

T. C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve
Türk Hukuku Kapsamında
Cinsel Azınlık Hakları

Nergiz KARADAĞ
2501040299

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Oktay UYGUN

İstanbul 2007

Öz

Bu çalışmada, ulusal alanda pek tartışılmamış, ancak uluslararası alanda giderek daha fazla konu edilen cinsel azınlıkların insan hakları konusu ele alınmıştır. Üç bölümden oluşan çalışmanın “Cinsel Azınlıklar” başlığını taşıyan ilk bölümünde, çalışmanın tamamında kullanılan kavram ve terimler açıklanmaktadır. İkinci bölümde, Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde, cinsel azınlıkların özel hayata saygı hakkı, evlenme hakkı ve ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak Strasbourg organlarının kararları açıklanmıştır. Üçüncü bölümde ise, cinsel azınlıkların haklarına ilişkin olarak Türkiye’deki hukuksal düzenlemeler ve uygulamadaki sorunlar incelenmiştir.

Abstract

Human rights of sexual minorities are examined in this study. This subject is not discussed on national area, but it is being studied more and more in international area. In the first of three sections of this study, there is a description section which defines all notions that are used in the study. In the second part, decisions of Strasbourg organs about the right to respect for private life, the right to marry, and prohibition of discrimination on sexual minorities are explained. In the third part, the legal regulations and applications about sexual minority rights in Turkey are analyzed.

Önsöz

Bu çalışmada, cinsel kimlikleri ya da cinsel yönelimleri nedeniyle, içinde yaşadıkları toplumun geri kalanı tarafından farklı ve eşitsiz muamele gören cinsel azınlıkların insan hakları konusu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku çerçevesinde ele alınarak, üzerinde pek tartışılmamış ve çalışılmamış bu konuya, hukuksal verilere dayalı bir bakış sunmak amaçlanmıştır.

Bu bağlamda, öncelikle konuya ilişkin kimi kavramlar açıklanmış, ardından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenmiş olan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, evlenme hakkı ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde, eşcinsel ya da transgender bireyler tarafından yapılan şikayet başvuruları, konularına göre başlıklandırılarak Strasbourg organlarının içtihatları değerlendirilmiştir. Çalışmanın son bölümünde ise, cinsel azınlıkların Türkiye'deki durumunu ortaya koymak bakımından, eşcinsellerin örgütlenme özgürlüğü ile bağlantılı olarak dernek kurma hakkının kullanılmasında karşılaşılan güçlükler, cinsiyetin yeniden belirlenmesinin hukuki boyutu ve eşcinsellerin askerlik hizmeti konusu incelenmiştir.

Nergiz KARADAĞ

İçindekiler

Öz.....	iii
Abstract	iii
Önsöz.....	iv
İçindekiler	v
Kısaltmalar Listesi	vii
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM	
CİNSEL AZINLIKLAR.....	3
A. Eşcinsellik	6
B. Homofobi: Eşcinsellere Karşı Önyargı ve Ayrımcılık	9
C. Transgender.....	12
D. Cinsel Azınlık Kavramı	14
E. Bir İnsan Hakkı Olarak Cinsel Yönelim.....	17
II. BÖLÜM	
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE CİNSEL	
AZINLIK HAKLARI	19
A. Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	19
1. Genel Olarak	19
2. AİHM İçtihatlarında Cinsel Kimlik ve Cinsel Yönelim	22
a. Özel Hayata Saygı Hakkı ve Cinsel Hayat.....	22
(1) Eşcinsel İlişkinin Suç Sayılması	25
i. Dudgeon Kararı	25
ii. Norris Kararı.....	29
iii. A.D.T. Kararı.....	30
iv. Laskey, Jaggard ve Brown Kararı	31
(2) Orduda Eşcinseller	33
(3) Transseksüeller ve Cinsiyetin Yeniden Belirlenmesi.....	36
i. Doğum Kütüğündeki Kayıt.....	37
ii. Transseksüel Ebeveyn	46
b. Cinsel Azınlıkların Evlenme Hakkı	51
(1) Genel Olarak	51

(2) Eşcinsel Birlikteliklerin Avrupa’da Hukuki Durumu	54
i. Evlilik	55
ii. Kayıtlı Birliktelik	56
iii. Kayıtlı Olmayan Birliktelik / Medeni Birliktelik	57
c. Cinsel Kimlik ve Cinsel Yönelim Nedeniyle Yapılan Ayrımcılık	58
3. Cinsel Yönelim Temelli Ayrımcılık Bakımından AİHS’ne Ek Protokol No.12. 68	
B. Cinsel Azınlıklara İlişkin Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları.....	71
III. BÖLÜM	
<i>TÜRKİYE’DE CİNSEL AZINLIKLARIN İNSAN HAKLARI</i>	75
A. Eşcinsel Hareket ve Türkiye’de Cinsel Azınlıkların Örgütlenmesi.....	76
1. Stonewall Ayaklanması.....	76
2. Bir Sosyal Hareket Olarak Eşcinsel Hareket.....	78
3. Türkiye’de Eşcinsellerin Dernek Kurma Hakkına İlişkin Yaşanan Sorunlar	80
B. Cinsiyetin Yeniden Belirlenmesi ve Hukuksal Boyutu.....	88
1. 1988 Yılı Öncesi Hukuki Durum	89
2. 1988 Yılında Getirilen İlk Hukuksal Düzenleme.....	93
3. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu İle Getirilen Düzenleme	96
a. Cinsiyet Değiştirmenin Koşulları.....	97
b. Düzenlemeye İlişkin Sorunlar	98
(1) Üreme Yeteneğinden Yoksunluk Şartı.....	99
(2) Yurtdışında Cinsiyet Değiştirenlerin Türkiye’deki Hukuki Durumu.....	100
c. Cinsiyet Değişikliğinin Sosyal Yardımlara Etkisi.....	102
C. Türk Hukukunda Cinsel Azınlıkların Evlenme Hakkı.....	103
D. Eşcinsellik ve Zorunlu Askerlik Hizmeti.....	105
<i>SONUÇ</i>.....	110
<i>KAYNAKÇA</i>	117

Kısaltmalar Listesi

AİHK	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
a.g.e.	Adı geçen eser
a.g.m.	Adı geçen makale
APA	Amerikan Psikiyatri Birliği
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
bkz.	Bakınız
bs.	Baskı
BM	Birleşmiş Milletler
Çev.	Çeviren
Ed.	Yayına hazırlayan
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Komisyon	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
LGBT	Lezbiyen, gey, biseksüel, transgender
MSHS	Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
md.	Madde
s.	Sayfa
Sözleşme	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
TDK	Türk Dil Kurumu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
WHO	Dünya Sağlık Örgütü
y.y.	Basım yeri yok

GİRİŞ

Bu çalışmada, cinsel azınlıkların insan hakları konusu hukuki boyutları ile ortaya konmaya çalışılmıştır. Amaç, cinsel yönelime etki eden faktörleri bulmak, transgender veya eşcinselliğin bir açıklamasını yapmak ya da antropolojik, biyolojik veya psikolojik olarak nasıl algılandığını gösteren argümanları değerlendirmek değil, aksine bunların ötesine geçerek, belli cinsel davranış yönelimlerini temsil eden bireylere ilişkin ayrımcılığın, insan hakları hukuku alanındaki yansımalarını ortaya koymak ve bu ayrımcılığın ortadan kaldırılmasının gerekliliğine işaret etmektir. Bu yöntemin tercih edilmesinin nedeni, hem çalışmanın sosyolojik ya da psikolojik bir araştırma değil, hukuki bir çalışma olması, hem de cinsel kimlik veya cinsel yönelimin kaynağının ne olduğunun hiçbir durumda insan haklarının korunmasını etkilememesi gerektiği düşüncesidir.

Her ne kadar eşcinseller, transseksüeller ve transvestitlerin görünürlüğü ve hak talepleri son yıllarda artmış gibi görünse de, elbette ki cinsel çeşitlilik insan doğasıyla ilgilidir ve bu nedenle insanlık tarihi kadar eskidir. Cinsel azınlıklara karşı tepkiler her kültürde olumsuz değildir, ancak bir genellemeye gidildiğinde, çoğunluğunkinden farklı cinsel yönelimi olanların, aşağılanmaya, dışlanmaya ve cinsel yönelimini ‘düzeltmesi’ yönünde baskıya maruz kaldığı görülür. Özellikle cinsel yönelimi nedeniyle karşılaşacağı sosyal tepkilerden çekinen bireyler, bu baskıdan kurtulmak için cinsel yönelimlerini gizlemeyi tercih eder. Bu duruma, cinsel azınlıkları yok sayma eğilimi ve ‘normal’ olan cinsel yönelimin yalnızca heteroseksüellik olduğu biçimindeki dayatma eklenince, cinsel azınlıklar giderek marjinalleştirilmiş olur.

1981 yılında, bir eşcinselin, cinsel yönelimi yüzünden haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM/Mahkeme) yaptığı başvuru, cinsel azınlıkların AİHM çerçevesinde insan hakları hukukunun konusu haline gelmesini sağlamıştır. Eşcinsel ya da transgender bireylerin yaptığı başvuruların esas itibarıyla Sözleşme’de düzenlenen üç hakla ilişkili olduğu görülür. Bunlar özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (8. madde), evlenme hakkı (12. madde) ve ayrımcılık yasağıdır (14. madde). Bu davalar sonunda Mahkeme’nin

ilerici kararlar verdiğini söylemek zordur, ancak şu da rahatlıkla fark edilir ki, Sözleşme'ye taraf olan devletlerde cinsel azınlıkların hakları bakımından hukuki alanda sağlanan ilerleme, zaman içinde AİHM içtihatlarına da yansımıştır. Bu çalışmada Sözleşme organlarının, gey, lezbiyen ya da transseksüeller tarafından, cinsel kimlik veya yönelimleri nedeniyle uğradıkları hak ihlallerine ilişkin olarak yapılan şikayet başvuruları neticesinde verdiği kararlar incelenip değerlendirilerek, konuya bakışı ortaya konmaya çalışılmıştır. Böylelikle ulusal alandaki hak ihlallerine karşı talep edilen korumaya yönelik, hukuki bir dayanak oluşturmak amaçlanmıştır.

Dünya genelinde ulusal düzenlemeler bazında cinsel azınlıkların insan haklarına ilişkin bir standarttan söz etmek mümkün değildir. Müslüman ülkelerin bazılarında hemcinsler arası cinsel ilişkiyi ölümle cezalandıran hukuki düzenlemelerin hala var olduğu bir gerçektir. Buna karşın Batı'da bazı devletler eşcinsellerin evlenme hakkını tanımaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin ise ne Anayasa'sında ne de kanunlarında cinsel azınlıklara ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu durumda cinsel azınlıklar ile diğer bireyler arasında hukuki eşitliğin sağlandığı söylenebilir. Ancak hukuki alanda eşitliğin sağlanmış olması, uygulamada ve diğer alanlarda da eşitliğin sağlandığını anlamına gelmez. Cinsel azınlıkları ayrımcılığa karşı koruyan hiçbir özel düzenleme yoktur. Bu durum, cinsel azınlıkların cinsel kimlik ya da yönelimlerinin açığa çıkmasından duydukları korku nedeniyle, maruz kaldıkları hak ihlallerine karşı sessiz kalmaları ile birleştiğinde, hukuki alanda cinsel azınlıkların yok sayılmaları durumu giderek netleşir. Türkiye'de eşcinsellerin aşağılanması günlük hayatta karşılaşılan belki de en tipik örneği, argoda 'eşcinsel' anlamına gelen bir sözcüğün, kişilere sövmek için kullanılan bir ifade olmasıdır. Oysaki eşcinsel olmak suç değildir; eşcinsellik ahlaksızlık, sapkınlık ya da hastalık da değildir; eşcinsellik tıpkı heteroseksüalizm gibi bir cinsel yönelimdir. Bireyler arasındaki cinsel yönelim ya da cinsel kimlik farklılıklarına saygı gösterilmeli ve bu farklılıklar çeşitlilik olarak algılanmalıdır.

I. BÖLÜM

CİNSEL AZINLIKLAR

‘Cinsel azınlık’ kavramının neyi içerdığı, bu kavramın neye dair olduğunu anlayabilmek için öncelikle cinsel yönelim ya da cinsel kimlik gibi bazı terimlerin açıklanması gerekmektedir.

İnsanın taşıdığı kromozomlar tarafından belirlenen ‘kadın’ ya da ‘erkek’ olma hali cinsiyet (*sex*¹) olarak tanımlanır.² Cinsiyet özellikleri, üreme organları ve hormonlara göre gelişir. Bir insanın iç dünyasında kendisini hissettiği cinsiyet ise onun cinsel kimliğidir. Cinsel kimliğin iki ya da üç yaşına kadar geliştiği kabul edilir.³ Ancak biyolojik cinsiyet özellikleri tek başına cinsel kimliği belirlemez. Örneğin transseksüelizmde kişi kendisini biyolojik cinsiyetinin karşıtı cinsiyette hisseder. Bir insanın kendisini ‘kadın’ ya da ‘erkek’ hissetmesi, esasen siyah-beyaz kadar net değildir, birbirinden kesin çizgilerle ayrılmaz.⁴ Biyolojik cinsiyetin belirlenmesinde pek çok etken rol oynar: kromozomal cinsiyet (X ve Y); hormonal cinsiyet (östrojen ve testosteron); eşeyssel bezler (yumurtalıklar ve testisler); cinsiyet organları (vajina ve penis); diğer bağlantılı iç organlar (rahim ve prostat). Ancak tüm bu etkenler her bireyde her zaman birbiriyle uyumlu olmayabilir.⁵

Toplumsal cinsiyet (*gender/gender identity*), yaşanan zaman ve coğrafyaya, kültüre göre değişen, farklı cinsiyetlere sahip insanlardan beklenen sosyal rol, davranış ve fiziksel görünüşün bütünüdür. Toplumsal cinsiyet, kişinin

¹ Bu çalışmada yer alan tüm italik vurgular tezi hazırlayana aittir.

² *Sex* ve *gender* terimlerinin her ikisi de Türkçe’de ‘cinsiyet’ sözcüğü ile karşılanır. Ancak bu terimlerden *sex*, bir canlının anatomik yapısı ile ilgiliyken, *gender* terimi dayatılmış ya da kabul edilmiş toplumsal ve psikolojik durum ile ilgilidir. Ayrıntı için bkz., Milton Diamond, “Sex and Gender are Different: Sexual Identity and Gender Identity are Different”, **Clinical Child Psychology and Psychiatry**, 2002, Volume 7, No. 3, s. 320-334; David Haig, “The Inexorable Rise of Gender and the Decline of Sex: Social Change in Academic Titles, 1945-2001”, **Archives of Sexual Behavior**, 2004, Volume 33, No.2, s. 87-96.

³ Ertuğrul Eşel, “İnsan Cinselliğinin Biyolojik ve Evrimsel Temelleri”, **Klinik Psikofarmakoloji Bülteni**, 2006, Cilt 16, Sayı 4, s. 281.

⁴ R.C. Friedman, J. Downey, “Neurobiology and Sexual Orientation: Current Relationships”, **Neuropsychiatry Clin Neurosci**, American Neuropsychiatric Association, 1993, Volume 5, s. 135.

⁵ Bilimsel veriler, altmış kişiden birinde bahsedilen biçimde bir cinsiyet karmaşıklığı görüldüğünü ortaya koyar. Örneğin her on iki bin kişiden biri erkekten-kadına transseksüel, her otuz bin kişiden biri kadından-erkeğe transseksüeldir; daha fazla istatistiksel bilgi için bkz., Judith Mackay, **The Penguin Atlas of Human Sexual Behavior**, Penguin, 2000.

içinde yaşadığı toplumda, aileden başlayarak, modeller gözlemek suretiyle edinilir; erkeklik (*masculinity*) ya da kadınlık (*femininity*) öğrenilir.⁶ Cinsiyet rolü (*gender role*) ise, bir insanın toplumsal cinsiyeti kapsamında, kadınlık ya da erkeklik cinsiyetini göstermek için yaptığı veya olduğu şeylerin tümüdür.⁷ Toplumsal cinsiyet ile biyolojik cinsiyet arasındaki ilişkiye dair bilimsel görüşler çeşitlidir, ancak belki de bunlardan en ilginç olanı, aslında bu ikisinin aynı olduğu yönündeki görüştür.⁸ Bu görüşe göre, nasıl ki toplumsal cinsiyet, yani kadınlık ya da erkeklik durumu kültürel bir yorumlamanın ürünü ise, esasen biyolojik cinsiyet de böyledir, çünkü kültürel olarak yorumlanmamış bir bedenden bahsetmek mümkün değildir, dolayısıyla biyolojik cinsiyetin doğallığından da söz edilemez.⁹ Bedensel bölgeler, üreme işlevi üzerinden temellendirilir; yani diğer bir söyleyişle, biyolojik cinsiyetler arasındaki fark, üremeyi mümkün kılan anatomik özellikler üzerinden anlaşılır; bu durumda da bedenin cinsel tepkiselliği, yalnızca iki biçime indirgenir: kadın/erkek ya da eril/dişil. Oysa insanları birbirinden ayıran yalnızca biyolojik cinsiyet farklılığı değildir; beden şekli, burun uzunluğu gibi pek çok farklılık da vardır. Toplumsal cinsiyetin tanımına göre, eril üreme organları ile doğanlar erkek, dişil üreme organları ile doğanlar ise kadındır. Oysa toplumsal cinsiyete neden olan biyolojik cinsiyet değildir; aksine, biyolojik cinsiyeti belirleyen toplumsal cinsiyet kategorileridir.¹⁰

Cinsel yönelim (*sexual orientation*) bir insanın kendisi ile aynı ya da karşı cinsiyetten kişilere yönelik, devamlı biçimde duygusal ve cinsel yakınlık duymasıdır. Kişinin cinsel dürtülerini veya sevişsel-erotik nesne seçimini anlatır.¹¹ Cinsel fantezileri, duygusal bağlanmayı, cinsel davranışı, kendini tanımlamayı, kültürel özellikleri içerir ki bunların hepsi her insanda uyumlu olmayabilir.¹² Bu nedenle cinsel yönelim biçimleri çeşitlidir. Karşı cinse ilgi duyulması hali heteroseksüalite;

⁶ Koray Başar, “Lezbiyen ve Geylere Yönelik Psikiyatrik Tedavi Girişimleri: Etik Sorunlar”, **Lezbiyen ve Geylerin Sorunları ve Toplumsal Barış İçin Çözüm Arayışları**, Kaos GL Sempozyumu, Ankara, Ayrıntı Basımevi, 2004, s. 107.

⁷ Verda Tuzer, “Eşcinsellik, Travestilik, Transseksüellik”, **Lezbiyen ve Geylerin Sorunları ve Toplumsal Barış İçin Çözüm Arayışları**, Kaos GL Sempozyumu, Ankara, Ayrıntı Basımevi, 2004, s. 5.

⁸ Konu ile ilgili ayrıntı için bkz., Hülya Durudoğan, “Judith Butler’da Biyolojik Cinsiyet – Toplumsal Cinsiyet İlişkisi”, **Felsefe Tartışmaları Kitap Dizisi**, 37. Kitap, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2006, s. 5-25.

⁹ Hülya Durudoğan, **a.g.m.**, s. 8-9.

¹⁰ Hülya Durudoğan, **a.g.m.**, s. 10.

¹¹ Verda Tuzer, **a.g.m.**, s. 5-6.

¹² Koray Başar, **a.g.m.**, s. 107.

aynı cinsle ilgi duyulması hali homoseksüalite ve her iki cinsiyete de ilgi duyulması hali biseksüalite olarak adlandırılır. Biseksüel kişiler, hem kendi cinsine, hem de karşı cinsle duygusal ve cinsel yönelimleri olanlardır.

Cinsel davranışlar ve yönelim nedeniyle karşılaşılan ayrımcılığı tanımlama konusu tartışmalı bir meseledir. Eşcinsel ve gey (*gay*) sözcükleri nispeten tarafsız terimlerdir. Tıp literatüründe eskiden ruhsal bir bozukluk olarak tanımlanan *homoseksüel* kavramına karşılık, eşcinseller kendilerinin hasta ya da sapkın olmadıklarını vurgulamak için *gay* kelimesini kullanmaya başlamışlardır. Türkçe’de ise sözcük değişmiş ve ‘gay’ olmuştur. Bu kelimenin kullanımı sadece bir cinsel kimliğe değil, siyasal bir özneye de işaret eder; şöyle ki, heteroseksüel söylem ve anlam üretimine karşılık Gey Hareketi de kendi dilini yaratmakta ve bunu topluma yaymaya çalışmaktadır.¹³

Aktivist gruplar arasında en çok kullanılmakta olan kavram, ‘lezbiyen, gey, biseksüel ile transgender, kısaca ‘LGBT’, olmuştur. Ek olarak daha kapsayıcı olması bakımından, bu kullanım, aynı cinsten erotik davranışlar ve ilişkilerle meşgul olan kişilerden farklara da vurgu yapan bir etkiye sahiptir.¹⁴ Bunun dışında, genel olarak gey, lezbiyen, biseksüel, transgender ve interseksüeller ile heteroseksüel olmayan tüm yönelim ve cinsel kimlikleri kapsayan bir sözcük olarak ‘*queer*’ kelimesi de kullanılır. Esasen tuhaf, acayip anlamına gelen bu sözcük, Amerika’da eşcinselleri aşağılamak için kullanılırken, onlar bu sözcüğü anlamını ters çevirerek kabul etmişler ve kendilerini tanımlamak için kullanmışlardır.¹⁵ *Queer* politikasına göre, tüm kimlikler değişken ve katmanlıdır, bu nedenle sabit bir kimlik iddiasıyla politika yapmak, aslında normleştirme siyasetinin parçası olmak demektir.¹⁶ *Queer*, kadın, erkek ya da eşcinsel kimliğe karşı, radikal bir söylem olarak ortaya çıkar. Gey Hareketi siyaset alanında yer edinebilmek için her şeyden önce gey ve lezbiyenlerin

¹³ Şule Toktaş, Gülbanu Altunok, “Yeni Sosyal Hareketler Çerçevesinde Türkiye Gey-Lezbiyen Hareketi ve Siyasalın Dönüşümü”, **Lezbiyen ve Geylerin Sorunları ve Toplumsal Barış İçin Çözüm Arayışları**, Kaos GL Sempozyumu, Ankara, Ayrıntı Basımevi, 2004, s. 44.

¹⁴ Jack Donnelly, “Non-Discrimination and Sexual Orientation: Making a Place for Sexual Minorities in the Global Human Rights Regime”, **Innovation and Inspiration: Fifty Years of the Universal Declaration of Human Rights**, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 1999, s. 97.

¹⁵ R. Anthony Slagle, “In Defense of Queer Nation: From ‘Identity Politics’ to a ‘Politics of Difference.’”, **Western Journal of Communication**, 1995, Volume 59, No.2, s. 90.

¹⁶ Şule Toktaş, Gülbanu Altunok, **a.g.m.**, s. 44.

tehdit edici olmayan normalliklerini vurgulamanın önemine inanırken, *Queer* yaklaşımı muhaliftir ve ‘buradayız, *Queeriz*, buna alışın’ sloganını kullanır.¹⁷

A. Eşcinsellik

Eşcinsellik, aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki cinsel ya da duygusal çekim ve cinsel davranışları ifade eden bir kavramdır. İngilizce ‘*homosexuality*’ sözcüğünün Türkçe karşılığı olarak kullanılır. Eşcinsellik tanımına uyan davranışlar sergileyen kişiler içinse, eşcinsel ya da *homoseksüel* sözcüğü kullanılır.¹⁸ Eşcinsel sözcüğü ilk olarak 1869 yılında Karl Maria Kertbeny adlı Alman psikolog tarafından bir dilekçede kullanılmıştır. 1892 yılında da Amerika’da bir tıp dergisinde yayınlanan makalede tıp terimi olarak yer almıştır.¹⁹

Türk Dil Kurumu (kısaca TDK) tarafından hazırlanan Türkçe Sözlük’ün 1966 tarihli 4. baskısında, ‘*homoseksüel*’ sözcüğü ilk kez yer almış ve şu biçimde tarif edilmiştir: “Homoseksüel: Cinsel isteklerini kendi cinsinden olan kimseler üzerinde yatıştırmak huyunda olan.”

Bundan önceki baskılarda, ‘oğlan’, ‘oğlancı’, ‘sevici’ gibi kavramlar, yukarıdakine benzer şekilde tanımlanmışsa da eşcinsel ya da *homoseksüel* sözcüğünün tanımı yapılmamıştı. TDK’nun yaptığı en son tanım ise şu şekildedir: “Eş cinsel: Kendi cinsinden kimselerle cinsel ilişkide bulunan kimse, homoseksüel.”²⁰ Oysa ki bu tanım, eşcinselliğin yalnızca cinsel yanını baz alarak yapılmış olduğu için eksiktir.

Cinsel yönelim konusunda, özellikle de eşcinsellik konusunda yapılmış çalışmalarda genellikle üzerinde uzlaşılmış, eksiksiz ve sabit bir eşcinsellik tanımlaması yoktur. Aynı şekilde, pek çok bilimsel eserde, eşcinsellerin oranı da farklı verilir; ancak bu oranın genellikle %10-15 arasında olduğu kabul edilir ve

¹⁷ Vanessa Baird, **Cinsel Çeşitlilik: Yönelimler, Politikalar, Haklar ve İhlaller**, Çev. Hayrullah Doğan, İstanbul, Metis Yayıncılık, 2004, s. 33.

¹⁸ *Homoseksüel* Yunanca kökenli bir sözcüktür. *Homo*, bir ön ek olarak ‘aynı’ anlamına gelir; *sexual* kelimesi ise ‘cinsel’ demektir. *Homoseksüel*, ‘aynı cinse yönelim’ anlamında, hem isim, hem de sıfat olarak kullanılır.

¹⁹ Jonathan Ned Katz, “‘Homosexual’ and ‘Heterosexual’: Questioning the Terms”, **Sexualities: Identities, Behaviors, Society**, Ed. Michael S. Kimmel, Rebecca F. Plante, NewYork, Oxford University Press, 2004, s. 44.

²⁰ (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr/>, 1 Eylül 2007.

eşcinsel erkeklerin sayısı eşcinsel kadınların sayısının neredeyse iki misli olduğu görülür. Psikoloji alanında çalışan, Amerikalı bilim adamı McCary, bir insanın kendisiyle aynı cinsten bir kişiye hissettiği cinsel çekim veya cinsel ilişkiyi eşcinsellik olarak tanımlar.²¹ Ancak bu tanım da aynı nedenle eksiktir, çünkü eşcinsellik kavramını salt cinsel davranışlarla değerlendirmek doğru değildir. Yalnızca eşcinsel deneyimlerin yaşanması sıklığıyla değil, aynı zamanda cinselliğin kişinin duyguları üzerine etkileri, cinsel uyarmaların derecesi ve kişinin sosyal çevresinde nasıl kabul edildiği de bu değerlendirmede yer almalıdır.²²

Eşcinsellere gösterilen tepki, geniş ölçüde kültürden kültüre değişiklik gösterir. Eşcinsellik çoğunlukla ahlaksızlık olarak değerlendirilmiş ve eşcinseller dışlanmışsa da, eşcinselliği dışlamayan hatta olumlayan kültürler de olmuştur. Örneğin Antik Yunan kültüründe erişkin bir erkeğin genç bir erkekle cinsel ilişkiye girmesi, erişkinin sperminin genç partnerine erkeklik aktarması olarak kabul edilirdi.²³ Buna karşın, örneğin Romalılar için özgür bir erkeğin edilgen olan tüm davranışları ahlaksızlıktı, çünkü bir erkeği erdemli kılan şey onun iktidar sahibi olmasıydı ki bu da cinsel güce sahip olmak yani etkin olmak demektir.²⁴

Eşcinsel sözcüğü kendi cinsiyetinden kişilere cinsel ve duygusal ilgi duyan herkes için yani hem kadınlar, hem erkekler için kullanılan bir üst kavramdır. Bundan başka Türkçe’de de kullanılan gey ve lezbiyen sözcükleri vardır. Başlarda hem kadın hem erkek eşcinselleri kapsayan bir kelime olarak kullanılan gey terimi, artık sadece erkek eşcinseller için kullanılmaktadır. *Homoseksüel*, tıbbi bir terim olduğundan eşcinseller tarafından soğuk bulunur. Tarihsel gelişimi içerisinde tıbbi kategoriler olarak ortaya çıkan terimler, 1960’lardan sonra belirgin hale gelen Eşcinsel Hareket tarafından, eşcinselliğin hastalık kabul edildiği döneme ait oldukları, olgunun sadece cinsellikle ilgili olduğunu düşündürdükleri gerekçeleriyle reddedilmişti.²⁵ Bu hareketle beraber, eşcinseller genellikle kendilerini gey olarak adlandırmayı tercih etti. Lezbiyen ise, eşcinsel bir kadın şair olan Sappho'nun

²¹ James Leslie McCary, **Human Sexuality**, New York, D. Von Nostrand Company, 1967, s. 279.

²² Jacques Corraze, **Eşcinsellik**, Çev. İbrahim Yakupoğlu, İstanbul, İletişim Yayınları, 1991, s. 9-10.

²³ Pascal Quignard, **Cinsellik ve Korku**, Çev. Aykut Derman, İstanbul, Can Yayınları, 2001, s. 14.

²⁴ Pascal Quignard, **a.g.e.**, s. 16.

²⁵ Koray Başar, **a.g.m.**, s. 107-108.

yaşadığı Lesbos (bildiğimiz adıyla, Midilli) adasının isminden gelen bir kelimedir ve kadınlara karşı cinsel ve duygusal hisleri olan kadınları tanımlamak için kullanılır.

Eşcinsellik, geçmişte bir çeşit hastalık olarak görülürdü. Bu görüşte eşcinsellere karşı önyargılı tutumun kaçınılmaz olarak sebep olduğu taraflı bakış açısı etkindi. Ancak artık psikologlar ve psikiyatrlar, eşcinselliğin bir hastalık ya da psikolojik bozukluk olmadığı, tıpkı solak olmak gibi doğal bir durum olduğu yönünde uzlaştı ve yapılan bilimsel araştırmaların da bir sonucu olarak 15 Aralık 1973 tarihinde Amerikan Psikiyatri Birliği (APA), eşcinselliği, mental bozukluklar listesinden çıkardı. Bunun pratikte etkisi, neredeyse otuz beş yıldır, tüm tıp çevrelerince, eşcinselliğin bilimsel olarak bir hastalık olmadığına kabulü olmuştur. APA’nın kararından sonra, 17 Mayıs 1990 tarihinde de, Dünya Sağlık Örgütü (WHO), eşcinselliği mental bozukluklar listesinden çıkardı.

Eşcinsellik bir hastalık olmadığına göre, tedavi de edilemez. Eşcinselliğin kaynağına dair bilim adamlarınca ortaya atılmış çok çeşitli görüşler vardır. Ancak yaygın görüş, sosyal/çevresel, bilişsel (*cognitive*) ve biyolojik faktörlerin tek başına değil, birbirleriyle etkileşim halinde cinsel yönelimi belirlediği görüşüdür. Dolayısıyla bu bir ‘tercih’ değildir. Şunu belirtmek gerekir ki, ‘cinsel yönelim’ yerine sıklıkla kullanılan ‘cinsel tercih’ ifadesi kesinlikle hatalıdır. Bir eşcinselin, psikoterapi ya da başka herhangi bir yöntemle heteroseksüele dönüştürülmesi mümkün değildir. Üstelik bunu yapmaya çalışmak, eşcinsellere ve eşcinselliğe karşı olan önyargılı tutumlara katkıda bulunmak anlamına gelir.

Eşcinsellerde, heteroseksüellere oranla daha fazla psikopatoloji görüldüğü biçimindeki varsayımı doğrulayacak herhangi bir araştırma yoktur.²⁶ Eşcinsellerle toplumun değer yargıları arasında oluşan çatışmalar sonrasında ortaya çıkan sorunlar ise çoğunlukla bozukluk olarak değerlendirilemese de, gördükleri ayrımcılık, baskı ve saldırganlık nedeniyle psikolojik ve duygusal zorlanmalar karşısında eşcinsellerde, depresyon ve uyum bozukluğu olarak değerlendirilebilecek durumların sıklıkla gözlemlendiği bildirilmektedir.²⁷

²⁶ John Bancroft, **Human Sexuality and Its Problems**, London, Churchill&Livingstone, 1989; aktaran: Lut Tamam, Dudu Akbaş, Nurgül Özpoyraz, “Homoseksüellik ve İntihar: Bir Olgu Sunumu”, **Kriz Dergisi**, 1997, Cilt 5, Sayı 1, s. 34.

²⁷ Alan P. Bell, Martin S. Weinberg, **Homosexualities: A Study of Diversity Among Men and Women**, London, 1978; aktaran: L. Tamam, D. Akbaş, N. Özpoyraz, **a.g.m.**, s. 34.

B. Homofobi: Eşcinsellere Karşı Önyargı ve Ayrımcılık

Sosyal psikolojide önyargı, belli bir gruba ilişkin yanlış ve eksik bilgileniştten kaynaklanan bazı genellemelere, stereotiplmelere dayalı ve yeni bilgiler ve anlayışlarla karşılaştığında değışmeye açık olmayan olumsuz veya düşmanca bir tutum olarak tanımlanmaktadır.²⁸ Homofobi terimi ise eşcinselliğe ve eşcinsellere yönelik olarak korku, nefret, aşağılama ve düşmanlık gibi duygu, biliş ve davranışlarla kendini belli eden bir önyargıyı ifade eder.

Homofobi, çeşitli derecelerde ortaya çıkabilir. Eşcinsel kişiye karşı nefret ve korku duyma en sık karşılaşılanıdır. Homofobinin bir diğer ortaya çıkış biçimi, kişinin kendisinin eşcinsel olarak görülmesinden duyduğu korkudur. Bir diğeri ise kişinin kendi cinsiyetinden kişilere karşı hissettiği çekimden korkması ya da bundan nefret etmesi halidir ki, bu durum içsel homofobi olarak tanımlanır.

Günümüzde homofobi, kişisel bir korku ve rasyonel olmayan bir inanç olmaktan çok, artık kültür, kurumlar ve sosyal geleneklerle ilişkili olarak ele alınması gereken politik alanda oluşan bir sürece işaret etmektedir.²⁹ Aksi halde yalnızca psikoloji biliminin konusu olarak kalır. Eşcinsellere karşı şiddet konusu da, genel olarak nefret veya önyargıya dayalı suçlar kapsamı içinde ele alınabilir ve homofobi, tıpkı diğer önyargıdan beslenen ayrımcılığa dayalı şiddet davranışlarında olduğu gibi, hem bireysel hem de kolektif düzeyde, sadece eşcinsellerin sorunu olarak görülemez.³⁰

Cinsel azınlıklar, kadınlar ve çocuklar gibi ayrımcılığa uğrama potansiyeli yüksek diğer gruplara kıyasla, korunması daha zor olan bir sosyal gruptur. Bunun sebebi, pek çok kültürde, onların kötü ahlaklı kişiler olarak görülmesidir; biçilmiş sosyal rollerini oynayan ve öngörölmüş görevlerini yapan kadınlar ve çocuklar,

²⁸ Sinan Düzyürek, “Bir Önyargı Olarak Homofobi”, **Kaos GL Gey ve Lezbiyen Araştırmaları Dergisi**, Ekim 1995, Sayı 14, (Çevrimiçi) <http://www.kaosgl.org/comment/reply/551>, 17 Temmuz 2007.

²⁹ Melek Göregenli, “Gruplararası İlişki İdeolojisi Olarak Homofobi”, **Lezbiyen ve Geylerin Sorunları ve Toplumsal Barış İçin Çözüm Arayışları**, Kaos GL Sempozyumu, Ankara, Ayrıntı Basımevi, 2004, s. 142.

³⁰ Melek Göregenli, **a.g.m.**, s. 143.

onurlu ve saygı değerken; sapkın kişilikleriyle sosyal normlara ve genel ahlaka meydan okuyan eşcinseller ya da transseksüeller, şeref ve saygınlığı hak etmezler.³¹

Homofobinin tarihi, heteroseksüel norma uymayan kişilere yakıştırılan sıfatlarla doludur. Homofobi, insanlara karşı akla gelebilecek önyargıların neredeyse tamamını içerir: Günahkardır, suçludurlar, doğal değildirler, yozlaşmışlardır, yurtsever değildirler, hastadırlar, salgın hastalık ve zehir saçarlar, aileyi, devleti, doğal düzeni ve insanlığın geleceğini tehdit ederler.³²

Eşcinselliğe yönelik homofobik tutumları değiştirmeyi amaçlayan bazı çalışmalar yapılmaktaysa da, hala kalıp yargılar ve yanlış inançlar sürmektedir³³ ve bu yanlış bilgilerin varlığı homofobik yaklaşımları değiştirmeyi zorlaştırır. Heteroseksüellerin çoğu, cinsel yönelimi neyin belirlediğini bilmek ister, çünkü bu onların eşcinsellere olan yaklaşım, hoşgörü ya da tahammülünü belirleyecektir. Eşcinsel olmak bir tercih ise, yaklaşımları bu tercihin değiştirilebilir olduğu, dolayısıyla değiştirilmesi gerektiği ya da daha pozitif bir tavır gibi duran, ama diğerinden hiç de farkı olmayan, ‘hoş görme’ ama olumlamama biçiminde olacaktır. Bir diğeri ise bunun bir hastalık olduğudur; hastalıksa tedavi edilmelidir. Bu düşünüşe göre bir geyi dönüştürmek için örneğin tiksindirme yöntemi uygulanabilir: Kişide şiddetli bulantılara neden olan *apomorfın* enjekte edilerek ona erkek fotoğrafları gösterilmesi ya da penise elektrik verilmesi gibi.³⁴ Araştırmalar, eşcinselliğin biyolojik unsurlara bağlanmasının, eşcinselliğe karşı önyargılı tutumları azaltabildiğini göstermiştir; çünkü eşcinselliğin doğuştan olması, gey veya lezbiyenin bunu kontrol etmesini imkansızlaştırır, yani bu durumdan onlar sorumlu değildirler.³⁵ Oysa bunun da ciddi sakıncaları vardır. Tıbbi bilimsel araştırma yöntemlerinin günümüzde ulaştığı ileri düzey düşünülürse, bir ‘eşcinsellik geni’ bulmak ve anne

³¹ Rhoda E. Howard-Hassmann, “Gay Rights and the Right to a Family: Conflicts Between Liberal and Illiberal Belief Systems”, **Human Rights Quarterly**, Volume 23, No. 1, February 2001, s. 74.

³² Vanessa Baird, **a.g.e.**, s. 72.

³³ Nuray Sakallı, Ozanser Uğurlu, “Effects of Social Contact with Homosexuals on Heterosexual Turkish University Students' Attitudes Towards Homosexuality”, **Journal of Homosexuality**, 2001, Volume 42, No. 1, s. 53-61.

³⁴ Özellikle 1960 ve 70’li yıllarda uygulanmış eşcinselliğe yönelik bu tedavi girişimleri ve fazlası bkz., Koray Başar, **a.g.m.**, s. 113-114.

³⁵ Nuray Sakallı, Ozanser Uğurlu, “Eşcinsellik ve Eşcinsellere İlişkin Tutumlar: Önyargı ve Ayrımcılık”, **Lezbiyen ve Geylerin Sorunları ve Toplumsal Barış İçin Çözüm Arayışları**, Kaos GL Sempozyumu, Ankara, Ayrıntı Basımevi, 2004, s. 55.

karnındaki bebekte bu genin varlığını saptayıp, onu ortadan kaldırmak için çalışılacağını da hesaba katmak gerekir.

Homofobinin günlük hayata yansması ise eşcinsel olduğu anlaşılan kişilere karşı rahatsızlık ya da tiksinti ifade eden davranışlarda bulunmak, cinsel yönelimleri nedeniyle ayrımcılık yapmak, onları taciz etmek veya duygusal ya da fiziksel şiddet uygulamak biçiminde olur.

Araştırmacılar, insanların eşcinsellere karşı tutumlarının genelde olumsuz olduğunu, ancak eşcinseller ile toplumsal ilişkiye girdiklerinde önyargılarında değişim olduğunu belirtmektedirler.³⁶ Eşcinsellere karşı önyargılı ve dışlayıcı tutumlar elbette kişiden kişiye değişir, ama genel olarak din, kültür, geleneksel cinsiyet rolleri bu tutumlarda belirleyici olur. Ancak homofobinin toplumun her kesiminde bu derece yerleşik olmasında heteroseksizmin etkisi çok büyüktür. Heteroseksizm, kadınlara yönelik ayrımcılık olan cinsiyetçiliğin (*sexism*), heteroseksüel olmayan kişilere yönelmiş biçimidir. Heteroseksüellikten farklı bir cinsel yönelimi olan bireylere uygulanan şiddet, erkekliğin korunması için, ya da daha cinsiyetçi bir ifadeyle ‘insanlığın korunması ve kontrolünün’ sağlanması için, bir mekanizma haline gelmektedir.³⁷ Heteroseksizm, heteroseksüelliği dayatır, çünkü kabul edebildiği, ‘normal’ bulduğu tek yönelim budur. Eşcinselliğin heteroseksüel olmak kadar doğal bir varoluş olduğunu kabul etmez. Örneğin biyolojik cinsiyeti kadın olan, yani dişi üreme organları ile doğmuş bir bireyin, cinsel isteğini bir erkeğe yöneltmemesi, toplum tarafından ‘anormallik’ olarak görülür (tıpkı bir kadının anne olmamayı tercih etmesinin ‘tuhaf’ bulunması gibi). İşte bu yüzden, biyolojik cinsiyet, toplumsal cinsiyet ve cinsel arzusunun, toplumdaki güç ve iktidar ilişkileri tarafından belirlenen biçimlere uymaması yadırganır ve eşcinsellik dışlanan bir kimlik haline gelir.³⁸ Ancak yine de heteroseksist sistemin, eşcinselliği kendi iktidarı için bir risk yaratmadığı sürece, bir noktaya kadar onun görünür olmasıyla bir sorunu yoktur, çünkü heteroseksüel iktidarını kurmak için karşıtını yaratmak durumundadır. Elbette heteroseksizm eşcinselliği pozitif yönde konumlandırmaz;

³⁶ Nuray Sakallı, Ozanser Uğurlu, “Eşcinsellik ve Eşcinsellere İlişkin Tutumlar: Önyargı ve Ayrımcılık”, s. 56-57.

³⁷ Melek Göregenli, **a.g.m.**, s. 143.

³⁸ Hülya Durudoğan, **a.g.m.**, s. 20.

ama medyada yer alan ve olumsuz anlamlar yüklenmiş eşcinsel bir karakter, heteroseksizmin iktidarı için ihtiyaçtır.³⁹

C. Transgender

Transgender, cinsiyet değiştirme operasyonu geçirmiş ya da geçirmemiş, ancak biyolojik cinsiyetine ve görünümüne bir şekilde müdahale edenleri ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Çoğunlukla hem transseksüeller ile transvestitleri, hem de interseks kişileri (interseksüel/hermafrodit) kapsayacak şekilde kullanılır.⁴⁰

Transvestit (*transvestite/cross dresser*)⁴¹ bireyler karşı cinsin giysilerini giymekten cinsel anlamda haz duyan kişilerdir. Türkçe de ‘travesti’ sözcüğü de kullanılır. Transvestitler transseksüel değildir, yani karşı cinsiyete geçmek gibi bir istekleri yoktur ve dolayısıyla vücutlarında kalıcı herhangi bir değişiklik yapmazlar.

