

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM) KARARLARI ÇERÇEVESİNDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI

(Gender Discrimination within the Framework of Decisions of the
European Court of Human Rights (ECHR))

Yrd. Doç. Dr. Sevi BAKIM*

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi kapsamında düzenlenen ayırıcılık yasağı, hak ve özgürlüklerden yararlanmada, Sözleşme'ye taraf Devletlere yetki alanlarındaki kişiler arasında bir ayırım yapmama yükümlülüğü getirmektedir. AİHS'nin 14. maddesinde tahdidi (sınırlı) olarak sayılmayan ayırıcılığın dayandığı nedenlerden biri cinsiyettir. Cinsiyetler arasındaki farklı muamele yapılması, cinsel yönelimleri nedeniyle farklı muameleye ilişkin şikayetler ve cinsiyet değiştirene farklı muamele yapılması iddiaları dolayısıyla Mahkeme'ye yapılan başvurular neticesinde oluşan AİHM'nin cinsiyet ayırıcılığına yönelik içtihatları zamanın getirdiği anlayış değişiklikleriyle orantılı olarak gelişimini sürdürmektedir.

Anahtar kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ayırıcılık yasağı, cinsiyet ayırıcılığı, cinsiyetler arasındaki farklı muamele, cinsel yönelim nedeniyle farklı muamele, cinsiyet değiştirene farklı muamele.

Abstract

Discrimination prohibition organized under Article 14 of the European Convention on Human Rights, brings in the enjoyment of rights and freedoms, a non-discrimination obligation between persons in the jurisdiction of States which are parties to the Convention. In Article 14 of the European Convention on Human Rights, one of the reasons that are not considered restricted (limited) as discrimination is based on gender. European Court of Human Rights' opinions for gender discrimination continue their development in proportion to the comprehension changes brought in their time as a results of resorts to the Court for different treatment made between genders, complaints about different treatments due to sexual orientations and allegations for different treatment to transgender.

* Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Keywords: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, prohibition of discrimination, gender discrimination, different treatment between the genders, different treatment due to sexual orientation, different treatment to transgender.

GİRİŞ

İnsan hakları düşüncesinin özünde her insanın doğuştan aynı değerde olduğu ve aynı haklara eşit bir şekilde sahip olduğu yatmaktadır. Fakat eşitlik herkesin her haktan her zaman aynı şekilde yararlanabileceği anlamına gelmemektedir. Herkesin mutlak anlamda eşit olması¹ hayatın gerçekleri ile bağdaşmadığından² toplumsal hayatı sürdürebilmek için toplumsal yaşamın gerektirdiği farklı rollerin paylaşımında önemli olan herkese “fırsat eşitliği” tanınmasıdır. Hukuka düşen rol, kişiler arasında bir takım farklılıklar oluştururken, “makul ve objektif” ölçülere dayanmaktadır. Kişiler arasındaki farklı muamele hukuk tarafından öngörölmüş “makul ve objektif” bir ölçüye dayanmıyorsa bu “ayrımcılık” anlamına gelmektedir.³

Ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi iç içe geçmiş kavramlardır. Eşitlik ilkesi kişileri keyfi muameleye maruz kalmaktan koruyan demokrasi ve hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisidir. Yararlananlar bakımından eşitlik ilkesi, eşit işlem görmeyi veya ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurduğu için bir hak olarak kabul edilebileceği gibi, devlet organları ve idare makamlarına eşit işlem yapmaları

¹ Mutlak eşitlik, kişilerin kişisel veya özel durumlarına bakılmaksızın, kanunların herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Nispi eşitlik ise, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tabi tutulmasıdır. Eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitliğe aykırı değildir. İçinde bulunulan durum, özellikler ve ihtiyaçlar açısından bulunulan farklılıklar nedeniyle, her kişi veya grubun kendi içinde aynı işlemlere tabi tutulması nispi eşitliği ifade eder. Sibel İnceoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şarh Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.18, 2001, s.43.

² Jean Jacques Rousseau, insanda iki tür eşitsizlik olduğundan bahsetmektedir. Biri doğa tarafından meydana getirilen yaş, sağlık, bedendeki güçler ve zeka veya ruh nitelikleri arasındaki farklardan oluşan “doğal ya da fiziki eşitsizlik”, diğeri bir çeşit uzlaşmaya dayanan ve insanların onaması ile kurulmuş olan ya da hiç değilse insanlarca kabul edildiği için meydana çıkan kimilerinin başkalarının zararına yararlandığı “manevi ya da politik eşitsizlik”tir. Jean Jacques Rousseau, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*, Çev. Rasih Nuri İleri, 12.Bası, Say Yayınları, İstanbul, 2013, s.87.

³ Abdullahman Eren, *Ayrımcılık Yasağı*, <http://www.sivas.gov.tr/insanhaklari/Ayrimcilik2007.doc>, s.1, (Erişim Tarihi: 08.03.2015). Hukuki eşitlik kavramına göre, benzer durumdaki kişilere benzer muamele yapılmalıdır. Hukuki eşitlikte, benzerlik temelinde eşit muamele esas alınmaktadır. Benzer durumdaki kişilere farklı muamele yapılmasına yol açacak yasa ve uygulamalar, doğrudan ayrımcılık olarak ifade edilmektedir. Gerçek eşitlik, farklı durumdaki kişilere farklı muamele yapılması gerekliliğini temel aldığından mutlak eşitlik söz konusu değildir. Devletler insanların ihtiyaçları ve özellikleri arasındaki benzerlikleri kategorize ederek tanımlamak ve bir düzenleme yaparken de kişilerin farklı özelliklerini dikkate almak zorundadır. Şennur Ağırbaşı, *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.36.

konusunda verilmiş bir emir niteliğinde olduğundan devlet yönetimine hakim olan bir temel ilke olarak da kabul edilmektedir.⁴ Eşitlik ilkesi eşit statüde olanlara eşit bir biçimde davranılmasını ve eşit olmayan statüdekilerin de farklı muamele görmesini gerektirir; bu gereklere, objektif ve makul bir neden olmaksızın uymamak ayrımcılık yaratmak şeklinde yorumlanmaktadır.⁵ O halde ayrımcılık, objektif ve makul bir neden olmaksızın aynı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunmaktır. Ayrımcılık yasağı, genel olarak benzer durumda olan bireylerin eşit muamele görmeleri gereğini ortadan kaldıran, bir bireye herhangi bir unsur merkezinde, diğer bireylerden daha az lehe olan bir biçimde davranma anlamına gelen “doğrudan ayrımcılık” ve farklı durumdaki kişilere aynı şekilde muamele edilmesi nedeniyle ortaya çıkabilen “dolaylı ayrımcılık” kapsamında değerlendirilmektedir.⁶

Uluslararası ve bölgesel sözleşme metinlerinde yer alan “eşit hukuki koruma” ifadesiyle aynı hukuki durumda bulunan birey ya da gruplar arasında hukuki açıdan bir ayrımcılık yapılmaması, kanunun aynı durumda bulunan herkes için aynı şekilde olması suretiyle aynı hukuki korumaya tabi tutulma hedeflenmektedir. Ayrımcılık yasağı, insan haklarının korunması bakımından temel ve genel ilkeyi teşkil etmektedir. Gerek bölgesel gerek uluslararası sözleşmelerde ırk, renk, cinsiyet, din, dil, siyasi ve diğer görüş, ulusal ve sosyal köken, mülk, doğum ve diğer statü ayrımı gözetmeksizin, her devletin ülkesinde yaşayan ya da egemenliğine tabi insanların haklarına saygı gösterilmesi ve güvence altına alınması gerektiğini düzenlenmektedir.⁷

Ayrımcılık yasağı çeşitli uluslararası belgelerde düzenlenmiş olup, ayrımcılık Uluslararası Ceza Divanı tarafından yargılaması yapılan insanlığa karşı suçlar arasında yer almaktadır. Eşitlik ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi gereken cinsiyetler arasındaki ayrımcılık yasağı ile, cinsel yönelim temelindeki ayrımcılık yasağı, uluslararası alanda; BM mekanizmaları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde 1980’li yıllardan itibaren tartışılır hale gelmiştir. 30 yılı aşkın süredir gelişen içtihat ve uygulamaların dayanağını, ayrımcılık konusundaki en temel düzenlemeler olan İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) oluşturmaktadır.⁸

⁴ Kemal Gözler, Eşitlik İlkesi, <http://www.anayasa.gen.tr/esitlik.htm>, (Erişim Tarihi: 28.04.2015).

⁵ Sibel İnceoğlu, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, <http://www.calismatoplum.org/sayi11/inceoglu.pdf>, s.56, (Erişim Tarihi: 23.03.2015); Ağırbaşlı, s.36.

⁶ Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Legal Yayınevi, İstanbul, 2013, s.604-607.

⁷ Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.387-388.

⁸ 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe giren Her Türlü Irk Ayrımcılığı’nın Kaldırılmasına İlişkin BM Sözleşmesi’ne Türkiye 16 Eylül 2002 tarihinde taraf olmuştur. Ayrımcılık yasağına ilişkin bir başka uluslararası düzenleme de Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 2. ve 26. maddeleridir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 2. maddesi de ayrımcılık yasağına ilişkin bir düzenleme içermektedir. Ayrıca ayrımcılık yasağı, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 2. maddesinde, “herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir görüş, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayırım gözetilmeksizin, bu Bildiride yer alan bütün haklara ve özgürlüklere sahiptir” denilmek suretiyle ayrımcılık yasağı vurgulanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi; “Bu Sözleşmede beyan edilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasını cins, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır” şeklindedir. Ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS'nin 14. maddesi, Sözleşme'deki diğer haklardan bağımsız bir hak tanımamaktadır. Bu maddeyle, sadece “AİHS'de ve Ek Protokolleriyle tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma” bakımından ayrımcılık yasaklanmıştır.

Ayrımcılığı genel olarak yasaklamak amacıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 12 No'lu Protokolü kabul edilmiştir.⁹ 12. Protokol ayrımcılık yasağının kapsamını genişletmiş ve genel bir ayrımcılık yasağı getirmiştir. Bu Protokol'e taraf

maddesinde, Afrika İnsan ve Halkları Şartı'nın 2. maddesinde, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 1. maddesinde güvence altına alınmıştır.

⁹ 12. Protokol ile genel ayrımcılık yasağı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) sisteminin bir parçası haline gelmiştir. 26 Haziran 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 12. Protokolü kabul etmiştir. Bu yeni Protokol, sadece AİHS'de tanınan haklar açısından ayrımcılık yasağı değil bağımsız genel bir ayrımcılık yasağı öngörmektedir.

12. Protokolün 1. maddesinin 1. Paragrafı, AİHS'nin 14. maddesi ile neredeyse aynı ifadeye sahiptir, tek farkı “bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma” ifadesi yerine “hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma” ifadesine yer verilmesidir. 12. Protokolün başlangıcında, Avrupa Konseyi üye devletlerinin bu Protokolü imzalarken amaçlarının ne olduğu belirlenmektedir. Üye devletler, herkesin hukuk önünde eşit olduğunu ve hukukun korumasından eşit olarak faydalanma hakkı olduğunu öngören temel ilkeyi dikkate almaktadırlar ve herkes için eşitlik ilkesini geliştirmeye yönelik bir adım atarak genel bir ayrımcılık yasağının AİHS aracılığıyla uygulanmasını amaçlamaktadırlar. 12. Protokolü Açıklayıcı Raporda da AİHS'nin 14. maddesinin, gerek İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 1. ve 7. maddelerinden gerekse Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 26. maddesinden farklı olarak, genel bir ayrımcılık yasağı ve eşitlik öngörmediği üzerinde durulmuş, bağımsız bir ayrımcılık yasağı düzenlemek için bu Protokol'ün hazırlandığı belirtilmiştir. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi uluslararası insan hakları hukukunun temel prensibi olduğu için bu konuda özel bir dikkat gösterildiğinin altı çizilmiştir. 4 Kasım 2000'de, AİHS'nin imzalanmasının 50. yıldönümünde, Protokol Sözleşme'ye üye ülkelerin imzasına açılmış ve ancak 1 Nisan 2005'te toplam 10 devletin onaylaması ile uluslararası planda yürürlüğe girmiştir. Şu anda 12. Protokolü 21 devlet imzalamış olmasına karşın sadece 14'ü onaylamıştır. Türkiye de 18 Nisan 2001'de Protokolü imzalamış, fakat henüz onaylamamıştır. İnceoğlu, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.57. Bu nedenle 12. Protokol'de yer alan ayrımcılığa ilişkin düzenleme Türkiye açısından henüz yürürlüğe girmemiştir. Türkiye bakımından ayrımcılık yasağı halen sadece AİHS'nin 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir haktır. Doğru/Nalbant, s.603.

tüm devletler iç hukuklarında her türlü ayrımcı muameleyi engellemekle yükümlü hale gelmektedir. Genel ayrımcılık yasağının yer aldığı bu Protokol'ün 1. maddesine göre; “hukuk tarafından tanınan haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, servet doğum veya başka bir statüden kaynaklanan herhangi bir nedenle ayırım yapılmaksızın sağlanır (Protokol m.1/1). Hiçbir kamu otoritesi 1. fıkrada belirtilenler gibi sebeplere dayanarak hiç kimseye karşı ayrımcılık yapamaz (Protokol m.1/2).”

Eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının temeli dürüstlük kuralı, hakkaniyet ilkesi, ahlak kuralı, anayasal eşitlik ilkesi gibi farklı kavram ve kurallara dayanılarak açıklanmaya çalışılmaktadır.¹⁰ Kişiler arasında eşitliğe aykırı olarak gerçekleştirilen her türlü ayrımcı muamelenin yasaklanması devletin temel görevidir. Dolayısıyla devlet kendisi ayrımcı muamele yapmayacağı gibi kişiler arasında gerçekleşen ayrımcı muamelelere de göz yummayacaktır. Bu doğrultuda ayrımcılık yasağı da hem İnsan Hakları Sözleşmeleri hem de Anayasamızın 10. maddesi ile devlete yüklenen bir görev olarak karşımıza çıkmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasında da; Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamayacağı ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamayacağı belirtilmektedir. Bu görev kapsamında Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde “ayrımcılık” bir suç olarak düzenlenmiştir.

I. Cinsiyet Ayrımcılığı

1. Kavram

İki kişi ya da durum arasında bir farklılık olmamasına rağmen farklı davranışlarda bulunmak, kişi ya da durumlar arasında ayırım yaratmak veya farklı durumlar söz konusu olmasına rağmen benzer şekilde davranmak ayrımcılık olarak tanımlanabilir.¹¹ Ayrımcılık, bir kişi ya da gruba yaş, ırk, renk, milliyet ya da etnik köken, cinsiyet, hamilelik ya da medeni durum, özürüllük, dini inanç, cinsel tercih veya diğer kişisel özellikler nedeniyle başka kişi ya da gruplara göre farklı davranılması sonucu oluşur. Ayrımcılık, bir kişinin normal günlük yaşam etkinliklerine özgürce ve tam olarak katılma olanağından mahrum bırakılması durumunda ortaya çıkmaktadır.¹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'nin 14. maddesi kapsamında ayrımcılık

¹⁰ Eda Manav, H2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar, s.733, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/26-edamanav.pdf> (Erişim Tarihi: 02.04.2015).

¹¹ Ayrımcılıkla Mücadele Bir Eğitim El Kitabı, ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=95&langId=tr (Erişim Tarihi: 14.05.2015); Ağırbaşı, s.36.

¹² İnsan Hakları ve Fırsat Eşitliği Komisyonu, http://www.hreoc.gov.au/word/languages/Infosheet_Turkish.doc, s.2 (Erişim Tarihi:13.04.2015); Emin Zeytinoğlu, “Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 9, Sayı 18, Güz 2010, s.117-118.

kavramını, bir kimsenin veya bir grubun Sözleşme tarafından daha lehte bir muamele görmesi istenmiş olmasa bile, makul bir haklılık bulunmadan, diğerine göre daha az lehte muamele görmesi olarak tanımlamaktadır.¹³

Cinsiyet ayrımcılığı, bir kişinin başka bir kişiden daha kötü veya daha farklı bir muameleye tabi tutulması ve bu muamelenin cinsiyetten kaynaklanması anlamına gelmektedir.¹⁴ Bir başka anlatımla cinsiyet ayrımcılığı, bir bireyin kadın veya erkek olmasına dayanan ayrımcılık çeşididir. Cinsiyet ayrımcılığı, bireyin insan haklarından tümüyle yararlanmasını engelleyen sosyal açıdan yapılandırılmış cinsiyet rolleri ve normlarına dayalı herhangi bir ayrıma, dışlanmaya ya da kısıtlamaya maruz kalmasıdır.¹⁵ Bu kapsamda cinsiyet ayrımcılığı, kaynaklara ve fırsatlara ulaşmada eşitsizlik, şiddet ve tacize uğrama, temel hizmetlerden yararlanmada yetersizlik, çalışma yaşamı ve siyasette kadının sınırlı olarak yer alması ve kadınlarla erkekler arasındaki kişisel ilişkilerdeki güç dengesizliği hususlarıyla yakından ilişkilidir.¹⁶ Cinsiyet ayrımcılığı vakaları genellikle kadınların erkeklere göre daha az elverişli muamele görmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Ancak bu durumun istisnaları da vardır.

Toplumsal cinsiyet, cinsiyete dayalı işbölümü ve biyolojik cinsler arasındaki ilişkileri vurgulamak amacıyla, toplumda sadece kadının değil erkeğin de konumunu belirtmektedir. Toplumsal cinsiyet, biyolojik cinsiyetle açıklanamayan sosyal sınıf, ataerkillik, siyaset ve toplumdaki üretim biçimiyle bağlantılı bir anlama sahip olup, kadınlar ile erkekler arasındaki farklılıkların toplumsal düzlemde kurulmuş yönlerine dikkat çekmektedir. Toplumsal cinsiyetten söz edildiğinde kadınlık ve erkeklik arasındaki farklılıklar belirtilmektedir.¹⁷ Toplumsal cinsiyet rolü, toplumun tanımladığı ve bireylerin yerine getirmelerini bekledikleri cinsiyetle ilgili toplumun beklentilerine göre meydana gelir. Toplumsal cinsiyet, sosyal yönden kadın ve erkeğe verilen roller, sorumluluklar olarak tanımlanmaktadır. Dünyada “gender” adı verilen ve ülkemiz-

¹³ 28.05.1985 tarihli, 9214/80 Başvuru numaralı, Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı kararı. Bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr> (Erişim Tarihi: 29.02.2015) BM İnsan Hakları Komitesi'nin Genel Yorumu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ve Avrupa Birliği'nin Ayrımcılığa Karşı Yönergeleri birlikte düşünüldüğünde, “ayrımcılık” terimi, ayırma, dışlama, kısıtlama veya ırk, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, dil, din, etnik, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, siyasi veya diğer görüşlere dayalı olarak gerçekleştirilen ve bütün hak ve hürriyetlerin herkes tarafından tanınmasını ve kullanılmasını engelleyecek veya tanınmasını ve kullanılmasını sınırlandıracak ayrımcılığı kast etmektedir. http://www.rightsagenda.org/attachments/658_Ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1%C4%9Fa%20Kar%C5%9F%C4%B1%20Bir%20Ad%C4%B1m%20At!.pdf (Erişim Tarihi: 23.03.2015).

¹⁴ www.jamombud.seotherlanguagesdocsarbetslivetturkiska.pdf, s.1 (Erişim Tarihi,23.05.2015).

¹⁵ Gender and Reproductive Rights. <http://www.who.int/reproductive-health/gender/glossary.html>, (Erişim Tarihi: 14.04.2015).

¹⁶ Gender Equality: Practice Note, November 2002. <http://iknowpolitics.org/sites/default/files/gender20equality20practice20note20-20undp.pdf> (Erişim Tarihi:14.10.2015).

¹⁷ Sevda Demirbilek, “Cinsiyet Ayrımcılığının Sosyolojik Açıdan İncelenmesi”, Finans Politik & Ekonomik Yorumlar 2007 Cilt: 44 Sayı:511, s.13.

de Türkçe'ye "toplumsal cinsiyet" olarak çevrilen kavram; farklı kültürlerde, tarihin farklı zamanlarında ve farklı coğrafyalarda, kadınlara ve erkeklere toplumsal olarak yüklenen rol ve sorumlulukları anlatmak için kullanılmaktadır. Toplumsal cinsiyet farklılıklarına ilişkin beklentiler, cinsiyet kalıp yargıları biçiminde toplumda yaygın kabul gören inançlara dönüşerek sosyal davranışı büyük ölçüde biçimlendirmektedirler. Toplumsal cinsiyet ve toplumsal cinsiyet eşitsizliği kavramı, temelde kişilerin cinsiyetle ilgili kabullerinin; toplumsal üst yapı kurumları tarafından belirlenmekte ve bu da genellikle kadın aleyhine cinsiyet ayrımcılığını teşvik edici nitelik göstermektedir.¹⁸

"Cinsiyet" kavramı, ayrımcı muamelenin kişilerin cinsiyetiyle daha soyut bir anlamda bağlantılı olduğu durumları da içerecek şekilde yorumlanarak toplumsal cinsiyet kimliğinin biraz daha korunması sağlanmaya çalışılmıştır. Böylelikle toplumsal cinsiyet kimliği tanımı, daha geniş bir anlam ifade edecek şekilde yorumlanmaktadır. Bu kapsamda toplumsal cinsiyet kimliği, sadece cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirenleri (transseksüeller) değil, toplumsal cinsiyetlerini ifade etmek için travestilik veya diğer cinsin kıyafetlerini giymek veya normal olarak karşı cinsin üyeleriyle ilişkili sayılan bir konuşma tarzını veya kozmetikleri benimsemek gibi başka yolları seçenleri de kapsamaktadır.¹⁹ Geyler, lezbiyenler, biseksüeller, kadıncı ameliyatla erkek olan transeksüeller, erkekken ameliyatla kadın olan transeksüeller, travestiler veya karşı cins kıyafetleri giyenler (cross-dresser), ara cinsiyetliler (intersexuals) veya hermafroditler (esas cinsel organları belirsiz olarak doğan çift cinsiyetliler), hadımalar, kendilerine yöneltilmiş "cinsiyetiniz?" sorusuna ezberlerdeki şablon cevabı vermekte tereddüt yaşayacak dezavantajlı gruplar olarak sayılabilecek cinsel yönelim temelli dezavantajlı gruplara yönelik toplumda korku ya da ayırım ve hoşnutsuzluk içeren yaklaşımların sergilenmesi de cinsiyet ayırımı kapsamındadır.²⁰ Eşcinseller, transeksüeller ve travestilere yönelik seksüel oryantasyonu veya cinsel oryantasyonu düzenleyen düzenlemelerin yasalar ve uluslararası sözleşmelerin uygulamasında olmaması ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmektedir.

2. Cinsiyet Ayrımcılığına Sebep Olan Etkenler

Toplumun, bir grup olarak kadınların ve bir grup olarak erkeklerin göstermelerini beklediği özellikler, toplumsal cinsiyet kalıp yargılarını oluşturmaktadır. Kadın

¹⁸ Gönül Balkır, "Toplumsal Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığı", http://www.metinindir.com/tw_files2/urls_1/2079/d-2078129/7z-docs/12.pdf, (Erişim Tarihi: 16.03. 2015), s.2.

¹⁹ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/elkitabi.pdf, s. 92, (Erişim Tarihi: 23.03.2015); Doğru/Nalbant, s.612.

