

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE EVLENME HAKKI*

Arş. Gör. Ufuk Ramazan ÇAKMAK**

RIGHT TO MARRY ON EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

ÖZ

Evlenme hakkı, günümüzde insan haklarıyla ilgili birçok belgede yer alan temel haklardan biridir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde evlenme hakkı, karşıt cinsiyette olanlar için tanınmıştır. AİHM de eski tarihli kararlarında, evlenme hakkını karşıt cinsiyette olanlar için tanımıştır. Ancak AİHM son yıllarda verdiği kararlarda, cinsiyetin sadece biyolojik cinsiyet olarak anlaşılamayacağını ifade etmektedir. Bu bağlamda AİHM eşcinsel evliliğe izin veren düzenlemeleri AİHS'e aykırı bulmamaktadır. Bununla birlikte taraf devletlerin, eşcinsel evliliğe izin vermek gibi bir yükümlülüğü yoktur. AİHM, evlenmenin; sosyal, kültürel ve ekonomik açıdan ülkeden ülkeye farklılık gösterdiğinin altını çizer. Bu nedenle; taraf devletlerin, evlilikle ilgili

* Kabul Edildiği Tarih: 14.12.2017

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.340569](https://doi.org/10.15337/suhfd.340569)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: ufukhukuk68@hotmail.com

ORCID ID: orcid.org/0000-0003-0882-1674

düzenlemeler konusunda daha yetkin bir konumda olduklarını belirtir. AİHS'te düzenlenen diğer haklar gibi, evlenme hakkı bakımından da devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri vardır. Bu bağlamda; negatif yükümlülük uyarınca devletin yapacağı düzenlemeler, hakkın özünü zedelememelidir. Devletin pozitif yükümlülüğü ise özellikle evlenmeyi engelleyen tâli durumların kaldırılmasıdır.

ANAHTAR KELİMELEER: Evlenme Hakkı, Boşanma Hakkı, Cinsiyet, Negatif Yükümlülük, Pozitif Yükümlülük.

ABSTRACT

“Right to marry” taking place in many documents related to human rights is one of fundamental rights. Right to marry on European Convention Human Rights has been given to opposite sex. In the previous decisions of European Court Human Rights, right to marry has been given to opposite sex. However recent decisions of European Court of Human Rights has stated that sex is not only biological sex. In this context, regulations allowing same-sex marriage is not contrary to European Convention on Human Rights. However, States Parties haven't obligations such as allowing same-sex marriage. European Court of Human Rights emphasizes that marriage differs from another countries socially, culturally and economically. Therefore, European Court of Human Rights states that States Parties are more competent. States have negative and positive obligations on right to marry. In this concept, the regulations made by The States must not harm core of right according to negative obligations. The state must eliminate secondary circumstances preventing marriage according to positive obligations of the State.

KEY WORDS: Right to Marry, Right to Divorce, Gender, Negative Obligation, Positive Obligation.

GİRİŞ

Doğumdan ölüme kadar çeşitli gruplar içerisinde yaşayan insan için aile önemli bir yer tutmaktadır. Toplumsal hayatın temelini oluşturan ailenin kurulması da çoğunlukla evlenme yoluyla gerçekleşmektedir¹.

Günümüzde doğal bir hak olarak kabul edilen evlenme hakkı; tarihsel süreçte, otorite sahibi olan kişilerin onayıyla kullanılabilen bir haktır. Evlenme hakkının doğal bir hak olarak kabul edilmesi, 19. yüzyılın başlarında medeni evlilik sistemlerinin kabulüyle mümkün olmuştur. Ancak 20. yüzyılda özellikle Nazi Almanya'sında ve Amerika Birleşik Devletlerinin bazı eyaletlerinde ırksal nedenlerle evlenme hakkına kısıtlamalar getirilmiştir². ABD'de farklı ırklardan olan kişilere yönelik evlilik yasağı, ülke genelinde 1967 yılında kalkmıştır³.

Evlenme hakkı günümüzde birçok sözleşme, bildiri ve anayasada yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde yer alan evlenme hakkı; İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne göre son derece kısa bir şekilde düzenlenmiştir.

Bu çalışma ile esasen AİHS'te düzenlenen evlenme hakkı incelenecek; diğer sözleşme, bildiri ve anayasalarda yer alan hükümlere yeri geldikçe değinilecektir. AİHS'te tek cümleyle ifade edilen evlenme hakkı, AİHM kararları ekseninde ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin evlenme hakkını düzenleyen 12. maddesi şu şekildedir: *"Evlilik çağına gelmiş erkekler ve kadınlar bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenmek ve bir aile kurmak hakkına sahiptir."* 12. maddenin başlığı evlenme hakkı olmasına rağmen, maddenin içeriğinde evlenme hakkının yanında aile kurma hakkı da

¹ SEZEN, Lütfi, Türkiye'de Evlenme Biçimleri, **Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi**, C. 11, Sy. 27, 2005, s. 185-186; TEZCAN Sabahat, COŞKUN Yadiğar, Türkiye'de 20. Yüzyılın Son Çeyreğinde Kadınlarda İlk Evlenme Yaşı Değişimi ve Günümüz Evlilik Özellikleri, **Nüfusbilim Dergisi**, C. 26, Sy. 1, 2004, s. 15.

² METİN, Yüksel, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 1, Sy. 2, Ekim 2006, s. 99.

³ http://www.bbc.com/turkce/haberler/2012/02/120217_mixed_marriages.shtml, E.T.12.08.2017

yer almaktadır. Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin aksine, 12. maddede herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Ayrıca Sözleşme'de hakkın "ulusal yasalara uygun olarak" kullanılabilceğini belirten tek maddedir⁴.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde evlenme hakkı 16. maddede düzenlenmiştir:

"Yetişkin her erkeğin ve kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurma hakkı vardır.

Evlenme sözleşmesi, ancak evleneceklerin özgür ve tam iradeleriyle yapılır.

Aile, toplumun, doğal ve temel unsurudur, toplum ve devlet tarafından korunur."

Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 23. maddesinde evlenme hakkı şu şekilde düzenlenmiştir:

"Aile toplumun doğal ve esaslı bir birimidir ve aile toplum ve Devlet tarafından korunma hakkına sahiptir.

Evlilik çağındaki her erkek ve kadının evlenme ve aile kurma hakkı hukuk tarafından tanınır.