Bazı kişilerin cinsiyet kromozomları, cinsel organları ya da ikincil cinsiyet özellikleri (kadınlarda meme, erkeklerde sakal olması gibi), kişinin biyolojik cinsiyetini net biçimde belirlemede yetersiz olabilir. Bu kişilere interseks ya da diğer kullanımıyla hermafrodit denilir. Dış görünüşleri hem dişi, hem eril özellikler gösterir.⁴²

Transseksüelizm ise basit bir tanımlamayla, biyolojik cinsiyet ile kabullenilmiş cinsel kimlik arasında uygunsuzluk olması halidir ve kişi kendisini ait olmadığı bir cinselliğe sahip bedene sıkışmış gibi hisseder.⁴³ Kendi bedenine yabancılaşır ve onu değiştirmeye çalışır.

Tıbbi bakış açısıyla açıklanmaya çalışılırsa cinsiyet (*gender*), içinde genetik ya da kromozomal cinsiyet, hormonal cinsiyet, anatomik cinsiyet ya da fiziksel görünüş ile psikolojik veya psikososyal cinsiyet gibi pek çok unsur barındıran karışık bir konudur ve transseksüelizmin, genler ve hormonlar tarafından belirlenen

³⁹ Birol Dinçel, “Heteroseksizim Karşısı Mücadele”, 6 Mayıs 2006, Bianet, (Çevrimiçi) <http://www.bianet.org/bianet/kategori/kadin/78174/heteroseksizm-karsiti-mucadele>, 22 Mayıs 2007.

⁴⁰ Vanessa Baird, **a.g.e.**, s. 14.

⁴¹ *Trans*, hem ‘karşı’, hem de ‘geçme, geçiş’ anlamında kullanılır, ‘vesti’ ise ‘giysi, kıyafet’ demektir. Bu nedenle İngilizce’de, *transvestite* yerine, *cross dresser* terimi de sıklıkla kullanılır.

⁴² Psikolog yazar Leonard Sax’a göre, interseksüalitenin görülme sıklığı %0.018’dir; bkz., Leonard Sax, “How common is intersex? a response to Anne Fausto-Sterling”, **Journal of Sex Research**, 2002, Volume 39, No. 3, s. 174-178.

⁴³ Koray Başar, **a.g.m.**, s. 108.

anatomik cinsiyet ile psikolojik cinsiyet arasındaki uyumsuzluktan kaynaklandığı düşünülür.⁴⁴ Transseksüelizm *primer* ve *seconder* olarak ayrılır. *Primer* transseksüellerin özellikleri, çocukluklarından beri, tüm gelişim süreci içinde transseksüel özellikler sergilemeleridir.⁴⁵ Cinsiyet değiştirmek *primer* transseksüeller için kuvvetli ve süreklilik arz eden bir ihtiyaçtır. Ancak *seconder* transseksüeller, transvestitler ve kadınsı davranışlar sergileyen geyler gibi, stres altında geçici bir süre için transseksüel özellikler gösteren kişilerdir.⁴⁶

Transseksüel bireylerin cinsel yönelimleri eşcinsel de olabilir, heteroseksüel de. Ancak araştırmalar genellikle eşcinsel olduklarını gösterir.⁴⁷ Yani cinsiyeti yeniden belirlenmiş bir kişi, bir transseksüel, aynı zamanda gey ya da lezbiyen de olabilir.

Toplum bireyleri biyolojik cinsiyetiyle kabul etmek isterken transgender bireyler onlardan beklenen cinsiyet rolünü oynayamadıkları için dışlanma, hatta ciddi anlamda baskı ve şiddetle karşılaşır. Transgender bireylere yönelik önyargı ve nefret, transfobi olarak adlandırılır. Transgender bireyler eşcinsellere göre daha zor bir konumdadırlar, çünkü kişi cinsel yönelimini gizleyerek yaşayabilir, ama cinsel kimliğini gizleyerek yaşaması mümkün olmaz. İşte bu yüzden cinsel azınlıklar içinde en fazla şiddet gören ve en çok ezilen, hakları ihlal edilen transgender bireylerdir. Bunun dışında bir de transgender bireylerin, uzun süre gey ve lezbiyen hareketinden dışlanmış olmaları konusu vardır. Bazı eşcinseller transseksüelliğin stereotiplerle düşünmenin sonucu olduğu görüşündedirler. Bu görüşe göre, erkekler daha kadınsı, kadınlar da daha erkeksi olmayı başarabilseler, cinsiyet değiştirmek de gerekmeyecektir. Hatta transgender bireyleri dışlama konusunda daha ileri giden yaklaşımlar da olmuştur. Bazı feministlere göre, erkek olarak büyütülmüş ancak sonradan kadın olmuş bir transseksüelin, ezilmiş bir kadın olmanın ne demek olduğunu bilmesine olanak yoktur. Amerikalı bir akademisyen olan Janice Raymond'a göre, transseksüeller esasen ataerkil sistemin, kadınlar arasına sızarak

⁴⁴ International Commission on Civil Status, **Transsexualism in Europe**, Council of Europe Publishing, 2000, s. 9-10.

⁴⁵ A. Burns, M. Farrell, J.C. Brown, "Clinical Features of Patients Attending A Gender-identity Clinic", **The British Journal of Psychiatry**, 1990, Volume 157, No. 2, London, s. 266.

⁴⁶ Mehmet Z. Sungur, Özlem Yalnız, "Transseksüalite: İlgili Kavramlar ve Cinsiyet Düzenleme Girişimleri", **Klinik Psikiyatri Dergisi**, 1999, Cilt 2, Sayı 1, s. 52.

⁴⁷ Mehmet Z. Sungur, Özlem Yalnız, **a.g.m.**, s. 52.

onları birbirine katan gizli silahlarıdır ve onlar gerçek kadın formunu, insan yapımı bir şeye dönüştürerek, onu kendilerine mal edip, aslında kadın bedenine tecavüz etmektedirler.⁴⁸ Elbette bu görüş, kadın olarak doğmuş ve cinsiyetin yeniden belirlenmesi yoluyla erkek bedenine kavuşmuş transseksüelleri yok saydığı, yani transseksüelliği yalnızca erkekten kadına dönüşme olarak algıladığı için eksik ve üstelik de kadın olmayı gerçek-gerçek olmayan diye ikiye ayırdığı için oldukça cinsiyetçidir.

İnsanların büyük bir kısmının eşcinselliği ya da transseksüelizmi algılayışı, alışlagelmiş önyargılarla biçimlenmiştir. Cinsel azınlıkların yaşadığı baskı ve ayrımcılığın temelinde daima homofobi veya transfobinin varlığı karşımıza çıkar.

D. Cinsel Azınlık Kavramı

Azınlık kavramının tam olarak neyi ifade ettiğine ilişkin olarak hukuki alanda üzerinde uzlaşılmış bir tanım yoktur. Ancak Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Komisyonu’nun Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu raportörü Capotorti’nin önerdiği tanım, kavramın açıklanması için genel bir çerçeve oluşturmuştur. BM, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) tarafından da kısmen benimsenmiştir. Capotorti’nin yaptığı azınlık tanımı şöyledir:

“Bir devletin nüfusunun geri kalanına göre sayısal olarak az olan, egemen konumda bulunmayan, -o devletin vatandaşları olan- üyeleri nüfusun geri kalanından farklı etnik, dinsel ya da dilsel özelliklere sahip olan ve kültürlerini, geleneklerini, dinlerini ya da dillerini korumaya yönelik üstü örtülü de olsa bir dayanışma duygusu gösteren bir grup.”⁴⁹

Azınlık kavramının içini doldurabilmek için sayı, yerlilik, etnik köken, dilsel köken, dinsel kimlik, cinsel yönelim, renk, göçmenlik, doğum yeri, yurttaşlık gibi çok sayıda kriterden faydalanılabilir, ancak bu unsurların hiçbiri tek başına azınlığı

⁴⁸ Vanessa Baird, *a.g.e.*, s. 34-35.

⁴⁹ Francesco Capotorti, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, United Nations, New York, 1979, § 568; aktaran Naz Çavuşoğlu, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları*, 2. bs., İstanbul, Su Yayınları, 2001, s. 35-36.

tanımlamak için yeterli değildir.⁵⁰ Daha sosyolojik bir tanımlamaya göre azınlık, kavram olarak, belli bir topluluk içinde farklılıklar gösteren ve başat olmayan gruba verilen isimdir.⁵¹ Genel olarak azınlıktan söz edebilmek için şu beş kriterin sağlanması gerekir: Sayısal olarak az olma, sosyo-politik olarak baskın olmama, vatandaş statüsünde olma, etnik, dinsel ya da dilsel özellikleriyle farklılaşma ve dayanışma duygusu içinde olma.

Sosyal bilimciler tarafından yaygın olarak kabul edilmiş bir tanımlama daha vardır. Bu tanımlamaya göre azınlıklar, fiziksel ya da kültürel karakteristikleri sebebiyle içinde yaşadıkları toplumun geri kalanı tarafından farklı ve eşitsiz muamele gören ve bu nedenle kendilerini kolektif ayrımcılığın nesnesi olarak addeden insan topluluğudur.⁵²

Azınlık kavramı ile ilgili olarak yapılmış tanımlamalarda ya da hukuki metinlerde, dinsel, dilsel, etnik azınlıklardan, yani bunların üçüne birden sıklıkla verilen ismiyle, ulusal azınlıklardan,⁵³ bahsedildiği, ancak cinsel azınlıklara yer verilmediği görülür. Yukarıdaki azınlık tanımı, cinsel yönelimi ya da cinsel kimliği nedeniyle, içinde yaşadığı toplumda, sayısal çoğunluğa sahip heteroseksüeller tarafından dışlanan, baskı ve ayrımcılıkla karşılaşan bireylerin de azınlık olarak değerlendirilmesini kolaylaştıran bir tanımdır. Cinsel azınlık terimi, toplumun bireylerden beklediği cinsiyet rollerine ve kalıplarına uymayan, cinsel yönelimi ya da cinsel kimliği ile toplumun çoğunluğundan farklı olan bireyleri, yani geyleri, lezbiyenleri, biseksüelleri, transgender bireyleri ifade eder.

Eşitlik, bireyin ancak diğer bireylerle bir aradayken anlam taşıyan temel bir gereksinimdir.⁵⁴ Tüm azınlıklar için eşitliğin sağlanması ancak onların farklı kimliklerinin korunması ile sağlanabilir. Bunun yolu ayrımcılığın ortadan

⁵⁰ M. Çağatay Okutan, “Teori ve Uluslararası Metinlerde Azınlık Tanımı”, **AÜSBFD**, 2004, Cilt 59, Sayı 2, s. 61.

⁵¹ Baskın Oran, **Küreselleşme ve Azınlıklar**, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2001, s. 66-67.

⁵² Eric Heinze, Sexual Orientation : **A Human Right - An Essay on International Human Rights Law**, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, s. 254.

⁵³ Ulusal azınlık kavramı ile bunun etnik azınlıklar ile farkına ilişkin tartışma için bkz., Naz Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s. 40 vd.

⁵⁴ Hayrettin Ökçesiz, **Sivil İtaatsizlik**, İstanbul, Afa Yayınları, 1994, s. 99.

kaldırılmasıdır. Ayrıca bu noktada kaçınılmaz olarak ‘olumlu edim’⁵⁵ ilkesi devreye girmelidir. Bunun anlamı, *de facto* eşitliğin sağlanması için devletin sadece mevzuatında gerekli düzenlemeleri yapmakla yetinmeyip, aynı zamanda sosyal alanda da eşitliği sağlamasıdır. Nasıl ki kadınların toplumsal hayatta ‘görünürlüğünün’ sağlanması için onlara destek verilmesi, bazı imkanların yaratılması, ayrımcılık ve eşitsizliğin giderilmesi için kimi önlemlerin alınması gerekli ve haklı görülüyorsa, aynı durumun eşcinsel ya da transgender bireyler için de sağlanması gerekir. Nitekim eşcinselliği suç olarak düzenlemeyen ya da cinsiyetin yeniden belirlenmesi için hukuken izin veren devletlerde dahi cinsel azınlıklara karşı homofobi veya transfobi şiddetli biçimde devam ediyorsa, bu durum ayrımcılığın engellenmesi veya ortadan kaldırılması için hukuki eşitliğin sağlanmasının yeterli olmadığını açık biçimde gösterir.

Azınlık kavramının henüz net bir tanımı yokken, cinsel azınlık teriminin kimleri ifade ettiğini belirleyebilmek zordur. Ancak Heinze’nin yaptığı tanım, kavramın içeriğini basit ve oldukça kullanışlı biçimde tarif eder. Bu tanıma göre, cinsel azınlık terimi, hayat tarzları ve mahrem ilişkileri nedeniyle ayrımcılığa maruz kalan ya da kimliklerini ifade ediş biçimleri, normatif-heteroseksüel modelin baskısına uğrayan kişileri ifade eder.⁵⁶ Bu kişiler geyler, lezbiyenler, biseksüeller, aseksüeller (cinsel itkiden yoksun bireyler), transseksüeller, transvestitler ve hermafroditlerdir.

Cinsel azınlık teriminin kendileri için uygun olmadığını düşünen LGBT bireyler vardır. Bu terimin, kendilerine sıklıkla azınlık olma durumlarını hatırlattığını düşünürler. Oysa onların istedikleri azınlık olmak değil aksine, toplumun kabul edilen ve saygı duyulan bir parçası olmaktır. Bazılarının bu terimi benimsememelerinin nedeni ise, bu terime ‘cinsel alışkanlıkları/hareketleri’ ile farklı olanlar yani *BDSM*⁵⁷ bireyler de dahil edilirse, bu kişiler ile aynı kategoride

⁵⁵ Doktrinde ‘pozitif ayrımcılık’ terimi de kullanılmaktadır. Ancak ‘ayrımcılık’ her yönüyle karşı durulması gereken bir sorundur, dolayısıyla bu biçimdeki kullanım hatalıdır. Konuya ilişkin tartışma için bkz., M. Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 483-484.

⁵⁶ Eric Heinze, **a.g.e.**, s. 12.

⁵⁷ *Bondage-discipline, domination-submission, sadism- masochism* sözcüklerinin kısaltmasıdır. Özetle karşılıklı rızaya dayalı şiddetle, çeşitli biçimlerde cinsel hazza ulaşmak olarak tarif edilebilecek yöntemdir.

değerlendirilmek istememeleridir. Eşcinselleri ve transgender bireyleri bir tür ‘sapık’ ya da daha yumuşatılmış bir adlandırma ile ‘hasta’ olarak görenler de bu terimin kullanımından yana değildirler. Onlara göre cinsel azınlık terimi, etnik, dilsel ya da dinsel azınlıklara olduğu gibi, ayrımcılık ve baskı yapılmasına karşı bu bireyleri korumak gerekliliğine işaret eder ki, bu durum cinsel sapkınlığın hukuken onaylanması anlamına gelir.⁵⁸

E. Bir İnsan Hakkı Olarak Cinsel Yönelim

Cinsel yönelimi ve cinsel kimliği, bir insanın onurunun ve kişiliğinin kökleşmiş yanıdır. Oysa salt cinsel kimliği ya da yönelimi nedeniyle, dünyanın hemen her yanında pek çok kişi baskı altında yaşamakta ve ayrımcılığa uğramaktadır. Çok sayıda devlet, aynı cinsiyetten kişilerin birbirleriyle cinsel ilişki kurmasını yasaklamıştır. Bu yasak, bazı devletlerde hapis ve hatta ölüm cezasına varan yaptırımlara bağlanmıştır.⁵⁹ Türkiye gibi eşcinselliği suç saymayan devletlerin birçoğunda ise cinsel azınlıklar, görünüş ve davranışlarının sosyal normların belirlediği formlardan farklı oluşu nedeniyle, en çok ‘genel ahlaka aykırı’ hareket etmekten dolayı cezalandırılır ya da her an cezalandırılma tehdidi altında yaşamak zorunda bırakılır. Cinsel yönelim temelinde yapılan ayrımcılık, mevzuatta ya da uygulamada baskın normatif-heteroseksüel modelin, cinsel azınlıklar üzerinde bariz ya da örtülü olarak yaptığı eşitsiz muamelelerdir. Cinsel azınlıklar bu baskın modele aykırı olarak yaşayan, kişisel ilişkiler kuran kişilerdir. Bu bağlamda cinsel azınlık hakları, cinsel yönelim temelli ayrımcılığa karşı haklardır.⁶⁰

⁵⁸ Cinsel azınlık teriminin yaygın biçimde benimsenmemesinin olası nedenlerine ilişkin bu değerlendirmeler için bkz., (Çevrimiçi) http://en.wikipedia.org/wiki/Sexual_minority, 29 Haziran 2007.

⁵⁹ Afganistan, Cezayir, Bahreyn, Etiyopya, Gana, Hindistan, İran, Jamaika, Kenya, Libya, Malezya, Mozambik, Namibya, Nepal, Nikaragua, Nijerya, Pakistan, Suudi Arabistan, Senegal, Singapur, Somali, Sudan, Suriye, Tacikistan, Tunus, Uganda, Birleşik Arap Emirlikleri, Yemen ve Zimbabve örnek olarak gösterilebilir. Eşcinsel ilişkiyi suç olarak düzenleyen devlet sayısı yüze yakındır. Bu bilgiler Uluslararası Af Örgütü’nün web sitesinden edinilmiştir: Status Worldwide of Sexual Minority Rights, 2006, (Çevrimiçi) http://www.ai-lgbt.org/status_worldwide.htm, 7 Mayıs 2007.

⁶⁰ Eric Heinze, **a.g.e.**, s. 60-61.

İnsan hakları hukukunda yaygın olarak kabul gören ve kullanılan, hakların tarihsel konumuna göre sınıflandırıldığı hak kuşakları sisteminde⁶¹ cinsel yönelim hakkının konumlanması çok net değildir. Cinsel yönelim hakları ilk bakışta barış, gelişme ya da çevrenin korunması hakları gibi, birçok çağdaş hukuk sistemi için oldukça yabancı ya da en iyi ihtimalle çok yenidir. Bu bakımdan, kronolojik olarak ele alındığında cinsel yönelim hakları üçüncü kuşak haklar kategorisine dahil gibi görünebilir, aynı tür yenilikleri ve aynı yirminci asır özelliğini paylaşıyor olmak noktasında diğer üçüncü kuşak haklara benzer.⁶² Ancak yine de cinsel yönelim haklarını üçüncü kuşak haklarla aynı grupta değerlendirmek yanlış olacaktır. Eğer temel cinsel yönelim hakları, kişilik, mahremiyet, eşitlik, vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve örgütlenme haklarından türemişse, o zaman bunlar en eski haklar geleneğinden, yani birinci kuşak haklardan türemişler demektir. Bunlar ağırlıklı olarak liberal-demokratik haklardır ve ikinci ve üçüncü kuşak haklarla çok az ortak noktaları vardır.

Bir defa cinsel yönelim ile ilgili haklarda, diğer birinci kuşak haklarda olduğu gibi, devletin yükümlülüğü negatiftir. Örneğin yetişkin bir bireyin duygusal ve cinsel isteklerini seçtiği kişiye yöneltmesine, onunla paylaşmasına izin vermek devlet için ‘maliyetsiz’dir.⁶³ Aynı şey ifade özgürlüğü ile örgütlenme özgürlüğü için de söylenebilir. Sonuç olarak cinsel yönelim haklarının niteliği itibariyle birinci kuşak haklara dahil olduğu görülür.

Cinsel yönelim kendi terimleri ile konu edilmelidir, ancak bunun yeni bir grup hak oluşturmak anlamına gelmediği, daha çok varolan insan hakları normlarının cinsel yönelimi kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği düşünülebilir. Özgürlük, eşitlik, özel hayatın gizliliği, vicdan, örgütlenme ve ifade özgürlüklerini kapsayan zorunlu teminatların tamamı insan hakları hukuku belgelerinde yer alır. Bunlar etkili biçimde uygulanırsa, cinsel yönelim temelli ayrımcılığın önüne geçilebilir.⁶⁴

⁶¹ Konu ile ilgili ayrıntı için bkz., Oktay Uygun, “İnsan Hakları Kuramı”, **İnsan Hakları**, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s.21-25; İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 6. bs., İstanbul, İmge Kitabevi, 2002, s. 39-48; M. Semih Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 1076-1081.

⁶² Eric Heinze, **a.g.e.**, s. 84.

⁶³ Eric Heinze, **a.g.e.**, s. 85.

⁶⁴ Elizabeth Kukura, “Sexual Orientation and Non-Discrimination”, **Peace Review: A Journal of Social Justice**, Volume 17, No. 2-3, 2005, s. 187-188.

II. BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

ÇERÇEVESİNDE CİNSEL AZINLIK HAKLARI

A. Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

1. Genel Olarak

Avrupa Konseyi (AK/Konsey), İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ertesinde kurulmuş olan bölgesel bir örgütlenmedir.¹ AK, üye devletlerde çoğulcu demokrasinin sağlanmasını, insan hakları ve özgürlüklerinin tanınmasını, korunmasını ve bunlara saygı gösterilmesini sağlamayı amaç edinmiştir.² Statü'nün 3. maddesinde de bu hassasiyet belirtilmiştir. Buna göre, Avrupa Konseyi'nin her üyesi, hukukun üstünlüğü prensibi ile hukuki yetkisi altında bulunan herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma prensibini kabul eder.³ Ancak bu durumda, insan haklarına saygı gösterilmesini sağlayacak ve bunu denetleyecek bir sisteme ihtiyaç vardır, ki bunu sağlayan da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve onun ek protokolleri olmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁴ (AİHS/Sözleşme), AK sistemi içinde, insan haklarına dair üretilen belgelerin ilkidir. Bir hukuki metin olarak Sözleşme çok yenilikçi sayılamaz, çünkü esasen Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları

¹ Avrupa Konseyi'nin kurucu belgesi, 3 Ağustos 1949 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Statüsü'dür, Avrupa Konseyi Statüsü'nün resmi Türkçe çevirisi için bkz., RG, 17.12.1949, s. 7382. Serbest çeviri için bkz., Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler-Örnek Kararlar**, 3. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 1998, s. 646-655. Türkiye katılmak için gerekli usul işlemlerini 13 Nisan 1950 tarihinde tamamlayarak, AK'ne üye olmuştur. Son olarak Karadağ, 11 Mayıs 2007 tarihinde Avrupa Konseyi'nin 47. üye devleti olmuştur

² **Human Rights: A Continuing Challenge for the Council of Europe**, Strasbourg, Council of Europe Press, 1995, s. 1-3.

³ Naz Çavuşoğlu "Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi", **İnsan Hakları**, Ed. Oktay Uygun, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s. 456.

⁴ 20 Mart 1950'de Roma'da imzalanan Sözleşme, 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 18 Mayıs 1954'de onaylamıştır.

Bildirisi'nin⁵ üzerine inşa edilmiştir. Bununla birlikte, insan hakları hukuku bakımından, Sözleşme'nin asıl önemi, kişiyi uluslararası hukukta da hak sahibi yapmasıdır.⁶ AİHS, ayrıntılı kurallar içeren ideal haklara değil, gerçekleşmesi zorunlu hak ve özgürlük metinlerine yer vermiş, üstelik bu hakları koruyan yargısal kurumlar ve ortak bir güvence sistemini de getirmiştir.⁷ Devletler AİHS'ne taraf olmakla, Sözleşme tarafından düzenlenen hak ve özgürlükleri tanıma ve koruma yükümlülüğü altına girerler. Taraf devletlerin bu yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadıklarını denetlemek için, AİHS sisteminde oldukça etkin sayılan bir denetim mekanizması öngörülmüştür.⁸

Sözleşme'nin uygulaması, başka hiçbir uluslararası belgenin erişemediği bir etkiye sahiptir.⁹ Bunu sağlayansa Sözleşme ile getirilen denetim sistemidir. Başlangıçta (AİHS'nin orijinal düzenlemesinde), Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini denetlemek üzere iki organ kurulmuştu: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (kısaca Komisyon) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme/AİHM).¹⁰ 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 Numaralı Protokol, AİHS'nin denetim sisteminde ciddi değişiklikler yapmıştır;

⁵ Bu bildiri, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde, insan haklarının, uluslararası hukukun konusu haline gelmesini sağlayan temel belgedir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin İngilizcesi ve Türkçe çevirisi için bkz., M. Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, Cilt IV, Birleşmiş Milletler – Birinci Bölüm, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003, s. 353-361 ve 3-23. Türkiye Bildiri'yi Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylamıştır; Karar no.3/9119, 6 Nisan 1949; RG 27 Mayıs 1949, s. 7217.

⁶ A. Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 5. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 13.

⁷ Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, Yayın no.3761, İ.Ü. Basımevi, 1993, s. 27.

⁸ Sözleşme ve denetim organları ile ilgili ayrıntı için bkz., P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Third Edition, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 1998; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, **AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004.

⁹ Baskın Oran, **Türkiye İnsan Hakları Bilançosu 2005 İzleme Raporu**, İstanbul, TESEV Yayınları, 2006, s. 28.

¹⁰ Bunlardan başka, ve farklı olarak Sözleşme ile değil, AK Statüsü ile kurulan (AK statüsü, md.13-21) Bakanlar Komitesi de, kararların yerine getirilmesini izlemek ve AİHS'nin belirlediği (AİHS-orijinal metin-, md.32) işleri yapmakla görevliydi.

Komisyon kaldırılmış, öncekinden farklı bir yapıda ve Komisyon'un da işlevini üstlenen yeni bir Mahkeme oluşturulmuştur.¹¹

Sözleşme'nin öngördüğü denetim sistemi, devletlerarası şikayet başvurusu ve bireysel şikayet başvurusudur.¹² Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiası, şikayet başvuruları yoluyla Mahkeme önüne gelir. Mahkeme bu şikayet başvurusunu kabul edilebilir bulursa, iddiayı değerlendirir ve taraf devletin Sözleşme'yi ihlal edip etmediğini tespit ederek, devletin üstlendiği yükümlülüğü, Sözleşme'nin uygulanması noktasında denetlemiş olur.

Uluslararası insan hakları sistemi spesifik gruplara odaklanmıştır. Irk ve cinsiyet ayrımcılığı ile ilgili sözleşmeler ve özellikle mülteciler, çocuklar, kültürel azınlıklar, yerli halklar ve göçmen işçiler gibi spesifik gruplara dair sözleşme ve programlar mevcuttur. Eşcinseller, yalnızca kişisel mahremiyet ve eşitlik konusundaki genel hükümler yardımıyla kısmen de olsa uluslararası insan hakları hukukunda tanınır olmayı başarmışlardır.¹³ AİHS kapsamında da, korunan mevcut hak ve özgürlüklerden hiçbiri doğrudan cinsel azınlıklar ile ilgili değildir. Oysa cinsel azınlıklar tarafından, cinsel yönelimleri ya da cinsel kimlikleri nedeniyle haklarının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan çok sayıda şikayet başvurusu vardır. AİHM, Sözleşme'nin son derece kısıtlı yapısına rağmen, her davada olduğu gibi, cinsel azınlıkların açtığı davalarda da içtihat oluşturmaya devam etmiştir.¹⁴ Cinsel azınlıkların açtığı davalar genel olarak Sözleşme'nin üç maddesi ile ilgili olmuştur:

¹¹ Bakanlar Komitesi'nin görevi ise yalnızca Mahkeme hükümlerinin icrasını denetlemek olarak düzenlenmiştir (AİHS -yeni metin-, md.46/2).

¹² AİHS/Mahkeme Usul Kuralları/İçtüzüğü, md.45-62. 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren bu metnin Türkçe çevirisi ve özgün İngilizce metni için bkz., M. Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, Cilt I, Avrupa Konseyi – Birinci Bölüm, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003, s. 63-122 ve s. 322-386. AİHS sisteminde 11 Numaralı Protokol ile yapılan köklü değişiklikten önce, bireysel şikayet başvurusu usulünün işleyebilmesi için taraf devlet Komisyon'un bireysel şikayet başvurularını inceleme yetkisini tanıyan bir beyanda bulunmalıydı. Ancak 11 Numaralı Protokol'ün yürürlüğe girmesi ile artık tanıma beyanına gerek olmadan, AİHS'ne taraf olmakla bu usul otomatik olarak işlemeye başlıyordu. Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz., A. Şeref Gözübüyük, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 9, Ankara, TODAİE, 1987, s. 3-40. Devletlerarası şikayet başvuru ise zaten baştan beri, herhangi bir özel tanıma beyanına gerek olmadan, Sözleşme'ye taraf olmakla zorunlu olarak işlemeye başlamaktaydı.

¹³ Douglas Sanders, "Human Rights and Sexual Orientation in International Law", **International Journal of Public Administration**, Volume 25, No. 1, February 2002, s. 13.

¹⁴ Orhan Kemal Cengiz, "Cinsel Azınlık Hakları", **Radikal** 2, 9 Aralık 2001.

Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (md.8), evlenme hakkı (md.12) ve ayrımcılık yasağı (md.14).

1950’lerden bu yana, eşcinsel yönelim ve/veya cinsel kimlik ile ilgili olarak yüzün üzerinde bireysel şikayet başvurusu Komisyon ve sonrasında Mahkeme önüne gelmiştir¹⁵. Strasbourg organlarının cinsel azınlıklarla ilgili olarak ele aldığı bu davalardan diğerlerine emsal olabilecek bazıları önemlidir, zira Mahkeme’nin bu konuya bakışına da temel teşkil etmiştir.

Aşağıda cinsel azınlıkların haklarıyla ilgili bu davalardan içtihat oluşturma niteliğiyle öne çıkan birkaçı, konularına göre başlıklar altında incelenmiştir.

2. AIHM İçtihatlarında Cinsel Kimlik ve Cinsel Yönelim

a. Özel Hayata Saygı Hakkı ve Cinsel Hayat

AIHS’nin 8. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenler:

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

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı için, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, yasaya uygun olarak yapılan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunanlar dışında hiçbir müdahalede bulunulmayacaktır.”

Madde iki bölümdür: 1. fıkrası olan birinci bölümde, devletin koruma altına aldığı hakların hangileri olduğu belirtilmektedir. Bu haklar, özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkıdır. 2. fıkrası olan ikinci bölümde ise, devletin hangi nedenlerle bu haklara müdahale edebileceği ve müdahalenin hangi hallerde Sözleşme’ye uygun olacağı belirtilmektedir. Bu da gösterir ki, 8. maddede düzenlenen söz konusu haklar mutlak değildir.

¹⁵ Kees Waaldijk, **European Case Law on Sexual Orientation and Gender Identity** (training manual for Regional Lobby, Advocacy and Policy project, Ohrid, Macedonia, July 2005), (Çevrimiçi) www.emmeijers.nl/waaldijk, 20 Haziran 2007.

1. fıkrada özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkının koruma altına alındığı belirtilmektedir, ancak Sözleşme’de bu kavramların ne anlama geldikleri açıklanmış değildir. Oysa AİHM, önüne gelen bir şikayet başvurusunda, Sözleşme’ye uygunluğu denetlerken, ilk olarak söz konusu olayla ilgili, Sözleşme tarafından düzenlenmiş bir hakkın varlığını arar. Bu sebeple, 8. maddenin hangi hakları kapsadığını, bu kapsama dahil kavramların ne anlama geldiğini bilmek önemlidir. Eğer AİHM konu ile ilgili olarak Sözleşme ile korunan bir hakkın varlığını saptarsa, taraf devletin bu hakkı tanıma-koruma konusundaki pozitif yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığını belirler. İkinci olarak ise hakka müdahale edilip edilmediği, şayet edildiyse bu müdahalenin 2. fıkradaki meşru amaçlara uygun olup olmadığı, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı belirlenir.¹⁶

Burada özellikle, özel hayat ve cinsel hayat kavramları üzerinden söz konusu madde üzerinde durulacaktır.

Özel hayat aslında oldukça genel bir terimdir ve Sözleşme’nin 8. maddesinin 1. fıkrasında yer alan haklar da esasen, bir bütün olan özel hayat kavramının farklı unsurlarıdır.¹⁷ Özel hayatın, gizlilik/mahremiyet hakkından daha geniş bir anlamı vardır.¹⁸ AİHS organları özel hayatın sadece gizlilik özelliği taşımadığını, bunun yanı sıra, kişinin kişiliğini oluşturup geliştirebileceği bir alanı da ifade ettiğini belirtir. Bu bağlamda kişinin kendi durumunu, ilişkilerini ve bedenini kontrol etmesi demek olan özerkliği de özel hayat kavramı içinde değerlendirilmektedir.¹⁹ Nitekim Mahkeme, bir kararında bu yaklaşımını şu biçimde ifade eder:

“Özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını dilediği gibi yaşayabileceği bir iç alanla kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla

¹⁶ Genel olarak AİHS hakların sınırlandırılması rejimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, **a.g.e.**, s. 760-773.

¹⁷ A. Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 331.

¹⁸ Ursula Kilckelly, **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı**, İnsan Hakları El Kitapları No.1, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 87, 2005, s. 9.

¹⁹ Sibel İnceoğlu, “ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 19, Ankara, TODAİE, 1997, s. 175; İbrahim Ö. Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 293-294.

ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir.”²⁰

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da bir kararında, özel hayatın bir yönüyle bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirmek için diğer insanlarla, özellikle duygusal ilişkiler kurma ve bunu devam ettirme hakkı olduğunu vurgulamıştır.²¹ O halde, kişinin diğer insanlarla değişik türden ilişkiler, ki buna cinsel ilişki de dahildir, kurması olanağına sahip olması gerekir.²² Bu bağlamda kişinin cinsel ilişkiler dahil çeşitli türden kuracağı ilişkilerle cinsel kimliğini belirleme ve benimseme tercihi sözleşmenin 8. maddesinin koruma alanına girmektedir.²³

Kişinin cinsel hayatı ve cinsel yönelimi özel hayatının unsurlarındandır. Mahkeme bir kararında²⁴, özel hayat kavramını, “bir kişinin, cinsel hayatı dahil, fiziksel ve ahlaki bütünlüğünü içeren bir kavram” olarak açıklamıştır. Yine Mahkeme, kimi kararlarında²⁵, cinsiyet belirleme, isim, cinsel yönelim ve cinsel hayatın, 8. maddenin kapsamına giren özel hayatın önemli unsurları olduğunu belirtmiştir. Kişinin cinsel yönelimleri sonucu bunlarla resmi kayıtların uyumunun sağlanması için yapılan ‘düzeltme’ başvuruları, isim değiştirme talepleri de 8. madde de değerlendirilebilecektir.²⁶ Bu madde, cinsel azınlıkların başvurularında önemle yer almaktadır, ancak yine de özel hayat, cinsel alanda sınırsız bir özgürlük sağlamamaktadır.

Aşağıda, cinsel azınlıklar tarafından, cinsel kimlikleri ya da cinsel yönelimlerinden kaynaklı hak ihlalleri iddiasıyla Sözleşme organlarına yapılmış bireysel şikayet başvuruları, başvurunun konusuna göre kategorileştirilerek ele alınmıştır.

²⁰ Mahkeme, **Niemietz v. Almanya**, 16 Aralık 1992, 13710/88; Komisyon, **X. v. İzlanda**, 18 Mayıs 1976, 6825/74, s. 86.

²¹ Komisyon, **K.Y. v. Belçika**, 13 Mayıs 1982, 8962/80, s. 124.

²² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, **a.g.e.**, s. 382.

²³ Ursula Kilkelly, **a.g.e.**, s. 10.

²⁴ Mahkeme, **X. ve Y. v. Hollanda**, 26 Mart 1985, 8978/80, § 22.

²⁵ Mahkeme, **B v. Fransa**, 25 Mart 1992, 13343/87, § 63; Mahkeme, **Burghartz v. İsviçre**, 22 Şubat 1994, 16213/90, § 24; Mahkeme, **Dudgeon v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 1981, 7525/76, § 41; Mahkeme, **Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık**, 19 Şubat 1997, 21627/93, 21826/93, 21974/93, § 36.

²⁶ A. Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 335.

(1) Eşcinsel İlişkinin Suç Sayılması

1950'lerden bu yana, erkekler arası cinsel ilişkinin bütünüyle yasaklanmasına karşı pek çok başvuru, özellikle de Almanya ve Birleşik Krallık gibi ülkeler aleyhine yapılan başvurular, Komisyon'da görüşülmüş, ancak 1980'lere dek kabul edilemezlikle sonuçlanmıştı. Çünkü eşcinsel davranışların yasaklanması konusuna dair Komisyon'un verdiği ilk kararlar, her ne kadar bu yasaklamanın özel hayata saygı hakkına müdahale ettiği yönünde olmuşsa da, Komisyon bu müdahalenin gerekçesinin 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen 'sağlığın ve ahlakın korunması' kapsamında olduğuna karar vermişti.²⁷ Komisyon, bu kararı verirken hakkın sınırlandırılması için gereklilik ve ölçülülüğün sağlanıp sağlanmadığını ortaya koyacak bağımsız bir araştırma yapmamış ve söz konusu sorun üzerine Avrupa'da gelişen özgürlükçü yaklaşımları dikkate almamış görünüyordu; fakat daha geç dönemde verdiği kararlarda Komisyon ve Mahkeme, rızası olan yetişkin erkeklerin kendi özel alanlarında, cezalandırılma tehdidi altında olmadan, eşcinsel ilişkiye girme hakları olduğu yönünde Avrupa'da gelişen yaklaşımı göz önüne almaya başladı.²⁸

i. Dudgeon Kararı

1981'de Batı Avrupa ülkelerinin pek çoğunda, yetişkin erkekler arası cinsel ilişki suç olmaktan çıkarıldı, fakat bazı yerlerde yasaklar hala yürürlükteydi ki Kuzey İrlanda da bunlardan biriydi. *Dudgeon* davası, cinsel yönelim konusunda AIHM'ne gelen ilk davadır. Eşcinsel olan Dudgeon'un başvurusu, yetişkin erkeklerin kendi rızaları ile gerçekleştirdikleri bazı eşcinsel davranışların Kuzey

²⁷ Komisyon, **X v. Almanya**, 4 Ocak 1960, 530/59 s. 188; Komisyon, **X. v. Almanya**, 104/55, Yearbook 1, (1955-57), s. 228.

²⁸ Steven Greer, **The Exceptions To Articles 8 To 11 Of The European Convention On Human Rights**, Human rights files no. 15, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1997, s. 28; ayrıca bkz., L. R. Helfer, "Finding A Consensus on Equality - the Homosexual Age of Consent and the European Convention on Human-Rights", **New York University Law Review**, Volume 65, No.4, 1990, s. 1044-1100.

İrlanda'da suç olmasına dairdir.²⁹ Gerçekten de Kuzey İrlanda mevzuatında, bu konu ile ilgili yasaklayıcı hükümler yer almaktaydı.³⁰

1861 tarihli kanunun 61. ve 62. maddelerine göre, bazı cinsel sapmalar (*buggery*³¹) suçtur, cezasının üst sınırı müebbet hapis, bu suça teşebbüsün cezasının üst sınırı ise on yıl haptir. Bir erkeğin bir başka erkek ya da kadınla anüs yoluyla cinsel ilişkide bulunması veya bir erkek ya da kadının, anüs veya vajina yoluyla bir hayvanla cinsel ilişkide bulunması bu suçu oluşturur. 1885 tarihli kanunun 11. maddesine göre ise, bir erkeğin toplum içinde ya da kendi özel hayatında, bir başka erkekle 'ağır biçimde ahlaka aykırı' (*gross indecency*) bir harekette bulunmasının cezası, en çok iki yıl haptir. 'Ağır biçimde ahlaka aykırılık' kanun tarafından tanımlanmamışsa da, iki erkek arasındaki cinsel ilişki ile ilgili bir kavramdır ve genellikle karşılıklı mastürbasyon, bacak arası temas, oral-genital temas hareketlerini ifade eder. Common Law'da suça teşebbüs tek başına bir suçtur. Bu yüzden 1885 tarihli kanunun 11. maddesindeki bu suça teşebbüs de suçtur. Kuzey İrlanda'da suça teşebbüs, teorik olarak süresi belirsiz bir ceza ile cezalandırılabilir. Bu suçlara rıza gösterilmiş olması bir savunma olarak kabul edilmemekte, suçu işleyenlerin yaşına dair herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Her ne kadar bir kadın tarafından 17 yaşından küçük bir başka kadına karşı sarkıntılık (*indecent assault*) suçu işlenebilirse de, kadınlar arası eşcinsellik suç değildir, hiçbir zaman da olmamıştır.³²

Yukarıda sözü edilen iki kanun Birleşik Krallık Parlamentosu tarafından yürürlüğe konmuştur. Ancak İngiltere, Galler ve İskoçya daha sonra ceza hukukunda reformlar yapmıştır.³³ Hükümete göre, 1861 ve 1885 tarihli kanunlarda yer alan cezaların üst sınırı, yalnızca çok ağır olaylarda uygulanır. Uygulamada

²⁹ Mahkeme, **Dudgeon v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 1981, 7525/76 , § 13. Kararın Türkçe özeti için bkz., Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Cilt 1, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s. 426-434.

³⁰ Bu düzenlemeler, 1861 tarihli Kişiyi Karşı Suçlar Kanunu (*the Offences against the Person Act*) ve 1885 tarihli Ceza Kanununda Değişiklikler Kanunu (*Criminal Law Amendment Act*) ve Common Law'da yer alır.

³¹ İngilizcede, sodomi ve zoofiliyi de kapsayan 'sapıklık' anlamında kullanılır.

³² Mahkeme, **Dudgeon v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 1981, 7525/76, § 14-15.

³³ Mahkeme, **Dudgeon v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 1981, 7525/76, § 16-30.

hiçbir mahkeme, toplum içinde ya da özelde olsun, rızası olan taraflara, cezanın üst sınırını uygulamamıştır.³⁴

Dudgeon, on dört yaşından beri eşcinseldir. Başkaları ile birlikte bir dönem, bu konuda Kuzey İrlanda mevzuatının İngiltere ve Galler ile aynı seviyeye getirilmesi ve rıza yaşının 21'in altına indirilmesi amacıyla kampanya yürütmüştür.³⁵ Ocak 1976 tarihinde polis, 1971 tarihli Uyuşturucu Kullanılmasına Dair Kanuna göre çıkarılan müzekkere ile başvuranın adresine gitmiş, yaptığı aramada bir miktar uyuşturucu bulmuştur. Bu arama esnasında başvurana ait ve içinde başvuranın eşcinsel faaliyetlerini ortaya koyan günlüğü ve yazışmaları da dahil olmak üzere kişisel belgeler bulunmuş, bunlara el konulmuştur. Sonuç olarak, başvuranın polis karakoluna gelmesi istenmiş, evde bulunan belgelerle ilgili olarak cinsel hayatı hakkında dört buçuk saat sorguya çekilmiştir. Polis, erkekler arası ağır biçimde ahlaka aykırılık suçu ile dava açılması için, soruşturma dosyasını savcılığa göndermiş, ancak savcılık kamu yararı olmadığı için dava açılmasına yer olmadığı kararı vermiştir. Bu karar başvurana Şubat 1977'de tebliğ edilmiş ve kendisine ait kağıtlar, üzerine çeşitli notlar düşülmüş biçimde iade edilmiştir.³⁶

Dudgeon 22 Mayıs 1976'da Komisyon'a başvurarak, Kuzey İrlanda Ceza Kanunu'nda, erkek eşcinselliğine dair suçların bulunması ve hakkında yapılan polis soruşturması ile Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini; cinsiyet, cinsellik ve ikamete dayanan sebeplerle 14. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon, 13 Mart 1980 tarihinde kabul ettiği esasa ilişkin raporunda, 21 yaş altındaki erkeklerin, kendi rızalarıyla özel alanlarındaki eşcinsel fiillerinin yasaklanmasının 8. maddeye aykırı olmadığını, bu madde ile bağlantılı olarak 14. maddeye de aykırılık olmadığını, ancak 21 yaş üstü erkekler için bu fiillerin yasaklanmasının, başvuranın özel hayatına saygı hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.³⁷

Mahkeme, Komisyonun görüşünden ayrılmamıştır; Kuzey İrlanda'daki bu düzenlemenin, başvuranın özel hayatına, ki Mahkeme bu alana onun cinsel hayatını da dahil eder, 8. madde anlamında sürekli müdahale oluşturduğu görüşündedir.