²⁰ Özlem Altıparmak, Ayrımcılık Yasağı, <http://www.dusuncegundem.com>, Sayı.42, s.1; Özlem Altıparmak, Cinsiyet Değiştirme Ameliyatları Üzerine, http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2&haberno=7007.

cinsiyeti daha çok ev gibi özel alanda kalırken, erkek cinsiyeti dışarıda her türlü kamusal alanda kendini ifade edebilmektedir.²¹ Erkekler, aile ilişkilerinde koca, baba, oğul, ağabey gibi rollere sahiptirler. Aile işletmelerinde 'patron' veya 'kurucu-girişimci' olarak benzer rollerde yine erkeklerle karşılaşırız. Erkeklik söylemleriyle yerine getirilen temel fonksiyonlardan birisi, erkek gücü ve iktidarının kabul ettirilmesine dayalı üstün erkeksilik (hyper-masculinity) olgusudur. Erkeksilik-kadınsılık ikiliği, güçlü-güçsüz, sert-yumuşak, aktif-pasif, verimli-verimsiz, savaştı-boyun eğen karşıtlığı olarak devam etmekle beraber, kontrolü erkekler için kolaylaştırırken kadınlar için kısıtlamakta ve sınırlamaktadır. Toplumunu oluşturan bütün örgütler cinsiyet olgusu olarak hem erkeksi hem de kadınsı özelliklerden faydalanmaktadırlar. İnsanlara cinsiyetinin ne olduğunu söylemek, günümüzde ideal kadınsılığa ya da ideal erkeksiliğe uygun olup olmadığını söylemekten daha kolay görünmektedir. Kadınsı ve erkeksi yaklaşımdan koparak cinsiyet ayrımcılığı yaratan, aynı zamanda kişinin davranış ve tutumlarından kaynaklanan üstün erkeksi bir form, cinsiyet belirlenimciliğinin üstünlüğünden de yararlanmaktadır. Üstün erkeksilik, erkeklerin hakimiyetini ve kadınların ikinci derecede oluşunu ortaya koyan günümüzdeki 'ataerkilliği' meşrulaştırma sorunsalını kabul ettiği gibi bu durum cinsiyet pratiklerini de hayata geçirmektedir. Erkeksilik, tarihsel olarak değişebilen, bir bütün olarak kültürel hakimiyetin devredilebildiği kavram olarak da karşımıza çıkmaktadır. İşte bu kültürel yapı içinde ortaya çıkan hakimiyet ve astlık üzerine kurulan farklı gruplar arasında özel cinsiyet ilişkileri yer almaktadır.²²

Pek çok toplumda erkekler ve kadınlar arasında bilgiye, güce ve kaynaklara ulaşmak konusunda görülen bir eşitsizlik mevcuttur. Ayrıca toplumlarda, kültürel ve sosyal olarak erkek ve kadının nasıl olması gerektiğini belirten kavramsal zorlamalar, insanların gelişimlerinin temelinde daha çocuk yaşlardayken cinsiyetler arası ayrımcılık aşılacak büyümlerine neden olmaktadır. Yaşanılan bu gerçekliklerle de ayrımcılıkların sanki hayat gereği olduğu öğretilmektedir. Bu problemin temel nedeni; genel olarak geçmiş zamanlarda erkeklerin, toplumlarda değerli olarak görülen ailenin korunması ve beslenmesi için gerekli kaynakları sağlanması gibi becerilerde kadınlardan daha etkin olması neticesinde erkekler buldukları toplumun egemeni kılınmış ve kadınının yaşadığı toplum için yaptığı onca önemli görevlerin görmezden gelinerek, kadınların toplumlarda arka plana itilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sonuçlar eşliğinde eşitsizliklerin nedenlerini birçok değişken faktörle birlikte ataerki toplum düzeni ve erkek ve kadın arasında değişik güç dengelerinin oluşmasına bağlamak mümkündür.²³

²¹ Balkır, s.2.

²² Serhat Soyşekerci/Hüseyin Yılmaz, Cinsiyet Ayrımcılığı Olarak Üstün Erillik (Hyper-Masculinity) Olgusunun Türkiye'de Aile İşletmeleri Bağlamında Araştırılması, http://www.universite-toplum.orgpdfdf_UT_295.pdf, s.1-2; <http://www.universite-toplum.org/text.php?id=295> (Erişim Tarihi: 23.03.2015).

²³ Ankara İnsan Hakları Çalışma Grubu, <http://www.aegee-ankara.org/hrwg/?do=proje>, s.1.

Cinsiyet ayrımı birçok alanda sosyal davranışı etkileyen bir olgu olup bireyler hedef cinsiyet veya kişiselleştirilen bilgi temelinde ayırım yapabilmektedirler. Bu ayırma aykırı davranan bireyler, çoğu kez olumsuz değerlendirme ve muamelelere tabi tutulmaktadır. Cinsiyet ayrımı konusu ekonomi, sosyoloji ve psikoloji literatürlerinde de ilgi görmektedir. Cinsiyet ayrımcılığı olgusu hem toplumsal ve kültürel hem de zaman ve mekan etkisinin yarattığı farklılıklara bağlı olarak karmaşık ve bir o kadar da çetrefilli bir hal almıştır.²⁴

II. AİHS'nin 14. Maddesinde Ayrımcılık Yasağı

1. Sözleşme'nin 14. Maddesinde Ayrımcılık Yasağının Düzenlenmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS'nin) 14. maddesi, hak ve özgürlüklerden yararlanmada, Sözleşme'ye taraf Devletlere yetki alanlarındaki kişiler arasında bir ayırım yapmama yükümlülüğü getirmektedir.²⁵ Sözleşme'nin 14. maddesi aynı ya da benzer durumda bulunan bireyleri haksız farklı muameleyle karşı korumaktadır.²⁶ Sözleşme'nin 14. maddesi; özellikle cins, ırk, renk, din, dil, siyasi ve diğer kanaatler milli ve sosyal menşe, milli bir azınlığa mensupluk, doğum, servet veya herhangi bir başka nedenle hiçbir ayırma tabi tutulmamayı ifade etmektedir. Buradaki sayım sınırlayıcı olmayıp, örnekleyicidir.²⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne getirilen şikayetin dayandığı olaylar Sözleşme'deki haklardan en azından birinin kapsamına girmiyorsa, Sözleşme'nin 14. maddesini uygulamamaktadır.²⁸ Ayrımcılık yapıldığı ileri sürülen konunun mutlaka AİHS ve Ek Protokoller'le güvence altına alınmış bir hakka ilişkin olması gerekmektedir.²⁹ 14. maddenin uygulanabilmesi için koşul, muhtemel ayrımcılığın kaynağı olan keyfiyetin Sözleşme hukukunun uygulanma alanı dahilinde bulunması gereğidir. Bir diğer söyleyişle AİHS'nin 14. maddesi bağımsız bir karaktere sahip olmadığından tek başına başvuruya konu teşkil etmez. Mesela cinsiyet ayrımcılığı ile ilgili genel bir

²⁴ Soyşekerci/Yılmaz, s.2, 6.

²⁵ Safa Reisoğlu, Uluslararası Boyutuyla İnsan Hakları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s.126.

²⁶ Feyyaz Gölcüklü/Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.400.

²⁷ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2004, s. 524.

²⁸ 28.05.1985 tarihli, 9214/80 Başvuru numaralı, Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı kararı. Bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr> (Erişim Tarihi: 29.02.2015). Şikayet konusu olayın Sözleşme'de ya da Ek Protokollerinde yer alan haklardan ya da özgürlüklerden en az birisinin kapsamına girmediği durumlarda, Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanma yeteneği yoktur. (Rasmussen-Danimarka kararı, K. Van der Mussel-Belçika kararı). Gölcüklü/Gözübüyük, s.401; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 525.

²⁹ İnceoğlu, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.56; Gölcüklü/Gözübüyük, s.401; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.524.

yaşanın 14. maddeden çıkarsanması mümkün değildir.³⁰ Bununla beraber, AİHS'nin 14. maddesinin ihlal edilmiş olması için, aynı zamanda ilgili olduğu hakkın da ihlal edilmiş olması gerekli değildir.³¹ AİHS'nin 14. maddesinin diğer Sözleşme maddelerinden biriyle ya da Ek Protokolleri'nde güvencelenen haklarla bağlantılı olarak ihlal edilmiş olması ihtimalinin varlığı yeterlidir. Bir konunun Sözleşme'de tanınan hakkın kapsamına girmesi ve böylece AİHS'nin 14. maddesinin uygulanabilmesi için söz konusu esasların sabit hak ile ilgili olması gerekmektedir. Böylece Sözleşme'nin 14. maddesi, bir açıdan Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlüklerle "bağımlı", diğer taraftan sözü geçen hak ve özgürlüklerin çiğnenmemiş olması koşulundan "bağımsız" bir yapıya sahiptir.³² *Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık davasında*³³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru sahiplerinin kocalarına İngiltere'ye girişi izni verilmemesinin özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmediğini, ancak Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte 14. maddesi değerlendirildiğinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. O zamanki İngiliz göçmen yasasına göre, ülkede kalma izni almış olan bir adam karısını da getirebilmekteydi, ancak benzer konumdaki bir kadının kocasını getirmesi söz konusu değildi. Bu nedenle, temel hak ihlal edilmediği zaman bile AİHS m.14'e başvurulabilir, çünkü temel hak, söz konusu durumdaki esaslara göre doğmaktadır.

Sözleşme'nin normatif hükümlerinden biriyle bağlantılı olarak 14. maddenin de ihlal edilmiş olduğunun ileri sürüldüğü davalarda asıl maddenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varılmışsa, ayrımcılık yasağı ihlali iddiası davanın önemli bir yönünü oluşturmuyorsa, AİHM olayı bir de 14. madde açısından incelemeyi gereksiz bulmaktadır. Mesela, *Smith ve Grady/Birleşik Krallık davasında*³⁴ eşcinselliği nedeniyle ordudan ihraç edilen başvuruçunun eşcinsel olup olmadığına yönelik araştırmanın Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmesi sebebiyle başvuruçunun cinsel yönelimleri nedeniyle farklı muameleye ve dolayısıyla ayrımcılığa uğradığı yönündeki iddialarını 8. madde bakımından ihlale karar vermesi sebebiyle ayrıca incelemeye değer bulmamıştır.

*B./Fransa davasında*³⁵ AİHM, şikayetçi kadının cinsiyet değişikliğinden sonra hala eski cinsiyetinin yazılı olduğu resmi belgelerin değiştirilmesine ilişkin talebinin

³⁰ Ağırbaşı, s.42, 45.

³¹ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.524; Gölcüklü/Gözübüyük, s.401; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.400; Doğru/Nalbant, s.603-604.

³² Reisoğlu, s.127.

³³ <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=101> (Erişim Tarihi: 12.05.2015).

³⁴ *Smith ve Grady/Birleşik Krallık davası*, (Başvuru no:33985/96 ve 33986/96), Karar tarihi:27 Eylül 1999.

³⁵ *B./Fransa* (Başvuru no:13343/87), Karar tarihi: 25 Mart 1992. http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/ayrimcilik/cinsiyet_kimligi.pdf (Erişim Tarihi: 14.05.2015).

davalı devlet tarafından reddedilmesini Sözleşme'nin 8. maddesinin açık ve ağır bir ihlali olduğu sonucuna ulaşmış ancak bu davayı ayrıca 14. maddenin ihlali açısından incelemenin gerekmediğine karar vermiştir.

*Airey/İrlanda davasında*³⁶ ise, bir haktan yararlanmada açık bir eşitsizlik olduğu ortadaysa ve bu eşitsizlik davanın temel yönünü oluştursa bile, Mahkeme hem ayrımcılık konusunu hem de temel hak konusunu değerlendirse de bahse konu olan davada Sözleşme'nin 6. ve 8. maddelerinin ihlal edildiğine, ancak 14. maddesi açısından incelemede bulunmaya gerek olmadığı sonucuna varmıştır.

Fransa'daki evlat edinme yasalarını ilgilendiren *Fretté/Fransa davasında*³⁷ bu yasaların homoseksüel bir başvuru sahibine karşı ayrımcılık yaptığı şikayetiyle ilgili olarak AİHM, ulusal makamların, başvuranın yararlanmak istediği evlat edinme hakkını meşru ve makul biçimde değerlendirme yetkisini evlat edinecek çocukların menfaatlerine uygun olarak sınırlandırma hakkına sahip olduklarını ve bu hakkı başvuranın meşru beklentilerinin rahmına ve kişisel seçimlerini dikkate almaksızın kullanabileceklerini kaydetmiştir. AİHM bu davada, 8. maddeyle (özel ve aile hayatına saygı hakkı) bağlantılı olarak 14. maddenin (ayrımcılık yasağı) ihlalinin söz konusu olmadığına, ancak bununla birlikte bu davada 6. maddenin (adil yargılanma hakkı) ihlal edildiğine hükmetmiştir.