Evlenecek eşlerin tam ve serbest iradeleri ile kurulmayan bir evlilik geçerli sayılmaz.

Bu Sözleşmeye taraf Devletler, eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olmaları için gerekli önlemleri alır. Boşanma halinde çocukların korunması için gerekli hükümler konur."

1982 Anayasası'nda evlenme hakkına açıkça yer verilmemiştir. Anayasa'nın 20/1 hükmünde aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı yer almıştır. Anayasa'nın 41. maddesinde ise ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arası eşitliğe dayandığı belirtilmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde yer alan düzenleme, AİHS'te yer alan düzenlemeye göre daha

⁴ JANIS, Mark W., **European Human Rights Law**, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 445.

kapsamlıdır. Bu nedenle “eşler arasında eşitlik” konusuna Sözleşme’ye ek 7 No’lu Protokol’de ayrıca yer verilmiştir⁵.

12. maddede evliliğin ulusal yasalara uygun olarak yapılacağı belirtilmiştir. Bununla kastedilen devletlere tanınan takdir yetkisidir. Devletler, evlilikle ilgili hususları düzenleme bakımından geniş bir takdir yetkisine sahiptir⁶. Ancak, ulusal yasalar ile yapılacak düzenleme, hakkın özünü ortadan kaldıracak veya kullanılmasını imkânsız hale getirecek boyutta olmamalıdır⁷. Son derece kısa bir şekilde ifade edilen evlenme hakkı bakımından, AİHM’in içtihatları da genişletici olmamıştır⁸.

Evliliğin şekli konusunda takdir, ulusal yasalara bırakılmıştır. Devletler, evlenme hakkı ile ilgili bazı usul şartları getirebilirler. Aynı şekilde; maddi açıdan evlenme yaşı, akrabalık, eş sayısı gibi konularda birtakım sınırlamalar getirilmesi mümkündür⁹. Devletler, medeni nikâh haricinde başka şekillerde de evlenme hakkını tanıyabilirler. Örneğin; Türkiye’de imam nikâhlı evlilikler hukuken tanınması halinde madde kapsamında koruma görebilecektir¹⁰. Ancak, mevcut yasalarımıza göre, hukuken tanınmayan imam nikâhıyla yapılan evliliklere resmi evliliğin sonuçları bağlanamaz¹¹. Evlenmenin biçimini belirlemede takdir yetkisi, ulusal makamlara aittir. Ulusal hukukta yapılan

⁵ METİN, s. 100.

⁶ DOĞRU Osman, NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt 2**, Legal Yayınevi, İstanbul 2013, s. 539; HARRIS David, O’BOYLE Michael, WARBRICK Colin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü Kılıcı, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 567.

⁷ GÖZÜBÜYÜK Şeref, GÖLCÜKLÜ Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 343; HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK, s. 568.

⁸ KARAN, Ulaş, Evlenme ve Aile Kurma Hakkı, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Ed. Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 425; HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK, s. 567.

⁹ HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK, s. 568.

¹⁰ KARAN, s. 426.

¹¹ Şerife Yiğit/ Türkiye, Başvuru no:3976/05, 20 Ocak 2009, BD., para. 102.

evliliklerden farklı türdeki yabancı evliliklerin tanınması sorunu ise Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında ele alınmaktadır¹².

Hakkın özünü kullanılamayacak derecede kısıtlayan uygulamalar Sözleşme'ye aykırıdır. F/İsviçre davası, üçüncü kez boşanma kararının ardından, İsviçre yasaları gereğince başvurucuya 3 yıl süreyle evlenme yasağı konulması nedeniyle, bu süre içinde başvurucunun dördüncü evliliğini yapamamasına ilişkindir. Mahkeme, kişinin evlenme hakkını kısıtlayan bu düzenlemeyi orantısız bulmuş ve hakkın özüne zarar verdiğini belirterek 12. maddenin ihlâl edildiğini belirtmiştir¹³. AİHM, bir tutuklunun cezaevinde evlenmesine izin verilmemesini de Sözleşme'nin ihlâli olarak görmüştür¹⁴.

O'Donoghue ve diğerleri/Birleşik Krallık davası, Anglikan Kilisesi dışında evlenmek isteyen mültecilerin bunun için izin almalarına ilişkindir. Bu iznin alınabilmesi için de o tarihte 295 Sterlin olan dosya ücretini karşılamaları gerekmektedir. Bu ücreti ödemekten muaf tutulma ya da herhangi bir indirim yapılması söz konusu değildir. 2005 yılında getirilen bu düzenlemenin ilk şekline göre; izin belgesi alınabilmesi için talep sahibinin Birleşik Krallık'a giriş

¹² HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 568.

¹³ F/İsviçre, Başvuru No: 11329/85, 18 Aralık 1987, paras. 30-40. kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoester.asp?id=154>, E.T. 22/07/2017

¹⁴ Başvurucu, daha önce 4 yıl ilişki yaşadığı kadını dövme ve tecavüz etmek iddiasıyla tutuklanmıştır. Daha sonra kadın ve başvurucu barıştıklarını, evlenmek istediklerini ve başvurucunun polis gözetiminde serbest bırakılmasını istemiştir. Bu taleplerin reddedilmesinin ardından kadın, başvurucuya karşı tanıklık yapmaktan muaf tutulmak istemiştir. Başvurucu ve kadının evlenme talepleri; kadının, evlenme durumundan yararlanarak tanıklıktan çekinme amacına yönelik olduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesince reddedilmiştir. Başvurucu ise evlenme niyetlerinin daha önce de olduğunu, bazı sebeplerden dolayı evlenemediklerini belirtmiştir. İlk derece mahkemesi, cezaevinin evlenmek için uygun bir yer olmadığını ifade etmiştir. AİHM, kişisel bir durum olan evlenme bakımından kişinin özgür olması ya da tutuklu olması arasında bir fark görmemektedir. AİHM, ulusal makamların, bir tutuklunun cezaevinde evlenmesinin uygun olup olmadığına karar veremeyeceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre; cezaevinin güvenliği, suç işlenmesinin önlenmesi ve düzenin sağlanması gibi önemli gerekçeler bulunmadıkça evlenme hakkına sınırlama getirilemez. AİHM, ilk derece mahkemesinin takdir yetkisini ölçüsüz bir şekilde aştığını belirtmiş ve başvurucunun temel bir hakkı olan evlenme hakkının ihlâl edildiğine kanaat getirmiştir. Frasiş/Polonya, Başvuru No: 22933/02, 5 Ocak 2010, 4D., paras. 94-100.

