlayacak nitelikte olmasını gerektirmektedir, hem de bu ilke ayrıca, bu amaca ulaşmak için söz konusu tedbirin uygulama alanından bazı kişilerin -mevcut davada, homoseksüel bir ilişki yaşayan kişiler- çıkarılmasının gerekli olduğunu kanıtlama yükümlülüğü getirmektedir (*ibidem*, § 85, diğer atıflarla birlikte)³.

8. Başka bir ifadeyle, mevcut kararda tanınan “daha geniş” takdir yetkisinin uygulanması, mantığa ve Sözleşme’nin 14. maddesine ilişkin içtihadımızın ilkelerine aykırı sonuçlara yol açamayacaktır. Bu durum, özel yasal bağlamlarda “eşcinsel kişilerden oluşan çiftlerin korunmaması veya korunmasının yetersizliğine” ilişkin olarak, kararın 156. paragrafının *son cümlesinde (in fine)* ileri sürülen ve “geleneksel aileyi” korumaya yönelik amacın hangi nedenle daha önceki bazı davalarda eşcinsel çiftlerin aleyhine muamele eşitsizliğini haklı göstermek için yetersiz görüldüğünü açıklamak amacıyla daha sonra hatırlatılan mevcut içtihattan çok açık bir şekilde ortaya çıkmalıdır (kararın 211. paragrafı). Sözleşme’nin farklı hükümlerinin birbiriyle uyumlu olacak bir şekilde yorumlanması gerekliliği, temel bir yorumlama ilkesini teşkil etmektedir. Mahkeme, belirli bir davayı Sözleşme’nin

³ Şüphesiz, *Vallianatos ve diğerleri* davasında incelenen muamele farklılığı, heteroseksüel çiftlerin tanınması ve korunmasına ilişkin yasal rejimin tamamına erişimin eşcinsel çiftlere sağlanmasının reddedilmesiyle ilgilidir. Bu nedenle, cinsel yönelime dayanan yasal ayrımların genel olarak şüpheli olması nedeniyle, benzer ilkelerin özel menfaat ya da korumaların sağlanması bağlamındaki ayrımcılık hakkında uygulanması gerekmektedir (*Vejdeland ve diğerleri/İsveç*, § 55, 9 Şubat 2012; ayrıca bk. yalnızca cinsel yönelime dayalı muamele farklılığına ilişkin olarak, *E.B./Fransa* [BD], §§ 93 ve 96, 22 Ocak 2008, *Salgueiro da Silva Mouta/Portekiz*, § 36, AİHM 1999-IX, ve *X ve diğerleri/Avusturya* [BD], § 99, AİHM 2013) ve bu alandaki genel takdir yetkisi dar kalmaktadır.²

14. maddesi açısından incelemeyi seçsin ya da seçmesin, bu bağlamda davanın ağır etkisinden pek kaçınılamaz.

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI – AYRIK GÖRÜŞLER
HÂKİM WOJTYCZEK’İN MUHALEFET ŞERHİ

(Çeviridir)

“Hükümet cumhuriyete ne kadar yaklaşırsa, yargılama şekli o kadar değişmez olmaktadır” (Ch. de Secondat de Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, kitap VI, bölüm III)

Meslektaşlarıma tamamen saygı duyarak, mevcut davada Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiği yönündeki görüşlerini paylaşmıyorum. Bu davada, antlaşmaların yorumlanması ve Mahkemenin görevinin niteliğine ilişkin temel sorunlar ileri sürülmektedir. Benim itirazlarım, özellikle bu iki sorunla ilgili olarak çoğunluk tarafından kabul edilen yaklaşımla ilgilidir.

1. Mahkemenin Görevi

1.1. Mevcut davada başlangıç noktası, Mahkemenin görevinin kesin tanımıdır. Sözleşme’nin 19. maddesinde, bu görev şu ifadelerle tanımlanmaktadır: “Yüksek Sözleşmeci Taraflar açısından işbu Sözleşme ve Protokolleri’nden **doğan** [*engagements undertaken* - kalın yazı eklenmiştir] taahhütlere uyulmasını sağlamak”.

Sözleşme’nin giriş kısmı, “siyasi ideal ve gelenekler, özgürlüğe saygı ve hukukun üstünlüğüne ilişkin ortak mirasa” atıfta bulunmaktadır. Söz konusu giriş kısmı böylelikle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini, Sözleşme’de yer alan hakları ulusal hukuk düzenlerinde uzun bir süreden beri ortaya konulan anlamlarını dikkate alarak ve Yüksek Sözleşmeci Taraflar için ortak olan hususu araştırarak yorumlamaya davet etmektedir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar için Sözleşme’den **doğan** taahhütler, açıkça tanımlanan, belirlenmiş bir içeriğe sahip ve ortak miraslarına ait olan hakların korunmasıyla ilgilidir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, kesin içeriği zamanla gelişebilecek ve açıkça rızaları olmadan uyarlanabilecek olan belirsiz hakları korumayı taahhüt etmemişlerdir.

Öte yandan, Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesi şu güvenceye yer vermektedir:

“Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.”

Dolayısıyla yasama yetkisi, yani birincil yasal kuralları ve özellikle temel toplumsal sorunlara ilişkin yasal kuralları kabul etme yetkisinin seçilmiş bir parlamentoya verilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, Sözleşme, normatif yetkiyi kullanmak için seçilmemiş başka bir organdan kaynaklanabilecek temel toplumsal sorunlar hakkında birincil yasal kurallara karşı bir güvence sunmaktadır. Birincil yasal kurallar, ulusal parlamentolar tarafından kabul edilen kanunlar veya ulusal parlamentoların onayıyla onaylanan uluslararası antlaşmalar şeklini alabilmektedir. Temel toplumsal sorunlara ilişkin normatif yetki, adli bir organ, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bile kullanılamaz. Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesi açıkça, Avrupa’da temsil edilmeden herhangi bir sosyal dönüşümün olmayacağını açıkça güvence altına almaktadır. Bu hüküm, söz konusu ilkeye saygı göstermeyen siyasi rejimlerin deneyimine tepki olarak kabul edilmiştir.

Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 21. maddesinin 3. fıkrasını aşağıdaki şekilde açıklamaktadır:

“Halkın iradesi, kamu otoritesinin esasıdır; bu irade, gizli şekilde veya serbestliği sağlayacak muadil bir usul ile cereyan edecek, genel ve eşit oy verme yoluyla yapılacak olan devri ve dürüst seçimlerle ifade edilir.”

1.2. Mahkemenin görevi, Sözleşme’de değişiklik yapılmasına ilişkin mevcut prosedürün daha geniş bağlamında tanımlanmalıdır. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yürürlükte olan Sözleşme kurallarını yeni antlaşmalar aracılığıyla değiştirme ve uyarlama konusunda özgürdürler. Söz konusu taraflar, hâlihazırda, en azından altısının (1, 4, 6, 7, 12 ve 13 No.lu Protokoller) giriş kısmını değiştiren Sözleşme’ye Ek 15 No.lu Protokol’ün, mevcut hakların kapsamı ve korunması üzerinde belirli bir etkiye sahip olmasına rağmen, Sözleşme tarafından başlangıçta korunmayan yeni hakların korunmasını öngördüğü, on altı ek protokolü imzalamışlardır.

Bu bağlamda, Mahkemenin görevi, antlaşmaların yorumlanması konusunda uygulanabilir kurallara saygı çerçevesinde, mevcut antlaşmanın uygulanması ve yorumlanmasıyla yetinmektedir; bu görev, antlaşmanın uyarlanmasını veya değiştirilmesini kapsamamaktadır. Bu son yetki, yalnızca Yüksek Sözleşmeci Taraflara aittir. Yeni protokoller aracılığıyla ek hakların verilmesinin yararı, ilgili belgelerin Sözleşme’ye taraf olan kırk altı Devletin tamamının katılımının beklenmesi gerekmeksizin yürürlüğe girebilmesidir. Bu yöntem, Devletlere,

protokollere katılmalarının gerekip gerekmediğine ve ne zaman gerekli olduğuna karar vermelerini sağlamakta ve Sözleşme'nin giriş kısmında belirtilen gerçekte demokratik olan siyasi rejimin idealine daha iyi karşılık gelmektedir. Söz konusu yöntem, açık eğilimlere yapılan atfa -bölücü sorunlar bağlamında- dayalı Mahkemenin mevcut yaklaşımıyla ilgili tartışmaları önlemekte ve ilgili Devlet ve toplumlardan bazılarının tamamen karşı olabilecekleri sözleşmeye dayanan yeni yükümlülüklerin getirilmesine yol açmaktadır.