2. Ayrımcılık Yasağının Söz konusu Olabilmesi İçin Gerekli Olan Unsurlar

AİHS'nin 14. maddesi Sözleşme ile tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü ayrımı yasaklamaz.³⁸ Eşit durumdakilere eşit muamele yapılması gerekmektedir.³⁹ 14. maddeye dayanarak başvuru yapılabilmesi için başvuru sahibinin, kendisine benzer ya da paralel durumdaki başka insanlardan daha farklı, daha az iyi davranıldığını göstermesi gerekmektedir. Başvuru sahipleri, şikayet konusunun temel Sözleşme haklarından birinin kapsamına girdiğini ve söz konusu hakla ilgi-

³⁶ Airey/İrlanda kararı, 9 Ekim 1979 tarih, seri A no: 32, s/12-13, & 24). M.Aydoğan Özman, Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/306/2899.pdf>, s.132-136 (Erişim Tarihi: 14.05.2015).

³⁷ 26.02.2002 tarihli Fretté/Fransa davası, (Başvuru no:46515/97). Cinsel Yönelim Sorunları, http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/ayrimcilik/cinsel_yonelim.pdf (Erişim Tarihi: 22.04.2015). Bu davada verdiği kararın aksine AİHM, daha önce sırf babanın homoseksüel olması nedeniyle velayetin anneye verilmesinin cinsel tercihe dayalı ayrımcılık olduğuna karar vermişti Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, 31 EHRR 1055 (2001). Kararların değerlendirmesi için bkz. Ali Rıza Çoban, "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-coban.pdf>, s.205 (Erişim Tarihi: 22.04.2015).

³⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s.400.

³⁹ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 524.

li olarak karşılaştırılabilir bir konumdaki bir kişiden kendilerine karşı daha farklı muamele edildiğini göstermek zorundadır.⁴⁰ AİHM önce, davaya konu olan olayla Sözleşmeye dahil bir hakkın ihlal edilip edilmediğini veya benzer bir durumun var olup olmadığını araştırmaktadır. Sonra benzer durumdaki bireyler arasında, hak ve özgürlüklerden yararlanmada fark gözetilip gözetilmediğini saptamaktadır.⁴¹ Sözleşme'nin 14. maddesi bağlamında, bir ayrımcılık yasağının söz konusu olabilmesi için devletin takdir marjı da dikkate alınmak suretiyle; Mahkeme AİHS'nin 14. maddesi kapsamında yasak olan hususu belirlerken, ayırımın "objektif ve makul bir nedene dayanmaması", bir diğer ifadeyle "meşru bir amaca yönelik olmaması (meşru bir amacı olmaması)" ve "güdülen amaçla kullanılan araç arasında makul bir ölçülülük ilkesinin mevcut olmaması" kriterlerini esas alır. Ancak bu kriterler her somut olay için uygulanmaktadır. Dolayısıyla, kriterlerin somut olaya uygulanmasında farklılıkların olması ihtimali her zaman vardır.⁴² Başka bir anlatımla, önce bu konudaki ana kriter olan "eşit durumdakilere eşit muamelenin" yapılıp yapılmadığının saptanması gerekmektedir. Şayet, kıyaslanan iki durum arasında eşitlik yoksa, o zaman, başka bir kriter karşımıza çıkacak, bu farklı uygulama veya düzenlemeyi gerekli kılacak "haklı bir neden" olup olmadığı kriteri devreye sokularak; "ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki" ile "kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık" durumuna bakılacaktır. Var olan eşitsizlik nedeniyle farklı, fakat amaçla ilişkili ve oranlı muamele yapılması söz konusu ise, artık ortada bir ayrımcılık olmayacak ve durum 14. madde ile uyumlu olacaktır.⁴³

Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı kararında, Mahkeme Birleşik Krallık'taki göçmenlik kurallarını değerlendirmiştir. Birleşik Krallık'ta yasal olarak ikamet eden bir kadının resmen evli olduğu eşi için Birleşik Krallık'a gelme ve kalma izni alması, bir erkeğin eşi için izin almasından daha zor koşullara bağlanmıştır. Hükümet bu

⁴⁰ Ayrımcılık Yasağı, http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE_sunumlar/Madde14.ppt, s.4 (Erişim Tarihi:18.02.2015).

⁴¹ Gölcüklü/Gözübüyük, s.402.

⁴² Inceoğlu, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.59; Gözübüyük/Gölcüklü, s.400.

⁴³ Inceoğlu, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, s.58; Tezcan/Ertem/Sancakdar, s.524.

Belçika'da Eğitim Dili davasında AİHM; "bir tasarrufun kendi başına Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlüklere uygun olabileceğini, ancak bu tasarrufun 14. madde ile birlikte okunduğunda, ayrımcılık niteliğine sahip olduğu gerekçesiyle Sözleşme'de belirtilen bir hakkı ihlal edebileceğini belirtmektedir. Söz konusu karara göre; Sözleşme'nin 14. maddesi hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanamayacağından, belirli bir farklılaşma, hiçbir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele prensibinin ihlal edildiği kabul edilecektir. Makul bir sebebin var olup olmadığı meselesi ise, a) ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki, b) kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık, ilişkisinin değerlendirilmesi suretiyle söz konusu toplumun yaşamını belirleyen hukuki ve fiili unsurlara bakılarak saptanacaktır.

tasarrufun amacının kendi iş gücü pazarını korumak olduğunu savunmuş ve kamu menfaati olduğunu belirtmiştir, fakat bu gerekçede belirtilen amaç meşru bulunmakla birlikte, haklı bulunmamıştır, çünkü amaç ile söz konusu tasarruf birbiriyle orantılı değildir.

Burghartz/İsviçre ve Ünal, Tekeli/Türkiye kararlarında değindiği üzere, Mahkemeye göre, cinsler arasındaki hak eşitliği eğiliminin kuvvet kazandığı günümüzde cinsiyete dayalı bir ayrımın kabul edilmesi için devletlerin çok daha ağırlıklı ve geçerli nedenlere sahip olması gerekmektedir.⁴⁴ (*Karlheinz Schmidt/Almanya kararı; Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık kararı*).

Bazı yönleri bakımından birbirine benzeyen durumlar arasındaki farkların bir ayrımı gerektirmesi durumunda devletlerin bir takdir yetkisi vardır. Ancak bu takdir yetisinin kapsamı özel ve somut durumun kendisine has koşullarına, konusuna ve içeriğine göre, amaç-araç orantısı korunmak kaydıyla değişmektedir.⁴⁵ *Karlheinz/Almanya kararında*⁴⁶ başvuru, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak zorla çalıştırılma yasağıyla bağlantılı olarak cinsiyet bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon, öncelikle Sözleşme'nin 14. maddesinin bağımsız bir varlığa sahip olmadığı, Sözleşme ve Protokoller'deki maddi hükümleri tamamlayıcı nitelikte bir madde olduğu, sadece söz konusu maddi hakların kullanılması bakımından bir etkiye sahip olduğu saptamasında bulunmuştur. Bu davada zorla çalıştırma yasağı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Kararda Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanabilmesi için, daha önce Sözleşme'nin maddi bir hükmünün ihlal edilmiş olmasının şart olmadığını, ancak davaya konu olan olaylar maddi hükümlerden birinin kapsamına girmedikçe 14. maddenin uygulanmasının mümkün olmadığını belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu kararda Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından objektif ve makul haklı bir sebebe dayanmayan yani meşru bir amaca sahip olamayan ve kullanılan araçla amaç arasında makul bir orantı bulunmayan farklı muamelenin ayrımcılık sayılacağına altı çizilmiştir. Sözleşmeciler Devletlerin hangi farklı muamelenin ne ölçüde haklı görülebileceğine dair belirli bir takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, sadece cinsiyete dayanan farklı bir muamele-

⁴⁴ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 400.

⁴⁵ Gölcüklü/Gözübüyük, s.401.

⁴⁶ Karlheinz/Almanya kararı, kamu makamlarının vergi kanunlarını gerekçe göstererek başvuru- cudan 1982 yılı için 75 Mark itfaie hizmetlerine katkı payı ödemesini istemelerine ilişkin olaya dayanmaktadır. Bu hükümlere göre, Tettmang şehrinde ikamet eden her yetişkin erkek, mali yıl başında itfaie hizmetlerine katılmak, hizmete fiilen katılmayan kişiler ise katkı payı ödemekle yükümlü tutulmaktadır. Başvuru bu yükümlülüğün anayasadaki hukuk önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunu düşünmüş ve idari makamlardan kararı kaldırmaları talebiyle açtığı dava idare mahkemelerince ve sonrasında Federal Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Başvuru İnsan Hakları Avrupa Komisyonuna başvurarak zorla çalıştırılma yasağıyla bağlantılı olarak cinsiyet bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. 18.07.1994 tarihli, 13580/88 Başvuru Numaralı, Karlheinz/Almanya kararı için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr>.

nin Sözleşme'ye uygun olduğuna dair Sözleşmeciler devletler tarafından Mahkeme'nin önüne çok esaslı gerekçelerin getirilmesi gerektiği de bu kararda vurgulanmıştır.

Sözleşme'nin 14. maddesi, pozitif (hak ve özgürlüklerden yararlanma) ayrım yasağının yanında negatif (hak ve özgürlüğün kısıtlanması) ayrım yasağını da içermektedir. Yani hak ve özgürlükler kısıtlanırken benzer durumdakiler arasında objektif ve makul olmayan bir farklılığa yer verilmemesi esastır.⁴⁷

III. AİHM Kararlarında Cinsiyet Ayrımcılığı

AİHS'nin 14. maddesinde sayılan ayrımcılığın dayandığı nedenlerden biri cinsiyettir. Sözleşme'nin 14. maddesinde cinsiyet, ırk, renk, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet ve doğum ayrımcılığının dayandığı nedenler olarak sayılırken bu maddede bu sayılanların tahdidi olmadığını, örnekleyici olduğunu belirten "başka durumlar" ibaresi de yer almaktadır. Mahkeme kararlarında "başka durumlar" ifadesinin içeriğini belirlerken cinsel yöneliş, yaş, engelli olma gibi halleri ayrımcılığın dayandığı maddede açıkça sayılmayan nedenler içinde yorumlamaktadır.

AİHM'nin cinsiyet ayrımcılığına yönelik kararları; cinsiyetler arasındaki farklı muameleye yönelik kararları, cinsel yönelimleri nedeniyle farklı muameleye ilişkin kararları ve cinsiyet değiştirene farklı muamele yapılmasına ilişkin kararları olmak üzere üç başlık altında incelenebilir.

1. Cinsiyetler Arasındaki Farklı Muameleye Yönelik AİHM Kararları

Cinsiyetler arasındaki farklı muameleye yönelik AİHM kararlarına örnek olarak *Schuler-Zraggell/İsviçre davası* gösterilebilir.⁴⁸ Karara konu olan olayda, çalışmasını engelleyen hastalığı nedeniyle devlet tarafından tam malullük aylığı bağlanan bayan başvurusunun, çocuk doğurduktan ve sigorta makamları tarafından tekrar sağlık kontrolünden geçirildikten sonra, yüzde 60-70 oranında evine ve çocuğuna bakabilecek durumda olduğu gerekçesiyle aylığı kesilmiştir. Bu karara karşı itirazda bulunması üzerine ülkesindeki Üst Mahkeme, başvurusunun çocuklu bir kadın olduğu ve kadınların da ilk çocuklarını doğurduktan sonra bir süre çalışmadıkları şeklindeki bir ön kabule dayanarak duruşma yapmadan başvurusunun aylık bağlanması yönündeki talebinin reddine karar vermiştir. Mahkeme, olayda ulusal mahkemelerin hiç bir araştırma yapmaksızın çocuk doğuran kadınların işlerini bıraktıkları şeklindeki bir ön kabule dayanarak hüküm kurmasının, cinsiyete dayalı farklı bir muamele oluşturduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde cinsiyet

⁴⁷ Gölcüklü/Gözübüyük, s.402.