izni, altı aydan fazla oturma izni ve oturma izninin talebin yapıldığı tarihte en az üç ay için daha geçerli olması gerekmektedir. Bu sistem daha sonra iki kez değişmiştir. İlk olarak; geçerli bir giriş hakkına sahip olmayan ancak oturma iznine sahip olanlara izin belgesi alma hakkı verilmiştir. İkinci olarak; giriş ve oturma iznine sahip olmayan kişilere de bu hak tanınmıştır. Bu değişikliklerin ardından; yapılması istenen evliliğin, gerçek bir evlilik olup olmadığını değerlendirmek için taraflar bilgi vermeye çağrılacaktır. Söz konusu olayda, başvuru Katolik olduklarından ve Kuzey İrlanda'da Anglikan Kilisesi olmadığından Anglikan Kilisesinde evlenmek istememişlerdir. Nijerya vatandaşı olan ikinci başvuru, izin belgesi alma hakkını Haziran 2007'de getirilen son düzenleme ile elde etmiştir. Birinci başvuruçunun sosyal yardımlarla geçinmesi ve Birleşik Krallık'a geçici süreyle kabul edilen ikinci başvuruçunun çalışma hakkının olmaması nedeniyle, başvuruçular dosya ücretini ödemekten muaf tutulmak istemiştir. Ücretten muaf tutulma talepleri reddedilen başvuruçular, arkadaşlarının yardımıyla, gereken parayı toplamışlar ve Temmuz 2008'de izin belgesini almışlardır¹⁵.

AİHM, ulusal yasalarla evliliğe yönelik birtakım şartlar ve sınırlamalar konulabileceğini belirtir. Buna göre; belli derecede akrabaların evlenmesinin yasaklanması, ikiesliliğin önlenmesi gibi kamu yararını ilgilendiren konularda düzenleme yapılması mümkündür. Bununla birlikte ulusal yasalar, bir kişiyi veya bir grubu, tamamen yasal hakları olan istedikleri kişiyle evlenme hakkından yoksun bırakamaz. Mahkemeye göre; göç kontrolü altında bulunan kişilere izin belgesi alma zorunluluğu getirilmesi ciddi kaygılara neden olmaktadır. Mahkeme, bu statüde bulunan insanların evlenmesine yönelik genel bir yasak getirilmesini Sözleşme'ye aykırı görmektedir. AİHM ayrıca evlenme izni alabilmek için ödenmesi gereken ücreti de yüksek bulmuş ve hakkın özünü zedelediğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, göç rejimi altında bulunan insanların çalışma olanağına sahip olmamaları ve çok düşük gelire sahip olmaları dikkate alındığında; 295 Sterlin ödeme zorunluluğu, evlenme

¹⁵ O'Donoghue ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 34848/07, 14 Aralık 2010, 4D., paras. 5-37.

hakkını ihlâl edecek boyuttadır¹⁶. AİHM'in kararlarından çıkan sonuç, evlenme hakkına getirilecek sınırlamaların hakkın özünü ihlâl edecek boyutlara varmamasıdır.

II. EVLENME HAKKI BAĞLAMINDA CİNSİYET SORUNU

A. Biyolojik Cinsiyet

Evlenme hakkı bağlamında gündeme gelen konulardan biri, evlenecek kişilerin biyolojik cinsiyetleridir. Mahkeme, evlenme hakkının karşıt cinsiyette olanlar bakımından geçerli olduğunu belirterek, geleneksel evlilik kurumuna işaret etmektedir¹⁷. Nitekim Mahkeme, Rees/Birleşik Krallık kararında; Sözleşme'nin karşıt cinsler arasındaki evliliği ifade ettiğini, Sözleşme'nin 12. maddesinin ailenin temeli olarak evliliğin korunmasıyla ilgili olduğunu açıklayan maddenin ifade tarzından bu sonucun çıktığını belirtmektedir¹⁸.

B. Transseksüellerin Durumu

Mahkemenin, 12. maddeyi geleneksel evlilik kapsamında değerlendirmesi iki konuyu gündeme getirmektedir: transseksüeller¹⁹ ile bir başkası arasındaki birliktelikler ve eşcinseller²⁰ arasındaki birliktelikler²¹.

Mahkeme, Rees/Birleşik Krallık davasında cinsiyet değiştirmiş transseksüelin karşıt cinsten biriyle evlenememesini 12. maddeye aykırı

¹⁶ O'Donoghue ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 34848/07, 14 Aralık 2010, 4D., paras. 83-91.

¹⁷ KARAN, s. 427; DOĞRU/NALBANT, s. 539; LEACH, Philip, **Taking a Case To European Court Of Human Rights**, Oxford University Press, New York 2011, s. 391.

¹⁸ Rees/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9532/81, 17 Ekim 1986, para. 49. kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=116>, E.T. 24/05/2017

¹⁹ "Transseksüalizm, ruhsal yapı ve davranışlarıyla kendini karşı cinse ait hissetme, kendini biyolojik cinsiyetiyle özelliklerden aşırı rahatsız olma ve karşı cinsin özelliklerine sahip olma isteği ile karakterize edilen bir cinsel kimlik bozukluğudur." GÜMÜŞ, A. Tanık, **Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı, AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 323.

²⁰ "Eşcinsellik veya homoseksüellik, aynı cins veya cinsiyetteki insanlar arasındaki romantizm, cinsel çekim ya da cinsel davranıştır." <https://tr.wikipedia.org/wiki/E%C5%9Fcinsellik>, E.T. 12/04/2017.

²¹ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 570.

bulmamıştır. Mahkeme aynı yaklaşımını Cossey/Birleşik Krallık davasında da devam ettirmiştir. Mahkemeye göre; kimin kimle evleneceği konusunda karar verme yetkisi devletlere aittir. Devletlerin geleneksel biyolojik cinsiyet yaklaşımına uygun olarak sadece karşıt cinsler arasında evliliği tanımları Sözleşme'nin amacına aykırı değildir²².