³⁴ Mahkeme, **Dudgeon v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 1981, 7525/76, § 31.

³⁵ Mahkeme, **Dudgeon v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 1981, 7525/76, § 32.

³⁶ Mahkeme, **Dudgeon v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 1981, 7525/76, § 32-33.

³⁷ Mahkeme, **Dudgeon v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 1981, 7525/76, § 34, 35.

Mahkeme'ye göre başvuran, rızası olan erkek partneriyle kendi özel alanında dahi yasaklanan hareketleri yapıp cezai takibata maruz kalsa da, bu hukuki düzenlemeye saygı göstererek, cinsel ilişkiye girmekten kaçınsa da, her durumda kanunun varlığından etkilenmektedir.³⁸

Taraf devlet hükümeti, Kuzey İrlanda'daki eşcinsel fiillere dair mevzuatın, 8. maddeyi ihlal etmediğini, çünkü maddenin ikinci fıkrasının bu düzenlemeye olanak tanıdığını ileri sürmüş, ancak bu argümanı Mahkeme, müdahalenin hukuken uygun olması, meşru amaca sahip olması, demokratik toplumda gerekliliği gibi kriterleri göz önüne alıp tartışarak, yerinde görmemiştir.

Mahkeme, gençlerin güçsüzlük ve deneyimsizlikleri nedeniyle korunması gibi sebeplerle, taraf devletlerin, belli ölçülerde eşcinsel davranışlar üzerinde kontrol kurmasını, demokratik bir toplumda meşru bir zorunluluk olarak görmekte, ancak bununla beraber Kuzey İrlanda'daki düzenlemenin 'gereklilik' noktasında sorunlu olduğuna dikkat çekmektedir.³⁹

Mahkeme, ayrıca, Kuzey İrlanda mevzuatındaki, erkekler arası eşcinsel faaliyetleri cezalandıran düzenlemeyi, günümüz şartları bakımından değerlendirerek, Avrupa Konseyi'ne üye olan diğer devletler ile karşılaştırmıştır. Bu noktada, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin iç hukuklarında yapılan kapsamlı değişikliklerin de görmezden gelinemeyeceğini belirtip, üye devletlerin büyük çoğunluğunda eşcinsel hareketlere dair daha fazla anlayış ve hoşgörü gösterildiği, bunların artık ceza hukukunun konusu olmaktan çıkarıldığı şeklinde bir belirleme yapmıştır. Mahkeme, 21 yaşını doldurmuş, yetişkin erkekler arasındaki eşcinsel ilişkinin suç sayılması için 'baskın bir toplumsal neden' olmadığına karar vermiştir; Mahkeme ayrıca, söz konusu yasal hükümlerin varlığının, başvuru gibi eşcinsel yönelimleri olan bir kişinin hayatının üzerinde oluşturabileceği olumsuz etkilere dikkat çekmiş ve özel alanda eşcinsel davranışlarda bulunulmasının, kamuoyunda bazılarını şoke etse, kızdırsa veya rahatsız etse bile, sadece rızası olan yetişkinler bu tür davranışlarda bulunduğu takdirde, cezai yaptırımların uygulanmasına neden olamayacağını belirtmiştir.⁴⁰

³⁸ Mahkeme, **Dudgeon v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 1981, 7525/76, § 41.

³⁹ Mahkeme, **Dudgeon v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 1981, 7525/76, § 44.

⁴⁰ Mahkeme, **Dudgeon v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 1981, 7525/76, § 60.

Mahkeme özet olarak, söz konusu mevzuat gereği başvurana uygulanan kısıtlamanın, ulaşılmak istenen amaçla orantısız olduğunu belirtmiş⁴¹ ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Sözleşmede düzenlenmiş bir hak veya özgürlüğün kullanılması, ulusal mevzuatta yasaklanmış veya mevzuat tarafından 'demokratik toplumda gerekli' olmayan bir biçimde kısıtlanmış ise mevzuattan kaynaklanan ihlalden söz edilir.⁴² Bu noktada Sözleşme'nin 8. maddesinin taraf devletçe ihlalinin, mevzuattan kaynaklanan ihlal olduğu da açıktır.

ii. Norris Kararı

Mahkeme'nin, *Dudgeon* kararına benzer şekilde, taraf devletin Sözleşme'nin 8 maddesini ihlal ettiği sonucuna vardığı bir diğer kararı ise *Norris* kararıdır.⁴³ Bu kararla beraber eşcinselliğin cezalandırılmasının 8. madde ile ters düştüğü artık yerleşmiş bir görüştür.⁴⁴

David Norris faal bir eşcinseldir ve İrlanda iç hukukunun yetişkin erkekler-arası eşcinsel davranışları suç sayan hükümlerinin varlığından şikayetçidir, çünkü her an cezalandırılma tehdidi altındadır. Norris bu durumun, cinsel hayat dahil, özel hayata saygı hakkına sürekli bir müdahale olduğunu, 8. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvuru Komisyon tarafından kabul edilmiş ve Mahkeme önüne gelmiştir. Mahkeme de, söz konusu davanın, 8. maddede korunun hakka müdahale edilmesi açısından *Dudgeon* davasından farklı olmadığı yönündeki Komisyon görüşüne katılmıştır.⁴⁵ Yani, müdahalenin haklılığı incelenirken, müdahalenin 'hukuka uygun' olarak ve ahlakı korumak gibi meşru bir amaçla yapıldığını kabul etse de, 'demokratik toplumda gereklilik' noktasında sorunlu olduğuna dikkat çekmiştir.

⁴¹ Mahkeme, **Dudgeon v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 1981, 7525/76, § 61.

⁴² Osman Doğru, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 17, 2000, s. 197.

⁴³ Mahkeme, **Norris v. İrlanda**, 26 Ekim 1988, 10581/83. Kararın Türkçe özeti için bkz., Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Cilt 2, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s. 673-683.

⁴⁴ A.H. Robertson, J.G. Merrills, **Human Rights in Europe: A Study of the European Convention on Human Rights**, Manchester, Manchester University Press, 1996, s. 129.

⁴⁵ Mahkeme, **Norris v. İrlanda**, 26 Ekim 1988, 10581/83, § 38, 42.

Bu kararında da Mahkeme, eşcinsel davranışları suç sayan İrlanda hukuku hakkında aynı karara varmış ve taraf devletlerin ahlakın korunmasında geniş takdir marjına sahip olması gerektiği iddiasını reddetmiştir. Mahkeme, her iki kararında da takdir marjının taraf devletlerde, eşcinselliğin suç sayılmasına devam edilmesine izin verecek kadar geniş olmadığını belirtir. Bu nedenle ahlaki kuralların korunması konusunda, takdir marjının bir genel kural olarak geniş olduğunu kabul etmemiştir. Ancak yine, gençlerin korunması konusunda, rıza yaşının belirlenmesi dahil, uygun önlemlerin alınmasında taraf devletlere belirli bir takdir marjı bırakılmıştır.⁴⁶

Bu kararın iç hukuka etkisi, mevzuatın değiştirilmesi biçiminde olmuştur. Cinsel suçlarla ilgili yeni İrlanda Ceza Kanunu 7.7.1993 tarihinde yürürlüğe girmiş ve bu kanunda eşcinsel suçlar konusundaki ceza hükümleri değiştirilmiştir. Yeni kanunun yürürlüğe girmesiyle, 17 yaşından büyük ve ayırt etme gücüne sahip erkeklerin kendi aralarında rızaya dayalı eşcinsel ilişkide bulunmaları suç olmaktan çıkmıştır.⁴⁷

Sözleşme çerçevesinde taraf devletlerin negatif yükümlülükleri kavramına ilişkin olarak, devletin, kişiler arasındaki mahrem ilişkilere, yeterli meşruluk olmadan müdahale edememesi örneği verilebilir.⁴⁸ Dolayısıyla devlet, yeterli meşruluk olmayan durumlarda, cinsel hayatın belirli türlerini suç kapsamına sokmaktan da kendini alıkoymalıdır.⁴⁹

iii. A.D.T. Kararı

Eşcinsel davranış ve ilişkilerin iç hukukta suç sayılıp cezalandırılmasına ilişkin olarak Mahkeme önüne gelen davalardan biri de *A.D.T. v. Birleşik Krallık* davasıdır⁵⁰. Bu dava ile öncekiler arasında bazı önemli farklar vardır. Temel fark, bu davada ikiden fazla erkeğin dahil olduğu cinsel faaliyetlerin söz konusu

⁴⁶ Mahkeme, **Modinos v. Kıbrıs**, 22 Nisan 1993, 15070/89, § 20.

⁴⁷ AK Bakanlar Komitesi, ResDH(93)62, 14 Aralık 1993.

⁴⁸ Mahkeme, 1993 yılında verdiği *Modinos davası* kararında da, *Dudgeon ve Norris* kararlarına atıfla ve benzer biçimde, eşcinsel ilişkiyi suç sayan Kıbrıs Ceza Kanununun ilgili hükümlerinin varlığını, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak görmüştür; bkz., Mahkeme, **Modinos v. Kıbrıs**, 22 Nisan 1993, 15070/89, § 24.

⁴⁹ Katherine Olley, "8. Madde", s. 2. (Çevrimiçi) [http://www.barobirlik.org.tr/ihep/egitimler/E2/Kate\(8\).tur.doc](http://www.barobirlik.org.tr/ihep/egitimler/E2/Kate(8).tur.doc), 14 Ağustos 2007.

⁵⁰ Mahkeme, **A.D.T. v. Birleşik Krallık**, 31 Temmuz 2000, 35765/97.

olmasıdır. İngiltere'de, iki yetişkin erkek arasındaki cinsellik, 1967 yılından itibaren yasal olmasına rağmen, cinsel ilişkiye giren erkek sayısının ikiden fazla olması durumu hala suç teşkil etmekteydi. Polis, başvuranın evinde yaptığı aramada, kendisini dört erkekle oral seks yaparken gösteren video kayıtları bulmuştur. Görüntüler sado-mazoşist fiiller ya da fiziksel şiddet içermiyor olsa da, başvuran bu kayıtlara dayanılarak, ağır biçimde ahlaka aykırılıktan yargılanıp mahkum edilmiştir.

AIHM'ne göre:

“Bu davada ulusal makamlara tanınan dar takdir marjı düşünüldüğünde, kamu sağlığını ilgilendiren herhangi bir konu olmadığı ve söz konusu davranışlar tamamen özel olduğu için, Mahkeme'ye göre erkeklerin özel olarak eşcinsel davranışlarda bulunulmasını suç kılan kanunların yürürlükte kalmaya devam etmesi için verilen nedenler ve bu davada a fortiori (öncelikle) yargılanmaları ve hüküm giymeleri, söz konusu kanunu ve yargılanmayı açıklamak için yeterli değildir.

Bu yüzden AIHS 8. madde ihlal edilmiştir.”⁵¹

Mahkeme'nin de belirttiği üzere, eşcinsel ilişkinin taraflarının sayısı, konunun özel hayattan çıkması sonucunu doğurmaz; konu hala özel hayat gizliliği kapsamında olduğu için, eşcinselliğin suç sayılmasının 8. maddeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

iv. Laskey, Jaggard ve Brown Kararı

A.D.T. v. Birleşik Krallık davası kararında Mahkeme, kişinin evinde yaşadığı eşcinsel ilişkiyi, özel hayat kapsamında ele alsa da, kapalı kapılar ardında yapılan her türlü cinsel faaliyet 8. maddenin korumasından yararlanamaz. Mahkeme bu durumu *Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık* kararında açıkça belirtmiştir.⁵² İngiliz polisinin gerçekleştirdiği rutin aramalardan birinde, başvuranlar ile birlikte çok sayıda erkek eşcinselin grup halinde sado-mazoşist

⁵¹ Mahkeme, *A.D.T. v. Birleşik Krallık*, 31 Temmuz 2000, 35765/97, § 34.

⁵² Mahkeme, *Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık*, 19 Şubat 1997, 21627/93, 21826/93, 21974/93, § 36.

cinsel faaliyetlerde bulunduğu görüntüler içeren video kayıtları ele geçirilmiştir. Başvuranlar, mağdurların rızasının olması dikkate alınmayarak, müessir fiil suçundan yargılanıp çeşitli sürelerle hapis cezasına mahkum edilmişlerdir.

Laskey, Jaggard ve Brown Komisyon'a başvurmuşlar ve Sözleşme'nin 7. maddesine (kanunsuz ceza olmaz ilkesi) ve 8. maddesine dayanarak, haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Komisyon, başvuruyu kabul edilebilir bulmuş, raporunda bu hükmün ihlal edilmediği yönünde görüş açıklamıştır.⁵³ Dava, süresi içinde Mahkeme önüne getirilmiş ve başvuranlar, yetişkinler arasındaki rızaya dayanan sado-mazoşist ilişkiler sırasında müessir fiil ve yaralamadan mahkum edilmelerinin Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme'ye göre, başvuranların mahkum edilmeleri, taraf devletin 8. madde ile korunan hakka, hukuka uygun olarak müdahale etmesi anlamındadır; müdahalenin amacı sağlığın ve ahlakın korunmasıdır. Mahkeme, çok sayıda kişi, özel olarak düzenlenmiş/donatılmış odalar, yeni katılımcıların bulunması ve daha sonra katılımcılara dağıtılmak üzere film çekilmesini de içeren söz konusu faaliyetlerin ciddiyeti sebebiyle, müessir fiil ve yaralama hakkında kovuşturma başlatılmasını, sağlığın korunması amacıyla haklı bulmuştur.⁵⁴

Mahkemeye göre bu olayda, başvuranların sado-mazoşist faaliyetlerinin basit sayılamayacak derecede önemli sakatlanma ve yaralama olasılığını içermesi dahi, tek başına bu davayı Mahkeme tarafından daha önce incelenen ve böyle bir olayın söz konusu olmadığı, yetişkinler arasında rızaya dayalı kapalı yerde eşcinsel ilişki kurulmasıyla ilgili davalardan ayırmak için yeterlidir.⁵⁵

Özetle, Mahkeme, başvuranların ulusal makamlar tarafından mahkum edilmelerinin, Sözleşme'nin 8/2 fıkrası anlamında, sağlığın korunması için demokratik toplumda gerekli olduğunu⁵⁶, mağdurun rızası olsa bile kişiye fiziksel

⁵³ Komisyon, **Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık**, 26 Ekim 1995, 21627/93, 21826/93, 21974/93.

⁵⁴ Mahkeme, **Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık**, 19 Şubat 1997, 21627/93, 21826/93, 21974/93, § 35, 36.

⁵⁵ Mahkeme, **Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık**, 19 Şubat 1997, 21627/93, 21826/93, 21974/93, § 45. Burada sözü edilen daha önceki davalar, *Dudgeon, Norris ve Modinos* davalarıdır.

⁵⁶ Mahkeme, **Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık**, 19 Şubat 1997, 21627/93, 21826/93, 21974/93, § 50.

zarar verilmesinin özel hayat içinde değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmış ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵⁷

Yukarıda ele alınan kararlardan çıkan sonuca göre, eşcinselliğin suç olarak düzenlenmesi durumu 8. maddeyi ihlal eder, çünkü Mahkeme, cinsel hayatı özel hayat kapsamında değerlendirmektedir.⁵⁸ Bununla birlikte, kişinin özel alanında kaldığı sürece, cinsel ilişkinin taraflarının sayısı, özel hayata saygı hakkına müdahale edilmesine bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir. Kişilerin cinselliğinin özel hayatlarının bir parçası olduğu kuşkusuzdur, dolayısıyla kişinin heteroseksüel ya da eşcinsel olması veya cinsel ilişkinin biçimi ya da diğer ayrıntıları bu hakkın korunmasını etkilememelidir; anılan kararlar da bu yöndedir. Ancak bu ilişkinin yaralama gibi suç oluşturan faaliyetlerle birleşmesi halinde hakka müdahale edilmesi, 8. maddenin 2 fıkrasında belirtilen sınırlama nedenlerine uygun görülür.

(2) Orduda Eşcinseller

AİHM özel hayatın ihlali başlığı altında, gey ve lezbiyenler bakımından en önemli kararını 1999 yılında vermiştir.⁵⁹ 1999 yılına dek eşcinsellerle ilgili olarak Mahkeme'ye gelen başvuruların hemen hepsi, eşcinsellerin cinsel aktivitelerine ilişkindir. Ancak bu tarihten itibaren, davalar sıklıkla cinsel yönelimin diğer yanlarına dair olmuştur. Bu davalardan olan *Lustig-Prean ve Beckett* davası⁶⁰ ile

⁵⁷ Mahkeme'nin, sado-mazoşist hareketler konusundaki daha yeni tarihli bir kararı için bkz., Mahkeme, **K.A. ve A.D. v. Belçika**, 17 Şubat 2005, 42758/98, 45558/99. Kişilerin kendi aralarında yaptıkları sado-mazoşist hareketlerin, 8/2 kapsamında taraf devletçe sınırlandırılabilmesi, zira konunun başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için demokratik toplumda sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir.

⁵⁸ BM İnsan Hakları Komitesi de, 1994 tarihli bir kararında, cinsel hayatın özel hayat kapsamında olduğunu belirterek (§8.2), Tazmanya Ceza Kanunu'nun eşcinselliği suç sayan maddelerinin varlığının eşcinsel başvuranın özel hayatına devamlı olarak ve doğrudan müdahale teşkil ettiği ve taraf devletin MSHS'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak özel hayatı koruyan 17. maddesinin 1. fıkrasını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. **Nicholas Toonen v. Avustralya**, No. 488/1992, Komite Kararı: 31 Mart 1994, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), (Çevrimiçi) <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws488.htm>, 20 Temmuz 2007.

⁵⁹ Orhan Kemal Cengiz, "Cinsel Azınlık Hakları", **Radikal** 2, 9 Aralık 2001.

⁶⁰ Mahkeme, **Lustig-Prean ve Beckett v. Birleşik Krallık**, 27 Eylül 1999, 31417/96, 32377/96.

Smith ve Grady davası⁶¹, İngiliz Savunma Bakanlığı'nın, insanları sadece eşcinsel oldukları için ordudan ihraç etmesini konusuna ilişkindir.

Lustig-Prean ve Beckett davasında konu, uzun yıllar donanmada görev yapmış olan başvuranların, haklarında bilgi edinmek için yapılan bir araştırmada eşcinsel olduklarının ortaya çıkması ve kendilerine bu durum sorulduğunda da bunu itiraf etmeleriyle ordudan atılmış olmalarıdır.

Mahkeme'ye göre, askeri polisin, başvuranlar hakkında, birbirleriyle ve üçüncü kişilerle, cinsel yönelim ve faaliyetleri ile ilgili yaptıkları görüşmelerin de detayını içeren araştırma yapması ve sonunda bir rapor hazırlaması, başvuranların özel hayatına saygı hakkına doğrudan yapılan bir müdahaledir.⁶² Bu saptamadan sonra Mahkeme, müdahalenin 8. maddenin 2. fıkrasında gösterilen sınırlama rejimine uygun olup olmadığını incelemeye girer. Taraf devlet, eşcinselliğin silahlı kuvvetler içindeki görevlerle bağdaşmaz olduğunu ve eşcinsellerin ordunun moralini bozduğunu ve böylelikle gücünü azalttığını, bu kişilerin görevlerine devam etmelerinin, heteroseksüel askerlerin eşcinsellere yönelik negatif tutumu nedeniyle, ordunun işleyişine zarar verebileceğini iddia etmiştir. Mahkeme, buna katılmamış, bu iddiayı destekler nitelikte somut bir kanıt olmadığını belirtmiştir.⁶³ Mahkeme askeri polisin, hazırladığı raporunda, bu tarz tutumların ifade verenler tarafından kalben inanılarak söylene de, eşcinsel yönelimi olanlara söylenen kalıplaşmış düşmanca ifadelerden, eşcinsel meslektaşlarının varlığından duyulan muğlak huzursuzluk ifadelerine kadar çeşitlilik gösterdiğini gözlemlemiştir. Heteroseksüel çoğunluğun bir kısmının, eşcinsel azınlık üzerindeki önyargısını gösteren bu olumsuz tutumların, farklı ırktan, kökenden olanlara ya da farklı renge sahip bireylere karşı gösterilen olumsuz tutumlar gibi, tek başlarına, başvuranların haklarına müdahale etmek için yeterli gerekçe olarak görülemeyeceği Mahkeme tarafından belirtilmiştir.⁶⁴

⁶¹ Aynı tarihli, konusu aynı olan ve Mahkeme'nin de aynı kararı verdiği diğer dava için, Mahkeme, **Smith ve Grady v. Birleşik Krallık**, 27 Eylül 1999, 31417/96, 32377/96.

⁶² Mahkeme, **Lustig-Prean ve Beckett v. Birleşik Krallık**, 27 Eylül 1999, 31417/96, 32377/96, § 64.

⁶³ Mahkeme, **Lustig-Prean ve Beckett v. Birleşik Krallık**, 27 Eylül 1999, 31417/96, 32377/96, § 92.

⁶⁴ Mahkeme, **Lustig-Prean ve Beckett v. Birleşik Krallık**, 27 Eylül 1999, 31417/96, 32377/96, § 90.

*Smith ve Grady*⁶⁵ davasında ise konu yine başvurular hakkında araştırma yapılarak, cinsel yönelimlerinin açığa çıkarılması ve bunun üzerine de ordudan atılmalarıdır. AİHM, orduya katılan kimselerin, özel hayatın gizliliği haklarından feragat etmediklerine dikkat çekmiş, ayrıca başvuruların ordudan çıkarılma nedenlerinin, orduya alınırken, cinsel yönelimlerini açıklamamış olmalarıyla ilgili olmadığını da belirtmiştir. Zaten başvuranlardan Bayan Smith, lezbiyen olduğunu orduya alındıktan sonra fark etmiştir.

Mahkeme'ye göre, kişilerin cinsel yönelimleri ile ilgili araştırma yapıp, bir de rapor hazırlanması ve sadece cinsel yönelimleri nedeniyle ordudan atılmaları yönündeki idari karar, özel hayatın gizliliği hakkına doğrudan bir müdahale teşkil eder. Bu noktada Mahkeme, yapılan müdahalenin, Sözleşme'nin 8. maddesinde korunan hakkın, aynı maddenin 2 fıkrasında belirtilen hallere uygun olarak sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını değerlendirirken, *Norris* kararında yaptığı gibi⁶⁶, müdahalenin 'acil bir sosyal ihtiyacı' karşılaması gerektiğine dikkat çeker. Müdahalenin gerekliliği konusunda yine taraf devletlere takdir marjı tanınırken, bu hakkın da sınırlanan faaliyetlerin doğasına ve sınırlamanın hedeflediği şeye göre değiştiği belirtilir. Buna göre, ortada silahlı kuvvetlerin işleyişine karşı gerçek bir tehdit bulunmamaktadır, dolayısıyla takdir marjı, ordu mensuplarının özel hayatlarının gizliliği hakkının sınırlandırılması yönünde kullanılamaz. Bu nedenle Mahkeme, başvuruların özel hayatının soruşturularak cinsel yönelimleri ile ilgili araştırma yapılmasını ve bu kişilerin sadece eşcinsel oldukları yönündeki açıklamalarına dayanarak, bu özelliklerinin orduya nasıl zarar verdiği kanıtlanmadan, ordudan ihraç edilmelerini AİHS madde 8/2 ye uygun bulmayarak, özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Haklarında yapılan bir araştırma sonucu eşcinsel oldukları anlaşılacak ordudan çıkarılan başvuruların şikayetin değerlendirildiği *Beck, Copp ve Bazeley v. Birleşik Krallık* davasında⁶⁷ da Mahkeme, yukarıda sözü geçen iki kararında olduğu gibi, cinsel yönelimleri nedeniyle kişilerin ordudan atılmalarında, 8.

⁶⁵ Mahkeme, *Smith ve Grady v. Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1999, 31417/96, 32377/96.

⁶⁶ Mahkeme, *Norris v. İrlanda*, 26 Ekim 1988, 10581/83, § 41.

⁶⁷ Mahkeme, *Beck, Copp ve Bazeley v. Birleşik Krallık*, 22 Ekim 2002, 48535/99, 48536/99, 48537/99.

maddeyle korunan hakka yapılan müdahalenin, ‘demokratik toplumda gerekliliğine’ ikna olmamış ve bu maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁸

AİHM’ne göre, taraf devletler bireylerin cinsel yönelimlerine karşı toplumda varolan önyargılara dayanarak, o bireylerin insan haklarını sınırlandıramaz. Nitekim böyle bir gerekçe ile hakların sınırlandırılması, söz konusu önyargıları desteklemek anlamına gelir, ki AİHM’nin böylesi bir sonuçtan özellikle kaçındığını söylemek mümkündür. Bu noktada devletlerden daha ilerici bir tavır sergilemeleri beklenir. Kişinin cinsel yöneliminin onun özel alanına girdiği kabul edilmeli, dolayısıyla cinsel yönelimi sebep gösterilerek kişiler hakkında idari işlem (yukarıdaki örneklerde olduğu gibi ordudan atılmaları) yapılmamalıdır.

(3) Transseksüeller ve Cinsiyetin Yeniden Belirlenmesi

Cinsiyetin yeniden belirlenmesi ya da diğer bir söyleyişle cinsiyet değiştirme ile bu durumun hukuki sonuçları da AİHM’ne taşınmış bir konudur. Transseksüellerin cinsiyet değişikliği ve bu değişikliğin sonuçları, hukuki ve ahlaki konularda bu kişilerin çeşitli sorunlar yaşamasına neden olur. Cinsiyetin yeniden belirlenmesi konusunda Mahkeme önüne gelen şikayetlere bakıldığında, sorunun çoğunlukla taraf devletin iç hukukundaki, transseksüellerin yeni cinsiyetlerinin hukuki yönden tanınması noktasındaki eksikliklerden kaynaklandığı görülür. Cinsiyet değişikliği konusunda AİHS’ne taraf devletlerde açık bir görüş birliği olmadığı için, genel olarak Mahkeme’nin bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir marjı verdiği de söylenebilir.⁶⁹ Taraf devletler arasında bir uzlaşma olmaması nedeniyle, benzer olguların bulunduğu davalarda farklı sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir.

Bu davalarda başvuranların iddiası genellikle, Sözleşme’nin 8. maddesinin yani özel hayata saygı hakkının ve bazen de 12. madde yani evlenme hakkının ihlal edildiği yönünde olmuştur.

⁶⁸ Mahkeme, **Beck, Copp ve Bazeley v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 2002, 48535/99, 48536/99, 48537/99, § 51,52. Mahkeme’nin, cinsel yönelimleri nedeniyle eşcinsellerin ordudan atılmaları konusunda 8. maddenin ihlal edildiği kararını verdiği bir başka dava için bkz., Mahkeme, **Perkins ve R. v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 2002, 43208/98, 44875/98.

⁶⁹ Ursula Killkely, **a.g.e.**, s. 46.

Aşağıda ilk olarak, cinsiyetin yeniden belirlenmesi sonrasında, resmi belgelerdeki kayıtların değiştirilmemesi ve ardından transseksüel kişinin aile hayatı ile ilgili AIHM tarafından değerlendirilen başvurular ele alınmıştır.

i. Doğum Kütüğündeki Kayıt

Mahkeme genel olarak, doğum kayıt sisteminin, olayları gerçekleştirdiği zamandaki gibi kaydetme esasına dayandığını, daha sonra yapılacak herhangi bir değişikliğin bir anlamda bu kayıtlarda tahrifat anlamına geleceğine ilişkin argümanları kabul eder ve cinsiyet değişikliğinin ifşa edilmesi riskinin, aile ve veraset meselelerinde zorluklar çıkarma gibi olumsuz etkilerine de değinerek, toplumun genel yararı ile bireyin haklarının dengelenmesinde, teraziye toplumsal yararın lehine ağırlık koyar.⁷⁰

Bir transseksüelin doğum kütüğündeki kaydına ilişkin olarak AIHM önüne gelen ilk dava *Van Oosterwijck* davasıdır.⁷¹ Bu başvuruda Komisyon, transseksüel başvuranın doğum kütüğünde değişiklik yapılması yönündeki talebinin, Belçika resmi makamları tarafından reddedilmesini, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulmuş, ancak Mahkeme, başvuranın iç hukuk yollarını tüketmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.

Ameliyatla değiştirilen cinsiyetin hukuken tanınması konusundaki bir sonraki bireysel şikayet başvurusu ise Bay Rees tarafından yapılmıştır. *Rees v. Birleşik Krallık*⁷² davasında, başvuran Rees, fiziksel ve biyolojik özellikleri itibarıyla kız olarak doğmuş ve doğum kütüğüne bu şekilde kaydedilmiştir. Ancak psikolojik yönden kendisini bir erkek olarak hissettiği için, önce hormonal, ardından da cerrahi tedavi görmüş ve cinsiyetini değiştirmiştir.⁷³

İngiliz hukukuna göre, kişilerin cinsiyet değiştirme ameliyatları, hukuki bir formaliteye bağlı olmaksızın yapılabilmektedir. Aynı biçimde, kişilerin isim

⁷⁰ Murat Aydın, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesine Göre Kişinin Özel Hayatına, Aile Hayatına, Konutuna ve Haberleşmesine Saygı Gösterilmesi Hakkı”, (Çevrimiçi) <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>, 20 Haziran 2007.

⁷¹ Mahkeme, **Van Oosterwijck v. Belçika**, 6 Kasım 1980, 7654/76.

⁷² Mahkeme, **Rees v. Birleşik Krallık**, 17 Ekim 1986, 9532/81. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Cilt 2, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s. 127-136.

⁷³ Mahkeme, **Rees v. Birleşik Krallık**, 17 Ekim 1986, 9532/81, § 12-14.

değiştirmeleri de serbesttir ve yeni isimler, hukuki kimlik bakımından geçerlidir. Transseksüeller için de, her yönüyle kimliğine uygun düşecek şekilde yeni belgeler çıkarılır.⁷⁴ Yani transseksüellerin yeni cinsel kimliklerinin tanınması konusunda isim değişikliği yapılması ve tüm resmi belgelerde düzeltme yapabilme olanağı tanınmıştır. Ancak o tarihte, nüfus kütüğünde doğrudan cinsiyet değişikliğini tescil ettirmeyi İngiliz mahkemeleri kabul etmemektedir. Bu reddin dayanağı ise, cinsiyetin belirlenmesinde biyolojik-genetik faktörlerin esas alınması ve dolayısıyla kişinin sadece görüntüsel unsurlarla karşı cinse benzetilmiş olmasının cinsiyet değişikliğine imkan vermediğinin kabulüdür.⁷⁵

Bu şikayetin konusu, pasaport, ehliyet gibi kimlikler yeni cinsiyetle uyumlaştırıldığı halde, doğum kütüğündeki ‘kadın’ ibaresinin, Rees’in talebine rağmen değiştirilmemesi olmuştur. Başvurucu özellikle, cinsiyetini hala ‘kadın’ olarak gösteren doğum belgesi verilmesinden şikayet etmiştir. Başvurucunun iddiasına göre, böyle bir belge, cinsiyetin belirtilmesinin söz konusu olduğu her durumda, cinsiyetini aksi ispat edilemeyecek bir şekilde tanımlamaktadır. Kendisinin gerçek görünümü ile hukuki cinsiyeti arasındaki tutarsızlığını ortaya koyduğu gibi, bu belgenin ibrazının gerekli olduğu her olayda, sıkıntıya düşmesine ve utanmasına sebep olmaktadır.⁷⁶

Taraf devletin bu konudaki savunması, doğum kütüğünün tutulma şekli ve içerdiği kayıtların işlevine dairdir. Buna göre ilgili kanunda bir belirleme olmasa da, uygulamada sadece biyolojik kriter esas alınır ve kişinin psikolojik cinsiyetinin, bu biyolojik cinsiyetten farklı olduğunun ortaya çıkması, başlangıçtaki kayıta maddi hata yapıldığına dair bir belirti olarak görülmez.⁷⁷

Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 8. maddesinin asıl amaçladığı, bireyleri kamu makamlarının keyfî müdahalelerine karşı korumak, ama bununla birlikte takdir alanının sınırları içinde, taraf devletin özel hayata etkili bir şekilde saygı göstermesini sağlayacak olan pozitif yükümlülükler getirmektir. Ancak yalnızca doğum kütüğünün değiştirilmesi talebinin veya doğum kütüğünden farklı içerikte

⁷⁴ Mahkeme, **Rees v. Birleşik Krallık**, 17 Ekim 1986, 9532/81, § 18-20.

⁷⁵ UK Court case, **Corbett v. Corbett**, Şubat 1970, (Çevrimiçi) <http://www.pfc.org.uk/node/319>, 15 Haziran 2007.

⁷⁶ Mahkeme, **Rees v. Birleşik Krallık**, 17 Ekim 1986, 9532/81, § 34.

⁷⁷ Mahkeme, **Rees v. Birleşik Krallık**, 17 Ekim 1986, 9532/81, § 23.

ve nitelikte doğum belgesi verilmesi talebinin reddedilmesi, bu hakka müdahale olarak görülemez.

“Devletlerden bir çoğu, mevzuatı, yargısal içtihatları veya idari pratikleri vasıtasıyla, transseksüellere yeni kazandıkları kimliklerine uyacak şekilde şahsi statülerini değiştirme imkanı vermektedir. Ancak Devletler, bu imkanı çeşitli ağırlık derecelerindeki şartlara tabi tutmuşlar ve örneğin daha önce üstlenilen yükümlülükler bakımından açık bazı çekinceler koymuşlardır. Böyle bir imkan, diğer bazı Devletlerde halen veya henüz bulunmamaktadır. O halde bu alanda Sözleşmeci Devletler arasında pek küçük bir ortak temel bulunduğunu, bu konuda hukukun genel olarak bir geçiş aşamasında olduğunu söylemek doğru olur. O halde bu konuda Sözleşmeci Devletler, geniş bir takdir alanına sahiptirler.”⁷⁸

Mahkeme, yetkililerin tutumundaki bazı gecikme ve kusurlara karşın, Birleşik Krallık’ın, kendi sistemi elverdiği ölçüde, başvurucunun taleplerini tam olarak karşılamak için çaba gösterdiğini kabul etmiştir.⁷⁹ Bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir alanı bırakılmış olması ve başkalarının çıkarlarının korunması gerekliliği de dikkate alındığında, Mahkeme Sözleşme’nin 8. maddesinden doğan pozitif yükümlülüğün bu kadar geniş tutulamayacağını belirtmiştir.⁸⁰

AİHM bu kararda, transseksüellik üzerine de kimi saptamalarda bulunmuştur:

“Transseksüellik yeni bir olgu değil, fakat özellikleri yakın tarihlerde keşfedilmiş ve incelenmiş bir olgudur. Bu konudaki gelişmelere, söz konusu kişilerin karşılaştıkları önemli sorunlara dikkat çeken, tıbbi ve cerrahi tedavi yoluyla sorunların giderilebileceğini belirten, tıbbi ve bilimsel alanlarda çalışan uzmanların yaptıkları çalışmalar yol açmıştır. "Transseksüel" terimi genellikle, fiziksel olarak bir cinsiyete ait olduğu halde, diğer cinsiyete ait olduğuna inanan bir kimse için kullanılmaktadır. Bu kişiler genellikle, psikolojik doğalarına fiziksel özelliklerini uydurmak için, tıbbi tedavi ve cerrahi operasyon geçirerek, daha bütünleşmiş ve sarıh bir kimliğe kavuşmak istemektedirler. Bu nedenle operasyon

⁷⁸ Mahkeme, **Rees v. Birleşik Krallık**, 17 Ekim 1986, 9532/81, § 35.

⁷⁹ Mahkeme, **Rees v. Birleşik Krallık**, 17 Ekim 1986, 9532/81, § 42-a.

⁸⁰ Mahkeme, **Rees v. Birleşik Krallık**, 17 Ekim 1986, 9532/81, § 44.

geçirmiş transseksüeller, iyi tanımlanmış ve tanınabilir bir grup oluşturmaktadırlar.”⁸¹

Sonuçta Mahkeme, transseksüellerin nüfus kütüğüne yeni cinsiyetleri ile kaydolmaları konusunda, AİHS’ne taraf devletlerin bütününde, kültürel geleneklerin farklılığına dayanarak, devletin takdir marjını oldukça geniş tutmuş ve bu davada ihlal kararı vermemişse de⁸², transseksüellerin yaşadığı sorunların ağırlığının ve sıkıntıların farkında olduğunu belirtmiştir. Mahkeme’nin Sözleşme’yi her zaman, günün koşullarına uygun biçimde yorumlanmaya çalıştığı bilinir. Buna uygun olarak Mahkeme, karara şu tespiti de eklemiştir: “*Bu sorun özellikle bilim ve toplumdaki gelişmelere göre, sürekli bir incelemeye tabi tutulmalıdır.*”⁸³ Bu tespit en azından sonraki sorunların çözümü için olumlu bir işaret vermiştir.

Transseksüel olan başvuranların, cinsiyet değiştirdikten sonra, yeni cinsiyetlerinin resmi belgelere yansıtılmaması konusunda Bayan B. tarafından Fransa’ya karşı açılan davada⁸⁴ ise, Mahkeme 8. maddenin ihlalini tespit etmiştir. Cinsiyet değişikliğine rağmen resmi belgelerdeki kayıtların değiştirilmemesi, Mahkeme tarafından, ‘başvurucunun kişiliğinin esaslı unsurlarının tanınmasının reddi’ olarak değerlendirilmiştir. Oysa Birleşik Krallık’a yönelik ilk davalarda ihlal tespit edilmemişti. Bunun sebebi, Birleşik Krallık’ta, transseksüellerin isimlerini değiştirme konusunda özgür olmaları ve bu isimlerini pasaport, sigorta kartı gibi resmi belgelerde kullanabilmeleridir. Fransa’ya yöneltilen davanın tersine, doğum kütüğü, Birleşik Krallık’ta tamamen tarihsel bir kayıttır; oysa Fransa davasında, sosyal ve mesleki hayatında daha önemli etkilerin oluşmasına sebep olan kişinin isim değiştirme talebinin reddi söz konusu olmuştur.⁸⁵

*Sheffield ve Horsham v. Birleşik Krallık*⁸⁶ davası da yine transseksüellerin cinsel kimliğinin hukuken tanınmaması ile ilgilidir. Başvuranların şikayeti, taraf

⁸¹ Mahkeme, **Rees v. Birleşik Krallık**, 17 Ekim 1986, 9532/81, § 38.

⁸² Bir transseksüelin doğum kütüğündeki kaydın düzeltilmemesinin, 8. maddeyi ihlal etmediği sonucuna varan bir diğer karar için bkz., Mahkeme, **Cossey v. Birleşik Krallık**, 27 Eylül 1990, 10843/84.

⁸³ Mahkeme, **Rees v. Birleşik Krallık**, 17 Ekim 1986, 9532/81, § 47.

⁸⁴ Mahkeme, **B. v. Fransa**, 25 Mart 1992, 13343/87.

⁸⁵ Katherine Olley, “8. madde”, s. 6. (Çevrimiçi) [http://www.barobirlik.org.tr/ihep/egitimler/E2/Kate\(8\).tur.doc](http://www.barobirlik.org.tr/ihep/egitimler/E2/Kate(8).tur.doc), 14 Ağustos 2007.

⁸⁶ Mahkeme, **Sheffield ve Horsham v. Birleşik Krallık**, 30 Temmuz 1998, 22985/93, 23390/94.

devletin cinsel kimliği belirlemede biyolojik kriteri esas almakta ısrar etmesi ve *Rees* ve *Cossey* davalarında olduğu gibi, cinsiyet değiştirme operasyonu sonrası, doğum kütüğündeki, doğum anındaki cinsiyeti gösteren kaydı değiştirmemesidir.

Mahkeme'ye göre, *Cossey* kararından beri, transseksüalizm konusunda, bu davayı diğerlerinden ayıracak hiç bir bilimsel ya da hukuki gelişme olmamıştır. Üstelik Birleşik Krallık, hala transseksüellerin cinsel kimliğini hukuken tanınması konusunda takdir marjını kullandığı savunmasını yapmaktadır. Mahkeme transseksüalizm konusunda Sözleşmeciler devletler arasında genel bir tutum olmadığını belirtmiştir.⁸⁷ Ayrıca, taraf devletin takdir marjına engel olacak ciddiyette olmamakla beraber bazı durumlarda, başvuruların, ameliyat öncesi cinsiyetlerini açıklamak zorunda bırakılmalarından dolayı kayıpları doğmaktadır. Başvuruların kayıplarını açıklamak için dayanak aldığı olaylar seyrek ve bu durumlarda başvuruların özel hayata saygı haklarına aşırı müdahale olmadan, ameliyattan önceki cinsiyetin açıklanmasıyla ilgili isteklerin haklı gerekçeleri vardır. Kamu makamları ayrıca, başvuruların ameliyat öncesi durumuyla ilgili açılan gereğinden fazla soruşturmanın sayısını azaltmak da için yollar aramıştır. Nitekim Mahkeme, 8. maddeye göre, taraf devletin kişilerin ameliyattan sonraki cinsiyetlerini hukuken tanımak biçiminde bir pozitif yükümlülüğü olduğuna da ikna olmamış ve bu nedenlere dayanarak 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁸⁸

AİHM'nin ilerici bir tutumla, Sözleşme'yi günün şartları ışığında değerlendirdiğini belirttik. Gerçekten de bu konuya dair sonraki başvurularda AİHM'nin yaklaşımı farklı olmuştur. İçtihatındaki değişiklik sayesinde insan haklarının sadece kuramsal veya soyut olarak değil, sürekli gelişen esnek bir koruma mekanizması ile etkili biçimde korunduğunu söylemek mümkündür. Nitekim 2002 tarihli *Christine Goodwin*⁸⁹ kararında, Mahkeme, transseksüellerin cinsel kimliklerinin taraf devletlerce hukuken tanınmasına dair temel teşkil edecek bir karar vermiştir.

⁸⁷ Mahkeme, *Sheffield ve Horsham v. Birleşik Krallık*, 30 Temmuz 1998, 22985/93, 23390/94, § 8.

⁸⁸ Mahkeme, *Sheffield ve Horsham v. Birleşik Krallık*, 30 Temmuz 1998, 22985/93, 23390/94, § 61.

⁸⁹ Mahkeme, *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık*, 11 Temmuz 2002, 28957/95.

Başvuran Christine Goodwin, ameliyatla kadın olan bir transseksüeldir. İş yerinde beraber çalıştığı kişiler tarafından cinsel tacize uğradığı iddiasıyla yerel mahkemeye başvurmuş, ancak hukuken bir kadın değil de erkek olarak ele alındığı için taciz iddiası reddedilmiştir. Akabinde sağlığı sebep gösterilerek işten çıkarılmış olsa da, başvurana göre işten çıkarılmasında asıl sebep transseksüel olmasıdır. Daha sonra yeni bir işe girmiş ve kendisine yeni bir sigorta numarası verilmesi gerekmiştir. Bununla ilgili kayıtlardan başvuranın önceki işvereni ile ilgili sorunları ve kimliğine dair bilgiler de açığa çıkmıştır. Başvuran bu sebepten iş yerindekilerin kendisine karşı tavır aldıklarını iddia etmektedir. Başvuran altmış yaşına geldiğinde emeklilik için başvurmuş, ancak erkekler altmış beş yaşında emekli edildiği gerekçesiyle başvurusu sonuçsuz kalmıştır; çünkü nüfus kütüğündeki kayıta kendisi, doğum anındaki cinsiyeti esas alındığından, erkek olarak görünmektedir.