⁴⁸ 24.06.1993 tarihli, 14518/89 Başvuru numaralı, Schuler-Zraggell /İsviçre kararı, <http://ihami.anadolu.edu.tr>.

eşitliğini geliştirme temel bir hedeftir. Cinsiyetler arasında farklı muamelenin haklı görülebilmesi için çok güçlü ve objektif nedenler bulunması gerekir. Dava konusu olayda böyle bir durum olmadığından, adil yargılanma hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlali sonucuna varılmıştır.

Müşpet ayrımcılıkla ilgili olarak, önceden mevcut bir eşitsizliği ortadan kaldırma amacının farklı muamele için meşru bir neden olduğu kabul edilmiştir. Lindsay/İngiltere kararında Mahkeme, evli kadınları işe geri dönmeye teşvik eden vergi teşviklerinin kanuni olarak haklı olduğuna ve bu nedenle de erkeklere karşı bir ayrımcılık oluşturmadığına karar vermiştir.⁴⁹

Burghartz/İsviçre kararında,⁵⁰ İsviçre vatandaşı olan başvurucular evlendikten sonra bayan başvurucunun “Burghartz” olan soyadını ailenin soyadı olarak seçmişlerdir. Erkek eş bu soyadın önüne kendi soyadını koymak suretiyle soyadını kullanmak istemektedir. İsviçre makamları bu çiftin ortak soyadını erkek başvurucunun soyadı olarak kaydetmiştir. Ancak başvurucular aile soyadı olarak “Burghartz”, erkek eşin soyadının ise “Schnyder/Burghartz” olarak kaydedilmesini istemişlerdir. Bu talep yetkili makamlar tarafından sadece bayan eşin aile soyadının önünde kendi soyadını kullanabileceği gerekçeleriyle reddedilmiştir. Başvurucuların açtıkları davanın neticede İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da reddedilmesinin sonucu olarak Bay eş “Burghartz” soyadını kullanamamaktadır. Başvurucular aile yaşamına saygı hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürerek İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvurmuşlardır. Yapılan yargılamada başvurucunun soyadı seçiminin, kendisinin özel yaşamını ve mesleki ilişkilerini de etkilemesi sebebiyle söz konusu şikayet bakımından 8. maddenin uygulanabilir nitelikte olduğu belirlenmiştir. Mahkeme söz konusu kararında, cinsiyetler arasındaki eşitliğin Sözleşmeciler Devletlerin temel hedeflerinden birisi olduğunu ve sadece cinsiyete dayalı farklı muamele yapılmasında çok ağır gerekçelerin bulunması gerektiğinin altını çizdikten sonra, dava konusu olayda kocanın seçilen aile soyadının yanında kendi soyadını kullanmasının aile birimini zedelediğine, İsviçre’de aile adlarının seçimi ve kullanılması konusyla ilgili gerçek bir gelenek bulunmadığına değinmiştir. Aile soyadı olarak karının adının seçilmesi ile kocanın adının seçilmesi arasında bir fark olmadığından Mahkeme, kocaya karıdan farklı muamelede bulunmak için hiç bir objektif ve makul sebep bulunmadığını belirleyerek, özel yaşama saygı hakkı ile aile yaşamına saygı hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varılması gerektiğine karar vermiştir.

⁴⁹ Ayrımcılık Yasağı, http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE_sunumlar/Madde14.ppt, s.5.

⁵⁰ 22.02.1994 tarihli, 16213/90 Başvuru numaralı, Burghartz/İsviçre kararı, <http://ihami.anadolu.edu.tr>.

*Ünal Tekeli/Türkiye kararına*⁵¹ konu olan davanın ulusal makamlarda görülmesine sebep olan olayda başvuru ulusal hukuka göre bir kadının evlendikten sonra eşinin soyadını taşımak zorunda olmasını şikayet ederek sadece kızlık soyadını kullanmasına izin vermeyen, fakat erkeğe evlendikten sonra dahi kendi soyadını korumasına izin veren Türk makamlarının tutumunun cinsiyet ayrımına yol açtığını ve böylece Sözleşme'nin 8. ve 14. maddelerini ihlâl ettiğini belirterek Mahkeme'ye başvurmuştur. O dönemki ulusal kanunlara göre bir kadın kocasının soyadına ek olarak kızlık soyadını kullanabiliyor ancak sadece kendi soyadını taşıyamıyordu. AİHM, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, meseleyi doğrudan 8. madde bağlamında değil; Sözleşme'nin 14. maddesi açısından değerlendirmeye tabi tutarak Türkiye'nin Sözleşme'nin 14. maddesini ihlâl edip etmediğini incelemiştir. Mahkeme, konu itibarıyla uyumsuzluğun 8. maddenin kapsamına girdiğini kabul etmiştir. AİHM, Türk Medeni Kanunu'na göre kadının erkeğin soyadını kullanmak zorunda olması ve kendi soyadını ancak kocasının soyadı ile birlikte kullanması yükümlülüğünün makul ve adil bir düzenleme olmadığına ve bu durumun cinsiyet temelinde bir ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir. Mahkemenin kararındaki en önemli gerekçesi ulusal hukuka göre bir erkeğin evlendikten sonra soyadını değiştirmek zorunda olmamasıdır. Mahkeme, bu gerekçeyle Sözleşme'nin 14. maddesi ile 8. maddesinin ayrı ayrı ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁵²

*Vanraalte/Hollanda kararında*⁵³ mahkeme, evli olmayan çocuksuz 45 yaşını doldurmuş bayanların çocuklarla ilgili vergi ödemekten muaf tutulmalarına rağmen aynı durumda bulunan erkeklerin bu vergiyi ödemelerinin mülkiyet hakkı konusunda ayrımcılık ve cinsiyetler arasında farklı muamele oluşturması sebebiyle Sözleşme'nin 14. maddesiyle 1 numaralı Protokolün 1. maddesini ihlâl ettiğine karar vermiştir.

Mahkeme *Hoogendijk/Hollanda kabul edilebilirlik hakkında kararında* (no.58641/00) ifade ettiği üzere, tarafların gerçekliğini tartışmadığı istatistiklere dayanılarak, bir tedbirin erkeklerden çok kadınları etkilediğine ilişkin bir kanıt başlangıcının bulunması halinde, bu durumun cinsiyete dayanan ayrımcılığa bağlı olmayan objektif faktörlerin sonucu olduğunu kanıtlama yükümlülüğü davalı devlete aittir.⁵⁴

Aile içi şiddete ilişkin *Opuz/Türkiye davasına*⁵⁵ konu olan olayda karısına ve karısının annesine defalarca şiddet uygulayan koca, en sonunda karısının annesini

⁵¹ 16.11.2004 tarihli, 29865/96 Başvuru numaralı, Ünal Tekeli/Türkiye kararı, <http://ihami.anadolu.edu.tr>.

⁵² Doğru/Nalbant, s.612.

⁵³ 21.02.1997 tarihli, 20060/92 Başvuru numaralı, Vanraalte/Hollanda kararı, <http://ihami.anadolu.edu.tr>.

⁵⁴ Doğru/Nalbant, s.609.

⁵⁵ Doğru/Nalbant, s.610; Opuz/Türkiye davası, (Başvuru no: 33401/02) , Karar tarihi: 9 Haziran 2009. Karar için bkz. <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/opuz-karari>.

öldürmüştür. Olay bu aşamaya gelene kadar mağdur olan kadınlar defalarca devlet makamlarından koruma istemelerine rağmen, bu çabaları kamu makamlarınca yeterince önemsenmediği için AİHM, devletin başvuruçuyu ve annesini yeterince koruyamadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca ulaşırken, başvuruçunun itiraz edilmemiş istatistiksel verilerle desteklenen Türkiye’de aile içi şiddetin esasen kadınları etkilediğine ve Türkiye’deki genel ve de ayrımcı yargı pasifliğinin aile içi şiddeti besleyen bir ortam yarattığına dair bir göstergenin varlığını dikkate almıştır. Mahkeme, Türkiye’deki genel ve ayrımcı yargı pasifliğinin, kasıtlı biçimde olmasa da esasen kadınları etkilediğini, başvuruçuyu ve annesi tarafından maruz kalınan şiddetin, kadına yönelik ayrımcılığın bir biçimini oluşturan toplumsal cinsiyete dayalı şiddet olarak görülebileceği kanaatine ulaştığını belirterek söz konusu davada AİHS’nin 2., 3., maddeleri ile birlikte ele alındığında 14. maddesinin de ihlal edildiğine karar vermiştir.

2. Cinsel Yönelimleri Nedeniyle Farklı Muameleye İlişkin AİHM Kararları

Sözleşme’nin 14. maddesinde hangi gerekçelere dayanarak muamelede farklılık olmaması gerektiği sıralanmaktadır. Ancak bu liste eksiksiz bir liste olmayıp, “diğer herhangi bir nedenle” de maddede sayılanların dışında ayrımcılık yasağı ile bireylerin hak ve özgürlükleri korunmaktadır.⁵⁶ Belli insan kategorilerine farklı muamele nadir de olsa, bu kategoriyi oluşturan insanlara ekstra korumalar getirmiştir. Bunlara “şüpheli grupları” denir ve ırk, cinsiyet, cinsel yönelim ve ebeveynlerin medeni hali temelinde ayrımcılığa maruz kalanları içerir.⁵⁷ Bununla ilgili dikkate değer ve en çok karşılaşılan örnekler ise, cinsel yönelimleri nedeniyle farklı muameleye uğrayanların yaptıkları başvurular oluşturmaktadır. Cinsel yönelim, “her insanın farklı bir cinsiyet veya aynı cinsiyetten veya birden çok cinsiyetten kişilere duygusal ve cinsel yakınlık duyma ve onlarla yakın ilişkiler kurma kapasitesi” şeklinde tanımlanmaktadır. Cinsel yönelim ayrımcılığı davalarında, tipik olarak bir bireyin homoseksüel veya biseksüel olması nedeniyle elverişsiz muamele görmesi söz konusudur, fakat heteroseksüel olma temelinde ayrımcılık da yasaklanmaktadır.⁵⁸ *Karner/Almanya ve E.B./Fransa kararında* olduğu gibi.

Cinsel yönelimle ilgili davalarda, Mahkeme bir dizi olayda konuyu bir temel hakkın ihlalden ziyade ayrımcılık esasında değerlendirmeyi tercih etmiştir (*L & V/Avusturya*).

Cinsel yönelimleri nedeniyle farklı muameleye ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne gelen ilk önemli temel karar, *Dogen/İrlanda davasıdır*. Mah-

⁵⁶ Reisoğlu, s.127; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.524; Gölcüklü/Gözübüyük, s.402; Ayrımcılık Yasağı, http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE_sunumlar/Madde14.ppt, s.5.

⁵⁷ Ayrımcılık Yasağı, http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE_sunumlar/Madde14.ppt, s.5.