Ancak AİHM, daha sonraki bir kararında cinsiyet değiştiren transseksüelin evlenememesini 12. maddenin ihlâli olarak görmüştür. Christine Goodwin/Birleşik Krallık davası, cinsiyet değiştirdikten sonra karşıt cinsle evlenemeyen bir transseksüelin durumuna ilişkindir. Mahkeme, evlenme hakkının "çocuk sahibi olma"yı kapsamadığını belirtmiş, çocuk sahibi olamamaları nedeniyle bir çiftin evlenememesinin 12. maddeye aykırı olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, tıptaki gelişmeleri dikkate alarak, cinsiyetin sadece biyolojik ölçütlere göre belirlenmesinin doğru olmadığını belirterek, cinsiyet değiştiren transseksüelin evlenememesini hakkın özünü ihlâl eder nitelikte bulmuştur²³.

Mahkeme I/Birleşik Krallık kararında 12. maddenin esas olarak bir kadın ile erkeğin evlenme ve aile kurma hakkını koruduğunu belirttikten sonra, sadece biyolojik cinsiyet yaklaşımı kabul etmenin günümüz gerçekleriyle bağdaşmadığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre Sözleşme'nin kabulünden günümüze kadar tıpta ve evlilik kurumunda önemli gelişmeler yaşanmıştır. Mahkeme evlenme hakkı konusunda takdir yetkisinin taraf devletlere ait olduğunu belirtmekle beraber, getirilen sınırlamaların hakkın özünü ortadan kaldırmaması gerektiğinin altını çizmektedir. Mahkeme ayrıca Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 9. maddesinde kadın ve erkeğe atıf yapılmadan "evlenme hakkı"nın düzenlendiğine dikkat çekmektedir²⁴.

C. Eşcinsellerin Durumu

Eşcinsellerin durumu da bu bağlamda değerlendirilmesi gereken konulardandır. 12. madde evliliğin tarafları konusunda erkek ve kadından bahsetmekle birlikte, Mahkemenin transseksüellerin karşıt cinsle

²² Cossey/Birleşik Krallık, Başvuru No: 10843/84, 27 Eylül 1990, paras. 43-46.

²³ Christine Goodwin/Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95, 11 Temmuz 2002, paras. 98-102.

²⁴ I/Birleşik Krallık, Başvuru No: 25680/94, 11 Temmuz 2002, paras. 77-80.

evlenememesini, hakkın özünü zedeleyici bulduğu Christine Goodwin/Birleşik Krallık kararının ardından, Mahkemenin bu yaklaşımının eşcinsel evliliklere uygulanabilirliği sorusu akla gelmiştir²⁵. Ulusal yasalarında aynı cinsten kişilere evlenme hakkını tanıyan ülke sayısının²⁶ artmasıyla birlikte, Mahkemenin bu konuda olumlu tutum takınacağı söylenebilir²⁷.

Mahkemenin evlenme hakkının her durumda “biyolojik cinsiyet” yaklaşımına uygun olarak anlaşılmasının zorunlu olmadığını belirtmesi, eşcinsel evlilikleri madde kapsamı dışında tutan yaklaşımından bir ölçüde uzaklaştığını göstermektedir. Ancak burada önemli olan husus; taraf devletlerin, eşcinsel evliliği tanıma konusunda yükümlülük altında olmamalarıdır²⁸. Nitekim Schalk ve Kopf/Avusturya davasında da bu husus vurgulanmıştır. Söz konusu dava, eşcinsel çiftlerin evlenmesine izin verilmemesine ilişkindir. Avusturya Hukukuna göre sadece karşıt cinslerin evliliğine izin verildiği için başvuruçuların evlenme talepleri kabul edilmemiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin kadın ve erkeğe tanıdığı evlenme hakkının Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda cinsiyet belirtilmeksizin yer aldığını ifade etmektedir. Buna göre Mahkeme, evlenme hakkının her durumda sadece karşıt cinsiyetler arasında sınırlandırılmaması gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte AİHM, eşcinsel evliliklere izin verme konusunu devletlerin takdir yetkisine bırakır. Evliliğin her toplumda farklı sosyal ve kültürel sonuçları olduğunun altını çizen Mahkeme, toplumun ihtiyaçlarını

²⁵ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 571; Mahkeme Schalk ve Kopf/Avusturya kararında; eşcinsel evlilikler konusunda bir Avrupa konsensüsü olmadığını, Christine Goodwin davasında ise transseksüellerin edindikleri cinsiyette yapacakları evlilikler konusunda bir uygulama birliği olduğunu belirtmektedir. Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24 Haziran 2010, 1D., paras. 58-59.

²⁶ Eşcinsel evlilik şu anda dünya genelinde on yedi, Avrupa genelinde on iki ülkede yasaldir. Hollanda 2001'de eşcinsel evliliklerin uygulandığı ilk ülke olmuştur ve ardından onu Belçika, İspanya, Danimarka, Norveç, İsveç, Portekiz, İzlanda, Fransa, Birleşik Krallık, Lüksemburg izlemiştir. En son İrlanda'da eşcinsel evlilik yasallaştırılmıştır. Eşcinsel evlilik ilk defa halkoylamasına sunulmuş ve referandum sonucunda İrlanda'da eşcinsel evlilik yasallaştırılmıştır. https://tr.wikipedia.org/wiki/E%C5%9Fcinsel_evlilik#Avrupa, E.T. 23/04/2017.

²⁷ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 571; KARAN, s. 428.

²⁸ KARAN, s. 428.

belirleme konusunda ulusal makamların daha yetkin bir konumda olduklarını belirtmektedir. Mahkeme, bu gerekçelerle eşcinsel evliliğe izin verme konusunda taraf devletlerin bir yükümlülük altında olmadığını belirtmektedir²⁹.

III. ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI HAKKI İLE EVLENME HAKKI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Evlenme hakkı, AİHS'in 8. maddesinde yer alan özel hayat ve aile hayatının korunması hakkı ile yakından ilişkilidir. AİHM, 12. maddenin aksine 8. maddenin yorumlanmasında son derece yaratıcı bir yaklaşım içerisinde³⁰.

Sözleşme'nin 8. maddesine göre; bir birliktelik aile yaşamı niteliğini haiz ise resmi bir birliktelik olması şart değildir. Gayri resmi birliktelikler de aile yaşamı niteliğinde ise 8. madde kapsamında ele alınmaktadır. Keza evli kişilerin, evliliğine yönelik bir müdahale de 8. madde kapsamında koruma görecektir³¹.