Mahkeme, taraf devletin iç hukukunun, kimliğin tanınmasıyla çatıştığı hallerde, bu durumun özel hayata ciddi bir müdahale olarak ortaya çıkabileceğini belirtmiştir:

“Bir transseksüel tarafından farz edilen sosyal pozisyon ile cinsiyet değişikliğini tanımayı reddeden hukuk tarafından düzenlenen statüsü arasındaki uyumsuzluktan kaynaklı stres ve yabancılaşma hissi, formaliteden kaynaklı bir sorun olarak addedilir. Sosyal gerçeklik ile hukuk arasındaki çatışma, transseksüellerin hassaslık, utanç ve kaygı gibi normal dışı durumları yaşamasına sebep olur.”⁹⁰

Mahkeme, genel olarak özel hayatın korunması noktasında taraf devletlerin pozitif yükümlülükleriyle ilgili gelişmelere değinir ve ardından kamu yararı ile kişisel yarar arasında olması gereken adil dengeden söz eder. İşte bu noktada, başvuranın cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmasıyla rekabete giren hiçbir önemli kamu yararı olmadığı sonucuna varır:

“İngiliz hükümeti artık bu konunun kendi takdir marjı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği iddiasını ileri süremez... Toplumsal cinsiyeti yeniden belirlenmiş olan bireyin bu değişikliğin hukuken tanınması konusundaki menfaati

⁹⁰ Mahkeme, **Christine Goodwin v. Birleşik Krallık**, 11 Temmuz 2002, 28957/95, § 77.

karşısında ağır basan bir kamusal menfaatin mevcudiyetine işaret eden önemli göstergeler mevcut olmadığı için, Sözleşme’de gözetilmiş olan adil dengenin bu sefer açıkça başvuru sahibi aleyhine bozulduğu sonucuna varılmıştır.”⁹¹

Sonuçta Mahkeme, 8. maddenin ihlal edildiğine karar verir.⁹²

Yine 2002 yılında Mahkeme, *I. v. Birleşik Krallık* davasında⁹³ transseksüel başvuranın, cinsel kimliğinin hukuken tanınması konusundaki eksikliğin, özel hayatına müdahale ettiği yönündeki şikayeti ele almıştır. Başvuran Bayan I. geçirdiği cinsiyet değiştirme ameliyatı sonucu kadın olan bir transseksüeldir. Hemşirelik kursuna katılmak için başvurmuş ancak doğum kütüğündeki mevcut kayda göre bir erkek olduğu gerekçesiyle kursa kabul edilmemiştir. Başvuranın şikayeti özellikle, iş, sosyal güvenlik ve emeklilik ile evlilik konularına dair olmuştur. Mahkeme, artık bu yüzyılda transseksüellerin diğer insanların yararlandığı haklardan mahrum bırakılamayacağından bahisle, hukuki düzenlemedeki yetersizlikleri, başvuranın kişiliği üzerinde olumsuz etkiler yarattığından⁹⁴, 8. maddenin ihlali olarak görmüştür.

Mahkeme önüne gelen ve bir transseksüel tarafından yapılmış başvurulardan biri de nispeten yeni tarihli *Van Kück*⁹⁵ davasıdır. Ancak bu başvurunun konusunu diğerlerinden farklı olarak, iç hukuk mevzuatının transseksüellerin hakları üzerindeki etkisi değil, bir sigorta şirketinin ve ulusal mahkemenin bir transseksüele karşı olan davranışı oluşturmaktadır. Başvuran, hormonal tedavisi ve cinsiyet değiştirme operasyonu için bir takım harcamalar yapmış, daha sonra bu harcamaların tazmin edilmesi talebiyle sigorta şirketine ve ardından yerel mahkemeye başvurmuş, ancak bu yaptığı başvurular reddedilmiştir. AİHM, bu davaya öncelikle, 8 maddenin yorumuyla başlar:

⁹¹ Mahkeme, **Christine Goodwin v. Birleşik Krallık**, 11 Temmuz 2002, 28957/95, § 93.

⁹² Mahkemenin, özellikle Birleşik Krallık aleyhine aynı gerekçe ile açılmış ve reddedilmiş olan eski kararları hakkında bkz. Stephen Whittle, “Transgender Rights: The European Court of Human Rights and New Identity Politics for a New Age”, **A Human Rights: An Agenda for the 21st Century**, Ed. A. Hegarty, S. Leonard, London, Cavendish Publishing, 1999, s. 201-216.

⁹³ Mahkeme, **I. v. Birleşik Krallık**, 11 Temmuz 2002, 25680/94.

⁹⁴ Mahkeme, **I. v. Birleşik Krallık**, 11 Temmuz 2002, 25680/94, § 70.

⁹⁵ Mahkeme, **Van Kück v. Almanya**, 12 Haziran 2003, 35968/97.

“Bu madde kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsar... Bazen bireyin fiziki ve sosyal kimliği de bu koruma kapsamındadır... Örneğin cinsel kimlik (*gender identification*), isim, cinsel yönelim ve bireysel alandaki cinsel yaşam gibi... Aynı zamanda 8. madde, bireyin kendi kişiliğini geliştirme hakkı ile dış dünya ve insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını da korur... Her ne kadar Mahkeme, önceki davaların hiçbirinde 8. madde kapsamında özgür irade hakkını (*self-determination*) ele almadıysa da, şahsi özerklik (*personal autonomy*) kavramı da bu maddenin sağladığı garantinin yorumlanmasında temel teşkil eden önemli bir ilkedir.”⁹⁶

Kişinin kendisini bir kadın olarak tanımlama özgürlüğünün, özgür iradenin en temel unsurlarından biri⁹⁷ olduğundan hareketle, Mahkeme davaya konu olan şikayetin, yalnızca AİHS madde 6/1 de koruma altına alınan adil yargılanma hakkına dair olmadığı, aynı zamanda, kişinin özel hayatına saygı hakkının temel unsurları olan cinsel kimlik ve bireyin kendi kişiliğini geliştirme hakkı üzerinde de bir yansıması olduğunu belirtir. Bu durumda AİHM, Alman mahkemelerinin, başvuranın tedavi masraflarının karşılanmaması konusundaki şikayeti ile ilgili olarak, devletin pozitif yükümlülüğüne aykırı davrandığı görüşündedir.⁹⁸

Daha sonra AİHM, Alman yerel mahkemesi ve üst mahkemenin kararını ele alır. Yerel mahkeme, bilirkişi görüşüne aykırı olarak, başvuranın tedavisi kapsamında, daha az radikal olan psikoterapinin mümkün olup olmadığına bakmıştır. Bunun yanında, yerel mahkeme de üst mahkeme de, bilirkişinin anlamı gayet net olan tavsiyelerini göz ardı ederek, bu noktada ek bilgi edinmeden, tıbbi sebeplerden ötürü cinsiyet değiştirmenin gerekli olup olmadığını sorgulamıştır. Ayrıca üst mahkeme başvuranı, transseksüelliğe kasten sebebiyet verdiği için ayıplamıştır. Başvuranın cinsel kimlik ve gelişiminin değerlendirilmesinde, üst mahkeme, onun kadın hormonları almadan önceki geçmişini incelemiş ve yalnızca erkek davranışları sergilediği, bu suretle aslında erkek olduğu sonucuna varmıştır. Üst mahkeme, bunu, erkek ve kadın davranışları konusunda varsayımlara dayanarak, kendi görüşlerini, başvuranın en mahrem duygu ve deneyimleri yerine

⁹⁶ Mahkeme, **Van Kück v. Almanya**, 12 Haziran 2003, 35968/97, § 69.

⁹⁷ Mahkeme, **Van Kück v. Almanya**, 12 Haziran 2003, 35968/97, § 73.

⁹⁸ Mahkeme, **Van Kück v. Almanya**, 12 Haziran 2003, 35968/97, § 75.

koyarak ve herhangi bir tıbbi yeterliliği olmaksızın yapmıştır. Bu suretle, her ne kadar transseksüelliğin nedeni ve doğal olduğu şüpheli olsa da, başvuran sadece hormon tedavisi ve cinsiyet değiştirme ameliyatını gerekli kılan bir hastalık olan bu yönelimi kanıtlamak değil, aynı zamanda transseksüelliğinin gerçek yaratılışı olduğunu da göstermek zorunda bırakılmıştır.⁹⁹

Mahkeme'ye göre, son gelişmeler ışığında, kişiye yüklenen, özel hayatın en mahrem alanlarından biri konusundaki bu sorumluluğun, yani tedavi için kesin ameliyat içeren tıbbi zorunluluğun bulunduğunu ortaya koyma sorumluluğunun ölçüsüz olduğu açıktır.¹⁰⁰

Mahkeme, bu davada, özel sağlık sigortası şirketinin menfaatleri ile bireyin çıkarı arasında bir karşılaştırma yapar ve nihayetinde bu ikisi arasında adil bir dengenin bulunmadığı sonucuna varmıştır.¹⁰¹ Sonuç olarak, AİHM 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Son süreçte, Mahkeme'nin oldukça yenilikçi kararlara imza attığı görülür.¹⁰² 2006 yılında verdiği *Linda Grant*¹⁰³ kararı da bunlardan biridir. Grant doğum kütüğünde erkek olarak kayıtlı bir transseksüeldir ve cinsiyet değiştirme operasyonunu henüz yirmi altı yaşındayken geçirmiştir. Orduda ve polis teşkilatında görev yapmış, daha sonra serbest çalışmaya başlayarak sigorta primlerini kendisi ödemiştir. Grant'ın altmış yaşına geldiğinde emekli olmak için yaptığı başvurusu, bir 'erkek' olduğu savıyla reddedilmiştir. Bunun nedeni İngiliz mevzuatına göre kadınların altmış yaşında emekli olması, erkeklerin altmış beş yaşında emekli olabilmesidir.

Grant, AİHM'nin daha önce transseksüellerin cinsiyet değişikliğinin hukuki açıdan tanınması konusuna dair vermiş olduğu iki kararı¹⁰⁴ esas alarak, gerekli idari ve hukuki makamlara başvurmuş ve durumunun AİHM'nin bu davalarda verdiği karara uygun olarak düzeltilmesini talep etmiş, ancak istediği yönde sonuç alamamıştır. Sonuçta Grant, Birleşik Krallık'ta transseksüellerle ilgili hukuki

⁹⁹ Mahkeme, **Van Kück v. Almanya**, 12 Haziran 2003, 35968/97, § 79-81

¹⁰⁰ Mahkeme, **Van Kück v. Almanya**, 12 Haziran 2003, 35968/97, § 82.

¹⁰¹ Mahkeme, **Van Kück v. Almanya**, 12 Haziran 2003, 35968/97, § 84.

¹⁰² Özlem Altıparmak, "Cinsiyet Değiştirme Ameliyatları Üzerine", **Radikal** 2, 29 Nisan 2007.

¹⁰³ Mahkeme, **Grant v. Birleşik Krallık**, 23 Mayıs 2006, 32570/03.

¹⁰⁴ Mahkeme, **Christine Goodwin v. Birleşik Krallık ve I. v. Birleşik Krallık**.

düzenlemelerin ve kendisini altmış yaşında emekliye ayırmayı reddeden idarenin, AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiği şikayetiyle AİHM'ne başvurmuştur.

Mahkeme, transseksüel başvuranlar tarafından Birleşik Krallık'a karşı yapılan daha önceki bireysel başvuruları da dikkate alarak, bu davalardan daha yeni tarihli olanlarda, Sözleşme'nin günümüz koşulları ışığında yorumlandığına işaret etmiştir. Mahkeme, başvuruların bir transseksüel olarak kişisel durumları hakkında, Avrupa'da ve dünya genelinde üzerinde uzlaşmış mevcut tıbbi ve bilimsel görüşlerin, doğum kütüğü, sosyal gelişme ve iç hukuktaki gelişmeler üzerinde etkisi olduğundan hareketle, taraf devletin, Sözleşme'nin koruduğu hakların tanınmasında takdir marjını kullandığı yönündeki iddiasını kabul etmemiştir.¹⁰⁵ Doğuştan kadın olanlarla aynı emeklilik hakkı talebinin reddedilmesinin yanı sıra, *Goodwin* kararından sonraki bir tarihe denk gelen başvurusunun, Mahkeme'nin vermiş olduğu kararın etkisi yokmuşçasına reddedilmiş olması da, başvuranın transseksüellerin hukuken tanınmasındaki giderilmeyen eksikliğin mağduru olduğuna işarettir.¹⁰⁶ Mahkeme, bu davada, ayrımcılık yasağına (AİHS md.14) aykırılık bulmamış, ancak 8. maddenin ihlal edildiği kararını vermiştir.

Karar, cinsiyet değiştirenlerin sosyal hakları konusunda uluslararası alanda önemli bir içtihat sayılmaktadır.¹⁰⁷

ii. Transseksüel Ebeveyn

Yakın zamanlarda, AİHM, transseksüellerin hakları ile ilgili farklı bir alana yönelme fırsatı buluştur: ebeveynlik.

X, Y ve Z tarafından Birleşik Krallık'a karşı yapılan bireysel şikayet başvurusunda¹⁰⁸ ilk kez bir transseksüelin ebeveynliği konusu gündeme gelmiştir. Başvuranlardan Bay X, bir kadın olarak doğmuş, 1975 yılında hormon tedavisine başlamış ve ardından cinsiyet değiştirme ameliyatı olarak erkek olmuştur. 1979 yılından beri Bayan Y ile beraberdir. Üçüncü başvuran Z ise, Bayan Y'nin, bir

¹⁰⁵ Mahkeme, **Grant v. Birleşik Krallık**, 23 Mayıs 2006, 32570/03, § 39.

¹⁰⁶ Mahkeme, **Grant v. Birleşik Krallık**, 23 Mayıs 2006, 32570/03, § 43.

¹⁰⁷ Özlem Altıparmak, "Cinsiyet Değiştirme Ameliyatları Üzerine", **Radikal**2, 29 Nisan 2007.

¹⁰⁸ Mahkeme, **X, Y ve Z v. Birleşik Krallık**, 22 Nisan 1997, 21830/93.

vericinin (donör) spermi ile yapay döllenme/AID (Artificial Insemination by Donor) yoluyla 1992 yılında doğan kızıdır.

X ve Y, 1990 yılında, AID için gerekli yerlere başvurmuş ve önce reddedilmiş, sonrasında ise bu yönde tedavi talepleri kabul edilmiş; Bay X'in baba olabilmekle ilgili durumu soruşturulmuştur. Bu başvuruda X, referans olarak, bilimsel bir çalışmayı göstermiştir:

“Anne-babanın cinsel kimliğinin çocuğun cinsel kimliği üzerine etkileri açık değildir. Kanıların tersine, atipik cinsel kimliği olan ebeveynler üzerine yapılan bu araştırmada, çocukların cinsel olarak gelişiminin atipik olmadığı ortaya çıkmıştır: 7 erkekten-kadına dönmüş, 9 kadından-erkeğe dönmüş transseksüel ebeveynin yetiştirdiği ve 3-20 yaş arasındaki 16 çocuğun değerlendirildiği çalışmada, hiçbir çocukta homoseksüalite, biseksüalite, transseksüellik veya transvestizm yoktur.”¹⁰⁹

1992’de kimliği belirsiz bir donörün spermiyle Bayan Y hamile kalmış ve Z doğmuştur. Bay X, Z’nin babası olarak kaydedilip edilemeyeceği sorusunu ilgili yerlere yöneltmiş, bu kaydın yalnızca biyolojik olarak erkek olan kişileri baba olarak kaydetme amacıyla olduğu yanıtını almıştır. Bay X, Z’nin babası olarak kaydedilmemiş, yalnızca ona soyadını verebilmiştir.

Taraf devletin iç hukuku, kişinin cinsiyetini, doğum anında, biyolojik kriterlere göre tanımlamakta ve sonradan operasyonla gerçekleşen değişikliği tanımamaktadır.¹¹⁰ Bu prensibin sonucu olarak, kadınsal erkek olan bir transseksüelin bir kadınla evlenmesine ve bir çocuğun babası olabilmesine izin verilmemiştir.

Başvuranların Bay X’in baba olarak tanınmamasının, AİHS madde 8 kapsamında, aile ve özel hayata saygı haklarının ihlal edildiği yönündeki şikayeti, Komisyon tarafından kabul edilebilir bulunmuş ve Mahkeme önüne gelmiştir.

Başvuranlar, Strasbourg organlarının, resmi durumdan çok, sosyal gerçekliğe göre sonuca ulaştığı içtihatlarına dayanarak, Z’nin doğumundan beri 8. madde anlamında ‘aile hayatı’nı paylaştıklarını vurgulamışlardır. Bay X, Bayan Y

¹⁰⁹ Richard Green, "Sexual Identity of 37 Children Raised by Homosexual or Transsexual Parents", *American Journal of Psychiatry*, 1978, Volume 135, s. 692-697.

¹¹⁰ **Corbett v. Corbett** (Law Reports: Probate, 1971, s. 83) ve **R. v. Tan** (Law Reports: Queen's Bench Division, 1983, s. 1053)

ve kızı Z'ye maddi ve manevi destek sağlar, geleneksel bir aile görüntüsü çizerler. Ancak Hükümet'e göre, ortada bir aile değil, yalnızca beraber yaşamakta olan iki kadın vardır; çünkü X iç hukuka göre hala bir kadındır ve tıbben de asla tam olarak bir erkek olması mümkün değildir.¹¹¹ Taraf devletin Hükümeti, bu noktada, aynı cinsiyetten olan kişilerin, örneğin iki lezbiyenin birlikteliğini aile kavramına dahil görmediği kararlarıyla Komisyon'a atıfta bulunur.¹¹² Ancak Komisyon, X ve Y'nin durumunun, X'in ameliyat geçirerek artık sosyal hayatta bir erkek olarak varolması sebebiyle lezbiyen çiftten farklı olduğu görüşündedir. X'in kadın olarak doğmuş olması ve hukuken Y ile evlenmesi ya da Z'nin babası olabilmesi konusunda kısıtlanmış olması gerçeği dışında, başvuranların aralarındaki ilişki geleneksel ailelerde yaşanan ilişkilerden diğer yönleriyle ayrılamaz.¹¹³ Yani Mahkeme, aralarında kan bağı olmadığı halde, kadınsın erkek olan bir transseksüel ile AID sonucu doğan çocuğu arasındaki ilişkinin aile hayatı oluşturduğuna karar vermiştir.

Mahkeme'nin içtihatlarına bakıldığında gerçekten, aile hayatı kavramının yalnızca evlilik kurumu ile sınırlandırılmadığı ve diğer *de facto* birliktelikleri de içerdiği görülür.¹¹⁴ X Y'nin AID süreci boyunca onun yanında olmuştur ve Z'ye doğumundan beri babalık yapmıştır. Bu açıdan Mahkeme, başvuranlar arasında *de facto* aile bağlarının var olduğu görüşündedir.¹¹⁵

Mahkeme Rees kararında, transseksüeller ile ilgili uygun hukuki tedbirlerin alınması konusunun bilim ve toplumdaki gelişmelere göre, sürekli bir incelemeye tabii tutulması gereğinden söz etmişti.¹¹⁶ Başvuranlar bu ifadeyi esas alarak, o zamandan bu yana önemli ilerlemeler olduğunu, özellikle Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin transseksüel kimliğinin tanınması konusunda 1989 yılında çıkardığı Avrupa Parlamentosu Kararı (*Resolution*) ve

¹¹¹ Mahkeme, **X, Y ve Z v. Birleşik Krallık**, 22 Nisan 1997, 21830/93, § 34.

¹¹² Komisyon, **X ve Y v. Birleşik Krallık**, 3 Mayıs 1983, 9369/81, s. 220.

¹¹³ Mahkeme, **X, Y ve Z v. Birleşik Krallık**, 22 Nisan 1997, 21830/93, § 35.

¹¹⁴ Mahkeme, **Marckx v. Belçika**, 13 Haziran 1979, 6833/74, § 31; Mahkeme, **Keegan v. İrlanda**, 26 Mayıs 1994, 16969/90, § 44; Mahkeme, **Kroon ve diğerleri v. Hollanda**, 27 Ekim 1994, 18535/91, § 30.

¹¹⁵ Mahkeme, **X, Y ve Z v. Birleşik Krallık**, 22 Nisan 1997, 21830/93, § 37.

¹¹⁶ Mahkeme, **Rees v. Birleşik Krallık**, 17 Ekim 1986, 9532/81, § 47.

Parlamentler Meclisi Tavsiye Kararı'na (*Recommendation*) dayanarak ileri sürmüşlerdir.¹¹⁷

Bu konu ile ilgili başvuruların bir diğer dayanağı ise, henüz bir yıl önce, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından, bir transseksüel ile ilgili olarak verilmiş bir karardır.¹¹⁸ *X, Y & Z v. Birleşik Krallık* davasında başvuruların argümanlarını desteklemek için sundukları, sözü geçen *P. v. S. ve Cornwall County Council* davasında Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, bir transseksüelin cinsiyet değiştirmesi ile ilgili bir sebepten işten çıkarılmasını, cinsiyet ayrımcılığı olarak yorumlar ve kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesine dayanarak, çalışma alanındaki ayrımcılığı yasaklamış olduğundan, 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifi'ne¹¹⁹ aykırılık oluşturduğuna karar verir.

AİHM, özel hayat ve/veya aile hayatına saygı hakkının, taraf devletlerin, ebeveyn hakları dahilinde transseksüellerin cinsiyet değiştirme operasyonu sonrası mevcut cinsiyetlerini tanımlarını gerektirmesi konusunu ele alır. Nitekim Mahkeme, konunun özel hayat kavramından daha spesifik olarak esasen 'aile' hayatına dair olduğunu da belirtir.

Mahkeme, transseksüellere ebeveyn hakları verilmesi ve AID yöntemiyle doğan bir çocuk ve sosyal olarak baba rolünü üstlenen kişi arasındaki ilişkiler konusunda, ortak Avrupa standartlarının olmadığını söyler.¹²⁰ Taraf devletler arasında bu soruna dair bir örnek tutum olmaması, bireyin hakları ile toplumun hakları arasında denge oluştururken taraf devletlere geniş bir takdir marjı bırakır.

Mahkeme, Bay X'in baba olarak kayıtlara geçmesinin, Z'ye veya genel olarak AID sonucu doğan çocuklara bir yarar sağlayacağı hususunda ikna olmamıştır.¹²¹ Sonuç olarak Mahkeme'ye göre, 8. madde, taraf devlete, biyolojik

¹¹⁷ Resolution, Doc A3-16/89, OJ No C 256, 9 Oct. 1989; Parliamentary Assembly, Recommendation 1117 (1989) on the condition of transsexuals, 29 Eylül 1989, (Çevrimiçi) <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta89/erec1117.htm#1>, 20 Temmuz 2007.

¹¹⁸ **P. v. S. ve Cornwall County Council**, C-13/94, 30 Nisan 1996, (Çevrimiçi) <http://www.pfc.org.uk/node/362>, 15 Temmuz 2007.

¹¹⁹ Kadın ve Erkeklerle, İstihdama Kabul, Mesleki Eğitim ve Yükselme ile Çalışma Şartlarında Eşit Muamele Yapılmasına Dair 76/207/EEC Sayılı Konsey Direktifi, 9 Şubat 1976. (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31976L0207:EN:HTML>, 15 Temmuz 2007. Belgenin Türkçe çevirisi için bkz., (Çevrimiçi) <http://www.kssgm.gov.tr/belgeler/uaiab/76-207.doc>, 15 Temmuz 2007.

¹²⁰ Mahkeme, **X, Y ve Z v. Birleşik Krallık**, 22 Nisan 1997, 21830/93, § 44.

¹²¹ Mahkeme, **X, Y ve Z v. Birleşik Krallık**, 22 Nisan 1997, 21830/93, § 47.

baba olmayan bir kişinin çocuğun babası olarak resmen tanınması yönünde bir sorumluluk yüklemeyiz. Mahkeme, Birleşik Krallık hukukunun, X ve Z arasındaki ilişkinin, özel olarak hukuken tanınmasına izin vermemesinin, aile hayatına saygı göstermeme olarak addedilemeyeceğini belirtir.¹²² Bu nedenle 8. maddenin ihlali kararı verilmemiştir.

Bu davada Mahkeme, bir transseksüelin beraber yaşadığı kadının çocuğuna hukuken baba olabilmesine engel olan taraf devletin, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği yönünde bir karar vermemişse de, davanın transseksüel hakları bakımından önemi büyüktür. Çünkü AİHM, ilk kez aralarında kan bağı olmayan kişilerin de bir aile olduklarını kabul etmiştir.

Strasbourg organları, ortada gerçekten bir aile hayatı olup olmadığını belirlemeye çalışırken, kişiler arasında kan bağı derecesi ile birlikte bireysel ve insancıl ilişkilerin ne derece yaşandığı, birlikte yaşama, duygusal bağlantı ve iktisadi bağımlılık gibi durumları da dikkate alır.¹²³ Mahkeme içtihatlarından, aile hayatı kavramının yalnızca resmi olarak evlenmiş kadın ve erkek arasındaki birlikteliği ifade eden *de jure* aile için kullanılmadığı, kavramın aynı zamanda, nikahsız olarak beraber yaşayan kadın ve erkeğin *de facto* birlikteliğini de kapsadığını biliyoruz.¹²⁴ Ancak bu karardaki fark, biyolojik olarak bir kadın-erkek birlikteliğinin değil, bir transseksüel erkek ve kadın arasında ilişkinin söz konusu olmasıdır.

Strasbourg organları, aynı cinsiyetten kişilerin yani gey ya da lezbiyen çiftlerin ilişkilerinin aile hayatı oluşturup oluşturmadığı konusunda başlarda oldukça tutucu davranmış ve bu kişiler beraber yaşasalar dahi, hukuken evlenebilmek olanağından yoksun oldukça aile de olamayacaklarını söylemiştir.¹²⁵

Komisyon, *Kerkhoven v. Hollanda* kararında iki kadın ve bu kadınlardan birinin AID yöntemiyle doğurduğu çocuk arasındaki istikrarlı ilişkinin aile hayatı

¹²² Mahkeme, **X, Y ve Z v. Birleşik Krallık**, 22 Nisan 1997, 21830/93, § 52.

¹²³ A. Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 338.

¹²⁴ Mahkeme, **Marckx v. Belçika**, 13 Haziran 1979, 6833/74, § 31; Mahkeme, **Johnston ve diğerleri v. İrlanda**, 18 Aralık 1986, 9697/82, § 25; Mahkeme, **Keegan v. İrlanda**, 26 Mayıs 1994, 16969/90, § 44, 45; Mahkeme, **Kroon ve diğerleri v. Hollanda**, 27 Ekim 1994, 18535/91, § 33.

¹²⁵ Komisyon, **S. v. Birleşik Krallık**, 14 Mayıs 1986, 11716/85, s. 274; Mahkeme, **Rees v. Birleşik Krallık**, 27 Ekim 1986, 9532/81, § 19.

oluşturmadığı görüşündedir ve kabul edilemezlik kararı vermiştir.¹²⁶ Bir aile olarak beraber yaşamalarına ve çocuk konusundaki ebeveynlik görevlerini paylaşmalarına rağmen, hukuken tanınma taleplerinin sadece özel hayat kapsamına girdiğine karar verilmiştir. Mahkeme konuyu değerlendirmiş olsaydı, *X, Y ve Z* davasında kendi oluşturduğu emsale uymayı, yani kan bağı olmasa bile aile hayatının aynı cinsiyetten kişilerin ilişkilerini de içerdiğini kararlaştırabilirdi.¹²⁷

b. Cinsel Azınlıkların Evlenme Hakkı

(1) Genel Olarak

AIHS'nin 12. maddesi evlenme hakkını düzenler: *“Evlenme çağına gelen erkek ve kadınlar, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal kanunlara uygun olarak evlenme ve bir aile kurma hakkına sahiptir.”*

Bu madde, her erkek ve kadına evlenme ve aile kurma hakkı tanır. 8. maddeden farklı olarak, gelecekte yer alan bir duruma, evlenmeye yöneliktir; oysa 8. madde zaten var olan bir duruma, kurulmuş ya da kurulmakta olan aileye ilişkindir.¹²⁸

Evlenme hakkının, yalnızca bir kadın ve bir erkekten oluşan çiftlere mi tanındığı; bu haktan eşcinsel çiftlerin ya da transseksüellerin de yararlanıp yararlanamayacağı gibi soruların yanıtları cinsel azınlıkların insan hakları açısından önemlidir.

Evlenme hakkı ile aile kurma hakkı iki ayrı hak da olsa, 12. maddenin lafzından, yalnızca evli heteroseksüel çiftlerin aile kurma hakkını ileri sürebileceği anlaşılır. Şayet 12. maddede ‘erkek ve kadınlar’ yerine ‘herkes’ sözcüğü kullanılsaydı, aile kurma hakkının evli olmayan kişilere ya da aynı cinsiyetten çiftlere de tanındığı şeklinde maddeyi yorumlamak daha kolay olabilirdi.¹²⁹

AIHS'nin 8. maddesi ile ilgili olarak yukarıda ele alınan *Rees v. Birleşik Krallık* davasında, başvuran, cinsiyet değişikliğinden sonra doğum kütüğündeki

¹²⁶ Mahkeme, **Kerkhoven ve diğerleri v. Hollanda**, 19 Mayıs 1992, 15666/89.

¹²⁷ Ursula Kilkely, **a.g.e.**, s. 17.

¹²⁸ A. Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 343.

¹²⁹ Clare Ovey, Robin White, **Jacobs and White: European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 3. bs., 2002, s. 225-226.

kaydın değiştirilmemesinin, tamamen bir erkek olarak algılanmaması nedeniyle sosyal hayatla bütünleşmesine engel olduğundan şikayet etmiş, ancak konu taraf devletlerin takdir marjı içinde görülmüş ve 8. maddenin ihlal edilmediği kararı çıkmıştı. Söz konusu davada, Rees, doğum kütüğündeki ‘kadın’ kaydının değiştirilmemesi nedeniyle evlenemediğini, Birleşik Krallık’ın AİHS madde 12’de düzenlenen evlilik hakkını ihlal ettiğini de iddia etmişti. Mahkeme bu iddianın gerçekliğini incelerken, 12. maddeyi yorumlamış ve bu maddeye göre kimlerin evlilik hakkına sahip olduğunu göstermiştir:

“ ... Sözleşme’nin 12. maddesi, karşıt biyolojik cinsiyette bulunan kişiler arasındaki geleneksel evliliğe göndermede bulunmaktadır. Bu durum, Sözleşme’nin 12. maddesinin, esas itibarıyla ailenin temeli olarak evliliğin korunmasıyla alakalı olduğunu açıklayan maddenin ifade tarzından anlaşılmaktadır.”¹³⁰

Bu açıklamaya göre, 12. madde yalnızca doğuştan erkek olanlar ve doğuştan kadın olanlar arasında kurulacak evlilik ve aile birliğini korur; transseksüeller ve eşcinsel birliktelikler kategorik olarak bu maddenin koruma alanından dışlanmışlardır.¹³¹

Bu dışlamanın açıklaması, evlilik kurumunun temelinde anne-baba ve çocuklarından oluşan ailenin olduğu inancına dayanır. Strasbourg organlarına göre 12. madde ile amaçlanan, ailenin temelini oluşturan evlenmeyi korumaktır.¹³² Transseksüel bir eşin biyolojik olarak çocuk sahibi olabilme yeteneği yoktur; aynı şekilde gey ya da lezbiyen çiftlerin de bu birliktelikten bir çocukları olması mümkün değildir. İşte bu imkansızlık nedeniyle taraf devletler, evliliğe izin vermeyebilir.¹³³

¹³⁰ Mahkeme, **Rees v. Birleşik Krallık**, 17 Ekim 1986, 9532/81, § 49.

¹³¹ AİHM’nin, taraf devletin transseksüel başvuranın doğum kütüğündeki kaydı düzeltmediği için, evlenememesi şikayeti sonucu, yalnızca 8. maddenin ihlal edildiği kararı verip 12. maddenin ihlal edilmediğine karar verdiği bir başka dava için bkz. Mahkeme, **Cossey v. Birleşik Krallık**, 27 Eylül 1990, 10843/84.

¹³² Mahkeme, **Cossey v. Birleşik Krallık**, 27 Eylül 1990, 10843/84, § 43-a.

¹³³ Komisyon, **Rees v. Birleşik Krallık**, 12 Aralık 1984, 9532/81, § 54-55.

12. maddenin ifade edişinden anlaşıldığı üzere, evlilik hakkı mutlak haklardan değildir.¹³⁴ Ulusal düzenlemelere gönderme yapılarak, evlenme hakkının düzenleniş biçimi, bu haktan kimlerin ve nasıl yararlanabilecekleri taraf devletlerin inisiyatifine bırakılmıştır. Mahkeme bu durumu *Rees* ve *Cossey* kararlarında belirtmiştir:

“ ... Sözleşme’nin 12. maddesi, bu hakkın yerine getirilmesini, Sözleşmeci Devletlerin ulusal kanunlarına tabi tutmaktadır. Ulusal kanunlardaki sınırlamalar, hakkın özüne dokunan bir biçimde olmamalı ya da hakkı bu ölçüde daraltmamalıdır.”¹³⁵

*Sheffield ve Horsham v. Birleşik Krallık*¹³⁶ davasında da Mahkeme 12. madde ihlali bulmamıştır. Bu maddedeki korumanın yalnızca karşıt biyolojik cinsiyetler arasında kurulacak geleneksel aileye dair olduğunu hatırlatarak ve *Rees* kararına atıfla Mahkeme, taraf devletin biyolojik kriteri esas alarak cinsel kimliği belirlemesi sebebiyle, transseksüel başvuruların, iç hukuka göre yasal olarak evlenmelerinin mümkün olmamasını, 12. maddenin ihlali olarak değerlendirmemiştir.¹³⁷

Mahkeme, konuya dair daha önceki kararlarında, 12. maddede ifade edilenin, esasen bir kadın ve erkek arasındaki evlilik olduğunu söylemişse de artık *Goodwin v. Birleşik Krallık* ve *I. v. Birleşik Krallık* davalarında, söz konusu ifadenin, cinsel kimliği yalnızca biyolojik kriter ile belirlemeye izin verdiğini, sadece bu kriterle sınırlandırdığını kabul etmemiştir.¹³⁸ Mahkeme, transseksüellik konusunda, özellikle tıbbi ve bilimsel gelişmelerden kaynaklı ciddi değişikliklere ek olarak, Sözleşme’nin yürürlüğe girdiği zamandan bu yana, evlilik kurumunda da esaslı sosyal değişiklikler meydana geldiğini belirtir. Zaten Mahkeme, bu davalarda

¹³⁴ AİHS’nde sınırlandırılabilir-sınırlandırılmaz haklar ve bu haklara dair sınırlama ölçütleri için bkz. M. Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s. 692-696.

¹³⁵ Mahkeme, *Rees v. Birleşik Krallık*, 17 Ekim 1986, 9532/81, § 50; Mahkeme, *Cossey v. Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1990, 10843/84, § 43-b.

¹³⁶ Mahkeme, *Sheffield ve Horsham v. Birleşik Krallık*, 30 Temmuz 1998, 22985/93, 23390/94.

¹³⁷ Mahkeme, *Sheffield ve Horsham v. Birleşik Krallık*, 30 Temmuz 1998, 22985/93;23390/94, § 66-68.

¹³⁸ Mahkeme, *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık*, 11 Temmuz 2002, 28957/95, § 100-104; Mahkeme, *I. v. Birleşik Krallık*, 11 Temmuz 2002, 25680/94, § 77-84.

başvuranların cinsiyet değiştirme operasyonu sonrası sahip oldukları cinsiyetlerin taraf devletçe tanınmadığına ve bu durumun 8. maddeyi ihlal edildiğine dair şikayetlerini değerlendirirken, biyolojik kriterin kati olarak cinsiyeti belirleyemeyeceğini belirtmişti. Her ne kadar çok az sayıda devlet transseksüellerin evlenmesine izin verse de, Mahkeme'ye göre bu durum, diğer devletler için konunun takdir marjı içinde değerlendirilmesini halkı kılma; zira böylesi bir durum, bir taraf devletin, evlilik hakkının herhangi bir yönü üzerinde hukuki engeller içeren çeşitli fikirlerine açık kapı bırakmak anlamına gelirdi. Oysa Mahkeme, takdir marjının bu kadar geniş olamayacağını belirtmiştir. Mahkeme hiçbir durumda, transseksüellerin evlilik hakkından yararlanmasının engellenmesini haklı çıkaran bir gerekçe bulmamış ve bu davalarda taraf devletin 12. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.¹³⁹

(2) Eşcinsel Birlikteliklerin Avrupa'da Hukuki Durumu

Cinsel azınlık hakları, Sözleşme'ye taraf devletlerde bir ilerleme süreci yaşamaktadır. Bu sürecin kaynağını, özellikle politik ve yargısal gelişmelerde görmek mümkündür. Bu noktada özellikle etkisi olan gelişme, Avrupa ülkelerinin pek çoğunda artık eşcinsel çiftlerin medeni hukuk anlamında tanınmaya başlanması olmuştur.¹⁴⁰

Eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanınmasında üç ana kategoriden söz etmek mümkündür: evlilik, kayıtlı birliktelik (*registered partnership/cohabitation*) ve kayıtlı olmayan birliktelik ya da diğer adıyla medeni birliktelik (*unregistered cohabitation*).¹⁴¹

¹³⁹ Mahkeme, **Christine Goodwin v. Birleşik Krallık**, 11 Temmuz 2002, 28957/95, § 103; Mahkeme, **I. v. Birleşik Krallık**, 11 Temmuz 2002, 25680/94, § 83.

¹⁴⁰ Sameera Dalvi, "Homosexuality and the European Court of Human Rights: Recent Judgments Against the United Kingdom and Their Impact on Other Signatories to the European Convention of Human Rights", **Center for the Study of Sexual Minorities in the Military**, University of California, Santa Barbara, 2004, s. 481.

¹⁴¹ Kees Waaldijk, "The Legal Situation in the Member States", **Homosexuality: a European Community Issue - Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 91-101; Kees Waaldijk, "Others may follow: the introduction of marriage, quasi-marriage, and semi-marriage for same-sex couples in European countries", **New England Law Review**, Volume 38, No. 3, 2004, s. 569-589.

i. Evlilik

Evlenme hakkı, eşcinsel çiftlerin, haklar, yükümlülükler ve hukuken tanınma bakımından heteroseksüel çiftlerle aynı hukuki sonuçlara sahip olarak nikahlanabilmeleridir. Avrupa Konseyi üyesi 47 devletten yalnızca 3 tanesi bu hakkı yurttaşlara tanımıştır: Belçika, Hollanda ve İspanya.

Sadece Avrupa’da değil, dünyada eşcinsellere evlilik hakkı tanıyan ilk devlet Hollanda olmuştur. Hollanda ilk olarak 1979 yılında, eşcinsel çiftler için, ‘medeni birliktelik’ denilen hukuki statüyü tanımıştır. Bu tarihten itibaren, aynı cinsiyetten olan ve beraber yaşayan çiftlerin, kiralama, sosyal güvenlik, vergi, göçmenlik ve daha birçok ve gittikçe artan alanlarda, heteroseksüel evli çiftler ile aynı hak ve yükümlülükler sahip olmaları sağlanmıştır. 1998 yılında ise, ‘kayıtlı birliktelik’ statüsü tanınmış, artık eşcinsel ya da heteroseksüel, tüm kayıtlı çiftler, evli olanlarla aynı hak ve yükümlülükler sahip olmuştur. Nihayet 1 Nisan 2001 tarihinden itibaren, yurtdışından bir çocuğun evlat edinebilmesi dışında, diğer tüm evli çiftlerin sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin aynısına sahip olarak, eşcinsellere evlilik hakkı tanınmıştır.¹⁴²

Hollanda’nın ardından, bu hakkı tanıyan ikinci Avrupa devleti Belçika olmuştur. Belçika önce 2000 yılında, farklı cinsiyetlerden evli çiftlerle aynı hak ve sorumluluklar getiren ‘kayıtlı birliktelik’ ile ilgili düzenlemeyi¹⁴³ yapmış ve ardından 2003 yılında eşcinsel çiftlere yasal olarak evlenme hakkı tanımıştır.

İspanya ise, Avrupa’da eşcinsellere evlilik hakkının tanındığı şimdilik son ülkedir. 30 Haziran 2005 tarihli Evlilik Yasası ile artık eşcinsel çiftler evlenebilir ve evliliğin sağladığı tüm hak ve yükümlülükler sahip olurlar.¹⁴⁴

¹⁴² Kees Waaldijk, “Latest news about same-sex law”, Aralık 2006, (Çevrimiçi) <http://athena.leidenuniv.nl/rechten/meijers/index.php3?m=10&c=76>, 30 Eylül 2007.

¹⁴³ Statutory Cohabitation Contract, 4 Ocak 2000, Cinsel azınlık haklarının Avrupa ülkelerindeki hukuki durumu hakkında genel bilgi için bkz., “Equality for Lesbians and Gay Men”, A report of the European Region of the International Lesbian and Gay Association (ILGA-Europe), (Çevrimiçi) <http://www.steff.suite.dk/report.htm>, 16 Temmuz 2007.

¹⁴⁴ Eşcinsel çiftlere evlenme hakkı sağlayan hukuki düzenlemenin orijinali (ispanyolca) için, (Çevrimiçi) http://estaticos.elmundo.es/documentos/2005/06/30/ley_matrimonio_hom.pdf, 30 Eylül 2007.

ii. Kayıtlı Birliktelik

Bu hukuki statüde, ilgili idari makamlara birlikteliğini kayıt ettiren eşcinsel çiftler, sınırlı sayıda hak ve yükümlülüklerle sahip olurlar.¹⁴⁵ Bu hak ve yükümlülükler çoğu zaman heteroseksüellerin evliliklerinde sahip olduklarıyla tamamen aynı ya da onlara oldukça yakındır. Kayıt sistemi çoğunlukla, evli olmayan heteroseksüel çiftler için de kullanılır.

İlk olarak Danimarka'da¹⁴⁶, dört yıl sonra da Norveç'te¹⁴⁷, sadece eşcinsel çiftlerin yararlanabileceği kayıt sistemi getirilmiştir. Birlikteliklerini kaydettiren eşcinsel çiftler, evliymiş gibi haklara sahip olurlar; ancak Danimarka'daki düzenlemede, partnerlerden birinin bir diğerinin çocuğunu evlat edinebilmesi mümkünken, çiftlerin beraberce bir başka çocuğu evlat edinebilmeleri mümkün değildir.

Kayıtlı birlikteliği tanıyan diğer devletler, sırasıyla, İsveç¹⁴⁸, İzlanda¹⁴⁹, Fransa¹⁵⁰, Almanya¹⁵¹, Finlandiya¹⁵², Lüksembourg¹⁵³, Birleşik Krallık¹⁵⁴, Andora¹⁵⁵, Slovenya¹⁵⁶, Çek Cumhuriyeti¹⁵⁷ ve İsviçre¹⁵⁸ olmuştur.

¹⁴⁵ Robert Wintemute, Mads Andenas, **The Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law**, Hart Publishing, 2001, s. 759-764.

¹⁴⁶ Act no. 372, 7 Haziran 1989 bu hukuki metnin İngilizcesi için, (Çevrimiçi) <http://www.france.qrd.org/texts/partnership/dk/denmark-act.html>, 16 Temmuz 2007.

¹⁴⁷ İlgili hukuki metnin İngilizce çevirisi için bkz., Registered Partnership Act No.40, 30 Nisan 1993; (Çevrimiçi) www.dep.no/bfd/engelsk/publ/handbooks/004071-120027/index-dok000-b-n-a.html, 14 Temmuz 2007.

¹⁴⁸ İlgili hukuki metnin İngilizce çevirisi için bkz., The Registered Partnership Act 1994; (Çevrimiçi) <http://www.france.qrd.org/texts/partnership/se/sweden-act.html>, 14 Temmuz 2007.

¹⁴⁹ İlgili hukuki metnin İngilizce çevirisi için bkz., 564. Bill on the Recognized Partnership 1996 (Çevrimiçi) <http://www.france.qrd.org/texts/partnership/is/iceland-bill.html>, 14 Temmuz 2007.

¹⁵⁰ Civil Solidarity Pact, (Çevrimiçi) <http://www.france.qrd.org/texts/partnership/fr/explanation>, 15 Temmuz 2007.