2. Dinamik Yorumlama Hususu

2.1. Çoğunluk, kararın 167. paragrafında şu şekilde haklı gösterdiği, Sözleşme'nin dinamik bir yorumlamasını kabul etmektedir:

“Mahkeme, Sözleşme'nin mevcut yaşam koşulları ve demokratik Devletlerde hâlihazırda hâkim olan kavramlar ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğunu hatırlatmaktadır. (...) Sözleşme'nin her şeyden önce insan haklarının korunmasına yönelik bir mekanizma olması nedeniyle, Mahkeme, Sözleşmeci Devletlerdeki duruma ilişkin gelişmeleri göz önünde bulundurmalı ve örnek olarak, ulaşılmaması gereken hukuk kurallarına ilişkin varılabilecek fikir birliğine tepki göstermelidir. (...) Yukarıda belirtilen içtihadattan anlaşıldığı üzere, Mahkemenin dinamik ve gelişime açık bir yaklaşımı sürdürmemesi halinde, bu türden bir tutum, her türlü reform veya gelişmeye engel olma riski taşıyacaktır (...)”

Bu yaklaşım Mahkemenin içtihadında yerleşik olsa da yine de bunun onaylanması zordur. Sözleşme, itiraz edilemez bir şekilde, yaşayan bir belgedir ve Mahkeme, bunu yeni durumlar hakkında uygulamalı ve bu yeni bağlamlarda hükümlerinin anlamını belirtmelidir. İchtihadın gelişmesiyle birlikte, Sözleşme'den doğan yasal yükümlülükler açıklanmalı ve özellikle belirtilmelidir. Yaşayan bir belge, içeriği belirginleşen, muhataplarına daha açık yönlendirmeler sağlayarak, daha özel bir hale gelen bir belgedir. Bu bağlamda, Sözleşme, diğer uluslararası antlaşmaların çoğundan pek farklı değildir. Mahkeme, normatif bir değere sahip olan kararların genel, hatta muğlak olan, Sözleşme'nin mevcut anlatımlarına daha özel bir anlam vermesi nedeniyle, bu kararlardan kaçınamaz. Bununla birlikte, yukarıda belirtildiği gibi, Mahkemenin görevi sınırlıdır ve Mahkemenin olası normatif yetkisi, şayet mevcutsa, ikincil ve türevdir. Başlangıç noktası, her zaman yasal bir metindir ve ihlal edilemez bir sınır olan, bu metnin anlamıdır. Mahkemenin görevi, yürürlükte olan kuralları sosyal veya toplumsal değişikliklere uyarlamak, hakların korunmasındaki eksiklikleri telafi etmek ya da Sözleşme'deki

diğer eksikleri gidermek söz konusu olduğunda, birincil hukuk kurallarının hazırlanmasını kapsamamaktadır. Bu türden bir uyarlama veya düzeltme, yalnızca yeni antlaşmalar aracılığıyla yapılabilmektedir.

Antlaşmaların yorumlanması ile antlaşmaların değiştirilmesi arasında kesin bir sınır çizgisi çizmek mümkün değildir. Çok sayıda mahkeme kararının yorumlayıcı kategoride ya da normatif kategoride sınıflandırılması tartışmalara yol açabilmektedir. Bununla birlikte, statüsü itiraz edilebilir olmayan, bazıları, açıkça antlaşmaların yorumlanması, diğerleri ise antlaşmaların hazırlanmasıyla ilgili olan birçok mahkeme kararı bulunmaktadır. Sözleşme tarafından başlangıçta sunulmayan yeni hakların verilmesi, antlaşmaların hazırlanması kategorisine girmekte ve yeni bir antlaşmanın kabul edilmesini gerektirmektedir. Her halükârda, kanunun yorumlanması ile kanunun hazırlanması arasındaki sınır hakkında desteklediğimiz teorik yaklaşım ne olursa olsun, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların korunmasında büyük bir paradigma değişikliği, her zaman Sözleşme’ye ek yeni bir protokolün kabul edilmesini gerektirmektedir.

Sözleşme’nin yaşayan bir belge olduğu yönündeki görüş, çoğunluğun anladığı gibi, Devletlerin demokratik yolla seçilmiş makamlarının antlaşmalar hazırlama yetkisinin önemli bir kısmını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine devreden yasal bir tekniğe karşılık gelmektedir. Burada, bu antlaşmaya taraf olan Devletlerde demokratik karar verme sürecine ilişkin bir sınırlama söz konusudur. Bu türden bir sınırlama genellikle, i) hak ve menfaatlerinin etkin bir şekilde savunulması için parlamentolarda yeterince temsil edilmeyen ayrı ve hassas grupları koruma gerekliliğiyle ve ii) mahkemelerin bu hak ve menfaatleri zorunlu olarak, temsilci demokrasi mekanizmalarına nazaran daha iyi korudukları yönündeki varsayımla haklı gösterilmektedir. Karma rejimlerin demokratik rejimlere nazaran tercih edilir olduğu yönündeki eski görüşün modern bir uyarlaması olan bu iddialara ilişkin ikna olmadım (özellikle Platon, *Kanunlar*, kitap III ile karşılaştırınız). Özellikle bu iddialar, *yürürlükteki hukuka (de lege lata)* dayanmamaktadır. Bu iddialar bağlamında, Sözleşme’nin Mahkemenin görevine ilişkin belirttiği açık ve sınırlı tanım dikkate alınmamaktadır. Sözleşme tarafından tanınan haklar, tanımı gereği, karşı çoğunluk iddialarıdır, ancak bunlar sadece Sözleşme’de yer almaları halinde ve yalnızca bu şekilde bulundukları sürece yasal

olarak uygulanabilir karşı çoğunluk iddiaları haline gelmektedir. Bu hakların Sözleşme sisteminin bir parçası olması için, ilgili bütün Devletlerde çoğunluğa dayanan karar verme prosedürlerinden geçmesi gerekmektedir.

Milletin bir Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararı uygun bulunmaması durumunda, kurucu güç tepki gösterebilmekte ve Anayasa'yı değiştirebilmektedir. Bu, kuvvetler ayrılığı mekanizmasının önemli bir unsurudur ve her türlü anayasal yapının dengesini sağlamaktadır. Yüksek Sözleşmeci Taraflar'ın çoğunluğunun Mahkemenin bir kararını onaylamaması halinde, Sözleşme'nin değiştirilmesi, bütün Yüksek Sözleşmeci Taraflar'ın rızasını gerektirebilecek ve bu durum, bir antlaşma değişikliği yoluyla bir “reddetmeyi” muhtemel olmayan bir hale getirmektedir. Dolayısıyla, Mahkeme tarafından antlaşmaları hazırlama yetkisinin kısmen durdurulması, kurucu gücün ulusal anayasa mahkemeleri tarafından durdurulmasına nazaran daha etkin ve daha önemlidir. Bu unsur, Mahkemenin görevinin kapsamının dar bir şekilde, her halükârda, ulusal anayasa mahkemelerinden çok daha dar bir şekilde yorumlanması için ek bir nedendir.

2.2. Mahkeme tarafından kabul edilen ve kararın 167. paragrafında belirtilen yaklaşım bağlamında, diğer birçok temel itiraz ileri sürülmektedir. Sözleşme'nin, her şeyden önce, insan haklarını korumaya yönelik bir mekanizma olması nedeniyle, hâkim bilgelige karşı değerleri korumak için (Hâkim Scalia tarafından açıklandığı şekliyle) 1950 yılında tasarlanmıştır. Çoğunluk tarafından kabul edilen yaklaşım, temel insan haklarının içeriğini ve kapsamını göreceleştirmekte ve bunları hâkim görüşlere bağımlı hale getirmektedir. Sürekli olarak hâkim görüşe uyan bir Sözleşme, gerçekte somut ve etkili hakları güvence altına alamaz. Dahası, Mahkemenin dinamik ve gelişime açık bir yaklaşımı sürdürememesi halinde, bu türden bir tutum, herhangi bir reform veya düzeltmeyi engelleyemeyecek, ancak yalnızca Devletleri Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi uyarınca seçilen ulusal kanun koyucularının katılımıyla, demokratik anayasal prosedürlere göre onaylanabilecek yeni antlaşmalar (ek protokoller) yoluyla gereken reform ve düzeltmeleri daha sıklıkla yapmaya teşvik edecektir.