Sözleşme'nin 8. ve 12. maddeleri arasındaki ilişki "aile kurma" bakımından da farklılık arz etmektedir. 12. madde aile kurma ilişkisini kapsamakta olup, evlendikten sonra aile yaşamına uygulanmamaktadır. Evlenmemiş kişilerin aile kurması halinde ise bu kişilerin hakları, 12. madde kapsamında değil 8. madde kapsamında ele alınacaktır³².

Çocuk sahibi olma niyeti bulunmasa da evlenme hakkı korunmaktadır. Diğer bir deyişle çocuk sahibi olma, evlenme hakkının kullanılması için bir ön şart değildir³³.

Hamalainen/Finlandiya kararında başvuru, erkek olarak dünyaya gelmiş ve 1996 yılında bir kadınla evlenmiştir. Başvuru 2009 yılında cinsiyet değiştirme ameliyatına girmiştir. Başvurucunun ön isminin değişmesine

²⁹ Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24 Haziran 2010, 1D., paras. 60-63.

³⁰ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 567.

³¹ KARAN, s. 425.

³² HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 567; JANIS, s. 446.

³³ KARAN, s. 426; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 569.

rağmen kimlik numarasını kadın numarası olarak değiştirebilmesi için evliliklerinin karısının rızasıyla hemcins birlikteliğine dönüşmesi ya da boşanmaları gerekmektedir. Başvuran ve eşi boşanmanın dini inançlarına uygun olmadığını ve evli kalmalarının çocuklarının çıkarlarına daha uygun olduğunu ileri sürerek evliliklerini sürdürmek istemişlerdir³⁴.

Mahkeme olayı öncelikle 8. madde kapsamında ele alarak hemcins birlikteliklere izin verme konusunda taraf devletlerin bir yükümlülüğünün olmadığını belirtmiştir. Evlilik devam ederken cinsiyet değiştirmenin etkilerinin düzenlenmesi, büyük ölçüde taraf devletin takdir yetkisinde olan bir konudur. Mahkeme hemcins evliliklere izin verilmesi konusunda halen bir Avrupa mutabakatı olmadığını altını çizmektedir. AİHM, Finlandiya ulusal hukukunun başvurucuya birçok seçenek sunduğunu belirtmektedir. Bunlardan ilki; başvurucunun evliliğini devam ettirmesi ve erkek kimlik numarası yüzünden karşılaştığı sorunları hoşgörü ile karşılamasıdır. Finlandiya yasalarına göre; evli kişilerden birinin cinsiyet değiştirmesi, evliliğin hükümsüz olmasına neden olmaz. Başvurucu ikinci olarak; hem cinsiyetinin hem de karısı ile ilişkisinin yasal olarak korunmasını istiyorsa eşinin onayıyla evliliğini, kayıtlı birlikteliğe çevirme olanağına sahiptir. Finlandiya yasalarına göre, başvurucunun sahip olduğu diğer bir seçenek ise boşanmadır. Mahkeme, başvuranın evliliğinin kayıtlı birlikteliğe dönüşmesi halinde hem kendileri hem de çocukları bakımından herhangi bir hak kaybına uğramayacaklarını belirtmiştir. Mahkeme, evli çiftlere sağlanan korumanın büyük ölçüde kayıtlı birlikteliklere de sağlandığını belirterek; aradaki küçük farklılıkların, devleti pozitif yükümlülük anlamında sorumlu tutmaya yeterli olmadığını belirtmiştir³⁵.

AİHM'in daha önceki kararlarında da belirttiği gibi evlenme hakkı, bir kadın ve erkeğin evlenmesini ve aile kurma hakkını korumaktadır. Bazı devletlerin evlenme hakkını hemcins çiftlere de tanıması, diğer devletlere bu konuda bir yükümlülük getirmez. Mahkeme, söz konusu olayın cinsiyet değişimi ve evliliğin sonuçları ile ilgili olduğunu belirterek; olayın 8. madde

³⁴ Hamalainen/Finlandiya, Başvuru No: 37359/09, 16 Temmuz 2014, BD., paras. 9-18.

³⁵ Hamalainen/Finlandiya, Başvuru No: 37359/09, 16 Temmuz 2014, BD., paras. 69-88.

kapsamında ele alındığını, 12. madde kapsamında ayrı bir meselenin olmadığını belirtmiştir³⁶.

IV. BOŞANMA HAKKI

Evlenme hakkı ile ilgili gündeme gelen konulardan biri de boşanma hakkıdır. Johnston ve diğerleri/İrlanda davası; İrlanda hukukunda boşanmayla ilgili bir hüküm bulunmaması nedeniyle, evli olan başvuruçunun, uzun süre birlikte yaşadığı kişiyle evlenememesine ilişkindir. Mahkeme, “evlenme hakkı”nın anlamının açık olduğunu, bu kelimelerin evlilik ilişkisini kurmayı kapsadığını, ancak evliliğin sona ermesini kapsamadığını belirtmektedir. Mahkemeye göre, Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları da boşanma hakkını maddeye dâhil etme niyeti olmadığını göstermektedir. Başvuruçular, Sözleşme’nin yapılmasından sonra meydana gelen toplumsal gelişmelere ve evliliklerin sona ermesindeki önemli artışa dikkat çekmişlerdir. Mahkeme, Sözleşme’nin günün koşulları dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini, ancak başlangıçta yer almayan bir hakkın sonradan yorum yoluyla türetilmeyeceğini belirtmiştir. Sözleşme’ye ek 7. Protokol’ün 5. maddesinde de boşanma hakkına yer verilmemiştir. Mahkeme, bu nedenlerle Sözleşme’nin 12. maddesinden boşanma hakkının çıkarılamayacağına karar vermiştir³⁷.

Bununla birlikte Mahkeme, boşanma hakkını tanıyan ülkelerde, boşanma hakkının makul olmayan sınırlamalar içermemesi gerektiğini yukarıda değindiğimiz F/İsviçre davasında ifade etmiştir. Ayrıca, Mahkeme, ulusal makamların boşanma davalarını makul sürede bitirmemesi durumunu da belli şartların varlığı halinde 12. madde kapsamında değerlendirebilmektedir³⁸.

³⁶ Hamalainen/Finlandiya, Başvuru No: 37359/09, 16 Temmuz 2014, BD., paras. 96-97.

³⁷ Johnston ve diğerleri/İrlanda, Başvuru No: 9697/82, 18 Aralık 1986, paras. 51-54. kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=122>, E.T. 26/07/2017; Bununla birlikte Avrupa’da son yıllarda yaşanan gelişmeler doğrultusunda; AİHM’in boşanma hakkı konusundaki içtihadını gözden geçirebileceği belirtilmektedir. KALIN Walter, KÜNZLI, Jörg, **The Law Of International Human Rights Protection**, Oxford University Press, New York 2011, s. 400.