¹⁵¹ Almanya'daki hukuki durum için bkz., (Çevrimiçi) <http://www.ilga.info/Information> 15 Temmuz 2007.

¹⁵² İlgili hukuki metnin İngilizce çevirisi için bkz., Act on Registered Partnership, 950/2001, (Çevrimiçi) <http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E0010950.PDF>, 15 Temmuz 2007.

¹⁵³ Lüksembourg'daki hukuki durum için bkz., (Çevrimiçi) <http://www.ilga.info/Information/> 15 Temmuz 2007.

¹⁵⁴ Civil Partnership Act 2004, (Çevrimiçi) <http://www.legislation.hms.gov.uk/acts/acts2004/20040033.htm>, 15 Temmuz 2007.

¹⁵⁵ 2005 yılından itibaren eşcinsel çiftlere kayıtlı birliktelik statüsü tanıyan Andora'daki hukuki durum için bkz., (Çevrimiçi) <http://www.ilga-europe.org/europe>, 15 Temmuz 2007.

¹⁵⁶ 22 Haziran 2005 tarihinden itibaren kayıtlı birliktelik statüsünü tanıyan Slovenya'daki hukuki durum için bkz., (Çevrimiçi) <http://www.ilga-europe.org/europe>, 15 Temmuz 2007.

¹⁵⁷ Çek Cumhuriyeti'ndeki hukuki durum için bkz., (Çevrimiçi) <http://www.ilga-europe.org/europe/>, 15 Temmuz 2007.

iii. Kayıtlı Olmayan Birliktelik / Medeni Birliktelik

Eşcinsel birlikteliklerin hukuki statüsün bu üç kategorisi, birer aşama olarak ele alınırsa, en ciddi kazanım sayılan evlilik hakkının tanınmasına doğru ilk aşama medeni birlikteliktir. Eşcinsel çiftlerin belli bir süre beraber yaşamalarıyla, bazı hak ve yükümlülüklerin kendiliğinden hasıl olduğu statüdür, kayıt yaptırmaya gerek yoktur. Çoğunlukla, evli olmayan heteroseksüel çiftlerin de bu uygulamadan yararlanabilmeleri mümkün kılınmıştır.

Macaristan, Portekiz ve Hırvatistan'da¹⁵⁹ medeni birliktelik statüsü sağlayan hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Avusturya da, AİHM'nin 2003 yılında verdiği *Karner*¹⁶⁰ kararından sonra, birlikte yaşayan eşcinsel çiftlere, evli olmayan ve birlikte yaşayan heteroseksüel çiftlerle aynı hakları tanımıştır. İrlanda'da ve İtalya'da medeni birliktelik, Polonya ve Lihtenştayn'da ise kayıtlı beraberliğin tanınması ile ilgili tasarılar gündemdedir.

Bugün eşcinsel çiftlere evlilik hakkı ya da kayıtlı birliktelik statüsü tanıyan devletlerin çoğunun, öncelikle medeni birliktelik statüsünü tanıdıkları ve birkaç yıl sonra daha ileri kazanımlar sağlayan hukuki statüleri edinme hakkını tanıdıkları görülür. Buradan yola çıkarak, pek çok Avrupa devletinde, evlilik hakkına olmasa bile, birlikte yaşayan eşcinsel çiftlerin kayıtlı birliktelik statüsüne yakın zamanda kavuşabileceğini söylemek yanlış olmaz.

Her ne kadar Mahkeme şimdiye dek evli olan heteroseksüel çiftlerle kıyaslandığında, Sözleşme'nin 8. ve 14. maddeleri ile ilgili olarak, evli olmayan çiftler ve çocukları lehine sonuçlara daha az meyletse de, bunun anlaşılabilir bir sebebi vardır, ki o da evli olmayan heteroseksüel çiftlerin aslında yasal olarak evlenebilecek durumda olmaları ancak bunu istememiş, tercih etmemiş ya da sadece

¹⁵⁸ 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe giren hukuki düzenleme ile ilgili genel bilgi için bkz., (Çevrimiçi) <http://www.ilga-europe.org/europe/>, 15 Temmuz 2007.

¹⁵⁹ İlgili hukuki metnin İngilizce çevirisi için bkz, Law on same sex civil union, 14 July 2003, (Çevrimiçi) <http://www.iglhc.org/site/iglhc/content.php?type=1&id=73>, 15 Temmuz 2007

¹⁶⁰ Mahkeme, **Karner v. Avusturya**, 24 Temmuz 2003, 40016/98.

ihmal etmiş olmalarıdır.¹⁶¹ Oysa durum eşcinsel çiftler için böyle değildir, çünkü yukarıda da bahsedildiği gibi, Hollanda, Belçika ve İspanya dışında, Avrupa Konseyi'ne üye devletler eşcinsel çiftlere evlilik hakkı tanımamıştır. Yasal olarak evlenebilmeleri mümkün olmadığına göre, bu kişilerin diğer partnerin ölümü halinde hakları ne olacaktır? Bu soruna dair Mahkeme'nin kabul edilebilirlik ya da edilemezlik kararı verdiği bir dava henüz yoktur. Eşcinsel çiftlerin, ölen kişinin yalnızca yasal eşine sağlanan haklardan mahrum bırakılmasına itiraz eden bir başvuru ile ilgili olarak verilecek karar¹⁶², Mahkeme'nin eşcinsellerin evlilik hakkına bakışını belirlemekte epey önemli olacaktır.

c. Cinsel Kimlik ve Cinsel Yönelim Nedeniyle Yapılan Ayrımcılık

Sözleşme'de azınlık kavramının kullanıldığı tek hüküm ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddedir. Maddede Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmada ırk, renk, cinsiyet, dil, din gibi sebeplerle ayrımcılık yapılmayacağı belirtilir. Madde metni şöyledir:

“Bu sözleşmede düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın, güvence altına alınacaktır.”

¹⁶¹ Robert Wintemute, “Chapter 17: United Kingdom”, *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination about the implementation up to April 2004 of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, 2004, s. 496 bkz., (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/sexorfull_uk.pdf, 25 Eylül 2007. Evlenmemiş heteroseksüel çiftler ile ilgili kabul edilmezlik kararları için bkz. Mahkeme, **Shackell v. Birleşik Krallık**, 27 Nisan 2000, 45851/99; Mahkeme, **Saucedo Gómez v. İspanya**, 26 Ocak 1999, 37784/97; Komisyon, **Quintana Zapata v. İspanya**, 4 Mart 1998, 34615/97.

¹⁶² **M.W. v. Birleşik Krallık**, 11313/02 (pending). BM İnsan Hakları Komitesi 2002 yılında verdiği bir kararında, eşcinsel çiftlerin birlikteliğinin hukuken evlilik olarak tanınmamasını evlenme hakkının (MSHS md. 17/2) ihlali olarak görmemiştir; bkz., **Juliet Joslin ve diğerleri v. Yeni Zelanda**, No. 902/1999, Komite Kararı: 17 Temmuz 2002, U.N. Doc CCPR/C/75/D/902/1999 (Çevrimiçi) [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/e44ccf85efc1669ac1256c37002b96c9?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/e44ccf85efc1669ac1256c37002b96c9?Opendocument), 20 Temmuz 2007.

Devletler Sözleşme'ye taraf olmakla, bu Sözleşme'nin düzenlediği hak ve özgürlükleri tanımak ve korumak yükümlülüğü altına girerler.¹⁶³ Taraf devletler bu hakları kullanan kişiler arasında ayrımcılık yapamazlar, bu durum 14. madde ile güvence altına alınmıştır. Bu madde benzer durumda bulunan bireyleri ya da grupları farklı muameleye karşı korumaktadır.

14. maddede ayrımcılık nedenleri, cinsiyet, ırk, renk, dil, siyasal görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet ve doğum olarak sayılmışsa da bu maddede sayılan ayrımcılık nedenleri sınırlı sayıda değildir. Sayılanlar sadece örnek niteliğindedir ve '*ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde*' denmekle başka alanlarda yapılan ayrımcılığın da 14. maddenin kapsamına girmesi mümkün kılınmıştır. Nitekim buradan yola çıkarak, cinsel yönelim ya da cinsel kimlik nedeniyle yapılan ayrımcılığın da bu madde kapsamında değerlendirileceği nettir.

AİHS'nin doğrudan cinsel azınlıkların haklarına hatta genel olarak herhangi bir azınlığın haklarına dair koruyucu bir hükmü yoktur. Ancak 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiası ile AİHM tarafından ele alınan davalarda, cinsel azınlıkların Sözleşme ile koruma altına alınan haklardan heteroseksüeller ile eşit yararlanmadıkları sorunu da tartışılmıştır.

Bu maddenin ifade ediliş biçiminden de anlaşıldığı üzere, ayrımcılık yasağı bağımsız özellikte değildir, ancak Sözleşme'nin düzenlediği haklardan birinden yararlandırmada yapılan ayrımcılık bu maddeyi ihlal eder.¹⁶⁴ Nitekim Strasbourg organları da 14. maddenin ihlali iddiasını değerlendirirken, ilk olarak ortada Sözleşme ile korunan bir hakkın var olup olmadığı araştırdıktan sonra, benzer durumdaki kişiler arasında, söz konusu hak ya da özgürlükten yararlanmada farklı muamele yapılıp yapılmadığını saptamaktadır. Eğer farklı muamele yapıldığı anlaşılmışsa, Mahkeme, taraf devletin sahip bulunduğu takdir marjını da göz önünde tutarak, bunun objektif ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığını ve hakka müdahalede orantılılık/ölçülülük ilkesi ile araç-amaç dengesinin sağlanıp sağlanmadığını sorgulayarak sonuca ulaşmaktadır.

¹⁶³ AİHS madde 1, İnsan Haklarına saygı yükümlülüğü: Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanınır.

¹⁶⁴ Mahkeme, **Inze v. Avusturya**, 28 Ekim 1987, 8695/79, § 36.

AIHS'nin normatif hükümlerinden birinin ve bununla beraber 14. maddenin de ihlal edildiğinin iddia edildiği durumlarda, Mahkeme asıl hükmün ihlal edildiği sonucuna ulaşmışsa, sıklıkla, olayı bir de 14. madde açısından tartışmaz ve ayrıca ele almaya gerek olmadığına karar verir. Ancak bunun için ayrımcılığın, 'davanın önemli bir yönünü' oluşturmaması gerekir.¹⁶⁵ Nitekim Mahkeme'nin cinsel azınlıklarla ilgili olarak verdiği kararlardan bazılarında yalnızca 8. maddenin ihlali kararı verip ayrıca 14. maddeyi değerlendirmeye gerek görmediği olmuştur.¹⁶⁶ Bundan başka, ihlal edildiği iddia edilen normatif hükmün ihlalinin saptanmadığı durumlarda Mahkeme, olayı 14. madde açısından inceleyerek yalnızca bu madde hükmünün ihlal edildiğine de karar verebilir.¹⁶⁷ Bu nedenle cinsel kimlikleri ve yönelimleri ile ilgili olarak cinsel azınlıklar tarafından yapılan bireysel şikayet başvurularının konusu, 8. madde ve/veya 12. maddenin ihlal edildiği iddiasının yanında bu maddeler ile bağlantılı olarak 14. maddenin de ihlal edildiğine dair olmuştur.

Bir kişiye cinsel yönelimi nedeniyle yapılan ayrımcılık, yalnızca eşitlik ile ilgili değil, aynı zamanda özel hayat, aile hayatı ve hatta daha temel olarak, kişiliğin özgürce geliştirilmesi konusu ile ilgilidir. Irksal ayrımcılık ve cinsiyet ayrımcılığı ile kıyaslandığında, cinsel yönelimi farklı olan kişiler arasında eşitliğin sağlanabilmesi için henüz çok az bir ilerleme kaydedilmiştir. Bu durum üç önemli noktaya işaret eder. Birincisi, heteroseksüel cinsel ilişkiye göre, aynı cinsiyetten kişiler yani eşcinseller arası cinsel aktiviteler ile ilgili olarak hukuki düzenlemeler çok daha fazla kısıtlayıcıdır. İkinci olarak, yine heteroseksüeller ile kıyaslandığında,

¹⁶⁵ A. Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 402.

¹⁶⁶ Mahkeme, **Dudgeon v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 1981, 7525/76; Mahkeme, **Lustig-Prean ve Beckett v. Birleşik Krallık**, 27 Eylül 1999, 31417/96, 32377/96; Mahkeme, **Smith ve Grady v. Birleşik Krallık**, 27 Eylül 1999, 31417/96, 32377/96; Mahkeme, **Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz**, 21 Aralık 1999, 33290/96; Mahkeme, **A.D.T. v. Birleşik Krallık**, 31 Temmuz 2000, 35765/97; Mahkeme, **Perkins ve R. v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 2002, 43208/98, 44875/98; Mahkeme, **Beck, Copp ve Bazeley v. Birleşik Krallık**, 22 Ekim 2002, 48535/99, 48536/99, 48537/99.

¹⁶⁷ Mahkeme, **S.L. v. Avusturya**, 9 Ocak 2003, 45330/99; Mahkeme, **L. ve V. v. Avusturya**, 9 Ocak 2003, 39392/98, 39829/98; Mahkeme, **Woditschka ve Wilfling v. Avusturya**, 21 Ekim 2004, 69756/01, 6306/02; Mahkeme, **Ladner v. Avusturya**, 3 Şubat 2005, 18297/03; Mahkeme, **Wolfmeyer v. Avusturya**, 26 Mayıs 2005, 5263/03; Mahkeme, **H.G. ve G.B. v. Avusturya**, 2 Haziran 2005, 11084/02, 15306/02; Mahkeme, **R. H. v. Avusturya**, 19 Ocak 2006, 7336/03.

eşcinsellerin aile hayatına çok daha az saygı gösterilir. Üçüncüsü ise, cinsel yönelim nedeniyle cinsel tacize ve ayrımcılığa karşı koruma önlemleri alt düzeydedir.¹⁶⁸

AIHM'nin cinsel azınlıklara yönelik içtihadında en temel karar olan *Dudgeon* kararında, tartışmalı olan bir nokta rıza yaşı konusudur. Gerçekten de AIHS'ne taraf devletler arasında bu noktada bir uzlaşma olmadığı gibi, neredeyse hepsinde erkekler arası cinsel ilişkide en düşük rıza yaşı, heteroseksüel kişiler arası cinsel ilişkide rıza yaşından daha yüksek tutulmuştur. Bu sorun nihayet 2003 yılında Mahkeme önüne gelmiştir.

Avusturya'da 2002 yılında, oldukça uzun bir politik süreç sonunda Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin bir hükmüyle, gey, lezbiyen ve heteroseksüel kişiler için cinsel ilişkide rıza yaşı eşitlendi. Ancak o dönemde devam etmekte olan *S.L. v. Avusturya* davasında¹⁶⁹ eşcinselliğin hala bir tabu olduğu kırsal bir bölgede yaşayan ve gey olan başvuran, yürürlükteki kanunlara göre¹⁷⁰ ceza takibatına uğramak ve bu yüzden eşcinsel yöneliminin açığa çıkmasıyla topluma rezil olmaktan duyduğu korkudan kaynaklı olarak 18 yaşını doldurana kadar yetişkin bir erkek ile cinsel ilişkiye giremediği bahsiyle, 8. madde ve onunla bağlantılı olarak 14. madde ile korunan haklarının ihlal edildiği şikayetinde bulunmuştur.¹⁷¹

AIHM bu şikayeti, 8. madde bakımından değil, 8. madde ile bağlantılı olarak 14. madde yani ayrımcılık yasağı bakımından ele almıştır. Burada başvuranın şikayeti cinsel yönelimi nedeniyle farklı muameleye uğramasıdır. Bu bağlamda Mahkeme, cinsel yönelimin, 14. madde kapsamına giren bir kavram olduğunu, bir başka kararına¹⁷² atıf yaparak tekrarlamıştır. Cinsel yönelime dayalı

¹⁶⁸ Sandra Fredman, **Discrimination and Human Rights : The Case of Racism**, Oxford, New York, Oxford University Press, 2001, s. 54-55.

¹⁶⁹ Mahkeme, **S.L. v. Avusturya**, 9 Ocak 2003, 45330/99.

¹⁷⁰ Avusturya ceza kanunun 209. maddesindeki düzenleme, 31.12.1988 tarihine dek, "18 yaşın üstünde bir erkek, bir oğlanla zina yaparsa 6 ay ile 5 yıl arasında hapisle cezalandırılır", şeklindeydi; 01.01.1989 tarihinden itibaren, "19 yaşın üstünde bir erkek; 14 yaşın üstünde ancak 18 yaşın altında bir erkekle zina yaparsa...", olarak değiştirildi. Bu madde ile ilgili olarak, heteroseksüel ve lezbiyenlere kıyasla, geylere 8. madde ile bağlantılı olarak ayrımcılık yapıldığına ilişkin diğer kararlar için bkz., Mahkeme, **L. ve V. v. Avusturya**, 9 Ocak 2003, 39392/98, 39829/98; Mahkeme, **Woditschka ve Wilfling v. Avusturya**, 21 Ekim 2004, 69756/01, 6306/02; Mahkeme, **Ladner v. Avusturya**, 3 Şubat 2005, 18297/03; Mahkeme, **Wolfmeyer v. Avusturya**, 26 Mayıs 2005, 5263/03; Mahkeme, **H.G. ve G.B. v. Avusturya**, 2 Haziran 2005, 11084/02, 15306/02; Mahkeme, **R. H. v. Avusturya**, 19 Ocak 2006, 7336/03.

¹⁷¹ Mahkeme, **S.L. v. Avusturya**, 9 Ocak 2003, 45330/99, § 10.

¹⁷² Mahkeme, **Salgueiro da Silva Mouta v. Portekiz**, 21 Aralık 1999, 33290/96, § 28.

farklılıklar, tıpkı cinsiyete dayalı farklılıklar gibi, gerekçe olarak özellikle ciddi nedenlere ihtiyaç duymaktadır.¹⁷³

Başvuran, artık Avrupa’da cinsel ilişkide rıza yaşı konusunda heteroseksüeller ve eşcinseller arasında eşitlik sağlanması konusunda bir uzlaşının varolduğuna işaret etmiş, Avusturya Hükümeti de buna itiraz etmemiştir.¹⁷⁴ Bu noktada Mahkeme de, Komisyon’un, Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin pek çoğunun rıza yaşı konusunda eşitliği tanıdıklarını belirten bir kararını¹⁷⁵ hatırlatmış ve sonuçta 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği kararını vermiştir.

Rıza yaşında eşitsizlik sorunu daha önce, 1992 yılında da bir şikayet başvurusuna konu olmuş, ancak Komisyon kabul edilebilirlik kararı vermediği için konu Mahkeme tarafından ele alınamamıştır. Bu başvuru yine aynı taraf devlete karşı ve yine aynı kanun maddesinin varlığıyla ilgili olarak yapılmıştır.¹⁷⁶ *Zükriegl* davasında başvuran, 1986 yılında, o zamanlar henüz 18 yaşın altında olan genç bir erkeğe karşılıklı hisler beslemekte, ancak kanunların yasaklamış olması nedeniyle, onunla cinsel ilişkiye girememektedir. Başvuranın şikayeti, Ceza Kanununun 209. maddesinin, AİHS’nin 8. maddesi ile koruma altına alınan özel hayatına saygı hakkını ve sözü geçen maddedeki düzenlemenin yalnızca erkekler arası ilişkilere uygulanıp kadınlar arası ilişkilere uygulanmamasının 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddeyi, ayrımcılık yasağını ihlal ettiğidir. Komisyon, geyler arası cinsel ilişki ve rıza yaşının konu olduğu önceki davalarla bir kıyaslama yapmış ve Birleşik Krallık’tan daha düşük olan bu rıza yaşına dair AİHS madde 8/2 de yer alan ‘demokratik toplumda gereklilik’ nedeniyle özel hayata saygı hakkının sınırlandırılabilceğini belirtmiştir. Bu şikayetin iç hukuk aşamasında, Avusturya Anayasa Mahkemesi’nin, neden kadınların 209. madde kapsamı dışında kaldığına dair yaptığı açıklama (ki bu açıklama, düzenlemenin kanunkoyucunun politikası olduğu ve kadınların rıza yaşının altındaki cinsellikten erkekler kadar olumsuz etkilenmediği idi.), Komisyon tarafında yerinde görülmüş ve bu durumun 14.

¹⁷³ Mahkeme, **S.L. v. Avusturya**, 9 Ocak 2003, 45330/99, § 37.

¹⁷⁴ Mahkeme, **S.L. v. Avusturya**, 9 Ocak 2003, 45330/99, § 42.

¹⁷⁵ Komisyon, **Sutherland v. Birleşik Krallık**, 1 Temmuz 1997, 25186/94, § 59.

¹⁷⁶ Komisyon, **Zükriegl v. Avusturya**, 13 Mayıs 1992, 17279/90.

madde anlamında bir ayrımcılık yaratmadığına ve nihayetinde bu sebeplerden açıkça dayanaksız başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Komisyon, *Zükrikl* kararındaki bu tutucu yaklaşımını, 5 yıl sonra, 1997 yılında verdiği bir kabul edilebilirlik kararıyla değiştirmiştir. *Sutherland* davasında¹⁷⁷ başvuran, erkekler arası cinsel aktivite yaşının kadınlar arası için olandan daha yüksek olmasının 8. madde ile korunan özel hayatını ihlal ettiği ve bu farklı düzenlemenin ayrımcılık içerdiğinden şikayetçidir. Komisyon, eşcinseller için getirilen farklı yaş sınırlamalarını Sözleşme'ye aykırı bulmuş, böyle bir düzenlemenin hem özel hayata müdahale ve hem de ayrımcılık oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır.¹⁷⁸

Eşcinsel bireyler tarafından Birleşik Krallık'a karşı yapılan başvurular arasında AIHM'nin, rıza yaşının heteroseksüeller ve eşcinseller için farklı düzenlenmesini 14. maddenin ihlali olarak gördüğü ilk karar, 2004 yılındaki *B.B. v. Birleşik Krallık*¹⁷⁹ kararı olmuştur. Eşcinsel erkeklerin 18 yaş altındaki erkeklerle cinsel ilişkiye girmesi suçken, bu yaş sınırı heteroseksüeller ya da lezbiyenler için 16 idi. Başvuranın, 18 yaşın altında bir erkekle eşcinsel ilişkiye girmesini suç sayan Birleşik Krallık mevzuatına göre, ceza takibine uğramasını Mahkeme 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlali olarak görmüştür.

1999 yılına dek eşcinsellerle ilgili olarak AIHM önüne gelen davaların tamamı hemcinsler arası cinsel aktivelere dairdir. Ancak bu yıldan itibaren, cinsel yönelimin diğer yanlarına ilişkin konularda da Mahkeme tarafından verilen kararlar olmuştur. Bunlardan ilki eşcinsellerin ordudan atılmasına karşı açılan ikiz davalar, *Smith ve Grady* ile *Lustig-Prean ve Beckett v. Birleşik Krallık* davalarıydı ki bu davalara yukarıda değinildi.

Aynı yıl verdiği *Salgueiro da Silva Mouta* kararı¹⁸⁰ ise, Mahkeme'nin cinsel yönelim ile ilgili bir davada, 14. maddeyi kullanarak ihlal kararı verdiği ilk karar olmuştur. Başvuranın şikayeti, yerel mahkemenin, eşcinsel olması ve bir erkekle

¹⁷⁷ Komisyon, *Sutherland v. Birleşik Krallık*, 1 Temmuz 1997, 25186/94.

¹⁷⁸ 1 Temmuz 1997 tarihli Komisyon raporunu takiben, Birleşik Krallık Hükümeti, eşcinsel ilişkilerde rıza yaşını kadınlar ve erkekler için 16 yaş olarak eşitleyen bir kanun tasarısı sunmuş ve yeni düzenleme 8 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁷⁹ Mahkeme, *B.B. v. Birleşik Krallık*, 10 Şubat 2004, 53760/00.

¹⁸⁰ Mahkeme, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 21 Aralık 1999, 33290/96.

beraber yaşaması sebebiyle boşanma üzerine çocuğunun velayetini kendisine vermemesidir. Mahkeme, çocuğun annesine ve babasına farklı muamele yapıldığını, bu durumun başvuran babanın cinsel yöneliminden kaynaklandığı tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre bu durum şüphesiz 14. madde kapsamındadır, çünkü bu maddede sayılan ayrımcılık alanları sadece örnekleyicidir ve ayrıntı içermez. Zaten bu maddede yer alan 'hiçbir alanda, özellikle...' (*any ground such as...*) ifadesi de bunu göstermektedir.¹⁸¹ Mahkeme, 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmakta pek de zorlanmadığını söyler, çünkü Portekiz Hükümeti zaten bu açık ayrımcılığın gerçekleşmediğini kanıtlamaya çalışmamış ve Portekiz temyiz mahkemesi yargılamada, "*çocuk geleneksel bir Portekiz ailesinde büyümelidir... eşcinsellik ya da kendi cinsinden birine cinsel yönelim bir hastalık mıdır, değil midir, bunu belirlemek bizim işimiz değil; her durumda bu bir anormalliktir ve çocuk bu anormal durumun gölgesinde büyüyemez.*" şeklinde oldukça açık bir dil kullanmıştır.¹⁸²

Eşcinsellere yönelik ayrımcılık ile ilgili bir sonraki şikayet, *Frette v. Fransa*¹⁸³ davası olmuştur. Başvuran Bay Frette, eşcinsel olduğu için, evlat edinme talebinin reddedildiğini, bu durumun, cinsel yönelimi nedeniyle ayrımcılığa uğraması demek olduğu ileri sürer. Karar sürecinde Mahkeme neredeyse ikiye bölünmüştür, ancak sonuçta evlat edinebilme prosedürünün 8. madde ile ilgili olmadığı, böylece 14. maddeye de aykırılık oluşturmadığı kararını vermiştir.¹⁸⁴ AİHM'de derdest olan (haziran 2007 tarihi itibarıyla) ve partneriyle yaşayan lezbiyen bir kadının, tek başına ebeveyn olarak bir çocuğu evlat edinebilme talebinin reddi ile ilgili başvurunun¹⁸⁵ sonucu, Mahkeme'nin bir önceki yaklaşımını sürdürmek ya da değiştirmek seçeneklerinden hangisini tercih edeceğini görmemizi sağlayacaktır.

¹⁸¹ Mahkeme, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 21 Aralık 1999, 33290/96, § 28.

¹⁸² Mahkeme, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 21 Aralık 1999, 33290/96, § 34.

¹⁸³ Mahkeme, *Frette v. Fransa*, 26 Şubat 2002, 36515/97.

¹⁸⁴ Mahkeme yalnızca AİHM madde 6/1'in ihlal edildiği kararı vermiştir.

¹⁸⁵ *E.B. v. Fransa*, 43546/02 (pending)

Mahkeme nihayet 2003 yılında, evli olmayan farklı cinsiyetlerden partnerler ile evli olmayan aynı cinsiyetten partnerler arasında hukuki bir ayrımcılık yapıldığına dair kararını *Karner v. Avusturya*¹⁸⁶ davasında vermiştir.

Başvuran Bay Karner, kiralık bir dairede sevgilisi Bay W. ile beraber yaşamaktadır. Bu daireyi ilk olarak Bay W. tutmuş ancak daha sonra Karner taşınınca masrafları paylaşmaya başlamışlardır. İki yıl sonra Bay W. AIDS'e yakalanmış ve ölmeden önce Bay Karner'ı mirasçısı olarak tayin etmiştir. Oturdıkları evin sahibi ertesi yıl kira sözleşmesini sonlandırmak istemiş, ancak Karner buna itiraz etmiştir. Yerel mahkeme, iç hukuktaki, uzun süredir beraber yaşayan ve evli olmayan çiftlerin evsiz kalmalarını engellemek için, kiracıyı koruyan bir düzenlemeye dayanarak karar vermiştir ki, bu düzenlemenin eşcinsellere de uygulanmakta olduğunu belirtilmiştir. Ancak Avusturya temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesinin bu kararına katılmayarak, karara konu olan hukuki düzenlemeyi yapan kanunkoyucunun niyetinin, o tarihte (1974), hiç de eşcinselleri buna dahil etmek olmadığını ve ortada 'hayat arkadaşlığı' (*life companion*) olmadığını belirtmiştir.¹⁸⁷

Karner, 8. madde kapsamında 'konuta saygı gösterilmesi' hakkı ile birlikte, cinsiyeti ya da cinsel yönelimi farklı olsaydı 'hayat arkadaşlığı' kavramından yararlanarak kira sözleşmesi hususunda başarılı olacağından bahisle, 14. maddenin ihlal edildiği iddia etmiştir.¹⁸⁸

Mahkeme, cinsel yönelime dayalı farklılıkların, tıpkı cinsiyete dayalı farklılıklar gibi, gerekçe olarak özellikle ciddi nedenlere ihtiyaç duyduğunu belirtmiştir.¹⁸⁹ Mahkeme, esas itibarıyla, geleneksel anlamda ailenin korunmasının, farklı muameleyi haklı çıkarabilen ciddi bir hukuki sebep olduğunun kabul edilebilir olduğunu söyler. Geleneksel anlamda ailenin korunması amacı oldukça soyuttur ve somut ölçülerde geniş bir değişiklik bunu gerçekleştirmek için kullanılabilir. Cinsiyet ve cinsel tercihe bağlı muamele farklılıkları gibi devlete verilen takdir marjının kısıtlı olduğu durumlarda, ölçülülük ilkesi, sadece seçilen

¹⁸⁶ Mahkeme, *Karner v. Avusturya*, 24 Temmuz 2003, 40016/98.

¹⁸⁷ Mahkeme, *Karner v. Avusturya*, 24 Temmuz 2003, 40016/98, § 15.

¹⁸⁸ Mahkeme, *Karner v. Avusturya*, 24 Temmuz 2003, 40016/98, § 33.

¹⁸⁹ Mahkeme, *Karner v. Avusturya*, 24 Temmuz 2003, 40016/98, § 37. Aynı ifade için bkz: *Smith ve Grady v. Birleşik Krallık*, § 90; *S.L. v. Avusturya*, § 37.

ölçünün esas itibariyle, istenen amacı gerçekleştirmeye uygunluğunu gerekli kılmaz. Bu amacı gerçekleştirmek için belli insan kategorilerini, ki burada bu kategori eşcinsel ilişki yaşayan kişilerdir, kira ile ilgili söz konusu ulusal düzenlemenin uygulama kapsamından çıkarmanın gerekli olduğu da gösterilmelidir. Oysa Mahkeme, Hükümet'in böylesi bir neticeyi ortaya koyabileceği herhangi bir argümanının olmadığını söylemiş¹⁹⁰ ve sonuçta 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Karner kararı önemli bir emsal karar olacaktır, çünkü evli olmayan farklı cinsiyetten çiftler ile aynı cinsiyetten çiftler arasında ulusal hukukça yapılan en ufak bir ayrımı haklı çıkarabilmek için çok katı bir sınama getirmiştir ve belki de bu karar, eşcinsellere evlenme hakkı tanımayan ya da onlara evlilikle hemen hemen eşit bir hukuki statü sağlamayan Avrupa ülkelerinin hepsi için, ileri bir adım atmalarında etkili olacaktır.¹⁹¹

Cinsel azınlıklarla ilgili oldukça yeni bir tarihli kararda da Mahkeme 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Ancak bu davanın diğerlerinden farklı bir yanı vardır ki, o da özel hayatın gizliliği ya da evlenme hakkı ile bağlantılı olmamasıdır. Bu davanın konusu, toplanma hakkından yararlanmada cinsel yönelimleri nedeniyle eşcinsellerin ayrımcılığa uğramasıdır.

*Bączkowski ve diğerleri v. Polonya*¹⁹² davasında, bir vakıf namına şikayette bulunan başvuranlar, aynı zamanda eşcinsel yönelimi olan kişiler adına kampanya yürüten bir hükümet dışı örgütün üyesidirler. Vakıf, azınlıklara, kadınlara ve engelli kişilere karşı yapılan ayrımcılığa dikkat çekebilmek için bir yürüyüş ve miting planlamış ve bunun gerçekleşebilmesi için gerekli izin talebinde bulunmuştur. Yürüyüşten bir süre önce, yürüyüşün yapılacağı Varşova'nın belediye başkanı, kendisine sorulan bir soru üzerine, bir gazeteye, 'Toplanma özgürlüğü, eşcinsellik propagandası yapmak demek değildir.' biçiminde bir açıklama yapmış, birkaç gün sonra da belediye, yürüyüş ve daha sonraki miting için yapılmış olan izin talebini reddetmiştir. Bu reddin gerekçesi olarak ise trafik düzeni ile ilgili mevzuat

¹⁹⁰ Mahkeme, *Karner v. Avusturya*, 24 Temmuz 2003, 40016/98 , § 41.

¹⁹¹ Kees Waaldijk, "European Case Law on Sexual Orientation and Gender Identity", 2006. (Çevrimiçi) www.emmeijers.nl/waaldijk, 20 Temmuz 2007.

¹⁹² Mahkeme, *Bączkowski ve diğerleri v. Polonya*, 3 Mayıs 2007, 1543/06.

gösterilmiştir. Başvuranların şikayetleri, AİHS'nin 11, 13. ve 11. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiğidir.¹⁹³

Mahkeme ihlal iddiasını 11. madde açısından değerlendirirken, çoğulculuğun, hoşgörü ve geniş fikirliliğin öneminden bahseder ve devlete düşen pozitif yükümlülüğün, özellikle ayrıkçı/popüler olmayan görüşlere ve azınlıkların toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne önem vererek, bu hakka samimi ve etkili bir şekilde saygı göstermek olduğunu belirtir. Mahkeme'ye göre azınlıkların haklarına özellikle saygı gösterilmelidir, çünkü onların haksızlığa uğrama olasılığı daha yüksektir.¹⁹⁴ Miting planlanan zamanda yapılmışsa da katılanlar zor kullanarak mitingin yasaklanması riski altında kalmışlardır. Mahkeme'ye göre, insanların gösteriye katılmaktan bu şekilde vazgeçirilmeye çalışılması, olası bir barışçıl olmayan gösteriye karşı hiç de koruma sağlamaz.¹⁹⁵ Sonuçta başvuranların 11. madde ile koruma altında olan toplanma ve örgütlenme özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Polonya'daki düzenlemeye göre, bir gösteri düzenlemek isteyen kişiler, gösteriden önceki 30 ve son 3 gün arasında bir zamanda belediyeden izin talebinde bulunmalıdırlar, ancak kararı verecek organ için benzer bir bağlayıcı bir süre sınırı öngörülmemiştir. Mahkeme konuyu etkin içi hukuk yollarının varlığı bakımından değerlendirerek, 11. madde ile bağlantılı olarak 13. maddenin de ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁹⁶

Belediye, başvuranların gösterisine, taraflar arasında şiddet içeren çatışmalar yaşanabilir gerekçesiyle izin vermezken, aynı tarihteki karşı gösterinin yapılmasına

¹⁹³ AİHS, md.11: Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü

1. Herkes barışçıl nitelikte toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca menfaatlerini korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlanabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir.

AİHS, md.13: Etkili başvuru hakkı

Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.

¹⁹⁴ Mahkeme, **Bączkowski ve diğerleri v. Polonya**, 3 Mayıs 2007, 1543/06, § 62-64.

¹⁹⁵ Mahkeme, **Bączkowski ve diğerleri v. Polonya**, 3 Mayıs 2007, 1543/06, § 67.

¹⁹⁶ Mahkeme, **Bączkowski ve diğerleri v. Polonya**, 3 Mayıs 2007, 1543/06, § 83,84.

izin vermiştir. Oysa başvurulara göre kendilerine uygulanan bu ayrımcılığın sebebi, eşcinsel yönelimleri olmasıdır.

Mahkeme, gazetede çıkan yazı ile olarak, belediye başkanı tarafından alenen ifade edilen ve toplanma özgürlüğünün kullanılması ile ilgili olarak yetkili organların verdiği kararlar üzerinde etkili olan bu kişisel görüşlerin hiçe sayılamayacağını söylemiştir. Çünkü Mahkeme'ye göre yürüyüş ve miting ile ilgili olarak yetkili organların verdiği kararlar, belediye başkanının toplanma özgürlüğü ve eşcinsellik propagandası hakkında görüşlerini açıklamasından sonra, karar alma sürecine etki ettiğinden, onunla aynı yönde olmuştur.¹⁹⁷ Mahkeme, bu durumun başvuruların toplanma özgürlüğüne ayrımcı manada tecavüz edilmesi demek olduğunu belirtmiş ve 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Şu rahatlıkla söylenebilir ki, 1990'ların sonuna kadar Strasbourg organlarının, cinsel yönelimini gizlemeyen eşcinsellerin her an karşı karşıya kaldıkları ayrımcılık ve damgalanma sorununun çözümüne katkısı sınırlı olmuştur. Sözleşme organları eşcinsel hareketlerin iç hukukta suç olarak düzenlenmesini, baştan beri 8. madde yönünden Sözleşme'ye aykırı bulurken, cinsel azınlıkların aile olabilmeleri ya da cinsel ilişkide rıza yaşının heteroseksüellere göre farklı olması ve ayrımcılık konularında tutucu davranmıştır.¹⁹⁸

3. Cinsel Yönelim Temelli Ayrımcılık Bakımından AİHS'ne Ek Protokol No.12

Protokol No.12¹⁹⁹, genel olarak ayrımcılığın yasaklanmasını sağlar. AİHS'nin 14. maddesinin de konusu ayrımcılığın yasaklanmasıdır, ancak 14. maddenin koruması sınırlıdır, çünkü bu hakkın ihlalinin ileri sürülebilmesi için, Sözleşme tarafından korunan bir ya da birden çok hakkın kullanımında ayrımcılık

¹⁹⁷ Mahkeme, **Bączkowski ve diğerleri v. Polonya**, 3 Mayıs 2007, 1543/06, § 100.

¹⁹⁸ Aynı yönde görüş için bkz., Karen Reid, **A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights**, London, Sweet & Maxwell, 1998, s. 259.

¹⁹⁹ 12 Numaralı Protokolün imzaya açıldığı tarih 4 Kasım 2000'dir. Protokolün yürürlük kazanabilmesi için Avrupa Konseyi üyesi devletlerin en az 10 tanesi tarafından onaylanması gerekmekteydi. Bu şart, 1 Nisan 2005 tarihinde gerçekleşmiş ve Protokol yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise 12 Numaralı Protokol'ü 18 Nisan 2001 tarihinde imzalamış ancak Ekim 2007 itibarıyla henüz onaylamamıştır. Protokol No.12'nin İngilizcesi ve Türkçe çevirisi için bkz., M. Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, Cilt 1, s. 461-464 ve s. 233-236.

yapılmış olması gerekmektedir; 14. madde bağımsız nitelikte değildir. Protokol ise, bu sınırlandırıcı durumu ortadan kaldırır ve kimseye herhangi bir alanda, hiçbir kamu otoritesi tarafından ayrımcılık yapılmamasını güvence altına alır. Artık taraf devletin kamu otoriteleri, ayrımcılık yapmama ve yapılmasına da engel olma biçiminde pozitif yükümlülük altındadır.

12 Numaralı Protokol'ün 1. maddesindeki ayrımcılık alanları, Sözleşme'nin 14. maddesinde belirtilenler ile aynıdır. Esasen Avrupa Konseyi'nin, BM İnsan Hakları Komitesi'nin 'ayrımcılık' konusundaki görüşünü benimseyerek 12 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinde benzer genişlikte bir ayrımcılık tanımı yaptığını söylemek mümkündür:

“Komite Sözleşmelerde kullanılan ‘ayrımcılık’ teriminin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, politik ya da diğer görüşler, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir zemin üzerine dayandırılan, ve bütün hak ve özgürlüklerin eşit ölçüde bütün kişiler tarafından tanınmasını, kullanılmasını veya yararlanılmasını kaldırma veya zayıflatma amacına sahip, herhangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama veya üstünlük tanıma olarak anlaşılması gerektiğine inanmaktadır.”²⁰⁰

Cinsel yönelim ve cinsel kimlik, ayrımcılık alanı olarak yine sayılmamıştır.²⁰¹ Ancak AİHM içtihatlarından, cinsel yönelim ve cinsel kimlik nedeniyle yapılan ayrımcılığın, kimi noktalarda AİHS'nin düzenlediği hakları ihlal ettiği açıkça anlaşılır. Bununla beraber, 12 Numaralı Protokol'ün Açıklayıcı Rapor'unda (*explanatory report*) da cinsel yönelim nedeniyle yapılan ayrımcılığa atıfta bulunulmuştur:

²⁰⁰ BM İnsan Hakları Komitesi, 1989 yılındaki otuz yedinci oturumunda yaptığı 18 nolu Genel Yorumda, “Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi”nin 1. maddesindeki ‘ırksal ayrımcılık’ ve “Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi”nin 1. maddesindeki ‘kadına karşı ayrımcılık’ tanımlarına atıfta bulunarak, ayrımcılığa ilişkin olarak bu tanımı geliştirmiştir. bkz., CCPR General Comment No. 18, Non-discrimination, 10/11/89, § 7. (Çevrimiçi) <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>, 20 Temmuz 2007.

²⁰¹ Protokol no.12, md.1: Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması
1- Yasa ile öngörülmüş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasî veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan güvence altına alınacaktır.
2- Hiç kimse, hiçbir kamu makamı tarafından, 1. fıkrada belirtilen gerekçelere dayalı bir ayrıma maruz bırakılmayacaktır.

“Fiziksel ya da zihinsel sakatlık, cinsel yönelim ya da yaş gibi diğer ayrımcılık alanlarının burada sayılmamasının sebebi, 14. maddenin yapıldığı/tasarlandığı tarihle kıyaslandığında, günümüzde bu nedenlere dayanılarak yapılan ayrımcılığın bilhassa önemli hale geldiğinin fark edilmemesi değil, fakat böylesi bir kapsamaya gerek olmadığının düşünülmesi ve herhangi bir ayrımcılık alanının kapsama dahil edilmesinin, bu kapsama dahil olmayan alanlara dayanılarak yapılan ayrımcılık söz konusu olduğunda haksız yorumlamalara neden olabileceği düşüncesidir. Nitekim AİHM’nin, söz konusu maddede açıkça bahsedilmeyen ayrımcılık alanları ile ilgili olarak da 14. maddeyi uyguladığı olmuştur.”²⁰²

‘Cinsel yönelim’, AK sistemi içinde üretilen belgelerde yer almasa da, Konsey üyesi devletlerin bir kısmını üyesi olduğu Avrupa Birliği sisteminde üretilmiş çeşitli formlardaki belgelerin bazılarında çok açık biçimde yer alır. Örnek olarak, 2 Ekim 1997’de imzalanan ve 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması’nın 13. maddesinde, cinsel yönelim de ayrımcılık alanına dahil edilmiştir. Bununla birlikte Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 21. maddesi, ‘cinsel yönelim’ nedeniyle yapılan ayrımcılığı da özellikle ekleyerek, her türlü ayrımcılığı yasaklar.²⁰³

Her ne kadar AİHS’nin 12 Numaralı Protokol’ü cinsel yönelim nedeniyle yapılan ayrımcılığı özel olarak belirtmese de, bu Protokol’ün varlığı dahi, cinsel azınlıkların hakları için önemli bir güvencedir. Öncelikle, cinsel azınlığa mensup kişiler, artık kendilerine yapılan ayrımcılık ile ilgili olarak, özel hayata, aile hayatına saygı haklarına ya da Sözleşme tarafından korunan herhangi bir başka hakka müdahale teşkil ettiğini göstermek zorunda olmadan, doğrudan Protokol

²⁰² Protocol No.12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, § 20. (Çevrimiçi) <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>, 20 Temmuz 2007.