2.3. Çoğunluk, birçok defa “açık ve sürekli bir eğilime” atıfta bulunmaktadır (kararın 171, 175, 176, 178, 186, 187 ve 189. paragrafları). Bu iddiaya başvurulması

genel olarak, kabul edilen yorumlamanın uluslararası hukukta kabul edilen ve uluslararası antlaşmalara ilişkin uygulanabilir olan yorumlama kurallarına dayanan diğer sağlam iddialarla desteklenmediğini düşündürmektedir. Ayrıca, Yüksek Sözleşmeci Taraflar arasında ilgili hukuk kurallarına ilişkin bir fikir birliğinin mevcut olmadığı zımnen kabul edilmektedir. *Ulaşılmaması gereken hukuk kurallarına ilişkin ortaya çıkabilecek bir fikir birliğinin bulunduğu da anlaşılmamaktadır.*

Mevcut davaya temel teşkil eden antropolojik ve ahlaki sorunlara ilişkin olarak Devletler arasında daha az fikir birliğinin bulunduğunu ekleyelim. Cinsel yönelime veya cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılıkla mücadele etmeye yönelik tedbirler hakkında üye Devletlerin Bakanlar Komitesinin CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı’nın hazırlanması sırasında, Litvanya temsilcisi, “yeterince açık ve bazı ülkelerde kendiliğinden geçerli olacak tavsiyelerin diğer ülkelerin hakkında çelişkili tepkilere, hatta direnişe yol açabileceğini” belirtmiştir (Bakanlar Delegeleri’nin Eylemleri, CM/Del/Act(2010)1081, 1081. Toplantı, 31 Mart 2010, **Error! Hyperlink reference not valid.**). Avrupa Konseyi, 2019 yılında, “LGBT kişilerin insan haklarına yönelik bir düşmanlık hareketinin aynı zamanda bazı Avrupa ülkelerinde büyüdüğünü” kaydederek, bu görüşün doğruluğunu onaylamıştır (92. toplantısı sırasında CDDH tarafından kabul edilen, cinsel yönelime veya cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılıkla mücadele etmeye yönelik tedbirler hakkında üye Devletlerin Bakanlar Komitesinin CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı’nın uygulanması hakkında CDDH’nin raporu, (26-29 Kasım 2019), § 12). Avrupalılar aynı zamanda, insan haklarının temelini oluşturan temel antropolojik ve ahlaki görüşler hakkında oldukça bölünmüş bir durumdadırlar ve bu alandaki farklılık, son yıllardan beri artma eğilimindedir. Özellikle, kişinin kim olduğu ve kimliği, doğası ve nihai kaderinin ne olduğu hususunda herhangi bir fikir birliği bulunmamaktadır. Mahkemenin içtihadına göre, bu çoğulculuk, demokratik toplumların bir özelliği olarak kabul edilmeli ve Avrupalılar arasında ve Avrupalı Devletler arasında mevcut olan görüşlerin çeşitliliği bir tehdit olarak değil, bir zenginleşme kaynağı olarak algılanmalıdır. Temel konular hakkındaki anlaşmazlık, üzerinde anlaşmaya varılmış olandan, yani antlaşmanın metninden ve ilk yorumlamasından uzaklaşılmasına karşı olan bir başka iddiadır.

3. Hakların Korunmasına Yönelik Paradigmada Önemli Bir Değişiklik

3.1. Sözleşme, “Evrensel Beyanname’de belirtilen haklardan bazılarının toplu güvencesini sağlayabilecek birinci tedbirleri almak” amacıyla imzalanmıştır (giriş kısmı). Dolayısıyla bu belge, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ışığında yorumlanmalıdır. Söz konusu Beyanname’nin 16. maddesine göre, aile, bir erkek ve bir kadın tarafından akdedilen evlilik aracılığıyla kurulmaktadır. Böylelikle kurulan aile, “toplumun doğal ve temel unsuru olarak değerlendirilmektedir ve Devlet ve toplum tarafından korunma hakkına sahiptir.” Söz konusu Beyanname’de, bir ailenin kurulmasının başka herhangi bir yasal şekli öngörülmemektedir (bu sorunlar hakkında bk. *Orlandi ve diğerleri/İtalya* (no. 26431/12 ve diğer 3 başvuru, 14 Aralık 2017) kararına eklenen, Hâkimler Pejchal ve Wojtyczek’in sundukları muhalefet şerhi).

Aynı şekilde, Sözleşme’nin 12. maddesinde, evlenme çağından itibaren, erkek ve kadının evlenme ve bir aile kurma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Sözleşme’nin hükümlerine göre, aile, bir erkek ve bir kadın tarafından akdedilen evlilik aracılığıyla kurulmaktadır ve bu antlaşmada, yasal olarak tanınan başka herhangi bir kişilerarası birliktelik türü öngörülmemektedir (bk. Hâkimler Pejchal ve Wojtyczek’in sundukları yukarıda belirtilen muhalefet şerhi).

3.2. Bu bağlamda, Devletlere eşcinsel çiftleri herhangi bir şekilde yasal olarak tanıma ve koruma yönünde pozitif yükümlülüğün getirilmesi, aile hukuku alanında Sözleşme’den doğan hakların korunmasına yönelik paradigmayı tamamen değiştirmektedir. Davalı Devlet, Sözleşme’yi onayladığı sırada, bunu öngörememiştir (5 Mayıs 1998). Davalı Devlet, taahhütlerinin içeriğinde bu önemli değişikliği öngörmesi durumunda, Sözleşme’nin onaylanmasına ilişkin olarak farklı bir karar verebilirdi. Mahkeme, çoğunluk tarafından önerilen çözümü kabul ederek, *ultra vires* (yetki dışında) hareket etme riski taşımaktadır (*L./Litvanya* (no. 27527/03, AİHM 2007-IV) kararına eklenen, Hâkim Fura-Sandström’un kısmi muhalefet şerhiyle karşılaştırınız).

3.3. Bir ihlal tespitinden yana olan çoğunluğun başlıca iddiası, kararın 218. paragrafında şu şekilde belirtilmektedir: “Bir azınlık grubunun, Sözleşme’de güvence altına alınan hakları yalnızca, bu durumun çoğunluk tarafından kabul edilmesi koşuluyla kullanabilmesi, gerçekte Sözleşme’nin temelini oluşturan

değerlerle bağdaşmamaktadır.” Söz konusu iddia, bu şekilde itiraz edilemez olan ve bilinen bir gerçektir, ancak bu bağlamda, en az iki itiraz ileri sürülmektedir. Öncelikle, mevcut davada sorunun esası dikkate alınmamaktadır. Burada, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların kullanılması değil, ancak Sözleşme’ye yeni hakların, özellikle Sözleşme tarafından başlangıçta sunulmayan hakları vermek için izlenecek prosedürün eklenmesi söz konusudur. Benim kanaatime göre, Sözleşme tarafından başlangıçta verilmeyen hakların, Yüksek Sözleşmeci Taraflar’ın ulusal anayasal hukuku tarafından tanımlandığı şekliyle, antlaşmaların hazırlanması süreci kapsamında, -ulusal düzeyde, ilgili bütün Devletlerde- çoğunluk tarafından kabul edilmeksizin Sözleşme’ye eklenmesi, Sözleşme’nin temelini oluşturan değerlerle bağdaşmamaktadır.

İkinci olarak, yukarıda belirtildiği üzere, çoğunluk ayrıca “açık ve sürekli” bir eğilime dayanmaktadır ve otuz Taraf Devletin çoğunun eşcinsel çiftleri tanımak için kanun yaptığını vurgulamaktadır (kararın 175. paragrafı). Davanın Sözleşme tarafından verilen hakların kullanılmasıyla ilgili olduğu yönündeki ilkedden hareket edilmesi halinde, böylelikle bir azınlık grubu tarafından sözleşmeye dayanan hakların kullanılmasının Devletlerin çoğunun ulusal mevzuatında kabul edilmesine bağlı olmasının, Sözleşme’nin temelini oluşturan değerlerle bağdaşıp bağdaşmadığı hususu ortaya çıkmaktadır.

3.4. Mahkeme tarafından kabul edilen yaklaşımda, bir başka zorluk ileri sürülmektedir. Mahkeme yalnızca, bu yeni yorumlamanın kabul edilmesine ilişkin gerekli koşulların iddia edilen Sözleşme ihlali sırasında bir araya geldiğinin tespit edilmesi durumunda, dinamik bir şekilde yorumlanan, Sözleşme’nin bir ihlalinin tespit edebilmektedir. Sözleşme’ye ilişkin yeni yorumlamanın hangi tarihten itibaren geçerli olduğunun belirlenmesi, bir yandan, yeni hukuk kuralları kapsamında meydana gelen olaylara ilişkin bir temele dayanan başvurular ile diğer yandan, eski hukuk kuralları kapsamında daha önce meydana gelen, ulusal makamların benzer eylem ve ihmallerine ilişkin açıkça dayanaktan yoksun olan başvurular arasında ayırım yapılmasının söz konusu olması halinde büyük bir önem taşımaktadır.

Söz konusu kararda, haklı olarak, Mahkemenin Rusya hakkındaki yetkisinin, 16 Eylül 2022 tarihinden itibaren meydana gelen olaylara ilişkin genişletilmediği

belirtilmektedir, ancak bu karar, Mahkeme tarafından ortaya konulan, Sözleşme’ye ilişkin yeni yorumlamanın hangi tarihte uygulanmaya başladığı, Sözleşme’nin ihlalinin ne zaman oluşmaya başladığı ve bu ihlalin başvuruların tamamı açısından 16 Eylül 2022 tarihine kadar devam edip etmediği hususlarını çözmemektedir.