³⁸ DOĞRU/NALBANT, s. 545.

Chernetskiy/Ukrayna davasında başvuru, 2002 yılında 15 yıl hapis cezasına mahkûm olmuştur. Başvurucunun eşinin talebi üzerine 2005 yılında evlilikleri feshedilmiştir. Başvurucunun yeni eş adayıyla evlenme talebi, boşanma belgesi alamadığı için reddedilmiştir. Bu belge, sadece başvuru tarafından ilgili medeni durum kayıt sicilinden alınabilmektedir. Başvurucu, bir görevlinin gözetiminde ilgili sicil dairesinden boşanma belgesini almayı talep etmiştir. Ancak Ukrayna yasalarına göre talebi reddedilmiştir. Savcı, boşanma belgesini elde ettikten sonra yeniden evlenme hakkına sahip olduğunu başvurucuya bildirmiştir. Bununla birlikte bu durum sadece mahkûm serbest bırakıldıktan sonra mümkündür. Mahkûmların boşanma belgesi alması konusunda yaşadıkları sıkıntılar nedeniyle birtakım çözüm önerileri sunulmuştur. Adalet Bakanlığı mahkûmların boşanma belgesi alabilmesi için 2008 yılında geçici bir prosedür sağlamıştır ve başvuru 2009 yılında yeniden evlenme hakkına sahip olabilmıştır³⁹.

AİHM, evlenme hakkının taraf devletlerin ulusal yasalarına tabi bir konu olduğunu, ancak getirilen sınırlamaların hakkın özünü zedelememesi gerektiğini belirtir. Tutukluluk, kişiyi birtakım haklardan yoksun kılmakla birlikte evlenme hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez. Mahkemeye göre; boşanma hakkı, 12. maddeden çıkarılmasa da yasal mevzuatın boşanmaya izin vermesi halinde, boşanmış kişilerin makul olmayan sınırlamalar olmaksızın yeniden evlenme hakkı 12. maddenin güvencesi altındadır. Mahkeme, başvuru 2005 ve 2008 yılları arasında yeniden evlenememesini kişiye yönelik bir yaptırım olarak görmüş ve yerel makamların boşanma sürecindeki başarısızlığına dikkat çekmiştir⁴⁰.

V. AİLE KURMA HAKKI

12. maddede evlenme hakkının yanı sıra aile kurma hakkı da düzenlenmiştir. Mahkeme, 12. madde bağlamında aile kurma hakkının sadece

³⁹ Chernetskiy/Ukrayna, Başvuru No: 44316/07, 8 Aralık 2016, 4D., paras. 5-16.

⁴⁰ Chernetskiy/Ukrayna, Başvuru No: 44316/07, 8 Aralık 2016, 4D., paras. 28-34; AİHM bir başka kararında da aynı hususları vurgulamıştır. V.K/Hırvatistan, Başvuru No: 38380/, 27 Kasım 2012, 1D., paras. 100-107.

evlilik içinde geçerli olduğuna karar vermiştir⁴¹. Aile kurma hakkı, nikâhsız birlikteliklere uygulanamayacağı gibi, bu hak torun sahibi olma şeklinde de genişletilemez⁴². Evlilik dışı birlikteliklerin “aile” olarak kabul edilmemesi, 12. madde bakımındandır. Serbest birliktelikler 12. madde kapsamında değil, 8. madde kapsamında ele alınır⁴³.

Kısırlaştırma, kürtaj, evlat edinme, suni dölleme gibi konular da bu kapsamda gündeme gelmektedir.

AİHM, biyolojik olarak anne babası olmadıkları bir çocuğun evlat edinilmesini, aile kurma hakkı kapsamında görmemektedir⁴⁴. Bununla birlikte evlat edinmeye izin verilmemesi maddi veya usulî açıdan büyük adaletsizlikler doğuracaksa, Mahkemenin 12. maddenin ihlâl edildiğine karar vermesi muhtemel gözükmemektedir⁴⁵.

AİHM, suni dölleme konusunu 12. madde kapsamında tanımamaktadır. Mahkemeye göre; aile kurma hakkı geleneksel evlilik içinde doğal yollarla çocuk sahibi olmayı kapsar. Devletin yasayla suni döllemenin önünü açması şeklinde bir pozitif yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴⁶. Bununla birlikte AİHM, S.H. ve diğerleri/Avusturya davasında söz konusu alanın sürekli geliştiğini ve oldukça hızlı bilimsel ve hukuksal gelişmelerin yaşandığını gözlemlemekte ve sözleşmecî devletleri sürekli bir denetim yapmaya çağırılmaktadır⁴⁷.

VI. DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Her temel hak üç tür yükümlülük getirmektedir. Bunlar; devlet organlarının bir ihlalde bulunmamasını gerektiren saygı gösterme

⁴¹ Christine Goodwin/Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95, 11 Temmuz 2002, para. 98.

⁴² HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 572.

⁴³ DOĞRU/NALBANT, s. 545.

⁴⁴ KARAN, s. 430; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 573.

⁴⁵ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 574.

⁴⁶ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 574.

⁴⁷ S:H. ve diğerleri/Avusturya, Başvuru No: 57813/00, 15 Kasım 2007.

yükümlülüğü, devletin hak sahiplerini başkalarına karşı koruma yükümlülüğü ve hakkın etkin olarak kullanılabilmesi için pozitif tedbirler alma yükümlülüğüdür⁴⁸.

Saygı gösterme yükümlülüğü, negatif yükümlülükle ilgili iken, koruma ve gerçekleştirme yükümlülükleri, AİHM tarafından pozitif yükümlülükler başlığı altında ele alınmaktadır⁴⁹. Koruma yükümlülüğü kapsamında devlet, bireyin haklarını diğer bireyler tarafından gelebilecek hak ihlallerine karşı korumakla görevlidir. Yerine getirme yükümlülüğünde ise bir hakkın kullanımı için devletin olumlu edimlerde bulunması söz konusudur⁵⁰. AİHM ise devletlerin yükümlülüklerini ele alırken saygı gösterme, koruma ve yerine getirme şeklinde değil, negatif ve pozitif yükümlülükler ayırımından yola çıkarak bir değerlendirme yapmaktadır⁵¹.