²⁰³ Cinsel yönelim ve cinsiyet sebebiyle ayrımcılık yapılmasını yasaklayan madde II-21; özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını tanıyan madde II-7 ile evlenme ve aile kurma hakkını tanıyan madde II-9. Konu ile ilgili diğer örnekler: Adoption of the Resolution on equal rights for homosexual and lesbians in the EC, OJ 1994 C 61/40, Res. No. A3-0028/94, 8 Şubat 1994, (Çevrimiçi) http://www.stonewall.org.uk/docs/1994_EU_parliament_resolution.pdf, 17 Eylül 2007; Framework Directive on Equal Treatment in Employment and Occupation, OJ L303/16, Directive 2000/78/EC, 27 Kasım 2000, (Çevrimiçi) http://www.legislationline.org/data/Roma/Standards/EU/Council/Directive_78_2000_equal_treat_employ_occup_topic.pdf, 17 Eylül 2007.

no.12'ye dayanabileceklerinden, bu yeni durum cinsel yönelim ya da cinsel kimlik nedeniyle uğradıkları ayrımcılığın AİHM tarafından ele alınmasını kolaylaştıracaktır. Bir diğer olumlu etkisi ise şudur ki, Mahkeme'nin, 12 Numaralı Protokol'e dayanarak, taraf devletin kamu makamları için, cinsel yönelim nedeniyle yapılan ayrımcılığın belli bir alanında, örneğin çalışma hayatında, ayrımcılık yapılmaması yönünde bir yükümlülüğe işaret etmesi, bütün taraf devletleri, yükümlülüklerini genişleten hukuki düzenlemeler yapmaya zorlayacaktır.

B. Cinsel Azınlıklara İlişkin Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları

Ulusalüstü insan hakları hukukunun normatif kaynakları arasında, 'sözleşme' formundan başka biçimlerde hazırlanan belgeler de vardır.²⁰⁴ Çoğunlukla 'sözleşme'lerde düzenlenmeyen alanlarla ilgili olarak, AK sisteminde de, Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi tarafından 'karar' (*resolution*) ve 'tavsiye kararı' (*recommendation*) çıkarılabilmektedir.²⁰⁵

Cinsel azınlıkların haklarına ilişkin olarak AK Parlamenterler Meclisi tarafından çıkarılmış tavsiye kararları vardır. İlki 1981 yılında çıkarılan, eşcinsellere karşı ayrımcılık konusundaki tavsiye kararıdır.²⁰⁶

Parlamenterler Meclisi bu tavsiye kararında öncelikle, ayrımcılığın her türlü biçimini ortadan kaldırmak ve insan haklarını korumak konusundaki kesin taahhüdünü hatırlatarak, yapılan hukuki düzenlemelere ve gösterilen gayretlere

²⁰⁴ Ulusalüstü insan hakları hukukunun normatif kaynakları konusu için bkz., M. Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 1039-1057.

²⁰⁵ AK Statüsü, md.15:

a. Bakanlar Komitesi, Parlamenterler Meclisi'nin tavsiyesi üzerine veya kendi teşebbüsü ile, sözleşmelerle anlaşmalar akdi, belirli sorunlar karşısında Hükümetlerce ortak bir siyaset takibi hususları da dahil olmak üzere Avrupa Konseyi gayesinin tahakkukuna elverişli tedbirleri inceler. Vardığı sonuçlar Genel Sekreter tarafından üyelere iletilir.

b. Bakanlar Komitesinin vardığı neticeler, gerekirse Hükümetlere tavsiyeler şeklinde verilebilir. Komite bahis konusu tavsiyeler hususunda ne muamele yapıldığını bildirmeyi Hükümetlerden isteyebilir.

AK Statüsü, md.22:

Parlamenterler Meclisi Avrupa Konseyinin müzakere edici organıdır. Meclisin işbu Statü ile tayin edilen yetkilerine dahil meseleleri tartışır ve aldığı kararları tavsiyeler şeklinde Bakanlar Komitesine gönderir.

²⁰⁶ Parliamentary Assembly, Recommendation 924 (1981) on discrimination against homosexuals, 1 Ekim 1981, (Çevrimiçi) <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta81/erec924.htm>, 20 Eylül 2007.

rağmen, kendilerine yönelik ayrımcılık ve kimi zaman da baskı nedeniyle eşcinsellerin hala sıkıntı çekmeye devam ettiklerini belirtmiştir. Günümüz toplumlarında halen kişilerin cinsel tercihleri nedeniyle, belli alanlarda dışlanması ve tepki görmesi, yüzyıllardır var olan önyargının kalıntısıdır. Zira bu tavsiye kararının çıkarıldığı 1981 yılında dahi, az sayıda AK üyesi devlette, halen eşcinsel hareketler suç sayılmaktaydı. Parlamenterler Meclisi, kişilerin hukuken öngörülen yaşa geldiklerinde artık kendi cinselliklerini belirleyebilme hakkına sahip olmaları gerektiğini belirtir. İşte bu noktadan hareketle Meclis, AK üyesi devletlere, iki tarafın rızasına dayanan eşcinsel hareketleri suç olarak düzenleyen yasaları ortadan kaldırmalarını ve heteroseksüeller ile eşcinsellerin cinsel ilişkide rıza yaşını eşitlemelerini tavsiye etmiştir. Ek olarak Meclis, polisin eşcinsellerin kayıtlarını saklama uygulamasının sona erdirilmesini, eşcinsellere çalışma hayatında eşit muamele edilmesinin sağlanmasını, cinsel yönelimin değiştirilmesini amaçlayan araştırma ve uygulamaların durdurulmasını ve eşcinsel ebeveynlerin çocuğun velayetini alma ve onu ziyaret etme hakkından yararlanmalarında eşitliğin sağlanmasını istemiştir.

Eşcinsellere yönelik ayrımcılık konusunda, aynı yıl Parlamenterler Meclisi'nin çıkardığı bir de karar (*resolution*) vardır.²⁰⁷ Bu kararda Meclis, Dünya Sağlık Örgütü'nü (WHO) eşcinselliği hastalık kategorisinden çıkarmaya davet etmiştir. Bu çağrıdan sonra nihayet 1990 yılında WHO, eşcinselliğin bir hastalık olmadığını kabul etmiş ve onu hastalıkların uluslararası sınıflandırmasından (ICD) çıkarmıştır.²⁰⁸

1989 yılında ise, Parlamenterler Meclisi bu kez transseksüellerin durumuna ilişkin bir tavsiye kararı çıkarmıştır.²⁰⁹ Bu tavsiye kararında, kendisine transseksüellerin haklarını koruması yönünde bir çağrıda bulunan Avrupa

²⁰⁷ Parliamentary Assembly, Resolution 756 (1981) on discrimination against homosexuals, 1 Ekim 1981, (Çevrimiçi) <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta81/eres756.htm>, 17 Eylül 2007.

²⁰⁸ World Health Organisation, “10th version of its International Classification of Diseases” (ICD) (Çevrimiçi) <http://www.who.int/classifications/icd/en/>, 25 Temmuz 2007.

²⁰⁹ Parliamentary Assembly, Recommendation 1117 (1989) on the condition of transsexuals, 29 Eylül 1989, (Çevrimiçi) <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta89/erec1117.htm#1>, 20 Temmuz 2007.

Parlamentosu kararına da atıfla²¹⁰ AK Parlamenterler Meclisi, taraf devletleri değişmiş/düzeltilmiş cinsiyeti doğrutusunda, kişinin doğum kütüğü ve kimlik belgelerinde gerekli değişikliklerin yapılmasına olanak sağlayan hukuki düzenlemeleri yapmaya, transseksüellere önadlarını değiştirme hakkı vermeye, kişilerin özel hayatlarını korumaya ve AİHS'nin 14. maddesi gereğince, temel hak ve özgürlüklerden yararlanmada her türlü ayrımcılığı yasaklamaya davet etmiştir.

2000 yılına gelindiğinde Parlamenterler Meclisi, yeniden eşcinsel haklarını ele alarak iki önemli tavsiye kararı çıkarmıştır. Bunlardan ilki gey ve lezbiyenlerin AK üyesi ülkelerdeki durumlarına ilişkindir. Bu tavsiye kararında üye devletlerin aşağıda maddeler halinde sıralananları gerçekleştirmeleri talep edilmiştir²¹¹:

- İç hukukta yasaklanan ayrımcılık alanlarına cinsel yönelimin de dahil edilmesi,
- Rızası olan yetişkin kişiler arasındaki eşcinsel aktivitelerin suç olmaktan çıkarılması ve bu nedenle mahkum olanların salıverilmesi,
- Heteroseksüeller ile eşcinsellerin rıza yaşının eşitlenmesi,
- Özellikle okullarda, tıp mesleğinde, orduda, emniyette, adliyede, baroda ve spor alanında, eğitim ve öğretim vasıtasıyla homofobik tavırlar ile mücadelede olumlu tedbirlerin alınması,
- Kamuoyunu bilgilendirmek amacıyla geniş bir kampanya koordine edilmesi,
- Eşcinsellere karşı ayrımcılık yapanlara disiplin cezası verilmesi,
- Çalışma alanında eşcinsellere eşit muamele edilmesinin sağlanması,
- Kayıtlı birliktelik statüsünün tanınmasını sağlayacak hukuki düzenlemelerin yapılması,
- Eşcinsellere karşı yapılan zulmün sığınma hakkı kapsamına dahil edilmesi,

²¹⁰ International Commission on Civil Status, "European Parliament Resolution of 12 September 1989 on discrimination against transsexuals", **Transsexualism in Europe**, 2000, Council of Europe Publishing, s. 82-83.

²¹¹ Parliamentary Assembly, Recommendation 1474 (2000), Situation of lesbians and gays in Council of Europe member states, 26 Eylül 2000, (Çevrimiçi) <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=http%3A%2F%2Fassembly.coe.int%2FDocuments%2FAdoptedText%2Fta00%2FEREC1474.htm>, 20 Eylül 2007.

- Mevcut temel hakların korunmasına cinsel yönelim nedeniyle yapılan ayrımcılığın dahil edilmesi ve bu konularda uzman birinin uzlaştırmacı olması.

2000 yılında çıkarılan diğer tavsiye kararı ise, gey ve lezbiyenlerin sığınma ve göç etme haklarına ilişkindir.²¹² Bu kararda Parlamenterler Meclisi, AK üyesi devletlere, eşcinsel çiftlerin cinsel yönelimleri nedeniyle karşılaştıkları baskı ve yaşadıkları sıkıntının, sığınma hakkı sağlayan konulardan biri olarak garanti altına alınması yönünde çok sayıda tavsiyede bulunur.

Ne var ki sözleşmeden başka biçimde hazırlanan belgelerin etkililiği ve bağlayıcılığı sorunu önemlidir. Bu belgelerin devletler için hukuksal bağlayıcılığı bulunmadığı düşünülse de, AK Statüsünün 15/b maddesine göre Bakanlar Komitesi üye devletlerden bu kararlarının nasıl uygulandığını bildirmelerini isteme yetkisine sahiptir. Üstelik bu belgeler, kendilerinden sonra yapılacak olan sözleşmelere temel teşkil eder ve izlenmesi gereken yolu gösterirken, ayrıca Mahkeme ya da Komisyon kararlarında da kullanılır.²¹³

Henüz AK çerçevesinde doğrudan ve yalnızca cinsel azınlıkların haklarına ilişkin bir sözleşme yoktur, ancak bu ileride olmayacağı anlamına gelmemektedir. Üstelik Parlamenterler Meclisi'nin transseksüellerin ya da eşcinsellerin durumlarına yönelik olarak çıkardığı kimi tavsiye kararlarının Komisyon ya da Mahkeme kararlarında kullanıldığı görülmektedir.²¹⁴ Ayrıca AK'nin, özellikle Doğu Avrupa ülkelerinin Konsey'e üye olmalarının ardından, bu devletler üzerinde eşcinsellerin durumu ile ilgili olarak oldukça etkili olduğu gözlemlenmektedir.²¹⁵

²¹² Parliamentary Assembly, Recommendation 1470 (2000), Situation of gays and lesbians and their partners in respect of asylum and immigration in the member states of the Council of Europe, 30 Haziran 2000, (Çevrimiçi) <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta00/erec1470.htm>, 30 Eylül 2007.

²¹³ M. Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 1049.

²¹⁴ Komisyon, **Sheffield v. Birleşik Krallık**, 21 Ocak 1997, 22985/93, § 52; Komisyon, **Horsham v. Birleşik Krallık**, 21 Ocak 1997, 23390/94, § 53; Mahkeme, **X, Y ve Z v. Birleşik Krallık**, 22 Nisan 1997, 21830/93, § 38; Komisyon, **X, Y ve Z v. Birleşik Krallık**, 27 Haziran 1995, 21830/93, § 67.

²¹⁵ Örnek olarak, Romanya'da, Parlamenterler Meclisi'nin bu yöndeki tavsiyeleri dikkate alınarak, rızası olan yetişkin erkekler arasındaki cinsel ilişki suç olmaktan çıkarılmıştır. Parliamentary Assembly, Opinion No. 176 (1993) on the application by Romania for membership of the Council of Europe, 28 Eylül 1993, (Çevrimiçi) <http://www.hhrf.org/newsletter/01/pace1993.htm> 30 Eylül 2007.

III. BÖLÜM

TÜRKİYE’DE CİNSEL AZINLIKLARIN İNSAN HAKLARI

Eşcinsellik Türkiye’de suç değildir, ayrıca transseksüeller de kanunda belirtilen şartlar dahilinde cinsiyet değiştirebilir. Ancak bu demek değildir ki, cinsel azınlıklar cinsel kimlikleri ya da cinsel yönelimleri nedeniyle baskı ve ayrımcılıkla karşılaşmazlar. Aksine günlük hayatta, eşcinseller ya da transgender bireyler şiddete ve ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar.¹

Lambdaistanbul’un, ‘Eşcinsel ve biseksüellerin sorunları’ konusunda İstanbul’da yaptığı ankete göre², katılımcın kurumsal ayrımcılıkla karşılaşmalarına ilişkin özet şudur:

“Bu ankete katılan eşcinsel/biseksüel bireylerin;

Pek çoğu kendilerini var etmeye çalıştıkları her kurumda ayrımcılık ve şiddetle karşılaşılıyor.

%14’ü eğitim hayatı boyunca sorunla karşılaşılıyor.

%18’i çalışma hayatı içerisinde sorunla karşılaşılıyor.

Yarısı cinsel yönelimleri hakkında konuşabilmek için psikolog ya da psikiyatra gidiyor. Bu insanların %29’u heteroseksüel olmaya, %22’si ilaç tedavisine zorlanıyor. %67’lik bir bölümü psikolog ya da psikiyatra gitme sürecinde olumsuz yaklaşım ya da uygulamalara maruz kalıyor.

Çürük raporu almak isteyen erkeklerin %62’sinden anal muayene, %29’undan cinsel ilişki sırasında çekilmiş fotoğraf isteniyor.”³

Yine bu anketten, eşcinsel ve biseksüellerin karşılaştıkları şiddete ilişkin çıkan sonuç, %23’ünün cinsel yönelimi ile bağlantılı olarak fiziksel şiddet yaşadığı, %87’sinin kendisiyle ilişkinin/iletişimin kesilmesi biçiminde sosyal şiddet

¹ Eşcinsel ve transgender dernekleri tarafından oluşturulmuş olan LGBTT Bireylerin İnsan Hakları İzleme ve Hukuk Komisyonunun, Türkiye’de eşcinsel bireylere yönelik olarak uygulanan ayrımcılık ve şiddeti raporladığı belgeler için bkz., (Çevrimiçi) <http://www.kaosgl.org/node/1360>, 30 Eylül 2007.

² Katılımcı sayısının 393 olduğu anket 2005 yılının Nisan-Ağustos aylarında yapılmış ve ankete ilişkin sonuçlar bir kitap halinde Lambdaistanbul tarafından bastırılmıştır.

³ **Ne Yanlış Ne De Yalnız! - Bir Alan Araştırması: Eşcinsel ve Biseksüellerin Sorunları**, Lambdaistanbul Eşcinsel Sivil Toplum Girişimi, İstanbul, y.y., 2006, s. 153.

gördüğüdür. Üstelik bu fiziksel ve sosyal şiddetin önemli bir kısmı arkadaşları, özellikle de okul arkadaşlarından gelmektedir. %50'sinin ise hiç tanımadıkları kişilerden gelen sözlü şiddete maruz kaldıkları sonucu ortaya çıkmıştır.⁴

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, cinsel yönelim ya da cinsel kimlik konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumu iki biçimde okumak mümkündür. Olumsuz bir düzenlemeye yer verilmemesi, farklı cinsel kimlikler arasında, anayasal düzeyde eşitsizlik yaratılmadığını gösterir. Bununla birlikte, olumlu bir düzenlemenin de yapılmamış olması, bu kimliklerin hukuksal düzeyde tanınmadığı ve dolayısıyla cinsel azınlıkları ayrımcılığa karşı koruyacak önlemlerin var olmadığı anlamına gelmektedir. Üstelik yukarıda anılan ankete ilişkin sonuçlar göstermektedir ki, hukuki alanda olumsuz bir düzenlemeye yer verilmemesi ile sağlanan eşitlik, uygulamaya yansımamaktadır.

Aşağıda, bazı hukuki düzenlemeler, cinsel azınlıkların hakları bakımından ele alınmıştır.

A. Eşcinsel Hareket ve Türkiye'de Cinsel Azınlıkların Örgütlenmesi

Cinsellik, toplumda hoşgörüsüzlüğün kendini ciddi biçimde hissettirdiği alanlardan birisidir ve eşcinseller modern toplumlarda cinsel hoşgörüsüzlüğe maruz kalıp bunu değiştirmek için mücadele edenlerin başında gelirler.⁵

İkinci Dünya Savaşı sonrasında genel olarak Batı'da bir hareketlenmeden söz edilebilirse de, modern Eşcinsel Hareketin başlangıcı *Stonewall Ayaklanması* olarak görülür.

1. Stonewall Ayaklanması

New York'ta küçük bir gey bar olan *Stonewall Inn* sık sık güvenlik güçlerinin baskınına uğramakta ve müşteriler rahatsız edilmektedir. Nihayet 29

⁴ Ne Yanlış Ne De Yalnızız! - Bir Alan Araştırması: Eşcinsel ve Biseksüellerin Sorunları, s. 121.

⁵ Melih Yürüşen, **Liberal Bir Değer Olarak: Ahlaki ve Siyasi Hoşgörü**, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1996, s. 22.

Haziran 1969 gecesi yapılan polis baskınına karşı eşcinseller direnmiş ve karşılık vermişlerdir. İki gece boyunca devam eden *Stonewall Ayaklanması* ile eşcinsel özgürlük hareketi, kitlesel bir harekete dönüşmüştür.⁶

Ayaklanmanın yaşandığı 1960'ların sonunda dünyanın birçok yerinde kadınlar ya da siyahlar için hak ve özgürlük mücadeleleri verilmekteydi. Eşcinseller de hak mücadelesinde kendi yerlerini almaya başlamış oldular.

Stonewall gey ve lezbiyen politikalarında önemli bir değişim sürecine işaret etmiştir, artık eşcinseller görünür hale gelmişler, sokağa çıkmışlardır:

“‘Sokağa çıkmak’, bireyin yaşamında çok önemli bir gelişim noktası ve homofobik toplumun bireye yüklediği kendinden nefret etmeyi üzerinden atmak konusunda da önemli bir adım haline gelmiştir. Sokağa çıkmak ayrıca bir kitle hareketi başlatmanın da anahtar stratejisi olmuştur. Başkaldıran eşcinsel kadınlar ve erkekler kritik bir ayrım çizgisini geçtiler. Görünmezliklerinden vazgeçtiler, kendilerini saldırılara açık hale getirdiler ve hareketin başarısından muhasara edilmiş oldular. Her şeyden çok, göz önündeki lezbiyen ve geyler diğerlerini kendilerine çekecek mknatıslar olarak hizmet gördüler.”⁷

Stonewall öncesinde elliden az sayıda örgüt vardı; 1973'te ise ABD'nin her yanına yayılmış sekiz yüzden fazla gey ve lezbiyen grubu oluşmuştur.⁸ *Stonewall*'dan sonra artık eşcinseller sosyal hayatın pek çok alanında daha görünür hale gelebilmiş; lezbiyenler ve geyler, yayınevleri, bağımsız basın organları, kafeler, danışmanlık servisleri, sağlık klinikleri ve uzmanlık dernekleri kurmuşlardır.⁹

⁶ John D'Emilio, “II. Dünya Savaşı'ndan Bu Yana San Francisco'da Eşcinsel Politikaları ve Toplulukları,” **Tarihten Gizlenenler: Gey ve Lezbiyen Tarihine Yeni Bir Bakış**, Ed. Martin Bauml Duberman, Martha J. Vicinus, George Jr. Chauncey, Çev. Serkan Göktaş, Ankara, Phoenix Yayınevi, 2001, s. 472.

⁷ John D'Emilio, **a.g.m.**, s. 473.

⁸ 1978'de kurulan, özellikle Amerika ve Avrupa'da eşcinsellerin eşit hakları için oldukça etkili mücadele eden ve BM'de danışmanlık statüsüne de sahip ILGA'nın (*International Lesbian and Gay Association* / Uluslararası Lezbiyen ve Gey Birliği) üyesi, 90 ülkeden yaklaşık 560 lezbiyen, gey ve transseksüel dernekleri, çeşitli siyasal partiler, işçi sendikaları vardır. (Çevrimiçi) <http://www.ilga.org>, 15 Eylül 2007.

⁹ John D'Emilio, **a.g.m.**, s. 473-474.

2. Bir Sosyal Hareket Olarak Eşcinsel Hareket

Sosyal hareketler, toplumda yeni bir hayat tarzını, yeni bir modeli oluşturmak için eylemde bulunan kolektif davranış biçimi olarak tanımlanır.¹⁰ Sosyal hareketlerin amacı siyasal anlamda iktidarı ele geçirmek değildir. Eşcinsel Hareket de, 70'li yıllarda Batı'da ortaya çıkan yeni sosyal hareketler çerçevesinde cinsel kimlik farklılıklarının altının çizildiği bir sosyal harekettir.¹¹ Yeni sosyal hareketlerin temel çatışma alanlarından biri, kimliğin kurgulanması sürecidir. Dolayısıyla dışlanmış kimlikleri ile eşcinsel hareketleri de politik olarak görünür ve kamusal alanda kabul edilebilir olma düşüncesinden yola çıkmaktadır.¹²

Eşcinsel Hareket, sadece cinsel yönelimin özgürleşmesi amacıyla mücadele etmemiştir. Hareketin politik yönleri giderek belirginleşmiş ve zamanla cinsel kimliğin toplumsal yaşamda özgün biçimde kendine yer bulması için çabalayan bir biçime bürünmüştür. Bu açıdan Eşcinsel Hareket hem cinsel kurtuluş, hem öznel varoluş, hem de siyasal dönüşüme zorlayan bir sosyal hareket olarak görülmelidir.¹³

Ancak şu durum çok nettir ki, 1969 yılındaki ilk ayaklanma ile başlayan ve 1970'lerde Kuzey Amerika'da görülen Eşcinsel Hareket, 1990'lara gelindiğinde ciddi anlamda farklılaşmıştır. 70'li yıllardaki Eşcinsel Hareket, 'eşitlik' talebi üzerinden biçimlenirken, yani gey, lezbiyen ve biseksüel bireyler cinsel yönelimlerine karşın toplumun diğer bireylerinden farkı olmadıklarını, tıpkı onlar gibi yurttaşlık görevlerini yerine getiren kişiler olduklarını ve bu nedenle onlarla eşit haklara sahip oldukları fikrini ve belki de 'normalliklerini' ispat etmeye çalışırken, 90'larda eşcinselliğin gurur verici farklılığını belirginleştirmeye çalışan bir hareket vardır.

60'ların Eşcinsel Hareketi eşcinsel kimliği sembolik düzeyde aklama ve heteroseksüel kimliğe denk kılma mücadelesi yürütmüş, oysa 1990'lara gelindiğinde gelişen ve hatta güç bulan Eşcinsel Hareket eşitlik söylemini

¹⁰ Orhan Türkdoğan, **Sosyal Hareketler Sosyolojisi**, İstanbul, Birleşik Yayıncılık, 1997, s. 11.

¹¹ Yeni sosyal hareketler hakkında ayrıntı için bkz., Kenan Çayır, **Yeni Sosyal Hareketler: Teorik Açılımlar**, İstanbul, Kaknüs Yayınları., 2000.

¹² Kenan Çayır, **a.g.e.**, s. 27.

¹³ Şule Toktaş, Gülbanu Altunok, **a.g.m.**, s. 39.

değiştirmiş, talep ettiği hakların temel sahibi olarak kurgulanan heteroseksüel kimliğin anlamını sorgulamaya başlamıştır:

“[1990’lara dek] eşcinsel kimlik ve eşcinsel yönelime yönelik farklı düzlemlerde kimi zaman çelişen tutumlar ve politikalar izlendiği gözlemlenmektedir. En genel anlamda eşcinsellik ya görmezden gelinmekte, yok sayılmakta ya da kontrol altına alınmaya çalışılmaktadır. Görmezden gelindiği durumlarda, eşcinsellik özele, mahreme ait ve mahrem kalması gereken bir konu olarak düşünülmekte ve dolayısıyla toplumsal ve siyasal mekanın dışında bırakılmaktadır. Ancak ‘görünürlük’ arttığında, eşcinsel kimlik farklılığını ele verdiğinde dışlayıcı, kontrol edici, baskı uygulayıcı ve hatta dönüştürücü pratikler devreye girmektedir.”¹⁴

Yeni bir sosyal hareket olarak Eşcinsel Hareket de, yaşam tarzları ve kimlik temelinde politika üreterek dışlanan eşcinsel kimliği politik olarak belirgin hale getirmeye çalışır. Yeni sosyal hareketlerin ortak noktalarında biri, kendilerine karşı kullanılan ayrımcı kategorilere sahip çıkmaları ve sahiplenilen bu kategorileri hakim kültüre geri göndermeleridir.¹⁵ Bu nedenle tıpkı Siyahların ‘siyah güzeldir’ sloganı gibi, eşcinsellerin de 1970’lerde kullandığı slogan ‘gey iyidir’ (*gay is good*) olmuştur.

Eşcinsel Hareketin tarihi pek çok noktada Feminist Hareket ile benzerlik gösterir. Her iki hareket de benzer politik yöntemler kullanmış, üstelik hemen hemen aynı dönemde¹⁶ ve aynı yerlerde ortaya çıkmış, esas olarak 1970’lerde etkili olmuştur. Ayrıca Eşcinsel Hareket tıpkı Feminist Hareket gibi, devlet ile oldukça kararsız bir ilişki içindedir. Bir yandan eşcinselliğin suç sayılması, güvenlik güçlerinin eşcinsellere şiddet uygulaması ve mahkemelerin özellikle lezbiyen annelere karşı ayrımcılık yapması nedeniyle devlete karşı bir harekettir, diğer yandan ayrımcılığın hukuki düzenlemelerle ortadan kaldırılması ya da sosyal

¹⁴ Şule Toktaş, Gülbanu Altunok, **a.g.m.**, s. 43.

¹⁵ Kenan Çayır, “90’lar Türkiye’inde Eşcinsel Hareket: Kimlik, Görünürlük ve Sınırlar”, 16 Mayıs 2003, Eşcinsellere Yönelik Ayrımcılık ve Şiddet adlı sempozyumu, (Çevrimiçi) <http://www.lambdaistanbul.org/php/main.php?menuID=7&altMenuID=49&icerikID=357>, 17 Eylül 2007.

¹⁶ Birinci Dalga Feminist Hareket olarak adlandırılan 1920’lerdeki ve genel özelliğiyle kadınların siyasal haklarına yönelik kazanımları amaçlayan hareket içinde lezbiyenler cinsel yönelimleriyle belirgin biçimde yer almamışlardı.

yardım mevzuatında değişiklik yapılması için devletten yararlanmayı istemektedir.¹⁷

Bu benzerlikler bir yana, iki hareketin ayrıştığı noktalar da vardır. Feminizm oldukça uzun bir süreç içinde gelişmiştir. Oysaki *Stonewall Ayaklanması* ve arkasından gelen hızlı hareketlilik düşünüldüğünde görülür ki, Eşcinsel Hareket, Feminist Hareket ile kıyaslandığında, bütünsel bir direniş gerçekleştirmeyi başarmış, bir anda eşcinsel bireylerin çıkarlarının ifade edilmesinin tek önemli biçimi olmuştur.¹⁸ Buna rağmen, hareket içinde geyler ve lezbiyenler arasında bir farklılaşma göze çarpar. Bunun sebebi elbette cinsiyet farklılığına dayanır. Şöyle ki, lezbiyenler ile geylerin cinsel yönelimleri nedeniyle yaşadıkları sorunlardan etkilenişleri aynı değildir. Örneğin evlilik ve evliliğe bağlanan hukuki sonuçlar lezbiyenleri daha çok etkiler. Buna karşın, ulusal düzenlemelerde eşcinsel bireyler arasındaki cinsel ilişkinin suç olarak sayılması geyleri daha fazla etkiler. Lezbiyenler, geylere kıyasla iki kez sıkıntı çeker, çünkü hem cinsel yönelimleri nedeniyle hem de bundan bağımsız olarak cinsel kimlikleri yani kadın olmaları sebebiyle ayrımcılığa uğrarlar. Bunun bir sonucu olarak lezbiyen aktivistler Eşcinsel Hareket yerine çoğunlukla kadın hareketi içinde yer almayı seçerler. Eşcinsel Hareket dediğimiz oluşum da, daha ziyade gey aktivistlerin mücadelesidir.

3. Türkiye’de Eşcinsellerin Dernek Kurma Hakkına İlişkin Yaşanan Sorunlar

Türkiye'deki eşcinsel örgütlenmelerin ilk örnekleri 1980'lerin ortalarında görülmeye başlanmışsa da, eşcinsel örgütler daha çok 90'lı yılların başlarından itibaren kendilerini göstermeye başlamışlardır. 1993 yılında İstanbul’da, lezbiyen, gey, biseksüel, transvestit ve transseksüel dayanışması için Lambdaistanbul adlı eşcinsel sivil toplum girişimi ve 1994'te Ankara’da Kaos-GL kurulmuştur. 1996-97 yıllarından başlayarak ise Legato olarak bilinen lezbiyen ve gey topluluğu, özellikle üniversitelerde etkinlikler düzenlemeye başlamıştır. Şu durum rahatlıkla fark edilir

¹⁷ R. W. Connell, **Toplumsal Cinsiyet ve İktidar: Toplum, Kişi ve Cinsel Politika**, Çev. Cem Soydemir, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1998, s. 356.

¹⁸ R. W. Connell, **a.g.e.**, s. 357.

ki, Türkiye’deki eşcinsel ya da transgender aktivistlerin büyük çoğunluğu genç ve yüksek öğrenim görebilmiş kişilerdir.

Dünya genelinde, aslında Batı’da demek daha doğru olur, Eşcinsel Hareketin 1990’lara gelindiğinde farklılaştığını, 1970’lerde amaçlananın hukuksal ve sosyal alanda ‘eşitlik’ olduğu, 90’lar da ise amacın, bilhassa cinsel kimlikleri ve cinsel yönelimleriyle görünür ve saygı duyulur olmak, farklılıklarını öne çıkarmak olduğunu daha önce belirtmiştik. Oysa Türkiye’de sürecin paralel biçimde geliştiğini söylemek zordur. Türkiyeli eşcinseller henüz sosyal alanda eşitlik taleplerini yüksek sesle dile getirememektedirler. Elbette bu hareketin eksikliği değil, bir anlamda Türkiye’deki baskın heteroseksist sistemin, eşcinsel ve transgender bireyleri yok sayma ve onları gey barlara hapsederek dışarı çıkılmalarını, görünür olmalarını engellemekteki yoğun çabalarının etkisidir. Buna rağmen İstanbul, Ankara, Bursa, İzmir, Eskişehir gibi şehirlerde aktivistler mitingler, hak ihlallerine karşı basın açıklamaları ya da Batı’da olduğu gibi Onur Yürüyüşü (*Gay Pride*) düzenleyerek varlıklarını toplumsal hayatta görünür kılmaya çalışmaktadırlar.

Eşcinsel ve transgender bireylerin bu görünürlüğü sağlayabilmek için öncelikle bir araya gelmeleri ve örgütlenme haklarını kullanmaları, dünya genelinde olağan bir seyirdir. Türkiyeli cinsel azınlıklar da bu seyre uygun olarak, oluşturdukları toplulukların kişiliğini yasal bir zemine oturtabilmek için bir süredir dernekleşme sürecine girmişlerdir. Ancak eşcinsel örgütler için bu süreç zorluklarla doludur, zira örgütlenme hakları bazı kamu makamları tarafından engellenmeye çalışılmaktadır. Önce Kaos GL ve ardından diğer oluşumların dernekleşmeleri karşısında Valilikler bu derneklerin hukuka ve ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle kapatılması için dava açılmasını istemiştir.

Örgütlenme haklarına müdahale edilmesi ve ‘ahlaka aykırılık’ konusunu değerlendirmeden önce, söz konusu derneklerin kapatılması istemi ile ilgili durumların ve sürecin anlatılması gerekmektedir. Kaos-GL için süreç şu şekilde işlemiştir¹⁹:

¹⁹ Kaos-GL’nin kapatılması istemi ile ilgili bu sürece ilişkin bilgiler, derneğin web sitesinden edinilmiştir. (Çevrimiçi) <http://kaosgl.com/>, 25 Eylül 2007

Kaos GL, derneğin kuruluşunu 15 Temmuz 2005 tarihinde yazılı olarak Ankara Valiliği'ne bildirmiş, bunu üzerine 15 Eylül tarihli, Valilik İl Dernekler Müdürlüğü antetli ve Ankara vali yardımcısının imzasını taşıyan yazıda, derneğin isminin ve tüzüğünün, Türk Medeni Kanunu'ndaki 'hukuka ve ahlaka aykırı dernek kurulamaz' yasağına aykırı olduğu belirtilmiş ve bu gerekçe ile kapatılması için dava açılmasını istemiyle Valilik savcılığa başvurmuştur. Başvuruda Valilik, adı geçen derneğin adında ve tüzüğünün amaç bölümünde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 56. maddesinde yer alan 'Hukuka ve ahlaka aykırı dernek kurulamaz' hükmüne aykırılık bulunduğunu iddia etmiş ve bu gerekçe ile derneğin feshi için yetkili Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açılmasını talep etmiştir.

Ancak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, 5253 Sayılı Dernekler Kanunu'nun, AB siyasi kriterleri, Katılım Ortaklığı Belgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve taraf olunan uluslararası insan hakları sözleşmelerini de dikkate aldığını belirterek, Kaos GL'nin adında ve tüzüğünde ahlaka aykırı bir durum bulunmadığı, derneğe kapatma davası açılmasına yer olmadığına kararıyla bu istemi reddetmiştir:

“Yasa, devletin derneklere karşı baskıcı değil, kollayıcı tavrını göstermesi usulüne göre yapılandırılmıştır. ‘Lezbiyen’ ve ‘gey’ kelimeleri günlük hayatta ve bilimsel araştırmalarda rahatlıkla kullanılmaktadır. Bu kavramlar, toplumlara göre değişir. Yeni TCK'nın yapılandırılmasında ‘cinsel yönelim ayrımcılığının’ tartışıldığı bir dönemde, eşcinsel olmak ahlaksız olmak anlamına gelmez. Aslolan tüm ahlak bilimleriyle uğraşanların ortak birleştikleri nokta olan insan iradesinin hür olması gerektir.”²⁰

Dernek kurma hakkı anayasal bir haktır.²¹ Valiliğin talebini dayandırdığı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 56/2. hükmüne göre ise, hukuka ve ahlaka aykırı dernek kurulamaz. Valilik, Kaos-GL'nin adının ve derneğin amacının hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. Öncelikle derneğin adını değerlendirmek gerekir. Derneğin tam adı, ‘Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma

²⁰ (Çevrimiçi) <http://www.bianet.org/2005/10/12/68554.htm>, 27 Ağustos 2007.

²¹ Bkz., Anayasa md. 33.

Derneği'dir. Valiliğin burada kastettiği kelimelerin 'Kaos', 'Gey' ya da 'Lezbiyen' kelimeleri olduğu açıktır, zira derneğin adında geçen diğer kelimeler, her daim kullanılan, sorunsuz kelimelerdir. 'Gey' ve 'Lezbiyen' kelimeleri, çalışmanın birinci bölümünde de değinildiği üzere, Türkçe'de kullanılan, TDK sözlüğüne girmiş terimlerdir. 'Kaos' kelimesi ise, TDK'nun Güncel Türkçe Sözlüğünde, "Evrenin düzene girmeden önceki biçimden yoksun, uyumsuz ve karışık durumu" olarak tanımlanmıştır ve mecazi olarak da 'kargaşa' anlamına geldiği belirtilir. Sözcük herhangi biçimde, şiddeti çağrıştıran ya da ahlaka aykırı bir kelime değildir. Kaldı ki ahlaka aykırı sözcüğün ne olduğunu da belirlemek pek mümkün değildir, ahlak göreceli, değişken bir olgudur. Müstehcenlik belki ahlaka aykırılık olarak nitelendirilebilir ancak bu sözünü ettiğimiz durum için uygun olmaz; sosyal bilimlerde ya da tıp biliminde terim olarak kullanılan bir sözcüğün müstehcen olduğunu iddia etmek yersiz olur.

Valiliğin hukuka aykırı olduğunu iddia ettiği bir diğer durum ise Kaos-GL'nin tüzüğünde belirttiği amaçlarıdır. Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği Tüzüğü'nün birinci bölümünde, Dernekler Kanununda öngörüldüğü usulde belirtilen derneğin amacının ifade edildiği madde şöyledir:

"Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırmalar ve Dayanışma Derneği'nin (Kaos GL) amacı, kadın eşcinseller ile erkek eşcinsellerin özgürlükçü değerleri benimsemelerine, eşcinsel varoluşlarını gerçekleştirme ve kendilerini yetiştirerek toplumsal barış, huzur ve refahın gelişmesine bireysel, toplumsal, kültürel hayat ve davranışlarıyla katkıda bulunabilmelerine destek olmaktır.

Dernek, kadın eşcinseller ile erkek eşcinsellerin özgürlük, adalet ve barışı temel değerler olarak kabul etmesine; dil, ırk, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, felsefi inanç, din, mezhep, bölge ayrımı yapmaksızın insan haklarını bütün insanların hakkı olarak görmesine; hayatın her alanında cinsel yönelim ayrımcılığına karşı mücadele edebilmesi yönünde yardımcı olacak kültür, eğitim, sanat, spor faaliyetlerini ve buna benzer diğer faaliyetleri bilfiil yürütür veya bu çerçevede yürütenlere madden ve manen destek sağlamaya çalışır."

Bu amacın tam olarak hangi noktasının Ankara Valiliğince hukuka aykırı olarak görüldüğünü açıkça belirtilmemiştir. Kaos-GL eşcinsellerin insan hakları için

mücadele eden bir örgüttür ve amacında da dernek olarak, hayatın her alanında yüz yüze oldukları cinsel yönelim temelli ayrımcılığa karşı mücadele edeceklerini ifade eder. Ayrımcılık görmeme hakkı bir insan hakkıdır ve bu hakkın asıl muhatabı ya da diğer bir ifade ile karşı tarafı devlettir. Devletin organları ayrımcılık yapmamalı, devlet ayrımcılığı engelleyecek hukuki düzenlemeler yapmalı ve bireylere yapılan ayrımcılığı takip etmelidir. Mevzuatta, askerlik konusu hariç, eşcinseller ile ilgili herhangi bir ifade yoktur. Cinsel azınlıklara karşı ayrımcı hükümler, örneğin eşcinsellerin cinsel eylemlerinin suç olarak düzenlenmesi de söz konusu değildir. Ancak hukuki anlamda eşitlik sağlansa da, cinsel azınlıkların sadece cinsel kimlikleri ya da cinsel yönelimleri nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmalarını engelleyecek, onları yaşadıkları dışlanma ve toplumsal baskıya karşı koruyacak bir mekanizmanın da olmaması²² devletin üzerine düşen pozitif yükümlülüğü yerine

²² 82 Anayasası'nın 10. maddesi 'kanun önünde eşitlik' ilkesini düzenler ve bu anayasa hükmünün 1. fıkrasına göre, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. TCK'nun ayrımcılık yasağını düzenleyen 122. maddesinde ise hukukun sağladığı olanaklardan yararlanmada, 'dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler' nedeniyle ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Görüldüğü gibi her iki maddede de ayrımcılık alanları arasında 'cinsel yönelim' sayılmamıştır. 2003 yılında yeni Ceza Kanununun hazırlanması sürecinde, TCK Kadın Çalışma Grubu, ayrımcılık yasağını düzenleyen maddeye 'cinsel yönelim'in de dahil edilmesi yönünde talepte bulunmuştu. İfade başlangıçta tasarıya girmiş, Adalet Alt Komisyonu'nda kabul edilen tasarı madde metninin 'ayrımcılık' kenar başlıklı 124. maddesine eklenmişti; ancak 'cinsiyet' kelimesi ile benzeri şeyleri ifade ettiği gerekçesiyle maddeden çıkarılmıştı. (Çevrimiçi) <http://www.yayin.adalet.gov.tr/tck/106-169.maddeler.pdf>, 25 Eylül 2007.

Ayrıca 2007 yılında, yeni bir Anayasa'nın hazırlanması sürecinde, iktidar partisi (AKP) toplumun her kesimini kapsayan bir Anayasa hazırlandığını ve Anayasa önerisinin Meclis'e sunulması öncesinde, toplumun tüm kesimlerinden sağlanacak katkıların beklendiği belirtmiştir; bkz., **Milliyet**, 16 Eylül 2007. Ancak bu kesimlere cinsel azınlıkların dahil edildiğini söylemek mümkün değildir. Çünkü Kaos GL'nin, yeni Anayasanın 'eşitlik' ilkesine 'cinsel yönelim' ibaresinin de eklenmesini talep eden mektubuna verilen yanıt olumsuz olmuştur. TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı Burhan Kuzu'nun söz konusu talebe yönelik değerlendirmesi şöyle olmuştur: "Meclis'ten ciddi bir kabul göreceğini sanmıyorum. Özgürlük diye sunuluyor, ama Türkiye'de henüz bunun zemini yok. Komisyondan ve Genel Kurul'dan geçebilecek bir talep gibi görünmüyor. Türkiye için erken. Evvela toplumsal bir kabul görmeden Meclis bu düzenlemeyi yapamaz. Hatta Avrupa'da bile hiçbir ülkenin anayasasında bu yok. AB Anayasası çıksın, ondan sonra bakarız." AKP Anayasa Komisyonu Başkanı Dengir Mir Mehmet Fırat'ın değerlendirmesi ise şöyledir: "21. yüzyılın anayasasında biraz zor, belki 22. yüzyılda olur. Biz, üçüncü kuşak haklar dediğimiz çevre gibi konulara taslakta yer verdik. Ama bu dördüncü kuşak özgürlüklere giriyor. Böyle bir özgürlüğü düşünmedik, zannetmiyorum kabul görsün. AB Anayasası da daha yok zaten. Avrupa'da da bunda bir mutabakat sağlanmadı. Toplumun bunları daha çok tartışması lazım." Bkz., **Hürriyet**, 20 Ekim 2007. Bu durum, kamuoyunun cinsel azınlıklara karşı sahip olduğu önyargıların ötesinde, muhtemel bir Anayasa değişikliğini gerçekleştirecek olan kişilerin de cinsel yönelim ve cinsel azınlıkların hakları konusunda ileri bir adım atmaktan kaçınmaları ve bunu da, eşcinsellerin toplumsal olarak kabul görmemelerine bağlamalarıyla konuya ilişkin bakış açısını ortaya koymak bakımından net bir örnektir.

getirmediğini gösterir. Bu olayda, Valiliğin neden cinsel yönelimleri nedeniyle insanlara ayrımcılık yapılmasına karşı mücadele etmeyi amaçlayan bir derneğin bu amacının ahlaka aykırı olduğunu düşündüğü sorusunun cevabını bulmak zordur. Akla eşcinsellerle ilgili önyargılar ve özellikle de eşcinselliğin sapkınlık olarak görülmesinden kaynaklı homofobiden başkası gelmemektedir.²³ Eşcinsellik ya da cinsel yönelim gibi sözcükler, pek çok kişiye cinselliği çağrıştırır, cinsellik ise bir tabudur.