Bu bağlamda, çoğunluğun -haklı olarak- şu hususları belirterek, *Schalk ve Kopf /Avusturya* (no. 30141/04, AİHM 2010) kararına atıfta bulunduğunu kaydetmekteyim:

“Bu bağlamda, Mahkeme, 2010 yılından itibaren, eşcinsel partnerlere birçok açıdan evliliğe eşdeğer veya benzer bir yasal statü elde etmelerine imkân vererek (*ibidem*, § 109), Avusturya’nın Sözleşme’nin 8. maddesiyle birlikte Sözleşme’nin 14. maddesini ihlal etmediği kanısına varmıştır (*ibidem*, § 106).”

Nitekim *Schalk ve Kopf* kararında belirtildiği üzere (*ibidem*, § 106):

“1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe giren, Avusturya Kayıtlı Birliktelik Yasası, yukarıda belirtilen gelişmeyi yansıtmakta ve böylelikle ortaya çıkmak üzere olan Avrupa mutabakatı kapsamında yer almaktadır. Avusturyalı kanun koyucu, öncü olmasa bile, Kayıtlı Birliktelik Yasası’nı daha önce oluşturmamakla suçlanamayacaktır (bk. *bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis)*, yukarıda anılan *Petrovic* kararı, § 41).”

40792/10 no.lu başvuruda sunulan olay ve olguların 21 Ocak 2010 tarihine kadar uzandığını kaydetmek gerekmektedir (kararın 24-31. paragrafları). *Schalk ve Kopf* kararı (yukarıda anılan karar) ışığında, Rus makamlar, eşcinsel iki kişi arasındaki bir birlikteliği, olayların meydana geldiği dönemde, yasal olarak tanınamamakla suçlanamayacaklardır. 30538/14 ve 43439/14 no.lu başvurularda sunulan olay ve olgular, 2013 ve 2014 yıllarında meydana gelmiştir (kararın 24-26 ve 32-40. paragrafları) ve dahası, en azından ilgili dört başvurudan ikisi ardından davalı Devletin yargılama yetkisi alanından ayrılmıştır (kararın 86. paragrafı). Kararda ileri sürülen uluslararası metinlerin çoğu (50, 57, 58 ve 59. paragraflarda belirtilen belgeler hariç olmak üzere) 2014 yılından sonra kabul edilmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, kararın 175. paragrafında, daha sonra meydana gelen bu gelişmelere dayanmaktadır. Rus makamlarının bu olayları önceden tahmin etmemekle suçlanması mümkün değildir. Çoğunluk, mevcut duruma yoğunlaşarak, Sözleşme’nin bir ihlalinin yalnızca 2022 yılında değil, 2013 veya 2014 yıllarından itibaren gerçekleştiğini gösteren herhangi bir iddia sunmamaktadır.

3.5. Çoğunluk, hakların korunmasına yönelik paradigmada önemli bir değişikliği tavsiye ederken tamamen tutarlı değildir.

Hâkim Pejchal ve ben, yukarıda anılan *Orlandi ve diğerleri* kararına eklenen, yukarıda belirtilen muhalefet şerhinde (şerhin 3. paragrafı), şu görüşü belirttik (İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi bağlamında):

“Dolayısıyla, yukarıda belirtilen iki belge, heteroseksüel çiftlerin yasal statüsü ile eşcinsel çiftlerin yasal statüsü arasında bir ayrım yapmaktadır. Heteroseksüel çiftler ile eşcinsel çiftler arasında, bazı benzerlik ve bazı farklılıkların mevcut olduğu konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte, uluslararası iki belgeye ilişkin aksiyolojik açıdan, farklılıklar benzerliklere nazaran ağır basmaktadır. Sonuç olarak, bu kişilerin durumları, aile hukuku alanında yasal ayrımların meşruluğunun değerlendirilmesi amacıyla karşılaştırılabilir değildir.”

Bu bağlamda, mevcut kararın gerekçesinde şu çelişkiyi kaydetmekteyim. Çoğunluk, 202. paragrafın *son cümlesinde (in fine)*, şu hususu belirtmektedir:

“Mahkeme, eşcinsel çiftlerin, ilişkilerinin resmi olarak tanınması ve korunması ihtiyaçlarına ilişkin olarak heteroseksüel çiftlerin durumuna benzer bir durumda bulunduklarını birçok defa belirtmiştir (özellikle bk. yukarıda anılan *Schalk ve Kopf* kararı, § 99; yukarıda anılan *Vallianatos ve diğerleri* kararı, §§ 78 ve 81 ; yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 165).”

Mantıklı sonuç, ilgili Kanun’un heteroseksüel çiftler gibi eşcinsel çiftlere de mevcut olan tüm yasal tanıma şekillerini sunması gerektiğinin belirtilmesinden ibaret olacaktır. Hâlbuki çoğunluk, 165. paragrafta şu hususları belirtmiştir:

“Buna karşın, Sözleşme’nin 8. maddesi hâlihazırda, Taraf Devletlere, eşcinsel çiftlere evlilik yolunu açma yönünde pozitif bir yükümlülük getirdiği şeklinde yorumlanmamıştır. Mahkeme, *Hämäläinen* kararında, Sözleşme’nin 8. maddesinin bu türden bir yükümlülüğü gerektirdiği şeklinde anlaşılamayacağını açıkça ifade etmiştir (yukarıda anılan *Hämäläinen* kararı, § 71). Sözleşme’nin 8. maddesine ilişkin bu yorumlama, Mahkeme tarafından Sözleşme’nin 12. maddesine ilişkin yapılan yorumlamaya katılmaktadır. Mahkeme gerçekte, hâlihazırda Sözleşme’nin 12. maddesinin Sözleşmeciler Devletlere eşcinsel çiftlere evlilik yolunu açma yükümlülüğü getirdiği şeklinde anlaşılamayacağını sürekli olarak belirtmiştir (yukarıda anılan *Schalk ve Kopf* kararı, § 63; yukarıda anılan *Hämäläinen* kararı, § 96 ; yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, § 191 ; yukarıda anılan *Orlandi ve diğerleri* kararı, § 192). Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerin yalnızca heteroseksüel çiftlere evlilik yolunu açma konusunda özgür oldukları kanısına vararak, Sözleşme’nin 8. maddesiyle birlikte Sözleşme’nin 14. maddesi açısından aynı sonuca ulaşmıştır (yukarıda anılan *Schalk*

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI – AYRIK GÖRÜŞLER
ve *Kopf* kararı, §§ 101 ve 108; yukarıda anılan *Gas ve Dubois* kararı, § 66; yukarıda
anılan *Chapin ve Charpentier* kararı, § 48).”

Bu paragraf, çoğunluğun eşcinsel çiftlerin durumunun, bunların ilişkilerinin resmi olarak tanınması ve korunması ihtiyaçlarına ilişkin olarak heteroksüel çiftlerin durumundan farklı olduğu kanaatine vardığı sonucuna ulaştırmaktadır.

4. Kararın Etkileri

4.1. Mahkemenin kararı, Mahkemenin Sözleşme’de yer alan hak ve değerlerin korunmasına ilişkin bazı genel ilkeleri Sözleşme’den çıkarması halinde, *erga omnes* (herkes ile ilgili) etkiler yaratabilmektedir. Bu ilkeler, yalnızca Mahkemenin Avrupa çapında ilgili özel ve kamusal menfaat ve değerlerin tamamını dikkatli bir şekilde göz önünde bulundurması halinde, *erga omnes* (herkes ile ilgili) etkilere sahip olabilmektedir. Bilhassa, sistemdeki bütün Devletler açısından uygulanabilir ilkeleri düzenlemek için, bütün bu Devletler için ilgili tüm kamusal menfaat ve değerleri tespit etmek ve belirtmek gereklidir. Dolayısıyla, söz konusu prosedür, bütün bu menfaat ve değerlerin tespit edilmesi ve belirtilmesine imkân vermektedir.

4.2. Mevcut dava, özel bir uluslararası bağlamda incelenmiştir. Rusya Federasyonu, 16 Mart 2022 tarihinde, Avrupa Konseyinden ihraç edilmiştir. Rusya Federasyonu, 16 Eylül 2022 tarihinde, Sözleşme’ye taraf olmaktan çıkmıştır. Davalı Devlet, 16 Eylül 2022 tarihinden itibaren, bu tarihten önce meydana gelebilmiş olan, Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklara ilişkin olası ihlallerden sorumlu olmaya devam ederek, Sözleşme’de yer alan haklara saygı gösterilmesi yönünde esasa ilişkin bir yükümlülüğe bundan böyle bağlı kalmamaktadır. Benzer ihlallerin gelecekte meydana gelmesini engelleyebilecek tedbirleri alma yükümlülüğü (*Ilgar Mammadov/Azərbaycan* (ihlal başvurusu) [BD], no. 15172/13, § 162, 29 Mayıs 2019) bu konuyla ilgili olmamaktadır, zira Sözleşme’ye taraf olmaktan çıkarılmak, kendiliğinden hem devam eden bir ihlalin sona erdirilmesini, hem de gelecekte benzer ihlallerin tekrarlanmamasını sağlamaktadır.