⁵⁸ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s.97. http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_law_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 26.06.2015).

keme'nin Dogen davasında verdiği karar daha sonraki Mahkeme'nin içtihatlarına aynen yansımış durumdadır. Bu yüzden, bu karar belirleyici olmakla birlikte kriterler bakımından da önem taşımaktadır. Bu davada mahkemenin belirttiği, eşcinsellerin temel hak ve hürriyetleri, özel yaşam ve aile yaşamının korunması hakkı perspektifi ile ayrımcılık yasağı perspektifi açısından değerlendirilmiştir. AİHM eşcinsellerin taleplerinin ağırlık noktasını 8. maddede düzenlenen “özel yaşamın gizliliği hakkı” çerçevesinde yorumlamaktadır. Dava konusu olayda, Kuzey İrlanda'da eşcinsel ilişkileri yasaklayan, kanunlar eşcinsel ilişkileri erişkinler arası olsa, hatta kamusal mekanda olmasa dahi cezalandırmaktadır. Başvurucu, bu kanunların kendisine uygulanması sebebiyle, 8. maddede düzenlenen özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edildiğini ve buna bağlı olarak 14. maddedeki ayrımcılık yasağının da ihlal edildiğini iddia etmektedir. Mahkeme öncelikle 8. madde bakımından inceleme yaparak cinsel yaşam, kişinin özel yaşamının bir parçası olduğundan kişinin cinsel yaşamına devletin yaptığı herhangi bir müdahalenin otomatik olarak kişinin özel hayatına da müdahale teşkil edeceğini, ancak bu müdahaleye devletin takdir yetkisini kullanarak sınırsız olmayan bazı durumlarda müsaade edebileceğini belirtmiştir. Mahkeme söz konusu sınırları tespit ederken, eşcinsel ilişkiler ahlak kurallarını ilgilendirdiği için devlet bu konuyu düzenlerken, geniş bir takdir yetkisine sahip olması düşünülse bile kişinin cinsel yaşamının, kişinin özel yaşamının çok mahrem bir parçası olması sebebiyle bu konuda devletin takdir yetkisinin sınırlandığına dikkat çekmektedir. Bu yüzden devlet herhangi bir şekilde kişinin cinsel yaşamına yönelik bir sınırlama getirecekse, bunu çok esaslı sebeplere dayandırmak zorundadır. Mahkeme, belirtilen bu faktörleri dikkate alarak, erişkinler arası kamusal olmayan mekânlardaki eşcinsel birlikteliklerin yasaklanmasını ve suç sayılmasını 8. maddeye aykırı sayarak özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvurucunun davasını burada sadece 8. maddeye değil aynı zamanda da ayrımcılık yasağına ilişkin maddeye dayandırmasına rağmen, Mahkeme bu davada ayrımcılık yasağına ilişkin talebi değerlendirme dışı bırakmıştır.⁵⁹

*Karner/Avusturya davasına*⁶⁰ konu olan olayda başvuru, W.'nin kiraladığı bir dairede bir süre W. ile eşcinsel ilişki yaşamıştır. W. öldükten sonra ev sahibi kira sözleşmesinin sona erdirilmesi için dava açmıştır. Esas kiracının ölmesi halinde bir akrabasının veya “hayat ortağının” kiracılık anlaşmasına kendiliğinden halef olma hakkını öngören ulusal mevzuatı ulusal mahkemeler, evli olmayan heteroseksüel çiftleri kapsayacak şekilde yorumlamasına rağmen, homoseksüel çiftleri kapsamadığı şeklinde yorumlamışlardır. AİHM, başvurusunun başvurusunu, özel yaşama ve konuta saygı hakkı bakımından farklı muameleye tabi tutulmasının olumsuz sonuçlarından

⁵⁹ Bertan Tokuzlu, Şiddet ve Ayrımcılık, 29.06.2006. <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/siddet-ve-ayrimcilik/>.

⁶⁰ 24.07.2003 tarihli, 40016/98 Başvuru numaralı Karner/Avusturya kararı için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr>.

şikayetçi olduğundan, olayda 14. madde bakımından uygulanabilir nitelikte bulunmuştur. Cinsel yönelimlere dayanan farklı muameleleri haklı kılabilmek için çok güçlü gerekçeler göstermek gerekir. Ancak olayda Yüksek Mahkeme bu hakkın kısıtlanması için önemli sebeplerin bulunduğunu savunmamış, sadece yasama organının eşcinsel çiftleri koruma kapsamına almayı düşünmediğini belirtmiş, Hükümet de bu yasa hükmünün geleneksel aile birimini korumayı amaçladığını ileri sürmüştür. Mahkeme, geleneksel anlamda ailenin korunmasının, kural olarak farklı muameleyi haklı gösterebilecek ağırlıklı ve meşru bir sebep olduğunu kabul etmiştir, ancak cinsiyete veya cinsel yönelime dayanan farklı bir muamele olduğunda devletin takdir alanı darıdır. Bu gibi durumlarda orantılılık prensibi gereğince sadece bu tedbirin kural olarak bu amacı gerçekleştirmek için uygun olması yeterli değildir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için mevzuatın eşcinsel ilişki yaşayan çiftleri hariç tuttuğunun gösterilmesi de gerekir. Mahkeme bu davada ayrımcı bir uygulama olduğu sonucuna vardığından 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

*Salgueiro da Silva Mouta/Portekiz davasına*⁶¹ konu olan olayda bir kadınla evlenerek bu evliliğinden bir kız çocuğu olan başvuru daha sonra eşinden ayrılarak bir erkekle yaşamaya başlamıştır. Başvuru, ulusal yargı mercilerinin çocuğun velayetinin anneye verilmesi yönündeki kararının, münhasıran kendi cinsel yönelimine dayandığını ve bu durumun 8. maddenin tek başına veya 14. maddeyle birlikte ihlali niteliğinde olduğunu iddia etmektedir. AİHM, çocuğun velayetini anneye veren ulusal yargı merciinin kararının temyiz edilmesi sebebiyle incelendiği ulusal Temyiz Mahkemesi kararının birçok yerinde başvuruçunun eşcinsel olmasının nihai kararda belirleyici unsur olduğunu gösterdiği kanaatindedir. Eşcinsel olan başvuruçuya velayetin verilmemesine yönelik ulusal merciler tarafından verilen karar, başvuruçunun cinsel yönelimine dayalı olması nedeniyle ayrımcı niteliktedir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Temyiz Mahkemesi'nin başvuruçunun cinsel yönelimine dayalı bir ayırım yaptığını, bu ayırımın Sözleşme bakımından kabul edilir olmadığını ve kullanılan araçla varılmak istenen amaç arasında orantılılık olmaması nedeniyle 8. maddenin 14. maddeyle bir arada ihlalini teşkil ettiğini saptamıştır.

AİHM, *E.B/Fransa kararında*⁶² daha önce benzer bir konuda olumsuz yönde verdiği *Fretté/Fransa kararından* ayrılmaktadır.⁶³ Karara konu olan olayda 45 yaşın-

⁶¹ Salgueiro da Silva Mouta/Portekiz (Başvuru no. 33290/96), Karar tarihi: 21 Aralık 1999. Bkz. LGBT Davaları, AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları, http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf.

⁶² 22.01.2008 tarihli, 43526/02 Başvuru numaralı E.B /Fransa kararı, <http://ihami.anadolu.edu.tr>.

⁶³ Her iki davaya konu olan olaylar aynıdır, ancak Fretté v. Fransa kararını verdiği dönemde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi evlat edinme başvurusunun reddinin çocuğun en yüksek menfaatlere dayandığı ve Devletlere bu alanda geniş takdir yetkisi tanındığı gerekçeleriyle meşrulaştırılmış olduğuna karar vermiştir. http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf.

daki bir Fransız vatandaşı olan E.B bir anaokulu öğretmenidir ve 1990'dan beri bir psikolog olan R. isimli bir kadınla birlikte yaşamaktadır. Başvuru, Fransız makamlarının cinsel yönelimi nedeniyle başvuru evlat edinme talebini reddetmesine ilişkindir. Başvurucunun evlat edinme başvurusu “hane halkında erkek rol modeli olmadığı” gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesinin bu olayda uygulanabilir olduğu gerekçeyle şikayetin kabul edilebilir olduğuna karar vererek esas hakkındaki incelemesine geçmiştir. AİHM, ulusal hukukun çocuklu dul anne ve babaların evlat edinmelerine izin vermesine rağmen ulusal makamların kararının kadın başvuru evlat edinme talebinin kadınla ilişkide olması ve beraber yaşaması sebebine dayandığından dava konusu olayda cinsel yönelim nedeniyle ayrımcılık yapıldığı sonucuna ulaşarak Sözleşme'nin 8. ve 14. maddelerinin ayrı ayrı ihlal edildiğine karar vermiştir.

*Sutherland/Birleşik Krallık kararı*⁶⁴ daha önce homoseksüel ve heteroseksüel ilişkiler için rıza bakımından farklı yaşlar öngörülebileceği yönündeki önceki içtihadattan dönme niteliğinde olduğundan önemlidir. Ayrımcılık yasağı rızaya dayalı homoseksüel ve heteroseksüel ilişkilerde, rıza için öngörülen asgari yaşın eşitlenmesini gerektirir. Komisyon heteroseksüellere kıyasla homoseksüeller için daha yüksek bir asgari rıza yaşı öngören düzenlemelerin bu haliyle yürürlükte kalmaya devam etmesi için nesnel ve makul bir gerekçe tespit edemediğinden, başvuru Sözleşme'nin 8. maddesi ile koruma altına alınmış olan özel hayatına saygı hakkından yararlanma bakımından ayrımcı muameleye maruz kaldığına karar vermiştir.⁶⁵

*S.L./Avusturya davasında*⁶⁶ başvuru AİHM'ne başvurusuna sebep olan şikayetin konusu; mevcut olan ulusal mevzuata göre, erkekler arasında rızaya dayalı cinsel ilişkinin taraflardan biri on sekiz yaşın altında olduğu takdirde bunun suç teşkil etmesi, buna karşılık kadınlar için böyle bir yasak söz konusu olmadığından kadınların on dört yaşından itibaren (hem lezbiyen, hem de heteroseksüel nitelikte) cinsel fiillere girebilmesiydi. AİHM bu davada dava konusu uyuşmazlığın cinsel yönelim temelinde ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir.

*Alekseyev/Rusya davasında*⁶⁷ yapılması planlanan LGBT yürüyüşleri için gerekli olan yürüyüş izin taleplerinin Vali tarafından kamu düzeni, ayaklanmaların önlenmesi, sağlık, ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gerekçeleriyle

⁶⁴ Başvuru no: 25186/94 olan Sutherland/Birleşik Krallık davası, 27 Mart 2001 tarihinde Komisyon tarafından karara bağlanmıştır. http://www.festuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1mlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf.

⁶⁵ Mahkeme'nin Sutherland kararını teyit ettiği benzer diğer kararları: Waite v. Birleşik Krallık (Başvuru no: 53236/99, Karar tarihi: 10 Aralık 2002), S.L. v. Avusturya (Başvuru no:45330/99, Karar tarihi: 9 Ocak 2003), B.B. v. Birleşik Krallık (Başvuru no: 53760/00, Karar tarihi: 10 Şubat 2004).

⁶⁶ AİHM, S.L./Avusturya (Başvuru No. 45330/99), Karar tarihi: 9 Ocak 2003.

⁶⁷ Alekseyev/Rusya (Başvuru no. 4916/07, 25924/08 ve 14599/09) , Karar tarihi: 30 Eylül 2010.

reddedildiği 2006, 2007 ve 2008 Moskova Onur Yürüyüşleri'nin neticede yasaklanmasının AİHS'nin 11. maddesini ve başvuruçuların 13. ve 14. maddelerde korunan haklarını ihlal ettiği iddia edilmektedir. Başvurucu 2006-2008 arasında yürüyüş ve gösteri taleplerinin reddine ilişkin olayların 11. maddenin ihlali niteliğinde olduğunu, 11. maddenin ihlaline ilişkin etkili hak arama yollarına erişemediğinden 13. maddenin de ihlalini iddia etmektedir. Bunlara ilave olarak bu kararların başvuruçular ve diğerlerinin cinsel yönelimlerine dayanması sebebiyle yürüyüşlere izin verilmemesinin ise ayrımcılık oluşturduğunu, bu nedenle 14. maddenin 11. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ne başvurmuştur. AİHM yasağın, Hükümet tarafından gerekçe olarak gösterilen çocuk ve yetişkinleri eşcinsel propagandanın koruma amacı bakımından orantısız olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca Hükümetin yürüyüşün dini doktrin ve çoğunluğun ahlaki değerleriyle çatışması nedeniyle yasaklanmasının gerektiği iddiasını da reddetmektedir. Mahkeme, azınlık gruplarının Sözleşme tarafından koruma altına alınan haklardan yararlanmasının toplumun çoğunluğunun kabulü koşuluna bağlanmasının Sözleşme'nin temelindeki değerlerle bağdaşmayacağını da belirtmektedir. Mahkeme cinsel yönelimin 14. madde kapsamında ayrımcılığın yasaklandığı nedenlerden biri olduğunu ve üye devletlerin bu alandaki takdir yetkilerinin dar olduğunu ifade etmiştir. Alınan tedbirlerin sadece "genel olarak uygun" olduğunun değil, ama "bu koşullarda gerekli" olduğunun gösterilmesi gerektiğini ve eğer bir üye devletin Sözleşme'de korunan hakların sınırlandırılması için tek gerekçe olarak mağdurların eşcinsel olmalarını gösteriyorsa, bunun 14. madde bağlamında ayrımcılık teşkil edeceğini, yürüyüşlerin yasaklanmasının ana nedeninin başvuruçuların cinsel yönelimi olduğunu ve bu nedenle de 14. maddenin 11. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu davada ayrıca etkili hak arama yolu bulunmaması nedeniyle 13. maddenin de ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmıştır.