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı derneğin kapatılması için dava açılmasına yer olmadığını belirttiği kararında, net biçimde, ‘eşcinsel olmanın ahlaksızlık anlamına gelmediği’ni belirtmiş ve Kaos-GL kapatılmamıştır. Buna rağmen benzer engellemeler diğer cinsel azınlık örgütlerinin dernekleşme sürecinde tekrarlanmıştır. Üstelik bu kez süreç, savcılığın derneğin kapatılması için dava açması ile farklılaşmıştır.

İstanbul Valiliği İl Dernekler Müdürlüğü, Lambdaistanbul LGBTT Dayanışma Derneğine yazdığı yazıda, derneğin isminde geçen kelimelerin (Lezbiyen, gey, biseksüel, travesti, transseksüel) ve dernek tüzüğüne 2. maddesinde belirtilen amaçlarının, dernek kurma özgürlüğünün kısıtlanabileceği durumların kapsamına girdiği ve derneğin isminde geçen “Lambda” kelimesinin Türkçe karşılığının dernek isminde belirtilmesi gerektiği ifade edilerek bu eksikliklerin otuz gün içinde giderilmesi istenmiştir.²⁴

Gerçekten de, Dernekler Kanunu’nun 17. maddesinde, derneklerin iş ve işlemlerinde, ilgili kanun ve yönetmelik hükümlerine aykırılık tespit edilmesi halinde, konusu suç teşkil etmeyen hata ve noksanlıkların mülki idare amirinin yazılı istemi üzerine, ilgili dernek tarafından otuz gün içerisinde giderilmesinin zorunlu olduğu belirtilir. Bu gereklilik üzerine *Lambdaistanbul*, ‘Lambda’²⁵

²³ Doktrinde eşcinselliği sapkınlık olarak niteleyen görüşlere örnek olarak bkz., Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku**, Cilt II, 8. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 116. Söz konusu çalışmada, cinsiyet değiştirme konusu medeni hukuk açısından irdelenirken, eşcinsellere ilişkin de bir tespitte bulunulmuş ve bu tespit “Eşcinseller, sapkın bir dürtü içindedirler.” biçiminde ifade edilmiştir.

²⁴ Lambdaistanbul’un dernekleşmesi ile ilgili sürece ilişkin bilgiler, derneğin web sitesinden edinilmiştir. (Çevrimiçi) <http://www.lambdaistanbul.org/>, 15 Eylül 2007.

²⁵ ‘Lambda’, Yunan alfabesinde “L” harfine karşılık gelen harftir (λ). Ayrıca dünyanın pek çok yerinde Gey Hareketi’nin simgesi olarak kullanılan bir işarettir.

kelimesinin Türkçe karşılıklarına tüzüğünde yer vermiş ve tüzüğün yeni halini Dernekler Müdürlüğü'ne bildirmiştir. Buna karşın Valilik yalnızca 'Lambda' kelimesi konusunda değil, aynı zamanda dernek tüzüğünün 2. maddesinde belirtilen amaçların da dernek kurma özgürlüğünün kısıtlanabileceği durumların kapsamına girdiğini belirttiğinden, Valiliğin isteği hem derneğin adının hem de amacının değiştirilmesi yönünde olmuştur. Lambdaistanbul, Kaos-GL ile benzer amaçlar taşımaktadır. Lambdaistanbul LGBTT Dayanışma Derneği tüzüğünün 2. maddesi derneğin amacının belirtir ve bu madde 23 bendden oluşmaktadır.²⁶ Bu amaçlar kısaca, hayatın her alanında cinsel yönelim ve cinsiyet kimlik ayrımcılığına karşı mücadele edebilmesi yönünde faaliyetler yürütmek veya bu çerçevede yürütülen faaliyetlere madden ve manen destek sağlamak; lezbiyen, gey, biseksüel, transvestit, transseksüel kadın ve erkeklerin profesyonel ve toplumsal yaşama daha etkin, yönlendirici ve sorumlu katılımını sağlamak; topluma eşcinsel ve biseksüelliğin, heteroseksüellik gibi bir cinsel yönelim olduğu ve travesti ve transseksüelliğin cinsiyet kimliği olduğu, ahlaksızlık, hastalık ya da suç olmadığından hareketle, eşcinsellik, biseksüellik, travestilik ve transseksüelliğe dair aydınlatıcı, eğitici, faaliyetlerde bulunmak ve Türkiye'de eşcinsel, biseksüel, transvestit ve transseksüel bireylere yönelik politikaların belirlenmesine ve uluslararası platforma taşınmasına öncülük etmek; oluşturulacak politikaların benimsenmesini ve yaygınlaştırılmasını sağlamaktır.

Anayasa'nın 33. maddesi dernek kurma hakkını güvence altına alır. Bu maddenin 1. fıkrasına göre, "herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir." Bu maddenin 3. fıkrasında ise hakkın sınırlandırılması nedenleri sayılmıştır: "Dernek kurma hürriyeti ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir."

Anayasa'ya göre, herkes dernek kurma hakkına sahip olduğuna göre, eşcinsel ya da transgender bireylerin de dernek kurması mümkündür; derneğin kuranların cinsel yöneliminin, çoğunluğun cinsel yöneliminden farklı olması, bu

²⁶ Lambdaistanbul LGBTT Dayanışma Derneği tüzüğüne, web sitesinden ulaşılabilir. (Çevrimiçi) <http://www.lambdaistanbul.org/php/main.php?menuID=5&altMenuID=5>, 30 Eylül 2007.

haklarını kullanmalarına engel olamaz. Dernekler Kanunu'nun 3. maddesine göre, fiil ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler, önceden izinsiz dernek kurma hakkına sahiptir. Bu kanunun 'kurulması yasak olan dernekler ve yasak faaliyetler' kenar başlıklı 30 maddesinin b bendinde ise, Anayasa ve kanunlarla açıkça yasaklanan amaçları veya konusu suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirmek amacıyla dernek kurulamayacağı belirtilir. Elbette ki, dernek kurma hakkı Anayasa'da belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilir. Eşcinsellik ya da hemcinsler arası cinsel aktiviteler suç olmadığına göre, cinsel azınlıkların dernek kurma hakkının sınırlandırılması sebebi, suç işlenmesini önlemek değil, genel ahlakın korunması olmuştur.

Cinsel azınlıkların kurduğu bir örgütlenme olarak Lambdaistanbul LGBTT Dayanışma Derneği'nin yukarıda belirtilen amaçlarının, ahlaka aykırı olduğunun iddia edilmesi, taraflı bir yorumlamanın sonucu gibi görünmektedir. Cinsel azınlıkların toplumsal alanda kendilerini ifade edebilmeleri bir haktır ve bu hakkı sınırlandırmak için ciddi gerekçelere ihtiyaç vardır. Bu gerekçenin 'genel ahlakın korunması' olduğunu ileri sürmek, eşcinselleri ya da diğer cinsel azınlıkları ahlaksız addetmek anlamına gelir.

Eşcinselliğin, heteroseksizm tarafından bir tehdit olarak algılandığını ve bunun asıl nedeninin, eşcinselliğin klasik anlamda aile kavramını değiştirmesi olduğunu ifade etmiştik. Bu noktada Anayasa'nın 41. maddesinden söz etmek yerinde olur. Anayasa'nın 41. maddesinde 'ailenin korunması' kenar başlığı altında, ailenin, Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında eşitliğe dayandığı ifade edildikten sonra, devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle annenin ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı belirtilmiştir. Eşcinsellerin ya da genel olarak cinsel azınlıkların kurdukları derneklerin Valilikler tarafından kapatılmasının istenmesinin, ailenin korunması amacı ile ilgili olabileceği düşünülebilirse de, örgütlenmenin amacının aile kurumuna zarar vermek ya da benzer bir durum olmadığı açıktır.

Eşcinsellerin dernek kurma hakkının sınırlandırılması sebebinin 'genel sağlığın korunması' olduğu düşünülebilir. Ancak bu da duruma uygun bir sınırlama

gerekçesi olamaz, aksi takdirde eşcinselliğin genel sağlığı tehdit eden bir hastalık olduğu kabul edilmiş olunur.²⁷ Oysa çalışmanın birinci bölümünde de belirtildiği üzere, eşcinselliğin bir hastalık olmadığı WHO tarafından kabul edilmiştir.

Elbette bir dernek kurulduktan sonra, suç işlerse, hayasızca davranışlar sergilemek yönünde eylemlerde bulunursa ya da kişiler üzerinde cinsel yönelimlerini değiştirmeleri ilgili baskı uygularsa, yetkili Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından kapatılabilir. Ancak tek başına, eşcinsel olmak, cinsel kimliğini kendini gizlemeden ifade etmek ya da kendisi gibi cinsel yönelimi ya da kimliği nedeniyle dışlanan bireyler ile dayanışma amacıyla hareket etmek için dernek kurma hakkını kullanmak, ahlaka ya da kanuna aykırı sayılmamalıdır. Aksi bir durum, bireyleri salt varoluşları nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakmak anlamına gelir.

Türk Medeni Kanunu'nun 56. maddesi ya da Anayasa'nın yukarıda anılan ilgili maddeleri gibi ahlaka atıf yapan genel ifadeler, örgütlenme ya da ifade özgürlüğü gibi insan haklarının ihlal edilmesine yol açar biçimde kullanılmamalı ve bireyin cinsel yönelimi ya da cinsel kimliğinin ne olduğunun, onun haklarını kullanmasına veya bu hakların korunmasına engel teşkil etmeyeceği unutulmamalıdır.

B. Cinsiyetin Yeniden Belirlenmesi ve Hukuksal Boyutu

Cinsiyet değişikliği ameliyatları, transseksüellere uygulanan ve tedavi yolu olarak tercih edilen, kişinin bazı organlarından mahrum olması ile sonuçlanan ve geri dönüşü mümkün olmayan bir plastik cerrahi operasyondur.²⁸

Kişinin gerçekte olması gereken cinsiyete ve buna uygun bedene sahip olmak isteği, kendi varlığını özgür iradesiyle belirleme hakkıyla ilgilidir. Ancak

²⁷ Eşcinselliği hastalık olarak niteleyen Yargıtay kararı için bkz., Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.6.1982, E. 1982/5077, K. 1982/5531. Kararda geçen ifade şöyledir: “Boşanma sebebi, toplumun asla hoş görmeyeceği ‘eşcinselliğe’ Türkçe deyimini ile ‘seviciliğe’ dayanmaktadır. Böylesine marazi (hastalık derecesine varan) bir alışkanlığı bulunan kadına kız çocuğunun velayetinin verilmesi onun geleceğini tehlikeye düşüren bir durum meydana getirebilir.” Ayrıca, bir kişiye eşcinsel olup olmadığını sormayı ‘yüze karşı sövme’ olarak niteleyen karar için bkz., Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 25.9.1997, E. 1997/7001, K. 1997/7594.

²⁸ Jale Bafra, “Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar”, **Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi**, 2004, Cilt 1, Sayı 1, s. 47.

cinsiyete bağılı hukuksal sonuçların varlığı, kişinin cinsiyet değişikliğinin devlet tarafından da tanınması gerekliliğini doğurur ki bu da işin hukuksal boyutudur.

Tıbbi müdahaleler ve hormon tedavileri, cinsiyetin belirlenmesinde rol oynadıklarından, bu durum hukuk alanında da yansımalarını gösterir.²⁹

1. 1988 Yılı Öncesi Hukuki Durum

Türk hukukunda, 1988 yılına dek, transseksüellere ilişkin herhangi bir hukuki düzenleme yoktu. Cinsiyet değişikliği konusunda özel hukukta herhangi bir düzenleme olmamasının yarattığı boşluk, ilk olarak sanatçı Bülent Ersoy'un, 1981 yılında Londra'da cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirmesi ve bu değişikliğin nüfus kaydına uygulanmasını talep etmesi nedeniyle gündeme gelmiştir. Bu konuda açılan davalar nihayetinde Yargıtay hüküm vermiştir.³⁰ Varolan hukuki düzenlemelerin, bireylere cinsiyetlerini seçme özgürlüğü tanınaması ve bunun sonucu olarak, nüfus sicilinde değişiklik yapılmasının hukuken mümkün olmaması, Yargıtay'ın başvuruyu reddetme gerekçesi olmuştur:

“...Yürürlükte bulunan Hukuk Kuralları iradi şekilde cinsiyet değişikliğine cevaz vermemektedir. Her şeyden önce böyle bir eylem kişilik hakkı (Şahsiyet hakkı) üzerinde tasarruf niteliği taşımaktadır ki, M.K.'nın 23. maddesi buna engeldir... Her ne kadar, yanlışlığın devamına hukuk ilgisiz kalamaz ise de hukukun öngördüğü husus, çift organlı olarak doğmuş olan (yani hünsa durumunda bulunan) ve zamanla inkişaf eden cinsiyetine göre ameliyatla durumu açıklığa kavuşanların, işbu gerçek cinsiyetleri ile nüfus kayıtlarındaki çelişkinin düzeltilmesini sağlamaktadır. Dosyadaki raporlar olayın gelişimi ve yürürlükteki hukuk karşısında davacı, hangi cinsel duygular içinde bulunursa bulunsun, ne yolda

²⁹ Adnan Öztürel, “Transseksüalizm ile Hermafrodizimde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri”, **AÜHFD**, 1980, Cilt 37, Sayı 1-4, s. 267.

³⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.3.1986, E. 1986/651, K. 1986/3256, YKD, 1986, Cilt XII, s. 1112-1126. Yargıtay bahsi geçen onama kararını oyçokluğu ile almıştır. Bu karara katılmayan Hakim Namık Yalçinkaya'nın oldukça kapsamlı karşı oy yazısında açıkladığı görüşleri ise, bu çalışmadaki eleştiriler ile pek çok noktada paralellik taşır; bkz., YKD, 1986, Cilt XII, s. 1115-1126. Bu karşı görüşe dayanak olan bilirkişi raporu için bkz., Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açılabilir Mi?: Fransa, Almanya, İsviçre ve İsveç Hukukları İle Mukayeseli Olarak**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986, s. 9-66.

cinsel tatmine ulaşırsa ulaşsın, psikolojik yapısında ne gibi değişiklik meydana gelirse gelsin, özgür iradesi ile yok ettiği cinsiyetine dayanarak karşı cinsten olduğunun tespitini, yani cinsiyetinin değiştirilmesini isteyemez.”³¹

Kişinin cinsiyet değişikliğini, tamamen kişisel tercihi, keyfiyeti ve rızası ile ilişkilendirerek, değişikliğin tıbben bir zorunluluk olduğunu belirten uzmanların görüşlerinden oluşan adli tıp raporunu görmezden gelen bu karar, doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir.³² Her ne kadar söz konusu ameliyat kişinin kendi isteği ile gerçekleşmişse de, bu durumun, özgür iradenin gereksiz bir dışavurumu olarak değerlendirilmiş olması doğru değildir ve eleştiriler de özellikle bu noktaya dairdir. Ayrıca doktrinde, cinsiyetin yeniden belirlenmesi olanağının yalnızca hermafroditlere (çift eşeyli/*intersex*) tanınması yolundaki görüşe katılanlar olsa da³³ bu görüşün yerinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü hermafroditlere yapılan müdahalenin amacı cinsel kimliğin belirlenmesi olduğuna göre, transseksüellerin fiziksel değil belki ama ruhsal olarak içinde bulunduğu kimliğin ortaya çıkarılmasında da benzer bir cinsel kimlik tanımlaması vardır; aralarındaki tek fark, ilkinde fiziki belirsizlik, ikincisinde ruhsal belirsizlik bulunmasıdır.³⁴

Yargıtay, kişinin kendi isteği ile cinsiyetinin değiştirmesini, o dönem yürürlükte olan 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesi³⁵ kapsamında değerlendirerek, kişiliğin içe karşı/dahilen korunması gerekliliğinin, cinsiyetin yeniden belirlenmesine imkan vermediğini söylemiştir.³⁶ Oysa bu yorum yerinde değildir, çünkü 23. maddede bahsedilen koruma, medeni haklardan yararlanma,

³¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.3.1986, E. 1986/651, K. 1986/3256, YKD, 1986, Cilt XII, s. 1112-1113.

³² Haluk Burcuoğlu, “Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu’nun, ‘Türk Hukukunda Transseksüellerin Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi için Dava Açabilir mi?’ Adli Eseri ve Buna Bağlı Olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 27.3.1986 T.ve E. 651, K. 3256 Sayılı Kararı Üzerine”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1986, Cilt 60, Sayı 7-8-9, s. 439.

³³ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 105-106.

³⁴ Kudret Güven, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, **GÜHFD**, 1997, Cilt 1, Sayı 1, s. 69.

³⁵ Madde 23: “Kimse, medeni haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun feragat edemez. Kimse, hürriyetini ferağ edemediği gibi kanuna veya adabı umumiyeye mugayir surette takyit dahi edemez.”

³⁶ Yargıtay’ın, yürürlükte bulunan hukuk kurallarının iradi şekilde cinsiyet değişikliğine imkan vermediği, bu tarz bir eylemin kişilik hakkı üzerinde tasarruf niteliği taşıdığı ve bu sebeple kişinin serbest iradesi ile yaptırdığı ameliyat sonucu erkekliğine yeniden kavuşamayacak olmasının da sonucu değiştirmeyeceğini söyleyen bir başka kararı için bkz., Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 23.10.1987, E. 1987/2-318, K. 1987/759.

yani hak ehliyeti ile medeni hakları kullanma, yani fiil ehliyetinden vazgeçilemeyeceği yönündedir. Özsunay’a göre de, bu madde esasen Sözleşme Hukuku ile ilgilidir ve kişilik asıl, başkaları tarafından yapılan hukuki işlemlerden kaynaklanan ihlallere karşı korunur.³⁷

Yargıtay, Bülent Ersoy’un cinsiyet değişikliği ile ilgili kararında şöyle devam eder:

“... Kanun, kişilik hakkına bizzat saldıran kimsenin, meydana getirdiği sonuca hukukta yeri olmayan bir çare bulmaya mecbur değildir. Herkes yanlış eylemlerinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. İşe, duygusal zeminde çözüm aramak doğru olamaz. Çünkü hukuk, hak karşısında ne kadar şefkatli ise, hata söz konusu olduğu hallerde de o derece müsamahasızdır. Erkekliğini yitirmiş ve fakat kadın da olamamış bir kimsenin çaresizliğine birlikte acınır. Ama kanun bir yana itilerek imkan hazırlanamaz.

... Serbest irade ile kişi cinsiyetini keyfince değiştiremez. Aksi kabul edilirse iş, kişilik hakkı üzerinde tasarrufla kalmaz. Kanun’a karşı hilelere kapı aralamış olur. Söz gelimi eşinden boşanamayan kimse cinsiyetini değiştirerek ve aynı cinsten kişilerin evli olamayacakları kuralına dayanarak evlilik bağına çözme imkanı elde edecektir. Yine bir kimse erkeklere özgü olan askerlik, milli görevden (askerlik yükümlülüğünden) kurtulmaya ya da kadınlar için tanınan daha erken emeklilik hakkı elde etmeye, benzeri başka haksız yararlar sağlamaya imkan bulur. Bu örneklerle kimsenin olumlu cevap vereceğini sanmıyoruz.”³⁸

Yargıtay kararında, kişinin kendi isteği ile cinsiyetini değiştirmesinin, ‘Kanun’a karşı hilelere kapı aralamak’ anlamına geldiği belirtilmiştir. Oysaki kişinin bu ameliyatı geçirmesinin tıbbi bakımdan bir zorunluluk oluşu, bu durumun hiç de askerlikten kaçmak ya da erken emekli olmak gibi avantajlar sağlamaya yönelik bir eylem olmadığını açıkça gösterir. Üstelik bu ameliyatın geri dönüşü imkan vermemesi de, bu derece ciddi bir operasyonun sırf yükümlülükten kaçmak ya da çıkar sağlamak için yapılmayacağına dair net bir işarettir.

³⁷ Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul, İÜHF yayınları No:2610, 1979, s.152.

³⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.3.1986, E. 1986/651, K. 1986/3256, YKD, 1986, s. 1113-1114.

Bunlardan başka aynı kararda Yargıtay, bu alanda Medeni Kanun'da bir boşluk olmadığını da belirtir:

“... Olayımızda açık ve kapalı bir kanun boşluğu yoktur. Yani yürürlükteki hukuk bu konuda hüküm vermeye yeterlidir. Onun için olması gereken hukuku yürürlükteki hukukun yerine koymak sureti ile karar verilemez. Eğer olması gereken hukuk iddiası kamu yararına ise, bunu kanun koyucu ele alıp bir düzenleme yapabilir.”³⁹

Ancak Yargıtay'ın ‘kanun boşluğu’ olmadığı yönündeki bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Nitekim cinsiyet değiştirilmesi ve resmi belgelerin yeni cinsiyete göre düzenlenmesi konusunda Medeni Kanun'da da, tali kaynak niteliğindeki örf –adet hukukunda da bir düzenlemenin varlığından söz edilemez. ‘Hukuk boşluğu’⁴⁰ durumunda hakim kendisini kanunkoyucu yerine koyarak mevcut boşluğu doldurur ve ona göre hüküm verir. Bunu yaparken ‘olması gereken nedir?’ sorusuna yanıt bulmaya çalışılır. İsviçre’de, benzer bir durumun çözümünde, mahkemeler kanunda bir boşluk bulunduğunu kabul ederek, İsviçre Medeni Kanunu’nun 1. maddesindeki hakimin hukuk yaratması yetkisine dayanarak, resmi kayıtların değiştirilmiş cinsiyete göre düzeltilmesinin yolunu açmışlardır.⁴¹ Türkiye’de ise bu boşluk, Medeni Kanun’da nihayet 1988 yılında yapılan hukuki düzenleme ile doldurulmuştur. Değişiklik getiren 3444 sayılı Kanun’un yürürlük kazanması ile Bülent Ersoy’un üçüncü kez açtığı dava kabul edilmiş ve nüfus kütüğündeki ‘erkek’ ibaresi, ‘kadın’ olarak değiştirilerek, kendisine yeni bir kimlik belgesi verilmiştir.

Aşağıdaki başlık altında ayrıntılı ele alınan 1988 tarihli yenilik öncesi, cinsiyet değiştirme ameliyatlarının hukuka uygun olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalı bir konuydu.

³⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.3.1986, E. 1986/651, K. 1986/3256, YKD, 1986, s. 1114.

⁴⁰ ‘Kanun boşluğu’ yerine ‘hukuk boşluğu’ kavramını kullanmak daha isabetlidir; zira, yalnızca uygulanacak bir kanun hükmü olmadığında değil, aynı zamanda uygulanabilir bir örf-adet hukuku kuralı da bulunmadığında ancak ‘boşluk’tan söz edilir. Aynı yönde görüş için bkz. Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, 13. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 1999, s. 170-171.

⁴¹ Michael R. Will, Bilge Öztan, “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu”, **AÜHFD**, 1993, Cilt 43, Sayı 1-4, s. 232.

Cinsiyetin yeniden belirlenmesinin hukuka aykırı olduğu görüşünde olanların argümanları, özellikle Bülent Ersoy davasında, yukarıda değinilen Yargıtay kararının gerekçeleri ile örtüşmekteydi. Bununla birlikte cinsiyet değiştirme ameliyatları ile esasen cinsiyetin değişmediği, yalnızca dış görünüş olarak kişinin karşı cinse benzetildiği ve sonuçta üreme yeteneğini asla kazanamayacağı için cinsiyet değiştirmiş olmadığı savıyla, cinsiyet değişikliğinin hukuka aykırı olduğu da ileri sürülmüştür.⁴² Oysa nasıl ki kaza ya da hastalık gibi irade dışı nedenlerle cinsel organları tahrip olmuş ya da bir şekilde üreme yeteneği kaybolmuş kişilerin cinsiyetlerinin değişmiş kabul edilmesi söz konusu değilse, transseksüellerin çocuk yapmalarının mümkün olmaması nedeniyle gerçek bir cinsiyet değişikliğinden söz edilemeyeceği savı da kabul edilemez.

2. 1988 Yılında Getirilen İlk Hukuksal Düzenleme

Transseksüellerle ilgili olarak yapılan ilk hukuksal düzenleme, 17 Şubat 1926 tarihinde kabul edilen 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 29. maddesinin, 1988 yılında 3444 sayılı Kanun ile eklenen 2. fıkrasıdır. Kanunkoyucu, örneğin İsveç, Almanya ya da İtalya'da olduğu gibi, cinsiyet değişikliği hakkında özel bir kanun çıkarmak yerine, Hollanda'da olduğu gibi, bu konuyla ilgili hükümlere Medeni Kanun'da yer vermeyi tercih etmiştir. Will-Öztan'a göre bu tercih yerindedir, böylelikle Medeni Kanun'un bütünlüğü korunmuştur.⁴³ Oysa tereddüde yer bırakmayacak biçimde ve cinsiyet değişikliğine bağlanan sonuçların ayrıntılı olarak belirtildiği bir özel kanunun çıkarılması, en azından konuya verilen önemi göstermek bakımından daha doğru olurdu.⁴⁴

Bu maddeye göre:

⁴² Cinsiyet değiştirme operasyonu geçirmiş transseksüellerin dahi gerçekten cinsiyet değiştirmedikleri yönündeki düşüncelere ilişkin tartışma ve özellikle bu düşüncelerin hangi sebeplerden ötürü yerinde olmadığına dair açıklamalar için bkz., Necip Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s.28-30.

⁴³ Michael R. Will, Bilge Öztan, **a.g.m.**, s. 227-228 ve 239.

⁴⁴ Cinsiyet değişikliğinin özel bir kanunla düzenlenmesi konusundaki benzer görüş için bkz., Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **a.g.e.**, s. 115. Bu görüşün gerekçesi, eklenen fıkranın Medeni Kanun içindeki yerinin hatalı görülmesidir. Bu görüşe göre, cinsiyet değişikliği yalnızca sicil düzeltilmesi ile ilgili değildir; kişiliği yakından ilgilendirir ve şartlarının etrafı olarak sınırlandırılması gerekmektedir; bu nedenle özel bir kanunla düzenlenmesi daha doğru görülür.

“Doğum ve ölüm nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat olunur. Nüfus sicilinde kayıt bulunmaz veya mevcut kaydın doğru olmadığı tahakkuk ederse keyfiyet her hangi bir delil ile ispat olunabilir.

(Ek Fıkra: 3444 - 4.5.1988) Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Bu konuda açılacak davalarda cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise, eşe de husumet yöneltir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur.”

Kişinin evli ya da bekar olması veya çocuğunun olması cinsiyetin yeniden belirlenmesine engel değildir, ancak, eğer kişi evliyse evlilik cinsiyet değişikliği kararı ile kendiliğinden sona erecek⁴⁵ ve varsa çocuğun velayeti konusunda, mahkeme karar verecektir.

Bu düzenlemeye, çok yetersiz ve yalnızca Bülent Ersoy davası ile ilgili olarak gündemdeki tartışmaları sona erdirmeye amaçlı olduğu yönünde eleştiriler gelmiştir.⁴⁶ Hüküm, cinsiyetin yeniden belirlenmesinin hukuki dayanağı olan tıbbi müdahalenin şartlarını ya da ameliyatların kimlere uygulanacağı konusu ile buna bağlı sonuçları net biçimde düzenlememiştir.⁴⁷ Öncelikle, cinsiyet değişikliğinin doğumdan önce gerçekleşmesi mümkün olmayacağı için, ‘Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin’ şeklindeki ifade hatalı olmuştur. Bunun dışında, ‘asgari sağlık kurulu raporu’ denilerek işaret edilen raporun, hangi esasları içermesi gerektiği ve tam olarak nereden alınması gerektiği konusu belirsizdir.⁴⁸

⁴⁵ Evliliğin sona ermesinde tarafların iradesine gerek duyulmadığından ve sona erme bir mahkeme kararına da dayanmadığından, bu fıkranın, Aile Hukukuna egemen olan sisteme uygun olmadığı eleştirisi için bkz., Aydın Zevkliler, “Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1988, Sayı 2, s. 281-282.

⁴⁶ Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk**, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000, s. 445, 538 ve 868-871; Jale Bafra, **a.g.m.**, s. 51; Kudret Güven, **a.g.m.**, s. 71.

⁴⁷ Bu konuya ilişkin olarak, Dural/Öğüz oldukça sert bir eleştiride bulunmuştur. Buna göre, cinsiyet değişikliğinin hiçbir ön şarta bağlanmaması, tedavi amaçlı olmayan, ‘keyfi’ değişikliklere de izin verir; bu durum ise kamu düzeni bakımından olağanüstü tehlikeli görülür. Bkz., Mustafa Dural, Tufan Öğüz, **a.g.e.**, s. 116.

⁴⁸ Hatemi’nin bu konudaki önerisi, bu gibi ameliyatlar için Adli Tıp bünyesinde oluşturulacak özel bir uzmanlar kurulundan alınacak raporunun şart koşulmasıdır; bkz., Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 98.

Yargıtay, bu konudaki belirsizlikten kaynaklı bir dava önüne geldiğinde, tıbbi raporla ilgili şu gereklilikten söz etmiştir:

“...Cinsiyet değişikliğine ilişkin davalar, diğer kayıt düzeltme davaları gibi kamu düzeni ile yakından ilgili bulunduğundan, hakim istekle bağlı kalmayarak kendiliğinden de yapacağı araştırma sonucu toplayacağı delillerle varacağı uygun sonuç doğrultusunda karar vermek durumundadır. Buna göre mahkemece, 743 Sayılı Türk Medeni Yasasının 29. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin, sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus siciline gerekli düzeltmenin yapılacağı hükmü de gözetilerek davacının, ibraz ettiği deliller ve raporlar yeterli bulunmadığı takdirde, davasını kanıtlayıcı yeni deliller istenilip, ayrıca tam teşekküllü bir üniversite hastanesine sevki de sağlanarak dava konusunda sağlık kurulu raporu aldırılıp, hasıl olacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken...”⁴⁹

Söz konusu belirsizlikler dolayısıyla akla şu sorular gelmektedir: Kişinin cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmesi hangi durumlarda, o kişi için keyfiyet değil, mecburiyettir? Cinsiyet değiştirme operasyonu geçirebilmek için bir alt yaş sınırı var mıdır, ya da varsa bu sınır nedir? Ancak 29. madde bu sorulara yanıt vermemektedir.

Kanunkoyucunun cinsiyetin yeniden belirlenmesi konusundaki hukuki boşluğu giderme amacıyla yaptığı bu düzenleme, özellikle cinsiyet değiştirme olanağını herkese, hele de evli kişilere ve hiçbir izne tabi kılmadan getirmesi, kimi hukukçular tarafından ağır şekilde eleştiriye uğramıştır.⁵⁰ Bu eleştirilerin temelinde şu düşünce vardır: Cinsiyetin yeniden belirlenmesi imkanı herkese değil, sadece hermafroditlere ve belki bir ölçüde de transseksüellere tanınmalıdır; çünkü hermafroditlerin cinsiyet değiştirme ameliyatı ile cinsiyetlerinin meydana çıkarılmasında kamu yararı vardır, transseksüeller de bu yolla ruh sağlığına kavuşurlar.⁵¹ Ancak zaten cinsiyetin yeniden belirlenmesi ameliyatı yalnızca

⁴⁹ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi , 17.6.2002, E. 2002/4281, K 2002/6855.

⁵⁰ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 97-106; Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla, **a.g.e.**, s.784 vd.; Abdülkadir Arpacı, **Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler**, 2. bs. İstanbul, Beta Yayınevi, 2000, s. 126.

⁵¹ Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla, **a.g.e.**, s. 785.

hermafroditler ile transseksüeller için kaçınılmazken, diğer kişilerin yani eşcinsellerin ya da transseksüel ya da hermafrodit olmayan heteroseksüellerin de bu operasyonu geçirebileceğini düşünmek ve bu nedenle söz konusu kanun maddesini eleştirmek gereksizdir. İnsanların geri dönüşü olmayan bu değişikliği, sırf kendisine çıkar sağlamak ya da kimi yükümlülüklerinden kurtulmak için geçirmeyi göze alacağını düşünmek için bir neden yoktur.

3. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu İle Getirilen Düzenleme

743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun tek bir maddesinde, tek bir fıkrada yer verilen cinsiyetin yeniden belirlenmesi konusundaki düzenlemenin yetersizliği, özellikle, konu ile ilgili tüm yönleri daha detaylı ele alacak bir özel düzenlemenin gerekliliğini daha da görünür hale getirmişken, kanunkoyucu tercihini yine özel bir düzenleme yapmak yerine, çıkarılan yeni Medeni Kanun’da yer verilen bir madde ile konuyu düzenlemekten yana kullanmıştır.

22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu md. 40’a göre:

“Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.

Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”

743 sayılı Medeni Kanun ile karşılaştırıldığında, yeni kanunun öngördüğü düzenleme, pek çok farklılık içerir. Artık cinsiyetin yeniden belirlenmesi

konusundaki belirsizlikler giderilmiş ve cinsiyet değiştirebilmek için gerekli şartlar bu madde içinde belirtilmiştir.

a. Cinsiyet Değiştirmenin Koşulları

Kanunun 39. maddesine göre, mahkeme kararı olmadan, kişisel durum kaydında hiçbir düzeltme yapılamaz. Buradan, kişinin cinsiyeti değiştiğinde, resmi kayıtların, yeni cinsiyetine uygun hale getirilebilmesi için bir mahkeme kararının varlığının şart olduğu sonucu çıkar ki gerçekten de 40. maddeye göre, cinsiyet değişikliği mahkeme iznine bağlanmıştır. Cinsiyet değiştirmek isteyen kişi bizzat başvurarak cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin istemelidir.

Önceki düzenlemenin aksine, artık cinsiyet değiştirmek için evli olmamak ve 18 yaş doldurmuş olmak şarttır.⁵² Hatta maddede açıkça belirtilmemiş ise de, cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirecek kişinin, ayırt etme gücünü haiz olması gerektiği de söylenebilir.⁵³ Artık evli kişilerin cinsiyet değiştirmesi mümkün değildir. Zira evli kişilerin cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmesine izin verildiği durumda, bir süre için dahi olsa, aynı cinsten iki kişinin evli kalması gibi bir durum ortaya çıktığından, önceki düzenleme eleştirilmiştir.⁵⁴ Türk hukuk sistemine göre, aynı cinsiyetten kişilere evlenme hakkı tanınmadığından, ortaya çıkan bu durum rahatsız edici bulunmuş olacak ki, yeni düzenleme buna imkan tanımaz biçimde düzenlenmiştir.

Maddeye göre, cinsiyet değiştirecek kişi, transseksüel yapıda olmalıdır. Kanunda bu konuya dair açık bir belirleme olmadığına göre ‘transseksüel yapıda olmak’tan ne anlaşılmalıdır?

Doktrinde, yalnızca hermafroditlerin transseksüel yapıda olduklarına ilişkin görüşler olsa da⁵⁵, bu çalışmanın birinci bölümünde açıklandığı üzere,

⁵² 18 yaşını doldurmamış kişinin cinsiyet değiştiremeyeceğini ifade eden Yargıtay kararı için bkz., Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 17.7.2003, E. 2003/11898, K. 2003/12737.

⁵³ Yeşim M. Atamer, “The Legal Status of Transsexuals in Turkey”, **International Journal of Transgenderism: The Official Journal of World Professional Association for Transgender Health**, Volume 8, No. 1, 2005, s. 65-71.

⁵⁴ Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla, **a.g.e.**, s. 870.

⁵⁵ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, Cilt 1, 5. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2004, s. 501.

transseksüalizmde, karşı cinsiyetten biri olmak isteği esaslı unsurdur. Oysa hermafrodit kişi çift cinsiyetli olduğuna göre, onun için ‘karşı’ cins yoktur. Ancak elbette ki kendisine erkek ya da kadın olarak hissediyor olduğundan, buna uygun bedene kavuşması ve bu yolda hukuki haklardan yararlanabilmesi gerekir. Yani bu maddede belirtilen hale uygun kişiler yalnızca hermafroditler değildir.

Düzenlemeye göre ayrıca, kişinin ruh sağlığı, mutlaka onun cinsiyet değiştirmesini gerektirmelidir. Kanunkoyucunun burada amaçladığının, kanuna karşı hileyi, yani transseksüel olmadığı halde askerlikten kaçmak ya da erkek emeklilikten faydalanmak gibi durumlar için cinsiyet değiştirmeyi engellemek olduğu anlaşılır. Bu şarta, cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak için başvuran kimsenin, üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunması şartı da eklenmiştir. Bu durum, bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporu ile belgelenmelidir. Bu noktada akla şu soru gelebilir: Üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksunluktan, ‘doğuştan itibaren yoksunluk’ durumunu mu anlamak gerekir? Şayet böyle ise, önceki kanunun aksine, çocuğu olan kişilerin ameliyat olabilmesi mümkün olmayacaktır, ki böylesi bir durumda çocuğu olanlarda transseksüellik görülemeyeceği gibi tamamen bilim-dışı bir sonuç ortaya çıkar.

Bütün bu şartlara uyan kişi mahkemeden aldığı izinle, cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirecek ve bu durum resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulandıktan sonra, nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılması yine mahkeme kararıyla mümkün kılınacaktır. Yani bu noktada, önceki düzenlemeden temel farkın, mahkemeye yapılacak başvurunun, ameliyatı geçirmeden önce yapılması olduğu görülür. Oysa 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 29. maddesine, 1988 yılında 3444 sayılı Kanun ile eklenen 2. fıkraya göre, ameliyat olabilmek için mahkemeden izin almaya gerek yoktu. Cinsiyet değiştikten sonra, durumun sağlık kurulu raporu ile belgelenmesi halinde, nüfus kaydında gerekli düzenlemeler yapılıyordu.

b. Düzenlemeye İlişkin Sorunlar

Medeni Kanun’daki düzenleme, eskisine göre, cinsiyet değiştirme konusundaki muğlaklığı bir ölçüde giderirken, bir yandan da süreci güçleştirmiştir.

Aşağıda bu düzenlemeden kaynaklı olarak cinsiyet değiştirme konusunda, uygulamada ortaya çıkan bazı spesifik sorunlar ele alınmıştır.

(1) Üreme Yeteneğinden Yoksunluk Şartı

Mevcut düzenlemeye getirilecek en ciddi eleştiri, cinsiyet değiştirecek kişinin ‘üreme yeteneğinde yoksun olması’ şartının varlığıdır. Bir insanın kendisini, biyolojik cinsiyetinden ayrı, karşı cinsiyetten biri gibi hissetmesi, kendiliğinden üreme yeteneğini sonlandıramayacağına göre, bu durumun transseksüelizm ile hiçbir ilgisi yoktur. Bir cinsel organa sahip olduğuna göre üreme yeteneği de var olan bir insan, kendisini karşı cinsiyetten biri olarak hissedebilir. Bu düzenlemeye göre, kendisini karşı cinsiyetten hisseden, ancak üreme yeteneği olan kişi, hiçbir zaman mahkemeden izin alamayacağı için, cinsiyet değiştiremeyerek, yanlış bedene hapsolmuş biçimde yaşamak zorunda bırakılmış olacaktır, ki bu durumun insan onuruyla bağdaşmadığı açıktır. Bu durumdaki bir kişinin öncelikle kendisini kısırlaştırmaktan başka çaresi kalmayacaktır⁵⁶; ki bunun kişiye ek bir yük olduğu açıktır.⁵⁷ Üstelik uygulamada, 40. maddede yer alan ‘üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi’ şartı gereği⁵⁸, erkeklerden sperm alınması konusunda sıklıkla sorunlar yaşanmaktadır.⁵⁹ Kişiden sperm alabilmek için, ondan mastürbasyon yapması beklenir, çoğunlukla başvuru yöntem budur. Oysa bu kişi zaten kendisini kadın hissetmektedir ve anlaşılır biçimde, vücudundan, özellikle de erkeklik organının varlığından rahatsızlık duymaktadır. Bu yolla kişiden sperm

⁵⁶ Uygulamada da cinsiyet değiştirme operasyonu, iki aşamalı olarak gerçekleşmektedir. Kişi önce mevcut cinsel organlarının alındığı ameliyatı geçirir ve artık üreme yeteneğinden mahrum olduğu durumu tıbbi raporla belgelenir, bunun ardından mahkemeden izin alınarak, cinsiyetin dönüştürülmesi tamamlanır. Bkz., Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 13.02.2006, E. 2005/17485 K. 2006/1343; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20.4.2006, E. 2005/20746 K. 2006/5916.

⁵⁷ Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 215.

⁵⁸ Raporun hazırlanmasında tıbbi süreç ile ilgili olarak ayrıntı için bkz., Şahika Yüksel, v.d. “Group Psychotherapy with Female-to-Male Transsexuals in Turkey”, **Archives of Sexual Behavior**, 2000, Cilt 29, Sayı 3, s. 279-290; N. T. Karalı, v.d., “Cinsiyet Değiştirme Ameliyatlarında Standart Değerlendirme: Karar Verme ve Bakım İlkeleri”, **NöroPsikiyatri Arşivi**, 1998, Cilt 35, Sayı 1, s. 48-54.

⁵⁹ Eşcinsellere Yönelik Ayrımcılık ve Şiddet Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 16 Mayıs 2003, V. Oturum: Travesti ve Transseksüellerin Sorunları.

alınarak, 40. maddedeki şartın yerine getirilmeye çalışılması, insanı aşağılayan ve ona eziyet çektiren muameleden başka bir şey değildir. Üreme yeteneğinden yoksunluk şartının, ameliyat öncesi izin safhasında değil, ameliyat sonrasında, cinsiyet değişikliğini hukuken tanıma aşamasında aranması gerekirdi.