Dolayısıyla davanın, davalı Devletin iç hukuk düzeninin gelecekteki gelişimi üzerinde herhangi bir pratik sonucu bulunmamaktadır; buna karşın, temelde bulunan genel sorunlar, özellikle eşcinsel iki kişi arasındaki birlikteliklerin yasal

olarak tanınmasını öngörmeyen Devletler açısından, Sözleşme'nin sisteminde kalan kırk altı Devlet için büyük bir önem taşımaktadır.

Bu bağlamda, davalı Hükümetin duruşmada hazır bulunacak kişilerin listesini sunması yönünde kendisine yapılan talebi yerine getirmediğini kaydetmekteyim (kararın 14 ve 15. paragrafları). Davalı Hükümetin, 16 Mart 2022 tarihinden sonra, davasını savunma ve Sözleşme sistemini geliştirme konusundaki ilgisini kaybettiği anlaşılmaktadır. Diğer Devletler açısından bir menfaat oluşturabilecek, söz konusu kamusal menfaat ve değerler, Mahkeme nezdinde yürütülen yargılama bağlamında tespit edilmemiş ya da belirtilmemiştir.

Mevcut uluslararası durum dikkate alındığında, Rusya hakkında yürütülen davalarda bu karara veya 16 Eylül 2022 tarihinden sonra verilen diğer kararlara herhangi bir emsal değer atfedilmesi imkânsızdır ve bu türden kararlar *herkes ile ilgili (erga omnes)* etkiler yaratamayacaktır.

5.Sonuç

Sonuç olarak, mevcut davada aynı zamanda ileri sürülen sorunları özetleyen bu kısmı belirtmek isterim:

“Gücün yargı aristokrasisine verilmesi için halktan geri alınmasının demokrasinin elde edemeyeceği övgüye değer sonuçlar yaratabilmesi şaşırtıcı değildir ve metinler konusunda evrimciliği hiçbir şekilde haklı göstermemektedir. Aynı durum, monarşi ve totaliterlik konusunda da ifade edilebilmektedir. Ancak bir milletin demokrasinin bütün eksiklikleriyle hükümetin en iyi sistemi olduğuna karar vermesi halinde, temel sorun, hangi metinleri yorumlama teorisinin demokrasiyle uyumlu olduğunun tespit edilmesidir. Orijinallik, tartışmasız bir şekilde demokrasiyle uyumludur. Buna karşın, orijinal olmama, topluma, demokratik yolla hiçbir zaman kabul edilmemiş olan yasal tavsiyeleri dayatmaktadır” (A. Scalia, B.A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Minn., 2012, sayfa 88).

Ulusal bir anayasa ile uluslararası bir antlaşma ve anayasal yorumlama ile antlaşmaların yorumlanması arasında mevcut olan bütün açık farklılıklara rağmen, sorunun esası aynı kalmaktadır. Mahkemenin demokrasinin Sözleşme tarafından öngörülen ve dolayısıyla, Sözleşme ile uyumlu olan tek siyasi model olduğunu tespit etmesi durumunda (örnek olarak, bk. *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 30 Ocak 1998, § 45, *Karar ve Hükümlerin Derlemesi* 1998-I, *Refah Partisi ve diğerleri/Türkiye* [BD], no. 41340/98 ve diğer 3 başvuru, § 86, AİHM 2003-II, ve *Gorzelik ve diğerleri/Polonya* [BD], no. 44158/98, § 89, AİHM

2004-I), temel sorun, Sözleşme'nin yorumlanmasına ilişkin hangi teorinin demokrasiyle uyumlu olduğunun tespit edilmesidir. Çoğunluk tarafından bu bağlamda seçilen yaklaşım, demokratik prosedürlere göre daha az olmak üzere, Yüksek Sözleşmeci Taraflar'a hiçbir zaman sözleşme altına alınmamış olan, yeni uluslararası taahhütleri dayatması nedeniyle sorun oluşturmaktadır. Sonuç olarak, bu yaklaşım hukukun üstünlüğünü aşındırmaktadır.

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI – AYRIK GÖRÜŞLER
HÂKİM POLÁČKOVÁ’NIN MUHALEFET ŞERHİ

(Çeviridir)

1. Mevcut davada, Mahkemenin başvurular tarafından ileri sürülen şikâyetleri incelemeye yetkili olduğunu belirten, kararın hüküm kısmının birinci maddesine ilişkin çoğunluk gibi oy kullandım.

Mevcut davadaki başvurular, 2010 ve 2014 yıllarında Mahkemeye sunulmuştur. Başvuranların Sözleşme’nin ihlal edildiğini iddia etmek için dayandıkları olaylar, 16 Eylül 2022 tarihinden önce meydana gelmiştir. Dolayısıyla, Sözleşme’nin 58. maddesine göre, -22 Mart 2022 tarihinde kabul edilen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 58. maddesi ışığında Rusya Federasyonu’nun Avrupa Konseyi üyeliğinin sona erdirilmesinin sonuçları hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararı’nda (Karar’ın 2. paragrafı)” Mahkemenin genel kurulda onayladığı gibi-, Mahkemenin bu olayları incelemeye yetkili olduğu açıktır.

2. Bununla birlikte, büyük bir üzüntü duyarak ve aşağıda belirtilen nedenlerle, 12 Ekim 2022 tarihinde müzakerede bulunan Büyük Daire Heyeti, Sözleşme’nin 23. maddesinin 2. fıkrası, 26. maddesinin 4 ve 5. fıkraları ve Mahkeme iç Tüzüğü’nün 24. maddesine uygun olarak belirlendiği yönündeki usuli bir konu hakkında meslektaşlarımla görüşüne katılamamaktayım (kararın 23. paragrafı).

Sözleşme’nin 23. maddesinin 2. fıkrası aşağıdaki gibidir:

“Yargıçlar, yerlerine başkası seçilinceye kadar görevlerini sürdürürler. Buna karşılık, daha evvelce katılmış oldukları davalara (...) bakmaya devam ederler.”

Sözleşme’nin 26. maddesinin 4 ve 5. fıkralarının ilgili kısımları aşağıdaki şekildedir:

“4. Uyuşmazlığa taraf olan Yüksek Sözleşmeci Taraf adına seçilmiş olan yargıç, Daire ve Büyük Dairenin doğal üyesidir. Bu yargıcın yokluğunda veya görev almasının mümkün olmadığı durumlarda, ilgili Taraf’ın önceden sunacağı listeden Mahkeme Başkanı’nca seçilen bir kişi yargıç sıfatıyla görev alır.

5. (...) Bir dava 43. madde uyarınca Büyük Daireye gönderildiğinde, (...) ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf adına yer almış yargıç dışındaki hiçbir Daire yargıcısı Büyük Dairede yer alamaz.”

İç Tüzüğü'nün 24. maddesinin ilgili kısımları (Büyük Daire Heyeti) aşağıdaki gibidir:

“1. Büyük Daire, on yedi hâkim ve en az üç yedek hâkimden oluşmaktadır.

2. (...)

b) İlgili Sözleşmecî Taraf adına seçilen hâkim (...) Sözleşme'nin 26. maddesinin 4 ve

5. fıkraları uyarınca Büyük Dairenin resen üyesidir.

(...)

3. Hâkimlerin Büyük Dairede yer alamaması durumunda, hâkimlerin yerine (...) yedek hâkimler görev almaktadırlar.

4. Yukarıda belirtilen hükümler uyarınca görevlendirilen hâkimler ve yedek hâkimler, yargılama tamamlanıncaya kadar (...) yer almaktadırlar. Söz konusu hâkimler, görevleri sona erdiğinde, şayet esasa ilişkin görüşmelere daha önce katılmışlarsa, davanın incelenmesine katılmaya devam etmektedirler. (...)”

3. Mevcut davadaki davalı Devlet, 16 Mart 2022 tarihinde Avrupa Konseyi üyeliğini sonlandırmıştır. Davalı Devlet, 16 Eylül 2022 tarihinde Sözleşme'ye Taraf olmaktan çıkmıştır.

4. Mahkeme, Sözleşme'nin 20. maddesine göre, Yüksek Sözleşmecî Taraflar'ın sayısına eşit sayıda hâkimden oluşmaktadır. Bu maddeden doğan kural, kendi kanaatime göre, temel bir nitelik taşımakta ve Sözleşme'nin ruhuyla bağdaşmaktadır ve söz konusu maddeye göre, Mahkemedeki hâkimlerin sayısı Sözleşme'ye katılan Yüksek Sözleşmecî Taraflar'ın sayısını aşmamalıdır.