Devletin negatif yükümlülüğü, devletin meşru bir sebep olmadan bireylerin haklarını ihlal etmekten kaçınmasını ifade eder⁵². Yaşam hakkı, kişi

⁴⁸ AKANDJI-KOMBE, Jean François, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap)** Avrupa Konseyi Yayınları, İnsan Hakları El Kitapları Serisi, No:7, Belçika 2008, s. 5; DERİCİLER, Özge Yücel, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinın Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 131; Sözleşme'nin devlete yüklediği yükümlülükler bakımından, doktrinde yer alan farklı tipolojiler için bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 1597-1602.

⁴⁹ BOYAR, Oya, Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Etki, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Ed. Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 55; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 19; AKANDJI-KOMBE, s. 5.

⁵⁰ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 19; POROY, Mehmet Akif, Yatay İlişkilerde Pozitif Sorumluluk İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, Sy.3, 2006, s. 1011; ŞİMŞEK, Suat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletin Pozitif Yükümlülükleri, **Sayıştay Dergisi**, Sy. 84, Ocak-Mart 2012, s. 7-11.

⁵¹ AKANDJI-KOMBE, s. 5; KOCABAŞ, Sadık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2009, s. 1-2; DERİCİLER, s. 132.

⁵² SUNAY, Reyhan, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları**, Çizgi Kitabevi, Konya 2013, s. 51.

güvenliği, düşünce özgürlüğü, işkence yasağı gibi haklar bu kategoride yer alır⁵³. Bunun yanında; devletin olumlu bir müdahalesinin, bir ediminin varlığı gerekmezse pozitif yükümlülükten bahsedilecektir⁵⁴.

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasından bahsedildiği zaman, uzun bir süre bundan devletin negatif yükümlülüğü anlaşılmalıdır⁵⁵. Ancak, zamanla bu yaklaşımın yetersiz olduğu ortaya çıkmış, devletin birtakım olumlu müdahalelerde bulunmasının, insan haklarının korunması bakımından elzem olduğu anlaşılmıştır.

Evlenme hakkı ile ilgili 12. maddede negatif yükümlülük ve pozitif yükümlülükten bahsedilmemekle beraber, negatif yükümlülüğün 12. madde bakımından da var olduğu kabul edilmektedir. Pozitif yükümlülük bakımından ise devletin, kişilerin evliliğini kolaylaştırma gibi bir yükümlülük altında olmadığı belirtilmektedir⁵⁶.

Tysiac/Polonya davasında AİHM, başvuranın yasal kürtaj talebinin karşılanmasına yönelik şartların bulunup bulunmadığını değerlendirmek için etkin bir mekanizma kurulmamasını, devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre; özellikle kadının sağlığı açısından gerekli olduğu durumlarda koruyucu karar alma prosedürlerinin hızlı bir şekilde işletilmemesi, özel hayata saygı hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüğünü gündeme getirir⁵⁷.

⁵³ GÜLMEZ, Mesut, *İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi: Egemenlik insanındır*, TODAİE Yayınları, Ankara 2001, s. 18.

⁵⁴ SUNAY, s. 50.

⁵⁵ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin "Olumlu" (Pozitif) Yükümü, *Polis Dergisi*, Sy. 37, Ekim-Kasım-Aralık 2003, s. 2; SUNAY, s. 54; ŞEN, Murat, Kişi Hak ve Hürriyetlerinde Devletin Pozitif Yükümlülüğü, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 8.

⁵⁶ DÍJK Pieter Van, HOOFF Fried Van, ZWAAK Leo (Ed.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford 2006, s. 842.

⁵⁷ Tysiac/Polonya, Başvuru No: 5410/03, 20 Mart 2007, 4D., para.118.

B. Devletin Negatif Yükümlülüğü

Evlenme hakkı bağlamında gündeme gelen konulardan biri de evlenecek kişilerin farklı ülke vatandaşları olmalarıdır. Sözleşme'ye göre; başka bir ülkenin vatandaşı ile evlenmek isteyen bir kişinin o ülkeye girişinin engellenmesi, evlenme hakkına müdahale olarak değerlendirilmez⁵⁸. Devlet, evlenmek isteyen çiftlerin başka bir ülkede evlenme olanakları varsa, yabancı bir kişinin ülkesine girmesine izin vermek zorunda değildir. Buradan çıkan sonuç; taraflardan biri ilgili devletin vatandaşı ise ve evlilik başka bir ülkede gerçekleştirilemiyorsa, ilgililer 12. maddenin korumasından yararlanabilecektir. Bunun için tarafların başka bir ülkede neden evlenemediklerini makul bir şekilde açıklamaları gerekir⁵⁹. Mahfaz/Birleşik Krallık kararında da evlenme hakkının coğrafi mekân seçme hakkını kapsamadığı belirtilmiştir⁶⁰.

Doğum kontrolü yöntemlerine başvurma zorunluluğunun getirilmesi, zorla kısırlaştırma veya kürtaj kararı verilmesi, aile kurma hakkı bağlamında devletin negatif yükümlülüğünü gündeme getirmektedir. Kısırlaştırma veya kürtajla ilgili bir eşin duruma rıza göstermesine rağmen diğer eşin rızasının olmadığı hallerde, devletin her iki tarafın rızasının alınmasını sağlama yönünde pozitif yükümlülüğü söz konusudur. Ancak taraflar anlaşamazsa, doğrudan etkilenecek tarafın kararının belirleyici olması gerektiği ifade edilmiştir⁶¹.

C. Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Yasal evlilikleri teşvik etme konusunda devletin bir yetkisi bulunsa da, bu konuda bir pozitif yükümlülük mevcut değildir. Evlenme hakkı, ailenin desteklenmesi ve bazı sosyal programların kabulü şeklinde bir pozitif yükümlülük getirmez⁶².

⁵⁸ KARAN, s. 430.

⁵⁹ KARAN, s. 430; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 570.

⁶⁰ Mahfaz/Birleşik Krallık, Başvuru No: 20598/92, 30 Haziran 1993.

⁶¹ DİJK/HOOF/ZWAAK, s. 854.

⁶² HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 573.

Devletin evliliği kolaylaştırmak gibi bir pozitif yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, evlenmeyi engelleyen tali durumları ortadan kaldırma şeklinde bir pozitif yükümlülüğü mevcuttur⁶³.