Eşcinsel bir tutuklunun ayrımcı davranışa maruz kaldığı şikayetiyle AİHM önüne getirilen *X/Türkiye davasında*⁶⁸ belli bir süre boyunca sıradan bir koşu alan başvuruçuyu cinsel yönelimi nedeniyle diğer tutukluların rahatsız etmeleri üzerine, başvuruçuyu daha uygun bir koşu alanına gönderilmeyi talep etmiştir. Bunun üzerine cezaevi yönetimi başvuruçuyu tecrit hüccesine yerleştirmiştir. Böylelikle başvuruçunun diğer mahkumlarla ilişkisini çok ciddi şekilde kısıtlayarak, başvuruçuyu burada kaldığı dönemde diğer tutuklularla her türlü temastan ve her türlü sosyal aktiviteden mahrum bırakılmış, açık havaya çıkamamış ve hüccesinden çıkmasına nadiren izin verilmiştir. Başvurucu, Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte 14. maddesine atıfta bulunarak cinsel yönelimi üzerinden ayrımcılığa maruz bırakıldığından şikayetçi olmuştur. Mahkeme bu davada başvuruçuya uygulanan tecrit koşulları nedeniyle Sözleşme'nin 3. madde-

⁶⁸ X/Türkiye davası (Başvuru no:24626/09), Karar tarihi: 9 Ekim.2012. <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/node/251>; Doğru/Nalbant, s.617-618.

sinin ihlal edildiği tespitinde bulunmuştur. AİHM, başvuruçunun standart koşuğa kaldığı takdirde vücut bütünlüğünün saldırıya maruz kalacağı yönündeki endişelerin temelsiz olmadığını kabul ederek onun korunmasını gerekli kılan bazı güvenlik önlemlerinin alınmasının gerekliliğinin başvuruçunun hapisane yaşamından tamamen tecrit edilmesi tedbirini haklı kıldığını belirtmiştir. Buna ilave olarak Mahkeme, başvuruçuya uygulanan tedbirle ilgili olarak ulusal merciler tarafından, başvuruçunun bir travesti olmamasına rağmen, bir travestinin linç edilmesi gibi aşırı bir risk değerlendirmesinde bulunarak gerekçe üretildiği ve ayrıca başvuruçunun bu tedbirin kendisinin cinsel yönelimi gerekçesiyle alındığı iddiasına infaz hakimliği tarafından konunun cezaevi yetkililerinin takdirinde olduğunu ifade edilerek cevap dahi verilmediğini saptamıştır. Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesiyle birlikte 14. maddesi gereğince, ulusal makamların ayrımcı muamelenin ilgilinin hapisane yaşamından tamamen tecrit edilmesinde rol oynayıp oynamadığını araştırmak için her türlü tedbiri almakla yükümlü olduklarını ifade etmiştir. AİHM, başvuruçunun vücut bütünlüğünü korumak için güvenlik tedbirlerinin alınması gerekliliğinin, cezaevi yaşamından tamamen dışlanmasındaki zorlayıcı etken olduğuna ikna olmadığını, bu davada başvuruçunun cezaevi yaşamından tamamen dışlanmasındaki belirleyici unsurun onun cinsel yönelimi olduğu sonucuna vararak 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

3. Cinsiyet Değıştiren Farklı Muamele Yapılmasına İlişkin AİHM Kararları

Cinsiyet değıştiren farklı muamele yapılmasına ilişkin AİHM kararlarına da aşağıdaki davalar örnek olarak gösterilebilir.

1986 yılında, kadinken ameliyatla erkek olan *Mark Nicholas Alban Rees* tarafından kendisine erkek kimliği verilmemesi ve bir kadınla evlenme hakkı tanınmaması nedeniyle *İngiltere* aleyhine AİHM'de dava açılmıştır.⁶⁹ Davada Mahkeme, transeksüellerin nüfus kütüğüne yeni cinsiyetleri ile kaydolmaları meselesinde, üye ülkelerdeki kültürel geleneklerin farklılığına dayanarak, devletin takdir payını çok geniş tutmuş ve bu davada AİHS açısından ihlal kararı vermemiştir. Ancak kararda “bu sorun, özellikle bilim ve toplumdaki gelişmelere göre, sürekli bir incelemeye tabii tutulmalıdır” şeklinde bir tespitte bulunmuştur.⁷⁰

Benzer bir konuda 2002 yılında verilen *Christine Goodwin/İngiltere kararında*⁷¹ AİHM, bu konudaki gelişmelere, özellikle de özel hayatın korunması açısından dev-

⁶⁹ Rees/Birleşik Krallık davası, Karar tarihi: 17.10.1986, (9EHRR56, 86/89).

⁷⁰ Altıparmak, s.1.

⁷¹ Goodwin and I./Birleşik Krallık (Başvuru no:28957/95). Büyük Daire tarafından 11 Temmuz 2002'de karara bağlanmıştır.

letlerin pozitif yükümlülükleriyle ilgili gelişmelere değindikten ve genel kamu yararı ile bireylerin menfaatleri arasında gözetilmesi gereken menfaatler dengesini hatırlattıktan sonra, “bugünün koşullarında” başvurucunun cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmasıyla rekabete giren hiçbir önemli kamu yararının olmaması sebebiyle, özel hayatın ve ailenin korunması hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir. Mahkeme, evlenme engeli olarak, transseksüelin evlenmemesinin 12. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Ancak Mahkeme, bu davada Sözleşme’nin 14. maddesinin ihlal edilmiş olup olmadığı konusunda bir karar vermemiştir.⁷²

*Sheffield ve Horsman/Birleşik Krallık davasında*⁷³ Mahkeme, cinsiyet değişikliğinden sonra kendilerini erkek olarak gösteren doğum belgelerinin bayan olarak değiştirilmesi isteyen başvurucuların bu taleplerinin reddedilmesinin özel yaşama saygı hakkını düzenleyen Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal etmediğine, ayrıca doğum belgelerinde aynı cinsten olanların evlenmelerine izin verilmemesinin evlenme engeli olması sebebiyle yetkili makamların sadece karşı cinsten olanların evlenmelerine izin vermelerinin Sözleşme’nin evlenme hakkını düzenleyen 12. maddesini ihlal etmediğine ve özel yaşama saygı hakkı konusunda ayrımcılık -cinsiyet değiştirene farklı muamele ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği şikayetine karşılık- 14. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

*Van Kück/Almanya davasında*⁷⁴ başvurucu, ulusal yargı mercileri önündeki yargılama sürecinde, cinsiyet değiştirmesinin tıbbi gerekliliğini ve transseksüelliğinin doğal mahiyetini ispat etme yükümlülüğü altında olmasının AİHS’nin 6.,8. ve 14. maddelerini ihlal ettiği iddiasıyla AİHM’ne başvurmuştur. Mahkeme “transseksüellerin üzerindeki iyileştirici etkileri bağlamında cinsiyet değiştirmenin tıbben gerekli olup olmadığına karar verilmesinin hukuki bir değerlendirme meselesi olmadığını” ifade etmiştir. AİHM, cinsiyet kimliğinin bir şahsın özel hayatının en mahrem alanlarından birini oluşturduğu göz önünde bulundurulduğunda, başvurucunun geri dönüşü olmayan tıbbi operasyon da dâhil, tedavisinin tıbbi olarak gerekli olduğunu ispatlama yükümlülüğü altına sokulmasının orantısız ve makul olmayan bir durum olduğunu saptamıştır. Yerel mahkemelerin başvurucu cinsiyetini çoktan değiştirmiş olmasına rağmen, gerek başvurucunun durumunda cinsiyet değiştirmenin tıbbi bir zorunluluk olup olmadığı ve gerekse başvurucunun transseksüelliğinin sebebine ilişkin verdiği kararların, adil yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığını ve 6. maddenin ilk fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. 8. madde ile ilgili ise Mahkeme, başvurucunun kendisini kadın olarak tanımlama özgürlüğünün, kendi kaderini tayin hakkının en temel so-

⁷² Altıparmak, s.1-2; Doğru/Nalbant, s.613.

⁷³ 30.07.1998 tarihli, 22985/93 başvuru numaralı Sheffield ve Horsman/Birleşik Krallık kararı, <http://ihami.anadolu.edu.tr>.

⁷⁴ Van Kück/Almanya davası (Başvuru no: 35968/97), Karar tarihi: 12 Haziran 2003. http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf.

nuçlarından biri olduğunu belirtmiştir. Buradaki esas meselenin ulusal mahkemenin kararını verirken hiçbir tıbbi uzmanlığa sahip olmaksızın, kadın ve erkeklerin davranışlarına ilişkin varsayımlarda bulunarak kendi görüşlerini, başvurucunun deneyimlerine ve onun en mahrem duygularına üstün tutmuş olmasından kaynaklandığı tespitinde bulunduktan sonra AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinin de ihlal edildiği olduğu belirlemiştir. Mahkeme, söz konusu davada 14. madde bağlamında ayrıca bir sorunun mevcut olmadığına karar verirken, “yerel mahkemelerin kararlarını, cinsiyete dayalı farklı muameleler öngören genel varsayımlara dayandırmalarının 14. madde uyarınca sorun teşkil edebileceği” şeklindeki ilkesini tekrarlamıştır.

Goodwin davasının ardından, ameliyatla kadın olan ve kadın olarak emekli maaşı alamadığı gerekçesiyle ülkesi İngiltere'yi AİHM'e şikayet eden 68 yaşındaki transeksüel *Linda Grant*, özel hayatın ve ailenin korunması hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle açtığı davayı 2006 yılında kazanması sonucu, *İngiltere*, Grant'a tazminat ödemeye mahkum olmuştur. Karar, cinsiyet değiştirenlerin sosyal hakları konusunda uluslararası alanda önemli bir içtihat sayılmaktadır.⁷⁵

P.V./İspanya davası,⁷⁶ cinsiyet değiştirmeden önce 1998 yılında eşinden bir erkek çocuğu dünyaya gelen, erkekken kadın olan transseksüel başvuran ile ilgilidir. Başvuran eşinden ayrılmıştır. Başvuran, cinsiyet değiştirme işlemi sonrasındaki duygusal kararsızlığının, o sırada 6 yaşında olan oğlunu rahatsız etme riski bulunduğu gerekçesiyle, ulusal mahkemenin oğluyla görüşmelerini kısıtlamasından şikayetçi olmuştur. Mahkeme, görüşme kısıtlamasının, başvuranın transseksüel olmasından kaynaklanmadığını tespit ederek, başvuranın yaşadığı geçici duygusal kararsızlık dikkate alındığında; İspanya mahkemelerince getirilen bu kısıtlamanın gerekçesinin çocuğun refahı olması nedeniyle yapılan çocuğun, babasının yeni cinsiyetine yavaş yavaş alışmasını sağlayacak aşamalı bir düzenlemeye dayandığını belirlemiştir. Bu davada Mahkeme Sözleşme'nin 14. maddesiyle (ayrımcılık yasağı) bağlantılı olarak 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edilmediğine karar vermiştir.

SONUÇ

Ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesi iç içe geçmiş kavramlardır. Eşitlik ilkesi eşit statüde olanlara eşit bir biçimde davranılmasını ve eşit olmayan statüdekilerin de farklı muamele görmesini gerektirmektedir. Şayet bu gereklere, objektif ve makul bir neden olmaksızın uyulmazsa ayrımcılık yapıldığından bahsedilebilecektir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 2. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 12 No'lu Protokol'de ayrımcılık yasağı düzenlenmektedir.