Kendi görüşüme göre, bu kural aynı zamanda, bir Devletin Sözleşme'ye Yüksek Sözleşmecî Taraf olmaktan çıkması halinde, bu Devlet bağlamında seçilmiş olan hâkimin, daha önce incelemiş olduğu davaların incelenmesine katılmaya devam etme yetkisine bundan böyle sahip olmamasını gerektirmektedir.

5. Hâkimler, görevlerine başlamalarının ardından, Sözleşme'nin 21. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, bireysel olarak Mahkeme bünyesinde yer alsalar bile, bu unsur, kendi görüşüme göre, Sözleşme'nin 20. maddesinde belirtilen kurala denk bir temel kural olarak, başka bir ifadeyle, Sözleşme'nin 21. maddesinin 2. fıkrası bakımından, bir Devletin Sözleşme'ye Yüksek Sözleşmecî Taraf olmaktan çıkması halinde, bu durumun Mahkemede görevli hâkimlerin sayısını etkilemediği anlamına geldiği şeklinde yorumlanamaz.

6. Çoğunluğun bu konuya ilişkin gerekçesinin, Sözleşme'nin 23. maddesinin 2. fıkrası, Sözleşme'nin 26. maddesinin 4 ve 5. fıkraları ve İç Tüzüğü'nün 24.

maddesinin mevcut duruma kıyas yoluyla uygulanmasını gerektirdiği şeklinde anlaşılabilmesi nedeniyle, kendi kanaatime göre, yalnızca bu hükümlerin öngördüğü durumun mevcut durumdan büyük ölçüde farklı olması sebebiyle, bu durum mümkün olmamaktadır.

Söz konusu hükümlerin öngördüğü durumun hâkimlerin yer değiştirmesiyle ilgili olması ve hâkimlerin seçilmesi için adaylar gösterme hakkına sahip olan, Sözleşme’ye Yüksek Sözleşmeci Taraf’ın varlığını gerektirmesi durumunda, mevcut davada, Sözleşme’ye Yüksek Sözleşmeci Taraf olmaktan çıkan üye Devlet bağlamında seçilen bir hâkimin bu niteliğin sona erdirildiği tarihten sonra görevini sürdürebilmesi için bundan böyle yasal bir temel bulunmamaktadır.

7. Öte yandan, bir üye Devletin Sözleşme’ye Yüksek Sözleşmeci Taraf olmaktan çıkmasının ardından, Mahkeme, oluşumu hakkında inceleme yapmaya ilk defa davet edilmemektedir.

8. Yunan Hükümeti, 12 Aralık 1969 tarihli sözlü bir notayla, Genel Sekreterliğe, Avrupa Konseyi Tüzüğü’nün 7. maddesi uyarınca, Avrupa Konseyinden çekilme kararını bildirmiştir. Bakanlar Delegeleri tarafından 27 Kasım 1970 tarihinde kabul edilen, (70) 34 sayılı Karar’da şu husus belirtilmektedir: “Yunanistan’ın geri çekilmesine ilişkin bildirim, 1970 yılının sonunda yürürlüğe girecektir.”

Bu Karar’ın 11. paragrafında, “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin 39. maddesinin yalnızca Avrupa Konseyine üye Devletlere bu türden adayların sunulmasını saklı tutması nedeniyle, 31 Aralık 1970 tarihinin ardından, bundan böyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hâkimlerinin seçilmesi için adaylıkların Yunan Hükümeti tarafından talep edilmesine gerek olmayacağı” belirtilmektedir.

9. Genel Kurul halinde toplanan Mahkeme *De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika* (18 Haziran 1971, § 11, A serisi no. 12) kararında, “duruşmalara katılan Hâkim G. Maridakis’in, Yunanistan’ın Avrupa Konseyinden geri çekilmesinin bu tarihte yürürlüğe girmesi nedeniyle, 31 Aralık 1970 tarihinden sonra mevcut davaların incelenmesine katılamadığını” belirtmiştir.

10. Bakanlar Delegelerinin 1428. toplantıları sırasında 16 Mart 2022 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen, Rusya Federasyonu’nun

Avrupa Konseyi üyeliğinin sona erdirilmesi hakkında CM/Res(2022)2 sayılı Kararı’nda, Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Tüzüğü’nün 8. maddesi uyarınca başlatılan prosedür kapsamında, Rusya Federasyonu’nun 16 Mart 2022 tarihinden itibaren Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarılmasına karar vermiştir.

Yukarıda belirtilen Karar’ın ardından ve 22 Mart 2022 tarihinde Genel Kurulda kabul edilen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 58. maddesi ışığında Rusya Federasyonu’nun Avrupa Konseyi üyeliğinin sona erdirilmesinin sonuçları hakkındaki Karar uyarınca, Mahkeme Genel Kurulu, Rusya Federasyonu’nun 16 Eylül 2022 tarihinde Sözleşme’ye Yüksek Sözleşmeci Taraf olmaktan çıkması nedeniyle, Rusya Federasyonu olarak Mahkemedeki hâkimlik görevinin aynı zamanda sona erebileceği hususunu 5 Eylül 2022 tarihinde resmi olarak dikkate almıştır.

11. Hâlihazırdaki dava ve 1970 tarihli dava olmak üzere, iki davayı incelerken, her iki davanın usuli yönleri arasında ayırım yapılmasına imkân veren herhangi bir unsur tespit etmemekteyim. Tek farklılık, mevcut davada, Rus hâkimin Sözleşme’nin 26. maddesinin 4. fıkrası ve İç Tüzüğü’nün 24. maddesinin 2. fıkrasının b) bendi uyarınca Büyük Dairenin resen üyesi olması gereken “ulusal hâkim” olmasına rağmen, 1970 yılında, Yunan hâkimin “olağan hâkim” olarak bir heyette yer almasından kaynaklanmaktadır.

Kendi görüşüme göre, bu unsur, çoğunluğun kabul ettiği farklı yaklaşımı belirleyici bir şekilde haklı gösteremeyecektir. “Uluslararası hâkim” niteliği, mevcut davada 16 Eylül 2022 tarihinin ardından sonlandırılan bir görev olan, bu türden bir hâkimlik görevinin varlığını gerektirmektedir.

12. Kendi kanaatime göre, söz konusu prosedüre ilişkin olarak, Mahkemenin kararı, yalnızca yukarıda belirtilen daha önceki Yunan içtihadından değil, aynı zamanda Mahkemenin Sözleşme’nin 6. maddesine ilişkin kendi içtihadından, özellikle de kanun tarafından kurulan bir mahkemeye ilişkin ilkelerden de üzücü bir şekilde uzaklaşmaktadır (örnek olarak bk. *Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda* [BD], no. 26374/18, § 289, 1 Aralık 2020).

13. Kendi görüşüme göre, Büyük Dairenin bu davada nihai oylama yaptığı, 12 Ekim 2022 tarihinde -dolayısıyla 16 Eylül 2022 tarihinin ardından- yapılan ikinci müzakerelerde eski Rus hâkimin bulunması, Büyük Daire Heyetini, mevcut

durumda Sözleşme'nin 20. maddesi tarafından, “kanunla kurulmamış bir mahkeme” haline getirmektedir. Bu unsur, bu davada Büyük Daire Heyeti tarafından verilen kararların tamamının geçersiz olmasına neden olmuştur.

14. Mahkeme İç Tüzüğü'nün 23. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesinde şu husus belirtilmektedir: “Çekimserlikler, bir davanın kabul edilebilirliği veya esasına ilişkin nihai oylamalar açısından kabul edilmemektedir.” Şüphesiz, bu hüküm, nihai bir oylama sırasında bir hâkimin çekimser kalmasına imkân vermemektedir. Bu nedenle, kararın hüküm kısmının diğer bütün maddelerine karşı oy kullandım.

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI
HÂKİM LOBOV'UN MUHALEFET ŞERHİ

1. Mevcut davada, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği yönündeki tespiti karşı oy kullandım. İçtihadın mevcut durumu ve bu konuya ilişkin Avrupa mutabakatının açıkça bulunmaması, kendi kanaatime göre, Sözleşme'nin eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması yönünde genel pozitif yükümlülük gerektirdiği şeklinde yorumlanmasına imkân vermemektedir.

1. Olayların ve Bağlamın Hatırlatılması

2. Fedotova ve Shipitko'nun başvurusunun temelinde bulunan olay ve olgular, on üç yıl öncesine dayanmaktadır. Söz konusu çift tarafından sunulan evlilik talebi ve yetkili makamların bunu reddetmesi, 2009 yılına dayanmaktadır. Bu reddetmeye karşı ilgililerin başvurusu, benzer bir dava olan *Schalk ve Kopf/Avusturya* (no. 30141/04, AİHM 2010) davasında karar verilmesinin ardından dört hafta sonra, 20 Temmuz 2010 tarihinde Mahkemeye sunulmuştur. Üç muhalif hâkimin görüşünü¹ benimseyen başvuranlar, yalnızca Mahkemeden *Schalk ve Kopf* kararında² dile getirdiği sonuçları gözden geçirmesini talep etmişlerdir.