Cinsiyetini değiştiren bir kişinin, yeni cinsiyetinin resmi kayıtlarda düzeltilmemesi durumunda devletin pozitif yükümlülüğü gündeme gelebilmektedir. Aynı şekilde cezaevinde bulunan kişinin evlenme hakkı ile ilgili de devletin pozitif yükümlülüğü söz konusu olabilmektedir⁶⁴. Cezaevinde bulunan bir kişinin şartla salıverilmesine kadar evlenememesini Mahkeme 12. maddeye aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre; mahkûmların evlenmesinin bu kadar geciktirilmesi hakkın özünü ihlâl etmiştir. Mahkeme, evlenme hakkının özünün kadın ve erkek arasında hukuken bir birliktelik kurmaları olduğunu belirtmiştir. Fiilen bir araya gelememeleri evlenme haklarını kullanmalarına engel teşkil etmez⁶⁵.

SONUÇ

Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkı, esasen kadın ve erkek arasındaki evliliği korumaya yöneliktir. AİHM de evlenme hakkının, karşıt cinsiyetler arasında geçerli olduğu yönündeki görüşünü birçok kararında belirtmiştir. Ancak Mahkeme transseksüellerle ilgili verdiği Christine Goodwin/Birleşik Krallık kararında, cinsiyeti sadece biyolojik ölçütlere göre belirlemenin doğru olmadığını belirtmiştir. Christine Goodwin/Birleşik Krallık kararı, Mahkemenin transseksüellerle ilgili eski içtihadını değiştirmesi bakımından bir dönüm noktasıdır.

Mahkemenin transseksüellerle ilgili içtihadını revize etmesinin ardından eşcinsellerin evliliği konusu gündeme gelmiştir. AİHM, Schalk ve Kopf/Avusturya kararında; 12. maddenin sadece karşıt cinsiyetkilerin evliliği olarak sınırlandırılmayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, taraf devletlerin eşcinsel çiftlere evlenme hakkı tanıma gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre; evlilik kurumunun sosyal ve

⁶³ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 569; DOĞAN, İlyas, **İnsan Hakları Hukuku**, Astana Yayınları, Ankara 2013, s. 671.

⁶⁴ KARAN, s. 436.

⁶⁵ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 569-570.

kültürel sonuçları, ülkeden ülkeye farklılık gösterir. Bu nedenle toplumun ihtiyaçlarını belirleme açısından taraf devletler daha iyi bir konumdadır.

Evlenme hakkı, 8. maddede yer alan özel hayat ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkı ile de yakından ilgilidir. 8. maddeyi oldukça geniş yorumlayan AİHM, aynı yaklaşımını 12. madde bakımından göstermemiştir. 12. madde kapsamında evlenme ve aile kurma hakkı korunur. Çocukların korunması gibi evlilik sonrası durumlar 8. madde kapsamında ele alınmaktadır. Aynı şekilde gayri resmi birliktelikler de 8. madde kapsamında korunmaktadır.

Evlenme hakkı bağlamında devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri mevcuttur. Negatif yükümlülük kapsamında devlet, evlenme hakkına meşru bir sebep olmadan müdahalede bulunamayacaktır. Ancak 12. maddede herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiş, taraf devletlerin ulusal hukukuna atıf yapılmıştır. AİHM, taraf devletin evlenme hakkına getirdiği kısıtlamaları incelerken hakkın özünü zedeleyen uygulamaları Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır.

Pozitif yükümlülük bağlamında devletin birtakım olumlu edimlerde bulunması gerekir. Devletin yasal evlilikleri teşvik etme gibi bir yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, evlenmeyi engelleyen tali durumları ortadan kaldırmak devletin görevidir.

KAYNAKLAR

- AKANDJI-KOMBE, Jean François, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap Avrupa Konseyi Yayınları, İnsan Hakları El Kitapları Serisi, No:7, Belçika 2008.
- BOYAR, Oya, **Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Etki, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Ed. Sibel Inceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- DERİCİLER, Özge Yücel, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- DİJK Pieter Van, HOOFF Fried Van, ZWAAK Leo (Ed.), **Theory and Practice of the ECHR**, Antwerpen-Oxford 2006.
- DOĞAN, İlyas, **İnsan Hakları Hukuku**, Astana Yayınları, Ankara 2013.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul 2007.
- Gölcüklü, Feyyaz, **İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin “Olumlu” (Pozitif) Yükümü**, **Polis Dergisi**, Sy. 37, Ekim-Kasım-Aralık 2003.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, GÖLCÜKLÜ Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- GÜLMEZ, Mesut, **İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi: Egemenlik insanındır**, TODAİE Yayınları, Ankara 2001.
- GÜMÜŞ, A. Tanık, **Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS Uygulaması Çerçevesinde Bir İnceleme)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- HARRIS David, O'BOYLE Michael, WARBRICK Colin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü Kılıcı, Oxford University Press, Oxford 2009.
- JANIS, Mark W., **European Human Rights Law**, Oxford University Press, Oxford 2008.

- KALIN Walter, KÜNZLI, Jörg, **The Law Of International Human Rights Protection**, Oxford University Press, New York 2011.
- KARAN, Ulaş, **Evlenme ve Aile Kurma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Ed. Sibel Inceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- KOCABAŞ, Sadık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2009.
- LEACH, Philip, **Taking a Case To European Court Of Human Rights**, Oxford University Press, New York 2011.
- METİN, Yüksel, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 1, Sy. 2, Ekim 2006.
- POROY, Mehmet Akif, Yatay İlişkilerde Pozitif Sorumluluk İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, Sy.3, 2006.
- SEZEN, Lütfi, Türkiye'de Evlenme Biçimleri, **Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi**, C. 11, Sy. 27, 2005.
- SUNAY Reyhan, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları**, Çizgi Kitabevi, Konya 2013.
- ŞEN, Murat, Kişi Hak ve Hürriyetlerinde Devletin Pozitif Yükümlülüğü, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.
- ŞİMŞEK, Suat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletin Pozitif Yükümlülükleri, **Sayıştay Dergisi**, Sy. 84, Ocak-Mart 2012.
- TEZCAN Sabahat, COŞKUN Yadigar, Türkiye'de 20. Yüzyılın Son Çeyreğinde Kadınlarda İlk Evlenme Yaşı Değişimi ve Günümüz Evlilik Özellikleri, **Nüfusbilim Dergisi**, C. 26, Sy. 1, 2004.