⁷⁵ Grant/Birleşik Krallık (Başvuru no: 32570/03), Karar tarihi: 23 Mayıs 2006. Altıparmak, s.2.

⁷⁶ P.V./İspanya davası, (Başvuru no: 35159/09), Karar tarihi: 30 Kasım 2010. Cinsiyet Kimliği Sorunları, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_TUR.pdf (Erişim Tarihi:20.06.2016).

Ayrımcılık; bir kişi ya da gruba yaş, ırk, renk, milliyet ya da etnik köken, cinsiyet, hamilelik ya da medeni durum, özürlülük, dini inanç, cinsel tercih veya diğer kişisel özellikler nedeniyle başka kişi ya da gruplara göre farklı davranılması sonucu oluşmaktadır. Cinsiyet ayrımcılığı ise, cinsiyeti sebebiyle bir kişinin başka bir kişiden daha kötü veya daha farklı bir muameleye tabi tutulması demektir. Kadınsı ve erkeksi yaklaşımdan koparak cinsiyet ayrımcılığı yaratan, erkeklere üstünlük tanıyan yaklaşımlar, sadece cinsiyet belirlenimciliğinden değil, tarihi süreçte değişen toplumsal ve kültürel etmenlerle birlikte kişilerin davranış ve tutumlarından da kaynaklanmaktadır. Üstün erkeksilik, erkeklerin hakimiyetini ve kadınların ikinci derecede oluşunu ortaya koyan günümüzdeki 'ataerkilliği' meşrulaştırmaya kadar gidebilen cinsiyetler arasındaki değişik güç dengelerinin kurulmasında eşitsizlik ve ayrımcılık belirleyici olmaktadır. Farklı kültürel yapılar içinde hakimiyet ve astlık üzerine kurulan farklı gruplar arasında özel cinsiyet ilişkileri yer alarak eşcinseller, transseksüeller ve travestilere yönelik seksüel oryantasyon veya cinsel oryantasyona ilişkin düzenlemeler de ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmektedir.

Cinsiyet sebebiyle hukuki ayırım yasağının temelinde insan onuru açısından cinsiyet nedeniyle farklı değerlendirme yapılamayacağı gerçeği vardır.⁷⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi, hak ve özgürlüklerden yararlanmada, Sözleşme'ye taraf Devletlere yetki alanlarındaki kişiler arasında bir ayırım yapmama yükümlülüğü getirmek suretiyle, aynı ya da benzer durumda bulunan bireyler haksız farklı muameleye karşı korunmaktadır. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 14. maddesi ile getirilen ayrımcılık yasağı bağımsız bir ilke olmayıp, mutlaka Sözleşme ve Ek Protokollerinde güvence altına alınan bir hakka ilişkin olmalıdır. Bir başka anlatımla AİHS'nin 14. maddesinin uygulama alanı Sözleşme'de veya Ek Protokollerindeki haklardan en azından birinin uygulama alanının açılmış olmasına bağlıdır. Ancak şikayet konusu olayın Sözleşme'de ya da Ek Protokollerinde yer alan hakka ya da özgürlüklerden en az birisinin kapsamına girmemesi durumunda artık Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

AİHS'nin 14. maddesi Sözleşme ile tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü ayırımı yasaklamamaktadır. Eşit durumdakilere eşit muamele yapılması esası doğrultusunda başvuru sahibinin, kendisine benzer ya da paralel bir durumdaki başka insanlardan daha farklı, daha az iyi davranıldığını göstermesi gerekmektedir. Mahkeme şikayet konusu olayda, farklı uygulama veya düzenlemeyi gerekli kılacak "haklı bir neden" olup olmadığını araştırdıktan sonra; "ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki" ile "kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık" durumunu inceleyecektir. Farklı uygulamaların objektif ve makul bir gerekçesi yani meşru bir amacının olmaması veya gerçekleştirilmek istenen

⁷⁷ Zafer Gönen Atasoy, Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulama Hali Olarak Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları (Türk, Alman, İsviçre Hukukuna Göre), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991, s.23.

amaç ile kullanılan araç arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin mevcut bulunmayışı durumunda, söz konusu farklılık ayrımcılık teşkil etmektedir. Birbirine benzeyen durumlar arasındaki farkların bir ayrımı gerektirmesi durumunda devletlerin bir takdir yetkisi söz konusu olabilmektedir. Ancak bu takdir yetisinin kapsamı özel ve somut durumun kendisine has koşullarına, konusuna ve içeriğine göre, amaç-araç orantısı korunmak kaydıyla belirlenmektedir.

Sözleşme'nin veya Protokolleri'nin diğer hükümlerinden biriyle bağlantılı olarak 14. maddenin de ihlal edildiği ileri sürülen davalarda Mahkeme tarafından asıl hükmün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmışsa; Mahkeme, davanın önemli bir yönünü oluşturmadığı zaman olayı bir de ayrıca ayrımcılık yasağının ihlali açısından inceleyebilir. Sayısı oldukça fazla olan bu tip davalarda AİHM ya 14. maddenin uygulama alanını ya hiç açmaya gerek görmemiş ya da Sözleşme'deki bir hakkın zaten ihlal edildiğine karar vermiş olduğundan ayrıca 14. maddenin ihlali yönünde karar vermeye gerek görmemiştir.⁷⁸

Cinsiyete dayalı ayrımcılığın konu olduğu birçok davada Mahkeme, olayı genellikle Sözleşme'nin 8. maddesi içinde değerlendirmeyi tercih ederek, ayrımcılığın kaynağı olan dava konusu uyuşmazlığı oluşturan ulusal hukuktaki yasa hükmünü ya da işlemi Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır. AİHS'nin 14. maddesi "cinsel yönelimi" korunan hukuki menfaat olarak açıkça saymasa da, AİHM çeşitli kararlarında Sözleşme'nin 14. maddesiyle korunan "diğer hukuki menfaatler" arasında cinsel yönelimin de yer aldığını ifade etmiştir. Cinsel yönelimle ilgili farklı muamele davalarında, AİHM bir dizi olayda konuyu bir temel hakkın ihlalinden ziyade ayrımcılık esasında değerlendirmeyi uygun görmektedir. Kişinin cinsel yaşamı, 8. maddede yer alan kişinin özel yaşamının bir parçasıdır. Bu yüzden kişinin cinsel yaşamına devletin yaptığı herhangi bir müdahale otomatik olarak kişinin özel hayatına da müdahale teşkil etmekle beraber, bu müdahaleye bazı durumlarda müsaade edilebilir. Fakat bu müdahaleyi yaparken devletin takdir yetkisi sınırsız olmayıp, cinsel yaşama müdahalede devletin takdir hakkı birtakım sınırlamalara tabidir. Bu sebeple, devlet herhangi bir şekilde kişinin cinsel yaşamına yönelik bir sınırlama getirecekse, bunu çok esaslı sebeplere dayandırmak zorundadır. AİHM, cinsel yönelimlere dayanan farklı muameleleri haklı kılabilmek için çok güçlü gerekçeler gösterilmesi gerektiği görüşündedir.

Türkiye'nin de taraf olduğu AİHS gereği devletler ayrımcılığı önlemeye ve ortadan kaldırmaya yönelik iç hukuklarında hukuki ve idari düzenlemeler yapmak pozitif yükümlülüğü içerisindedir. Devletin pozitif yükümlülüğü, AİHS ile korunan hakka saldırıda bulunan kamu görevlileri veya sivil kişileri etkin bir şekilde soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğünü de içermektedir. Devletlerin ulusal hukuklarında yaptıkları hukuki düzenlemelerdeki eksiklikler sebebiyle bireye etkin koruma sağlanamaması Sözleşme'nin ihlali niteliğinde olup, Sözleşme'nin tarafı olan devletlerin tazminat sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Zamanın getirdiği anlayış deği-

⁷⁸ Ağırbaşı, s.68.

şiklikleriyle birlikte eşiklik anlayışının ve bunun yasalarla korunmasını gelişmesiyle bağlantılı olarak AİHS ve 12 No'lu Ek Protokol'ün güvence altına aldığı ayrımcılık yaşağının uygulama alanı da ülkelerin gerek iç hukuklarında gerek uluslararası hukukta değışen ve gelişen AİHM içtihatlarının da etkisiyle o kadar genişleyecektir.

KAYNAKÇA

- AĞIRBAŞLI, Şennur, Sınırlı Ayrımcılık Yaşagından Genel Eşitlik İlkesine, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- ALTIPARMAK, Özlem, Ayrımcılık Yaşığı, <http://www.dusuncegundem.com>, Sayı.42.
- Ankara İnsan Hakları Çalışma Grubu, <http://www.aegee-ankara.org/hrwg/?do=proje>.
- ATASOY, Zafer Gönen, Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulama Hali Olarak Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları (Türk, Alman, İsviçre Hukukuna Göre), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991.
- Avrupa Ayrımcılık Yaşığı Hukuku El Kitabı, http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrim_law_TUR.pdf
- Ayrımcılıkla Mücadele Bir Eğitim El Kitabı, ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=95&langId=tr
- Ayrımcılık Yaşığı, http://www.barobirlik.org.tr/ihep/belgeler/dersnotlari/CoE_sunumlar/Madde14.ppt
- BALKIR, Gönül, "Toplumsal Cinsiyet ve Toplumsal Cinsiyet Ayrımcılığı", http://www.metinindir.com/tw_files2/urls_1/2079/d-2078129/7z-docs/12.pdf
- BOZLAK, Ayhan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yaşığı, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde14.htm>
- Cinsiyet Kimliği Sorunları, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_TUR.pdf
- Cinsel Yönelim Sorunları, http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/ayrimcilik/cinsel_yonelim.pdf
- ÇOBAN, Ali Rıza, "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-coban.pdf>
- DEMİRBILEK, Sevda, "Cinsiyet Ayrımcılığının Sosyolojik Açısından İncelenmesi", Finans Politik & Ekonomik Yorumlar 2007 Cilt: 44 Sayı:511, (s.12-27).
- DOĞRU, Osman / NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, 2.Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- EREN, Abdullahman, Ayrımcılık Yaşığı, <http://www.sivas.gov.tr/insanhaklari/Ayrimcilik2007.doc>
- Gender and Reproductive Rights. <http://www.who.int/reproductive-health/gender/glossary.html>

- Gender Equality: Practice Note, November 2002. <http://iknowpolitics.org/sites/default/files/gender20equality20practice20note20-20undp.pdf>
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- GÖZLER, Kemal Gözler, Eşitlik İlkesi, <http://www.anayasa.gen.tr/esitlik.htm>
- İNCEOĞLU, Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şarla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertilenmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.18, 2001, (s.41-70).
- İNCEOĞLU, Sibel, Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, <http://www.calismatoplum.org/sayi11/inceoglu.pdf>
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr>
- İnsan Hakları ve Fırsat Eşitliği Komisyonu, http://www.hreoc.gov.au/word/languages/Infosheet_Turkish.doc
- KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- MANAV, Eda, H2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/26-edamanav.pdf>
- LGBT Davaları, AİHM, Yargıtay ve Danıştay İçtihatları, http://www.fes-tuerkei.org/media/pdf/Publikationen%20Archiv/Ortak%20Yay%C4%B1nlar/2012/lgbt_ictihat_kitap_web_dusuk.pdf
- ÖZMAN, M.Aydoğan, Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/306/2899.pdf>
- REİSOĞLU, Safa, Uluslararası Boyutuyla İnsan Hakları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, Çev. Rasih Nuri İleri, 12. Bası, Say Yayınları, İstanbul, 2013.
- SOYŞEKERCİ, Serhat / YILMAZ, Hüseyin, Cinsiyet Ayrımcılığı Olarak Üstün Erillik (Hyper-Masculinity) Olgusunun Türkiye’de Aile İşletmeleri Bağlamında Araştırılması, http://www.universite-toplum.org/pdfpdf_UT_295.pdf
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2004.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rıfat Murat İnsan Hakları El Kitabı, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- TOPUZLU, Berhan, Şiddet ve Ayrımcılık, 29.06.2006. <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/siddet-ve-ayrimcilik/>
- ZEYTİNOĞLU, Emin, “Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 9, Sayı 18, Güz 2010, (s.115 – 134).