3. Hâlbuki *Schalk ve Kopf* kararı, davayı Büyük Daireye gönderme talebinin reddedilmesiyle, 22 Kasım 2010 tarihinde kesinleşmiştir. Sonuç olarak, Schalk ve Kopf'un başvurusu büyük ölçüde örnek alınarak düzenlenen Fedotova ve Shipitko'nun başvurusunun, hemen ihlal bulunmamasına ilişkin aynı tespitlerle incelenmesi, hatta kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekmektedir. Nitekim bu durumda, Mahkeme tarafından yasal mantığa ve kendi içtihadına temel saygı gösterilmesi gerekmektedir.

4. Bu mantığın aksine, davada tamamen farklı bir sonuca ulaşılmıştır. On yıldan fazla bir süre boyunca dolaplarda olgunlaşan bu dava, “yeni nesil” Mahkeme hâkimleri tarafından içtihat değişikliğini ulaştırmak için en önemli dava olarak seçilmiştir. Başvuranlar böylelikle, 2021 yılında, ilgili Daireyi söz konusu dönemde

¹ Yukarıda belirtilen *Schalk ve Kopf* kararında Hâkimler Rozakis, Spielmann ve Jebens'in sundukları ortak muhalefet şerhi.

² “Başvuranlar, Mahkemeden, Rusya Federasyonu'nun eşcinsel kişiler arasındaki aile ilişkilerinin tanınmasından kendilerini yoksun bırakarak, özel ve aile hayatları haklarını ihlal ettiği sonucuna varmak için (...) muhalif hâkimlerin yukarıda belirtilen gerekçesinin mevcut davaya kadar (...) genişletilmesini talep etmektedirler.”

kabul edilemez olan 2010 tarihli ilk başvurularını, oy birliğiyle ihlal tespitinde bulunarak kabul etme konusunda ikna etmeyi başarmışlardır³.

5. Mahkeme tarafından kullanılan yöntem, benim kanaatime göre öncelikle, çok sayıda ülke için hassas bir toplumsal soruna ilişkin bir değişmenin söz konusu olması nedeniyle, büyük ölçüde itiraz edilebilir niteliktedir. Ayrıca hem oy birliğine varmış olan ilgili Daire hem de Büyük Dairenin çoğunluğu, dosyada bu anlamda herhangi bir belirti bulunmaksızın ve bir bağlılık eksikliğinin göstergesi olan, aralarından bazılarının açıkça ilgilerini kaybetmelerine rağmen, ilgili başvurular arasında bir “aile hayatının” varlığını varsaymakta acele etmiştir (bk. kararın 151. paragrafı ve diğer kararlar arasında, *Vallianatos ve diğerleri/Yunanistan* [BD], no. 29381/09 ve 32684/09, § 73, AİHM 2013 (özetler) kararıyla karşılaştırınız, bu kararda Mahkeme, Sözleşme’nin 8. maddesi anlamında, “aile hayatının” tanınmasını ilişkilerin istikrarına bağlı kılmıştır).

2. Hâkim İctihat ile Çoğunluğun Görüşü Arasındaki Tutarsızlık

6. Eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması yönündeki pozitif yükümlülükten yana olan çoğunluğun görüşü, kendi kanaatime göre, eşcinsel eylemlerin suç sayılması⁴, özel bir meslek grubunda eşcinsel kişilerin çalıştırılmasının reddedilmesi⁵, bir kira sözleşmesi yapma hakkının reddedilmesi⁶ ve diğer durumlar gibi, kişilerin özel haklarına yönelik tanımlanmış ihlalleri hâlihazırda cezalandıran, Mahkemenin baskın çizgisiyle tutarsızdır.

7. Yukarıda belirtilen *Schalk ve Kopf* davası gibi, *Fedotova ve diğerleri* davasının, buna karşın, farklı bir amacı bulunmaktadır. Bu davaların her ikisi de, eşcinsel birlikteliklerin yasal olarak tanınması yönünde Devletin iddia edilen genel pozitif yükümlülüğüyle ilgilidir. Başvuranlar, medeni, vergiyle ilgili, sosyal veya diğer konularda maruz kaldıklarını ileri sürdükleri belirli zararlardan şikâyet etmek yerine, yalnızca böylelikle açıkça yararsız olan ulusal adli prosedürleri yürüterek, eşcinsel çiftler için mevcut olmayan bir evlilik hakkını talep etmeyi bilerek seçmişlerdir.

³ İlgili Daire, 2014 yılında diğer iki çift tarafından yapılan ve benzer ifadelerle düzenlenen diğer iki başvuruyu da eklemiştir (*Chunosov ve Yevtushenko/Rusya*, no. 30538/14, ve *Shaykhrznova ve Yakovleva/Rusya*, no. 43439/14).

⁴ *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 22 Ekim 1981, A serisi no. 45, *Norris/İrlanda*, 26 Ekim 1988, A serisi no. 142 ve *Modinos/Kıbrıs*, 22 Nisan 1993, A serisi no. 259.

⁵ *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, no. 33985/96 ve 33986/96, AİHM 1999-VI.

⁶ *Karner/Avusturya*, no. 40016/98, AİHM 2003-IX.

8. Şüphesiz, Mahkemenin belirli ihlallere yoğunlaşan hedefli ve nüanslı yaklaşımına, eşcinsel kişiler arasındaki birliktelikleri tanıma yönündeki genel pozitif yükümlülüğü ihlal edebilecek olan Yunanistan, ardından İtalya hakkında iki önemli istisna getirilmiştir (yukarıda anılan *Vallianatos ve diğerleri* kararı, *Oliari ve diğerleri/İtalya*, no. 18766/11 ve 36030/11, 21 Temmuz 2015 ve *Orlandi ve diğerleri/İtalya*, no. 26431/12 ve diğer 3 başvuru, 14 Aralık 2017).

9. Bununla birlikte, bu davalar mevcut davanın durumundan tamamen farklı olan hukuki ve olgusal durumlarla ilgilidir. *Vallianatos* kararı, davanın “ortak bir yaşam anlaşması” ile ilgili ayrımcı bir muamele içermesi nedeniyle, mevcut davada bir emsal teşkil etmemektedir. Rusya’nın ortak bir yaşam anlaşması veya benzer kurumları öngörmemesi nedeniyle, bu alanda herhangi bir ayrımcılık mevcut olamaz.

10. Dolayısıyla, *Oliari ve diğerleri* ve *Orlandi ve diğerleri* kararları, hâlihazırda eşcinsel kişiler arasındaki birlikteliklerin yasal olarak tanınması yönündeki genel pozitif yükümlülüğü tek bir Devlete getiren yegâne kararlar olmuştur (kararın 164. paragrafı). Hâlbuki bu iki karar, bir Daire tarafından çok özel, hatta istisnai bir bağlamda kabul edilmiştir ve bunun, Rusya’nın veya bu türden bir tanımayı halen kabul etmeyen diğer on altı Avrupa Devletinin durumuyla herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır.

11. Gerçekte, İtalya hakkında dile getirilen ihlal tespitleri, öncelikle bu ülkede eşcinsel birlikteliklere ilişkin uygulanabilir farklı rejimlerin geliştirilmesi ve birbiriyle uyumlu hale getirilmesi gerekliliğiyle açıklanmıştır (yukarıda anılan *Oliari ve diğerleri* kararı, §§ 168-171). Ardından Mahkeme, kararlı bir şekilde, eşcinsel kişiler arasındaki birlikteliklere yönelik bir mevzuat gerekliliği üzerinde duran -Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay- İtalyan yüksek mahkemelerinin mükerrer kararlarından yararlanmıştı (*ibidem*, § 180). Bu unsur, Mahkemenin gerekçesinde oldukça ağır basmıştır ve böylelikle, ilgili Daireyi oluşturan yedi hâkimden üçü, bununla birlikte, genel bir pozitif yükümlülüğün varlığını tanımaksızın, bu unsuru ihlal tespitinden yana uygun oylarını haklı gösteren ana unsur haline getirmiştir⁷. Son olarak, Mahkeme aynı zamanda, Hükümet tarafından kabul edilen verilere

⁷ *Oliari ve diğerleri* davasında Hâkimler *Tsotsoria* ve *Vehabović*’in katıldıkları, Hâkim Mahoney’in sunduğu mutabakat şerhi.

göre, eşcinsel çiftleri kabul eden ve bunların tanınmalarını destekleyen İtalyan halkının çoğunun duygularına dayanmıştır (*ibidem*, § 181-182).

12. Böylelikle, iki muhalif hâkimin sert muhalefetine⁸ rağmen iki yıl sonra görülen, *Oliari ve diğerleri* davası ile *Orlandi ve diğerleri* davasının yukarıda belirtilen bağlamsal unsurların bulunmaması nedeniyle aynı şekilde ilgili Daire tarafından incelendiğinin tasavvur edilmesi imkânsızdır.

13. Hem bağlamsal olan hem de itiraz edilen, bir Dairenin bu içtihadını “açık ve sürekli eğilimin” bir parçası olmayan on yedi Avrupa Devletine dayatmak hem yasal dayanaktan hem de entellektüel kesinlikten yoksundur.

3. Avrupa Mutabakatının ve Sosyal Gerçeklerin Önemi

14. Eşcinsel kişiler arasındaki birlikteliklerin yasal olarak tanınması konusunda herhangi bir Avrupa mutabakatının bulunmaması, çoğunluğun bu türden bir tanımadan yana “açık ve sürekli eğilime” ilişkin daha değişken kavrama dayanarak üstesinden gelmeye çalıştığı başka bir büyük engeli teşkil etmektedir. Daha önce sürüncemede kalan, büyük ölçüde mutabakat kavramına dayanan Mahkeme içtihadının bütünlüğü için bu değiştirmenin riskleri fazlasıyla açıktır. Büyük Dairenin ters yönde kusursuz bir Avrupa mutabakatının varlığına rağmen kürtaj yasağını haklı göstermek için tek bir Devletin toplumsal baskılarını kabul ettiği, *A, B ve C/İrlanda* ([BD], no. 25579/05, AİHM 2010) kararı konusunda kulakları sağır edici sessizlik, aynı zamanda bir rahatsızlığın göstergesidir.

15. Her halükârda, mevcut davada “eğilimi” takip eden otuz Devletten çoğunun on yedi “azınlık” Devletin Avrupa Konseyine üye olan Devletlerin halkının neredeyse yarısını temsil etmeleri hususundan bahsetmeksizin, Büyük Daireye başvurulduğu tarihte Taraf Devletlerin üçte ikisine bile ulaşmadığını vurgulamak gerekmektedir. Büyük Daire, cinsel azınlıkların birlikteliklerinin zorunlu olarak tanınması hakkını tavsiye ederek, böylelikle “eğilime” katılmaya hazır olmayan bu büyük Devlet azınlığının hassasiyetleri ve toplumsal baskılarını göz ardı etmiştir. Çoğunluğun ulusal düzeyde çoğulculuğu savunması ayrıca, son derece çeşitli ulusal bağlamlara rağmen Avrupa düzeyinde tek bir yaklaşımın sert bir şekilde dayatılmasına pek uymamaktadır.

⁸ *Orlandi ve diğerleri* davasında Hâkimler *Pejchal and Wojtyczek*’in sundukları muhalefet şerhi.

16. Bu bağlamda, kararda birçok defa ileri sürülen uluslararası veya bölgesel metinlerden hiçbirinin (46-64. paragraflar) hâlihazırda eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması yönünde genel bir pozitif yükümlülük getirmemesi hususu belirleyicidir. Avrupa Konseyi hükümetleri tarafından birçok çekinceyle birlikte müzakere edilen tek metin, Devletleri “*eşcinsel çiftlerin içinde yaşadıkları sosyal gerçekliğe bağlı pratik sorunlara karşılık vermek için yasal veya başka araçları*” sunma “*imkânını değerlendirmeye*” ihtiyatlı bir şekilde davet etmekle sınırlıdır (Kararın 48. paragrafında ileri sürülen, Bakanlar Komitesinin CM/Rec (2010)5 sayılı Tavsiye Kararı’nın 25. paragrafı; italik yazı eklenmiştir).

17. Dolayısıyla mevcut karar, ulusal bağlama ve Anayasa Mahkemesinin kesin görüşüne rağmen, eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınması yükümlülüğünü dayatması ve yalnızca bu türden bir tanıma şekliyle ilgili küçük bir özgürlük bırakması nedeniyle adım atmaya zorlayan ilk karardır (kararın 188. paragrafı). Hâlbuki Mahkeme tarafından etik ve ahlaki açıdan hassas ve dokunaklı olarak kabul edilen sorunlara ilişkin bu boyuttaki bir tedbir⁹ büyük ölçüde kurumsal yetkileri nedeniyle ulusal kanun koyucularına bağlıdır. Uluslararası bir mahkemenin yenilikçi olduğu kanaatine vardığı eğilimleri destekleme konusunda artan isteği, Sözleşmeciler Devletlerde toplumsal gelişmelere kabaca zorlamak için adli baskı isteğini kullanmasına imkân vermemektedir. Nitekim Sözleşme’nin olmayı istediği yaşayan mekanizma, Mahkemenin kendisini köklerinden çok uzağa götürmesi halinde hayatta kalmakta zorlanacaktır. Ayrıca Mahkeme, bir Sözleşmeciler Devlet hakkında antlaşma çerçevesinde kabul edilmemiş olan -ve halen kabul edilmeyen- yeni yükümlülükleri ortaya çıkarmak için evrimsel yorum ilkesini (kararın 167. paragrafı) kullanmaktan kaçınmalıdır (bk. *bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis), Johnston ve diğerleri/İrlanda*, A serisi no. 112, § 57, 18 Aralık 1986, ve mevcut kararın 48-49. paragraflarında sunulan, davalı Devletin kesin ve tekrarlanan görüşü). Böylelikle mevcut kararda, çoğunluğun antlaşmalar hukukuna aykırı olarak adil sınırlarının ötesine geçtiği, evrimsel yorum ilkesinin ölçsüz bir şekilde kullanılmasının bir örneği sunulmaktadır.

⁹ “Mahkeme, mevcut davanın konusunun üye Devletler arasında bir mutabakatın bulunmaması nedeniyle daha geniş bir takdir yetkisi veren hassas ahlaki veya etik sorunlara bağlı olabileceğini kabul etmektedir (...)” (*Oliari ve diğerleri/İtalya*, § 177).

Sonuç

18. Kırk yedi Taraf Devlet, Sözleşme sisteminin daha uzun vadeli geleceğini tartıştığı sırada, haklı olarak “Mahkemenin yetkisinin Sözleşme sisteminin etkinliği ve bir bütün olarak uygulanabilirliği açısından hayati önem taşıdığı” ve “bu unsurların tamamının *Mahkeme kararlarının niteliği, kesinliği ve tutarlılığına ve ardından hükümetler, parlamentolar, ulusal mahkemeler, başvurular ve bir bütün olarak kamuoyu dâhil olmak üzere, Sözleşme sisteminin bütün aktörleri tarafından kabul edilmeye dayandığı*” sonucuna varmıştır¹⁰ (İtalik yazı eklenmiştir).

19. Mevcut kararın bu bilgelikten esinlenmediğini tespit etmek gerekmektedir. Böylelikle, kararın çok büyük meşruluk ve kabul etme sorunlarını ortaya çıkarması ve Mahkemenin yetkisini ve içtihadını daha fazla zayıflatması kaçınılmazdır. Bunların zararları, özellikle davalı Devletin bundan böyle Sözleşme’ye taraf olmaması nedeniyle, bu Devletin ötesinde hissedilecektir. Daha genel olarak, Mahkeme, birçok Taraf Devletin bu konuya ilişkin olarak karşılaştığı önemli objektif toplumsal koşullara rağmen, Sözleşme’nin standardını eşcinsel birlikteliklerin yasal olarak tanınması yükümlülüğü getirecek kadar yükseltme konusunda haksızdır. Avrupa Konseyi Tüzüğü’ne uygun olarak gerçekte ortak ve paylaşılan temellere dayanan “daha yakın bir birlikteliği” aramak yerine, karar, daha ziyade bölünmeyi derinleştirme ve Avrupa’daki farklı toplumsal görüşlerden doğan çatışmayı körükleme riski taşımaktadır.

¹⁰ “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminin daha uzun vadeli geleceği”, İnsan Hakları Yönlendirme Komitesinin Raporu (CDDH), Avrupa Konseyi, 2016, sayfalar 111-112).

FEDOTOVA VE DİĞERLERİ/RUSYA KARARI
EK

Başvuruların Listesi

No.	Başvuru No.	Davanın Adı	Başvuru Tarihi	Başvuran Doğum Yılı	Temsilci
1.	40792/10	Fedotova ve Shipitko/Rusya	20.07.2010	Irina Borisovna FEDOTOVA 1978 Irina Vladimirovna SHIPITKO 1977	Olga Anatolyevna GNEZDILOVA
2.	30538/14	Chunosov ve Yevtushenko/Rusya	05.04.2014	Dmitriy Nikolayevich CHUNOSOV 1984 Yaroslav Nikolayevich YEVTUSHENKO 1994	Olga Anatolyevna GNEZDILOVA Olga Anatolyevna GNEZDILOVA
3.	43439/14	Shaykhraznova ve Yakovleva/Rusya	17.05.2014	Ilmira Mansurovna SHAYKHRAZNOVA 1991 Yelena Mikhaylovna YAKOVLEVA 1990	Olga Anatolyevna GNEZDILOVA