(2) Yurtdışında Cinsiyet Değiştirenlerin Türkiye'deki Hukuki

Durumu

Yeni düzenleme, eskisinde mevcut pek çok belirsizliği gidermek noktasında başarılı sayılabilirse de, cinsiyet değiştirme ameliyatını yurtdışında geçirip, Türkiye'de nüfus sicilini düzeltmek isteyenlerin durumunun ne olacağı sorunludur. Mahkemeden izin almaksızın cinsiyet değiştirenler ya da evli oldukları halde ameliyat olanların hukuki durumlarındaki belirsizlikten kaynaklanan sorunlarla uygulamada karşılaşılması kaçınılmazdır.⁶⁰ Bu konuda, Medeni Hukuk alanında çalışan kimi hukukçular, yasal olmayan yollarla yani izin alınmadan gerçekleşen cinsiyet değiştirmenin, ilke olarak hukuk düzeni tarafında korunmayacağını belirtirler. Ancak nihayetinde kişi cinsiyetini değiştirmiş ve mevcut evliliğin tarafları hemcinstir; bu durumda evliliğin devam etmesi mümkün müdür? Bu sorunun çözümüne dair Akıntürk'ün görüşü şöyledir:

“Fikrimizce yasal yoldan olmasa bile eşlerden birinin fiilen (de facto) cinsiyet değiştirmiş olması sonucunda, mevcut evliliğin aynı cinsten iki kişi arasında sürdürülmesi kamu düzenine aykırı olduğu gibi, aynı zamanda Türk halkının genel ahlak anlayışına ters düşer. Bu itibarlardır ki, cinsiyet değişikliğinin kanuna aykırı olarak gerçekleşmiş olsa bile, aynen ölüm halinde olduğu gibi *mevcut evliliği, değişikliğin gerçekleştiği anda kendiliğinden sona erdiğini* ya da *yok evliliğe dönüştüğünü* kabul etmek, en az sakıncalı yol olarak düşünülebilir. Kaldı ki başlangıçta aynı cinsten iki kişinin evliliği yokluk yaptırımına tabidir, böyle bir evlilik daha doğduğu anda kendiliğinden yok sayılır. Böyle bir durumun sonradan

⁶⁰ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 8. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 119.

ortaya çıkmasının da değişme gününden sonra aynı sonuca bağlanmasını önermek veya kabul etmek, zorlama gibi görünse bile, eşyanın tabiatına aykırı düşmez.”⁶¹

Medeni Kanun’un 40. maddesindeki düzenlemeye göre, öncelikli şart, ameliyat olabilmek için mahkemeden izin alınmasıdır. Oysa bu kişiler izin almamışlardır ve evli olmaları ya da ameliyat öncesi durumda üreme yeteneğini haiz olmaları olasıdır. Maddenin 2. fıkrasında, mahkeme tarafından verilen izin doğrultusunda cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin tıbbi raporla doğrulanması durumunda ancak mahkemenin nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verileceği belirtilir. Bu demektir ki, bu izin olmadan gerçekleştirilmiş bir ameliyatın varlığı halinde, nüfus sicilinde bir düzeltme yapılması talebi reddedilecektir. Ancak bu durumun, çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı belirtildiği üzere, AİHS’nin 8. maddesini, yani özel hayata saygı gösterilmesi hakkını ihlal etmek anlamına geldiği, özellikle son dönem AİHM kararlarından anlaşılır. Bu da, Medeni Kanun’un 40. maddesinin, AİHS’nin 8. maddesine açıkça aykırı olduğunu gösterir. Mahkemeden izin alınmaksızın cinsiyetin değiştirilmesi durumunda ya da Medeni Kanun’un aradığı diğer şartlar gerçekleşmediği halde ameliyat olunması halinde, *de facto* durum hukuk düzenince kabullenilmelidir.⁶²

Cinsiyet değiştiren kişinin nüfus sicilinde, cinsiyetin yanı sıra ismini değiştirmesi de mümkündür. Medeni Kanun md. 27’ye göre, kişi haklı nedenlerle, mahkemeden isminin değiştirilmesi talep edebilir. Haklı nedenin ne olduğuna hakim karar verir, ki elbette cinsiyetin değişmiş olması, haklı bir nedendir.⁶³ Ancak transseksüellerin nüfus kaydında, ameliyat öncesi kimlik ve cinsiyetlerine dair mahkeme kararının yer alması, nüfus kayıt örneğinin çıkartılması gereken her durumda, bu kişilerin özel hayatlarının gizliliğine saygı hakkı noktasında, çalışmanın ikinci bölümünde ele alınan, aynı konuya yönelik AİHM kararları da dikkate alındığında, sorun yaratmaya devam etmektedir. Bu noktada, yalnızca belli durumlarda ve ancak mahkeme kararı ile bu kayıtlara ulaşılmasını sağlayabilecek

⁶¹ Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku**, 10. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2006, s. 207.

⁶² Aynı yönde görüş için bkz., Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **a.g.e.**, s. 119.

⁶³ Yeşim M. Atamer, **a.g.m.**, s. 69.

bir düzenlemenin yapılması, özel hayatın gizliliğini korumak bakımından bir çözüm olarak düşünülmelidir.

c. Cinsiyet Değişikliğinin Sosyal Yardımlara Etkisi

Transseksüellerin sosyal hakları bakımından da cinsiyet değiştirmenin kimi hukuki sonuçları mevcuttur.

1993 yılında verdiği bir kararda Danıştay, mahkeme kararı ile cinsiyet değişikliği saptanarak, artık nüfusa ‘kadın’ olarak kaydedilen kişinin, erkek olarak kabul edilemeyeceği ve kanunların kadınlar için tanıdığı tüm haklardan, erkek olan transseksüelin de yararlandırılması gerektiğinden, ameliyat sonucu kadın olan kişiye yetim aylığı bağlanmamasında hukuka aykırılık bulmuştur.⁶⁴ Bu çalışmanın ikinci bölümünde anlatılan AİHM’nin *Linda Grant* davasında verdiği kararla⁶⁵ paralellik taşıyan bu Danıştay kararına göre, bir mahkeme kararıyla kadın olduğu nüfusa tescil edilen transseksüel kadınlar, haklardan yararlanmada diğer kadınlar ile eşittirler.

Danıştay 1983 yılında verdiği bir kararında, hukuken erkek sayılan bir kişiye eğlence yerlerinde kadın sanatçı olarak çalışması için izin verilmemesi yönündeki idari işlemde mevzuata aykırılık olmadığını belirtmişti. Kararın verildiği zaman, henüz mevzuatta cinsiyet değiştirme ile ilgili bir düzenlemenin bulunmadığını hatırlatmakta yarar vardır. Bu davada davacı, biyolojik bakımdan erkek olarak doğmuş ve cinsiyet değiştirme operasyonu ile kadın olmuş bir transseksüeldir. Mevzuata göre, kadınların bar, gazino gibi yerlerde çalışabilmesi, o yerin en büyük mülkiye amirinin iznine bağlıdır.⁶⁶ Davacı, cinsiyet değiştirdiğini ve kadın olduğunu belirterek, nüfus sicilinde gerekli tashihi yapılması talebiyle mahkemeye başvurmuş ve mahkeme de davacının şahsi hal kaydının kadın olarak düzeltilmesine ilişkin karar vermiştir. Ancak bu karar, savcının temyize gitmesiyle, Yargıtay tarafından bozulmuş, ilk derece mahkemesi de bu bozma kararına uyarak davacının nüfusunun kadın olarak tashihi yolundaki talebini reddetmiştir. Sonuçta

⁶⁴ Danıştay 10. Dairesi, 27.12.1993, E. 1992/4706, K. 1993/5536.

⁶⁵ Mahkeme, **Grant v. Birleşik Krallık**, 23 Mayıs 2006, 32570/03.

⁶⁶ Bkz., 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Hakkında Kanunun, o tarihte yürürlükte bulunan 11. ve 12. maddeleri.

davacı nüfus kaydında halen ‘erkek’ olarak gözükmekte olduğundan, kadın olarak kabul edilmez ve kadın olarak bir gece kulübünde şarkıcılık yapması için istediği iznin verilmemesi, Danıştay tarafından hukuka uygun olarak nitelendirilmiştir.

Her iki Danıştay kararından da açıkça anlaşılmaktadır ki, bir kimse cinsiyet değiştirme operasyonu geçirmiş olsa dahi, bu durum bir yargı kararıyla nüfus kayıtlarına yansıtılmadıkça, hiçbir hukuki sonuç doğurmamaktadır. Devlet onu doğduğu cinsiyetiyle tanımakta ısrar eder. Tek başına bu durum bile, devletin, cinsel azınlıkların içinde belki de en dışlanmış kesim olan transseksüellerin insan haklarını tanımada ne kadar konservatif bir yaklaşıma sahip olduğuna işaret eder.

İş hayatında, cinsel yönelimlerini gizlemeyen gey ve lezbiyenler ile dış görünüş itibarıyla transgender olduğu anlaşılan bireylerin, yalnızca bu nedenle ayrımcılığa uğradığı bir gerçektir. 4857 sayılı İş Kanunu’nda bu konuya dair, olumlu ya da olumsuz, herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak işyerinde cinsel yönelim ile ilgili olarak yaşanan sorunlarda bu kanunun bazı maddelerinden yararlanmak mümkündür. Örneğin, ‘eşit davranma ilkesi’ başlıklı 5. maddenin 1. fıkrasına göre: “*İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.*” Benzer şekilde, ‘feshin geçerli sebebe dayandırılması’ başlıklı 18. maddenin 3. fıkrasının d bendinde, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerin, iş sözleşmesinin feshedilmesi için geçerli bir sebep olmadığı belirtilir. Sözü edilen bu iki maddede de sayılan sebeplerde arasında ‘cinsel yönelim’ ifadesi yer almamaktadır. Ancak ‘ve benzeri sebepler’ ifadesi kapsamına cinsel yönelimin de dahil olduğu biçiminde yorum yapmak mümkündür.

C. Türk Hukukunda Cinsel Azınlıkların Evlenme Hakkı

Türkiye’de transseksüellerin ve cinsiyetin yeniden belirlenmesi operasyonu geçirmiş hermafroditlerin evlenme hakkı vardır. Ancak elbette ki bunun için öncelikle nüfus sicilinde düzeltme yapılmış olmalıdır. Bunun yanı sıra, transseksüel bir kişinin evlendiği eşi; evlendiği sırada kişinin cinsiyet değiştirdiğini yani transseksüel olduğunu bilmiyorsa ve durumu evlendikten sonra öğrenmişse, Medeni Kanun’da yer verilen ve evliliğin mutlak butlanı sonucunu doğuran, md. 149/2’deki

yanılma haline ya da md. 150/1’de sözü edilen evlenilen kişinin namus ve onuru hakkında doğrudan doğruya onun tarafından veya onun bilgisi altında bir başkası tarafından aldatılma nedenlerine dayanarak kanunda öngörülen süreler içinde bu evliliğin iptal edilmesi mümkündür.

Evlenme engellerinin sayıldığı 129-133. maddelerde aynı cinsiyetten kişilerin evlenemeyeceğini belirten bir ifade yer almamaktadır. 129. madde ‘hısımlık’ yan başlığını taşır ve kimler arasında evlilik yapılamayacağı belirtilir.⁶⁷ Bununla birlikte Medeni Kanun’da, evlenmenin yalnızca kadın ve erkek arasında olabileceğine dair de net bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda Medeni Kanun’un, eşcinsel evliliklere hukuki bir engel koymadığı düşünülebilir mi? Bu soruya, hukuken eşcinsel evliliklere olanak tanındığı biçiminde yanıt vermek zordur. Zira Medeni Kanun’un ‘evlenme başvurusu’ ile ilgili prosedürü belirttiği maddelerden biri olan md. 134/1’de kullanılan ifade şudur: *“Birbiriyle evlenecek erkek ve kadın, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte başvururlar.”* Bu durumda evliliğin kadın ve erkek arasında yapılacağı sonucunu çıkarmak mümkündür. Benzer bir ifade de md. 136’da yer alır: *“Erkek ve kadından her biri, nüfus cüzdanı ve nüfus kayıt örneğini, önceki evliliği sona ermiş ise buna ilişkin belgeyi, ... evlendirme memurluğuna vermek zorundadır.”*

Ancak bazı hukukçular kesin olarak Türkiye’de Medeni Hukuk’un aynı cinsiyetten kişilerin evlenmesine izin vermediğini belirtirler. Aynı cinsiyetten kişilerin evliliği ‘yok’ hükmündedir.⁶⁸

Konservatif yaklaşımı olanlar evlilik kurumunun tarihsel, geleneksel ve dinsel özelliklerinden dolayı eşcinsel evliliklere karşıdır.⁶⁹ Oysa artık bu tutumdan vazgeçilmelidir, çünkü insan hakları geleneksel toplum yapısına uygun

⁶⁷ Medeni Kanun, md. 129:

Aşağıdaki kimseler arasında evlenme yasaktır:

1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,
2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoy veya altsoy arasında,

3. Evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoy ve eşi arasında.

⁶⁸ Turgut Akıntürk, **a.g.e.**, s. 205; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, **a.g.e.**, s. 97.

⁶⁹ Ocak 2003 tarihinde, AB üyesi olan ve AB’ne aday olan ülkelerde, eşcinsellere evlenme hakkı tanınması konusunda yapılan bir araştırmaya göre, Türkiye’de kişilerin %16’sı bu evliliklere izin verilmesine olumlu bakarken, %79 olumsuz bakmaktadır. Bu oran o tarihte AB üyesi olan 15 ülkede ortalama %57 olumlu, %39 olumsuz; aday olan 13 ülkede ise ortalama %23 olumlu, %70 olumsuzdur. Ayrıntı için bkz., “Public opinion and same-sex unions”, 27.3.2006, http://www.ilga-europe.org/europe/issues/marriage_and_partnership, 20 Eylül 2007.

olmak zorunda değildir. Günümüzde hukuku, hele de insan hakları hukukunu, geleneksel bakış açısıyla veya tarihi ve dini sebeplerle biçimlendirmek doğru değildir. Üstelik eşcinsel bireylerin birlikteliklerini tanımayıp yalnızca heteroseksüel çiftlere evlilik hakkı tanımak ayrımcılıktır ve eşitlik ilkesini zedeler.

D. Eşcinsellik ve Zorunlu Askerlik Hizmeti

Türkiye’de askerlik hizmeti zorunludur. Anayasa’nın, Temel Hak ve Ödevler başlığını taşıyan İkinci Kısım’ının, Siyasi Haklar ve Ödevler’i düzenleyen Dördüncü Bölümü’nün altında, Vatan Hizmeti kenar başlığında, 72. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre: *“Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.”*

Vicdani ret hakkı tanınmadığı için tüm erkek vatandaşlar askerlik yapmak yükümlülüğü altındadır.⁷⁰ Üstelik söz konusu maddeye göre bu sadece bir yükümlülük değil, aynı zamanda bir haktır da. Silahlı kuvvetler, bir ‘erkeklik’ alanıdır ve kadınlar ile eşcinseller bu kurumdan dışlanırlar; onlar ‘erkeklik’ kimliği için tehlike oluştururlar. Yerleşik ahlak anlayışı, eşcinselliği hoş görmez ve bu tavır Türkiye’de silahlı kuvvetlere de yansımıştır. Buna göre, ahlaksızlık olarak görülen eşcinsellik, askerliğin/ordunun şerefini, saygınlığını ve güvenilirliğini zedeler.⁷¹

Bakanlar Kurulu’nun 8 Ekim 1986 tarihli ve 86/11092 sayılı kararına bağlı “Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği”nin eklerinden; “Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli general, amiral, üstsubay, subay, yedek subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, askeri öğrenci, yedek subay adayları, yükümlüler ve erlerin sağlık yeteneklerine göre gruplandırmalarını gösteren Hastalık ve Arızalar listesi”nin transseksüel ve eşcinsellerle ilgili düzenlemesi ‘Ruh Sağlığı ve Hastalıkları’ yan başlığı altında ve şu şekildedir:

⁷⁰ Vicdani ret hakkı ile ilgili olarak, bkz., Osman Can, “Vicdani ret, anayasal bir hak mı?”, **Radikal 2**, 8 Ağustos 2005.

⁷¹ Benzer ifadeler, Amerika Birleşik Devletleri’nde hazırlanmış ve bazı ülkelerde eşcinsellerin askerlik yapmaları konusundaki politika ve uygulamaları içeren bir raporda da yer verilmiştir. Bkz., United States General Accounting Office Report to the Honorable GAO John W. Warner, U.S. Senate, Homosexuals in the Military Policies and Practices of Foreign Countries, 25 June 1993, (Çevrimiçi) <http://dont.stanford.edu/regulations/GAO.pdf>. 30 Ağustos 2007.

“Madde 17 (Değişik: 30/1/1997 - 97/9106 K.)

B) 3. Psikoseksüel bozukluklar (homoseksüalite, transvestizm ve diğerleri) AÇIKLAMA: Bu fıkra ya gireceklerin seksüel davranış bozukluklarının belirgin olması, bu durumlarının askerlik ortamında bilinerek sakıncalara yol açması, bu durumun Kıt'a Anketi veya resmi belgelerle kanıtlanması gereklidir.

D) 3. İleri Derecede Psikoseksüel Bozukluklar (homoseksüalite, transvestizm ve diğerleri) AÇIKLAMA: Bu fıkra ya gireceklerin seksüel davranış bozuklarının tüm yaşamında ileri derecede belirgin olması, duygu, düşünce ve davranışına yansması ve bunun askerlik ortamında sakıncalı bir durum yaratacağının geçerli belgelerle tespiti gereklidir.”

Bu fıkralarda gösterilen hastalık ve arızası bulunan kişiler için ‘Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapamaz’ kararı verilir.

Düzenlemenin lafzından anlaşıldığı üzere, ‘belirgin’ biçimde eşcinsel ya da transseksüel olan erkekler askerlik yapamazlar; Anayasa’da yer verilen bu yükümü yerine getirmek için elverişsizdirler, ya da diğer bir söyleyişle, bu haktan yararlanamazlar. Buradan çıkan sonuca göre, örtülü eşcinsellerin, yani cinsel yönelimini çok açık etmeyen, gizleyen geylerin askerlik yapmasında sorun yoktur. Askerlik yapmak isteyen eşcinseller için bunun yolu, cinsel yönelimlerini gizlemektir; askere alınma ve askerlik yapma süreci bu kişiler için olağan prosedüre göre işler.

Askerlik ve eşcinsellik konusuna dair uygulamadaki sorunlar, bilimsel açıklamalara aykırı olarak ‘*psikoseksüel bozukluklar*’ olarak nitelendirilmiş cinsel kimlik farklılıklarının, kanıtlanması noktasında yaşanmaktadır.

Askeri Yargıtay 3. Daire’nin, 25 Ekim 2005 gün ve 2005/1178-1174 E.K. sayılı kararında bunun yolunu gösterilir:

“... Yani eşcinsel bir kişinin askerliğe elverişsiz olduğuna karar verebilmek için o kişinin birlik içerisindeki davranışlarına bakmak gerekmektedir. Kişinin eşcinsellik açısından askerliğe elverişsiz olması durumu o kişinin eşcinsellik davranışlarını dış dünyaya yansıtmaması ile mümkündür. Yani kişi eşcinsel davranışlarla birlik disiplinini zedelemelidir. ... birlik içerisindeki davranışları görülmeden, eşcinsel olması nedeniyle kışla disiplininin nasıl zarar gördüğü ortaya

konulamadan askerliğe elverişsizliğinin tespit edilebilmesi imkanı yoktur. Sanığın eşcinsel olma özelliğinin, eşcinsel olmasından kaynaklanan davranışlarının orduya ne tür zarar verdiği, somut olaylarla ortaya konmadan, salt eşcinsel olduğu yönündeki beyanları dikkate alınarak, eşcinsellik yönünden askerliğe elverişli olup olmadığının araştırılması, AİHM’ne göre cinsel yönelim ayrımcılığı anlamına gelmektedir.”

Askeri Yargıtay’ın bu kararına konu olan eşcinsel kişi bir vicdani retçidir ve askerlik yapmayı reddettiği için kışla ortamı içerisinde bir gün dahi serbest kalmadan nezaret altına alınmıştır. Askeri Yargıtay, kişinin askeri birlik içindeki davranışlarının gözlenmesinin mümkün olmadığından, eşcinselliği kanıtlamanın, bedensel muayene yoluyla yapılacağından söz eder:

“Sanık eşcinsel olduğunu beyan etmekle durumu itibariyle askerliğe elverişli değil ise, müsnet suçların işlenemez suç vasfına bürüneceği ve hakkında ceza tertip edilemeyeceğinden, zaruretten somatik (bedensel) muayenesinin yaptırılarak bu yönden askerliğe elverişli olup olmadığının belirlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır.”⁷²

Askeri Yargıtay’a göre, bir eşcinselin, sadece kendi açıklamasına bakarak, onun eşcinsellik yönünden askerliğe uygun olmadığı sonucunun çıkarılması, *Lustig-Prean ve Beckett* davası⁷³ ile *Smith ve Grady* davalarında⁷⁴ AİHM’nin verdiği kararlara göre, ‘cinsel yönelim ayrımcılığı’ yapılmasıdır. Oysa Askeri Yargıtay, ‘cinsel yönelim ayrımcılığı’ yapmaktan kaçınırken, madem eşcinsel olduğunu iddia eden kişinin birlik içindeki davranışları gözlenemiyor, çünkü bu kişi nezaret altında tutulmakta, o zaman ‘mecburen’ bedensel muayene yaptırılarak bu yönden

⁷² 5271 sayılı CMK md. 75’te, bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli ve sanık üzerinde iç beden muayenesinin yapılabilmesinin mahkeme kararı ile yapılabileceği belirtilir. Ayrıca CMK’nun 82. maddesine dayanan “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik...” 18. maddesinde “Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri halinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı gerekli önlemleri alır.” denilmektedir.

⁷³ Mahkeme, **Lustig-Prean ve Beckett v. Birleşik Krallık**, 27 Eylül 1999, 31417/96, 32377/96.

⁷⁴ Mahkeme, **Smith ve Grady v. Birleşik Krallık**, 27 Eylül 1999, 31417/96, 32377/96.

askerliğe elverişli olup olmadığının belirlenmesi şeklinde yol göstererek çok daha net bir şekilde ‘cinsel yönelim ayrımcılığı’ yapmış olmaktadır.

Askeri Yargıtay ilk önce, sadece kişiyi eşcinsel olduğu için askerliğe elverişsiz saymamak gerektiğini belirtmekte ve önemli olanın kişinin birlik içerisindeki davranışlarında eşcinselliğini dış dünyaya yansıtması ve birlik disiplinini bozması olduğuna dikkat çekmektedir. Bu oldukça olumlu bir yaklaşımdır. Fakat kararın devamında, eşcinselliğin ispatı için, bedensel muayene yapılması gerektiğinden söz ederek bu olumlu yaklaşımdan tamamen uzaklaşmış olmaktadır. Nitekim uygulamada yapılacak olan ‘anal’ muayenedir ve bu yolla muayene edilen kişinin anal yolla cinsel ilişkiye girdiği ve bu yüzden onun eşcinsel olduğu tespit edilir. Bu usule göre, eşcinsellerin cinsel ilişkisinde ‘pasif’ olan kişi eşcinsel kabul edilirken, ‘aktif’ olanın da eşcinsel olduğu göz ardı edilir, ki bu hatalı düşünüş de olsa olsa, maço erkek kültürünün bir etkisidir.

Kişinin anal muayeneye zorlanması ve böylelikle eşcinsel olduğunun kanıtlanmaya girişilmesi ile Askeri Yargıtay, kişinin eşcinselliğini disiplini bozacak davranışlarla dış dünyaya yansıtması gerekliliğinden çabucak vazgeçerek, artık yapılan anal muayene sonrası eşcinsel olduğu anlaşılan kişinin askerliğe uygun olmadığını saptar; kısaca eşcinsel kişi askerlik yapamaz. Görüldüğü gibi bu usul hem tıbbi hem de hukuki olarak baştan aşağı hatalıdır.

Yukarıda anılan Askeri Yargıtay kararı, eşcinsel olduğu için çürük raporu almayı reddeden bir vicdani retçinin zorla askere alınmasından sonra, askeri elbiseleri giymeyi, tıraş olmayı ve diğer emirlere uymayı reddettiği için ‘emre itaatsizlik’⁷⁵ suçuyla yargılandığı davaya ilişkindir. Vicdani ret, ağır bir sorumluluk ve kararlılık gerektiren bir sivil itaatsizlik eylemi olduğundan olsa gerek bunu yapmak yerine, cinsel yönelimi nedeniyle askerlik yapmak istemeyen geylerin yaşadıkları normal süreçten söz etmek gerekir.

⁷⁵ 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu, md. 87:

1. Hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişiler bir aydan bir seneye kadar, emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddeden veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmeyenler, üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.
2. Yukarıki fıkra yazılı suçlar seferberlikte yapılırsa beş ve düşman karşısında yapılırsa on seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur.

Kişi askerlik şubesine bir dilekçe ile başvurarak, bir askeri hastaneye sevkini talep eder. Askeri hastanede psikiyatır ya da psikolog ile mülakat yapılır. Uygulamada genellikle kişiye beş yüz soruluk bir psikolojik test uygulanır, ardından ondan kağıt üzerindeki bazı şekilleri yorumlaması istenir. Ancak bu yöntemler yetersiz bulunarak kişilerin sırf askerlik yapmaktan kaçınmak için eşcinsel oldukları konusunda yalan söylemelerini engellemek amacı taşıdığı iddia edilen usule geçilir: Beden muayenesi yapılması ya da iki erkeğin cinsel ilişkiye girmesi sırasında çekilmiş fotoğraf ya da video kaydı gibi görüntülü içeren bir belge getirilmesi.⁷⁶

Kişinin eşcinsel olduğunun beden muayenesi ile ispatlanması ya da kişiden cinsel ilişki sırasında kaydedilmiş bir görüntü istenmesi, devlet eliyle yapılan cinsel tacizden başka bir şey değildir ve kuşkusuz her insan için son derece aşağılayıcı bir tavidir. Özel hayata saygı göstermeyen, insanı küçük düşüren, cinsel yönelimi nedeniyle onu dışlayan, kısaca pek çok yönden insan haklarını hiçe sayan bu usul değiştirilmeli ve insanların cinsel yönelimlerini saptayacak, tarafsız, bilimsel psikolojik testler uygulama yoluna gidilerek sorun çözülmelidir.

⁷⁶ Coşkun/İstanbul, “Alenen Eşcinsel Olanlar Askerlik Yapamaz!”, **Kaos GL Gey ve Lezbiyen Araştırmaları Dergisi**, Ekim 1997, Sayı 38; Ümit/İstanbul, “Askere Gitmeyelim”, **Kaos GL Gey ve Lezbiyen Araştırmaları Dergisi**, Kasım 1997, Sayı 39. Her iki yöntemle de cinsel yönelimini kanıtladığı halde, ‘kadınsı davranışlara sahip olmadığı’, ‘erkek gibi görüldüğü’ gerekçesiyle askere alınan da olmuştur; bkz., “Askeri Yargıdan İlginç Karar”, **Milliyet**, 9 Mayıs 2006.

SONUÇ

Uluslararası hukuk alanında tüm devletlerce üzerinde uzlaşmış bir azınlık tanımı yoktur. Bunun bilinçli bir tercih olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim bir grubun azınlık olarak tanınması, bir takım hukuki sorumlulukları da beraberinde getirir ve üstelik azınlık olma durumu bireyler için, azınlığı tanıma durumu ise tüm devletler için hassas bir konudur. Bununla beraber, azınlık olmanın sayısal olarak az olma, toplumun çoğunluğundan farklılaşma, başat olmama gibi bazı temel ölçütlerinden söz edilebilir. Bu ölçütler dikkate alındığında gey, lezbiyen, biseksüel, transseksüel, transvestit ve hermafroditlerin azınlık oldukları sonucuna ulaşmak mümkündür. Şöyle ki, geyler, lezbiyenler ve biseksüeller cinsel yönelimleri bakımından; transseksüel, transvestit ve hermafroditler ise cinsel kimlikleri bakımından toplumun çoğunluğundan farklılaşırlar. Sayısal olarak incelendiğinde genellikle ortaya konulan sonuç, eşcinsellerin oranın %10-15 arasında olduğudur. Başat olmama konusuna gelince, sözü edilen topluluğun geri kalanlara karşı egemen konumda bulunmaması gerekmektedir. Gerçekten de, eşcinsel ve transgender bireylerin, heteroseksüellerin çoğunlukta olduğu bu sistemde, baskın olduklarını, ezilmediklerini söylemek imkansızdır. Bu değerlendirme bizi, gey, lezbiyen, biseksüel, transseksüel, transvestit ve hermafroditlerin cinsel azınlıklar olduğu sonucuna ulaştırmıştır.

Her ne kadar, eşcinselliğin bilimsel olarak hastalık, ruhsal bozukluk ya da sapıklık olmadığı ortaya konmuşsa da, toplumsal hayatta eşcinselliğe hala sapkınlık, ahlaksızlık olarak bakılmakta, eşcinsel olmak 'suç'muş gibi algılanmaktadır. Toplumun geneli için eşcinseller 'öteki'dir ve dışlanırlar. Çünkü heteroseksist sistem, heteroseksüel ilişkinin dışındaki ilişkileri onaylanmaz. Heteroseksizmde, toplumun zorunlu cinsiyet düzeni heteroseksüelliktir. Oysa eril özelliklere sahip tüm bireyler 'erkek' olmadığına ya da dişil özellikler kişiyi zorunlu olarak 'kadın' yapmadığına göre, cinsel kimlik ya da cinsel yönelime ilişkin önyargılardan vazgeçilmelidir.

Cinsel yönelimi belirleyen unsurların ne olduğu konusunda tıbbi alanda bir görüş birliği yoktur; genetik bir özellik olduğu da, çevresel faktörlerin etkisi ile edinildiği de düşünülebilir. Ancak zaten bu durumun bizim çalışmamız açısından hiçbir önemi yoktur. Eşcinselliğin kökenlerinin, sebebini ne olduğu insan hakları etkilememelidir. Nasıl ki heteroseksüelliğin nedeni merak edilmiyorsa ve kişi yalnızca karşı cinse ilgi duyduğu için dışlanmıyorsa, aynı tavır tüm cinsel yönelimlere gösterilmelidir.

Cinsel yönelimin uluslararası insan hakları hukuku içindeki yeri tatmin edici değildir. Ne Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, ne de ardından gelen MSHS’nde cinsel azınlıklar açıkça korunmuştur. Aynı durum AİHS için de geçerlidir. 1990’lardaki Yeni Sosyal Hareketlerden olan Eşcinsel Hareketinin bir yansıması olarak, son yıllarda AİHS organları, giderek cinsel azınlıkların insan haklarının korur biçimde Sözleşme’yi yorumlamaya başlamış, böylelikle cinsel azınlıkların uluslararası insan hakları hukukunda görünür hale gelmelerine yardımcı olmuştur.

AİHS’nin 8. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenlemektedir. Sözleşme metninde özel hayat kavramı ve nelerin özel hayat kapsamına girdiği belirtilmemiştir. Ancak Komisyon ve Mahkeme’nin içtihatlarından özel hayatın, kişinin kişiliğini oluşturup geliştirebileceği bir alanı ifade ettiği sonucu çıkmaktadır. Kişinin diğer bireyler ile kurduğu çeşitli biçimdeki cinsel ilişkiler de özel hayat kapsamında değerlendirilmiştir. Resmi kayıtların kişinin cinsel kimliği ile uyumlu hale getirilmesi için yapılan ‘düzeltme’ başvuruları, isim değiştirme talepleri de 8. madde de değerlendirilmiştir. Bu nedenle, cinsel azınlıkların başvurularında taraf devlet tarafından ihlal edildiği iddia edilen hak, çoğunlukla özel hayata saygı hakkı olmuştur.

Sözleşme’nin yürürlüğe girdiği ilk zamanlardan itibaren, erkekler arası cinsel ilişkinin bütünüyle yasaklanmasına karşı pek çok başvuru, Komisyon’da görüşülmüş, ancak 1980’lere dek bu konuda herhangi bir başarı sağlanamamıştır. Eşcinsel davranışların yasaklanması konusuna dair Komisyon’un verdiği ilk kararlar, bu yasaklamanın özel hayata müdahale anlamına geldiği yönünde olmuşsa da, Komisyon bu müdahalenin gerekçesinin 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen ‘sağlığın ve ahlakın korunması’ kapsamında olduğuna karar vermiştir. Komisyon,

bu kararı verirken hakkın sınırlandırılması için gereklilik ve ölçülülüğün sağlanıp sağlanmadığını ortaya koyacak bağımsız bir araştırma yapmamış ve Avrupa’da cinsel kimliklere ve cinsel yönelimlere saygı gösterilmesi yönünde gelişen ilerlemeyi dikkate almamış görünmektedir. Ancak daha geç dönemde verdiği kararlarda Komisyon ve Mahkeme, rızası olan yetişkin erkeklerin kendi özel alanlarında, cezalandırılma tehdidi altında olmadan, eşcinsel ilişkiye girme hakları olduğu yönündeki fikri göz önüne almaya başlamış ve bunun neticesi olarak, 1980’lerde verdiği kararlarda, taraf devletin mevzuatında, yetişkin ve rızası olan geyler arasındaki cinsel ilişkiyi suç olarak düzenlenmesinin, kişilerin özel hayata saygı hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Ancak Mahkeme içtihatlarına göre, kişinin evinde yaşadığı eşcinsel ilişki, özel hayat kapsamında olsa da, kapalı kapılar ardında yapılan her türlü cinsel faaliyet 8. maddenin korumasından yararlanamaz. Örneğin, ikiden fazla sayıda geyin, basit sayılamayacak derecede önemli sakatlanma ve yaralamalar ile sonuçlanan sado-mazoşist cinsel faaliyetleri hakkında kovuşturma başlatılması, sağlığın korunması amacıyla haklı bulunmuştur.

1999 yılından itibaren Mahkeme’ye gelen başvurular sıklıkla cinsel yönelimin diğer yanlarına dair olmuştur. Mahkeme, kişilerin sadece eşcinsel oldukları için ordudan ihraç etmesini konusunda, eşcinsellerin hakları bakımından oldukça önemli bir karar vermiştir. Mahkeme’ye göre, kişilerin cinsel yönelimleri ile ilgili araştırma yapıp, bir de rapor hazırlanması ve sadece cinsel yönelimleri nedeniyle ordudan atılmaları yönündeki idari karar, özel hayatın gizliliği hakkına doğrudan bir müdahale teşkil etmektedir.

Cinsiyetin yeniden belirlenmesi ve bu durumun hukuki sonuçları da AİHM’ne taşınmış bir konudur. Ancak taraf devletler arasında konuya dair bir standart olmaması, AİHM’nin benzer şikayetlere rağmen farklı kararlar vermesine neden olmuştur. AİHM başlarda, resmi belgelerde değişiklik yapılması konusunun taraf devletin takdir marjı içinde olduğunu belirterek, 8. maddenin ihlal edilmediğine kararı vermiştir. Ancak AİHM, 1986 yılından beri aynı yönde karar verdiği bu konuda, nihayet 2002 yılında içtihat değişikliğine gitmiştir. Mahkeme’ye göre, cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmasıyla rekabete giren hiçbir önemli kamu yararı yoktur. Transseksüellerin nüfus kaydında cinsiyet değişikliği

ameliyatından önceki cinsiyetin yazılı olması, kişinin özel hayatına saygı hakkını ihlal eder niteliktedir.

Mahkeme, aralarında kan bağı olmadığı halde, kadınsal erkek olan bir transseksüel ile sevgilisinin yapay döllenme sonucu doğan çocuğu arasındaki ilişkinin aile hayatı oluşturduğuna karar vermiştir. 1997 yılında verilen bu karar, klasik anlamdaki aile kavramının değişmesi açısından çok önemli bir karar olmuştur. Bundan böyle, yalnızca biyolojik olarak bir kadın-erkek birliktelikleri için değil, bir transseksüel ile partneri arasında ilişki için de ‘aile’ tanımlaması kullanılabilecektir.

AIHS’nin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkının yalnızca bir kadın ve bir erkekten oluşan çiftlere mi tanındığı; bu haktan eşcinsel çiftlerin ya da transseksüellerin de yararlanıp yararlanamayacağı gibi soruların yanıtları cinsel azınlıkların insan hakları açısından önemlidir. Evlenme hakkı ile aile kurma hakkı iki ayrı hak da olsa, 12. maddenin lafzından, yalnızca evli heteroseksüel çiftlerin aile kurma hakkını ileri sürebileceği anlaşılmaktadır. Şayet 12. maddede ‘erkek ve kadınlar’ yerine ‘herkes’ sözcüğü kullanılsaydı, aile kurma hakkının evli olmayan kişilere ya da aynı cinsiyetten çiftlere de tanındığı şeklinde maddeyi yorumlamak daha kolay olabilirdi. Strasbourg organları, aynı cinsiyetten kişilerin yani gey ya da lezbiyen çiftlerin ilişkilerinin aile hayatı oluşturup oluşturmadığı konusunda oldukça tutucu davranmış ve bu kişiler beraber yaşasalar dahi, hukuken evlenebilme olanağından yoksun oldukça aile de olamayacaklarını belirtmiştir.

Strasbourg organlarına göre 12. madde ile amaçlanan, ailenin temelini oluşturan evlenmeyi korumaktır. Transseksüellerin ya da eşcinsel çiftlerin birliktelikten bir çocukları olması mümkün değildir. İşte bu imkansızlık nedeniyle taraf devletler, evliliğe izin vermeyebilirler. Oysa Avrupa’da giderek daha çok sayıda ülkede eşcinsel birliktelikler hukuken tanınmakta ve hatta eşcinsel çiftlere evlenme izni getirilmektedir. Ayrıca evliliği yalnızca ‘üreme’ konusu ile açıklayan bir hukuki görüşün doğru olduğunu söylemek mümkün değildir. İnsanlar evliliğe bağlanan hukuki sonuçlardan yararlanabilmek için evlenirler. Bu hakkın yalnızca heteroseksüellere tanınması, en basit nitelendirmeyle ayrımcılıktır.

AİHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinde Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmada, cinsiyet, ırk, renk, dil, siyasal görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet ve doğum, ayrımcılık nedenleri olarak sayılmışsa da bu nedenler sınırlı sayıda değildir; sayılanlar sadece örnek niteliğindedir ve 'ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde' demekle başka alanlarda yapılan ayrımcılığın da 14. maddenin kapsamına girmesi mümkün kılınmıştır. Nitekim buradan yola çıkarak, cinsel yönelim ya da cinsel kimlik nedeniyle yapılan ayrımcılığı da bu madde kapsamında değerlendirmek mümkündür.

AİHS'nin doğrudan cinsel azınlıkların haklarına hatta genel olarak herhangi bir azınlığın haklarına dair koruyucu bir hükmü yoktur. Ancak 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiası ile AİHM tarafından ele alınan davalarda, cinsel azınlıkların Sözleşme ile koruma altına alınan haklardan heteroseksüeller ile eşit yararlanmadıkları sorunu da tartışılmıştır. AİHM içtihatlarında, geylerin cinsel ilişkisi için düzenlenen alt sınır yaşının, heteroseksüeller veya lezbiyenler için düzenlenen alt sınırdan daha yüksek olması ya da bir kişinin eşcinsel olması nedeniyle çocuğunun velayetinin kendisine verilmemesi ayrımcılık olarak görülmüştür.

Bir bütün olarak bakıldığında, AİHM'nin cinsel azınlıkların haklarına dair verdiği kararlarında bir standarttan söz etmek mümkün değildir. Elbette ki her somut olay kendi koşulları içerisinde değerlendirilir. Ancak şu rahatlıkla fark edilir ki, ilk 1980'lerde verilen kararlar ile 1990'ların sonundan itibaren verilenler arasında epey fark vardır. Mahkeme giderek cinsel yönelim farklılığının haklardan yararlanmayı etkilemesine izin vermeyen bir tavır benimsemiştir ve bu durum cinsel azınlıklar bakımından hukuki alanda sağlanmış önemli bir kazanımdır.

Günümüzde hala cinsel yönelim farklılığını bir suçmuş gibi algılayanlar toplumun büyük bir kesimini oluşturmaktadır. Özellikle aile, din, devlet gibi konservatif kurumlar, eşcinselliği bu kurumların varlığına tehdit olarak algılar ve tüm eşcinselleri sistemi tersyüz edecek düşmanları olarak görür. Çünkü eşcinsellik

‘erkeklik’ kimliği için bir tehlikedir ve dolayısıyla erkek egemen tüm kurumları tehdit eder.

Bu noktada heteroseksizmin en çok rahatsızlık duyacağı, cinsel azınlıkların yüksek sesle kendilerini ifade etmeleri, sokağa çıkmaları ve görünür hale gelmeleridir. Cinsel azınlıkları yok sayma, toplumda onlara karşı oluşan homofobiden beslenerek, kendilerinden utandırma ve sindirme çabalarına karşı, Türkiye’de eşcinsel ve transseksüel topluluklar, örgütlenme haklarını kullanarak dernekleşmeye başlamıştır.

Cinsel azınlıklar, cinsel kimlikleri ve cinsel yönelimlerinden ötürü ‘asıl’ toplum tarafından dışlanan, damgalanan ve hakları ihlal edilen bireylerdir. Burada cinsel azınlık karşıtı tanımlamaları sıralamakla vakit harcamak gereksiz olsa da, bu tanımların derinliğini ve neredeyse bugün tüm toplumlardaki kapsamını belirtmek açısından önemlidir. Pek çok ülkede cinsel azınlıklar arasında ilişkiler suç olarak tanımlanmakta ve bu kişiler yok sayılmanın, dışlanmanın etkisiyle yalnızlaştırılmaktadır. Türkiye’de de cinsel azınlıklar hukuki yetersizlikler altında mücadele etmektedir.

Türk hukukunda cinsel azınlıklara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, eşcinselliği tıbbi bilimsel gelişmeleri hiçe sayarak psikoseksüel bozukluk olarak niteleyen ve alenen eşcinsel olanların askerlik yapamayacağını söyleyen düzenleme burada istisnadır. Cinsel yönelimini gizleyen bir eşcinsel askerlik yapabilir, buna karşın askerlik yapmak istemeyen geylerin, eşcinselliklerini kanıtlamaları gerekmektedir. Ancak kanıtlama için istenen belgeler ve başvuru yöntemler öyle aşağılayıcıdır ki insan haklarına aykırı bu sistemin, insan onurunu koruyan bir biçime dönüştürülmesi konusunda harekete geçilmesi şarttır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın ‘Kanun önünde eşitlik’ kenar başlıklı 10. maddesine göre, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Bu maddede cinsel yönelim ayrımcılığı sayılmamıştır. Ancak madde metninde belirtilen “...ve benzeri sebeplerle” ifadesi geniş yorumlanarak cinsel yönelim temelli ayrımcılık da bu madde kapsamında değerlendirilebilir.

Cinsel azınlıkların hakları, Türkiye’de güncel bir konu değildir ve belki de daha çok uzun süre güncel bir konu olmayacaktır. Fakat devletin hak ihlallerine ve özellikle de ayrımcılığa karşı önlemler alması gerekliliği kaçınılmazdır. Cinsel azınlıkların maruz kaldığı şiddet haklılaştırılmaktan vazgeçilmeli, özellikle kolluk güçlerinin homofobik ve transfobik yaklaşımına göz yumulmamalı, Anayasa’ya ve kanunlara, cinsel yönelim ve cinsel kimliğe bağlı her tür ayrımcılığı yasaklayan hükümler eklenmelidir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut: **Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku**, 10. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2006.
- Akipek, Jale; Akıntürk, Turgut: **Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, Cilt 1, 5. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2004.
- Arpacı, Abdülkadir: **Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler**, 2. bs. İstanbul, Beta Yayınevi, 2000.
- Atamer, Yeşim M.: “The Legal Status of Transsexuals in Turkey”, **International Journal of Transgenderism: The Official Journal of World Professional Association for Transgender Health**, Volume 8, No. 1, 2005, s. 65-71.
- Bafra, Jale: “Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar”, **Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi**, 2004, Cilt 1, Sayı 1, s. 47-54.
- Baird, Vanessa: **Cinsel Çeşitlilik: Yönelimler, Politikalar, Haklar ve İhlaller**, Çev. Hayrullah Doğan, İstanbul, Metis Yayıncılık, 2004.
- Başar, Koray: “Lezbiyen ve Geylere Yönelik Psikiyatrik Tedavi Girişimleri: Etik Sorunlar”, **Lezbiyen ve Geylerin Sorunları ve Toplumsal Barış İçin Çözüm Arayışları**, Kaos GL Sempozyumu, Ankara, Ayrıntı Basımevi, 2004, s. 107-116.
- Batum, Süheyl: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, Yayın no.3761, İ.Ü. Basımevi, 1993.

Bilge, Necip: **Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, 13. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 1999.

Burcuoğlu, Haluk: “Prof, Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'nun, ‘Türk Hukukunda Transseksüellerin Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi için Dava Açabilir mi?’ Adlı Eseri ve Buna Bağlı Olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 27.3.1986 T.ve E. 651, K. 3256 Sayılı Kararı Üzerine”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1986, Cilt 60, Sayı 7-8-9, s. 433-443.

Burns, A.; Farrell, M.: J.C. Brown: “Clinical Features of Patients Attending A Gender-identity Clinic”, **The British Journal of Psychiatry**, 1990, Volume 157, No. 2, London, s. 265-268.

Connell, R. W.: **Toplumsal Cinsiyet ve İktidar: Toplum, Kişi ve Cinsel Politika**, Çev. Cem Soydemir, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1998.

Corraze, Jacques: **Eşcinsellik**, Çev. İbrahim Yakupoğlu, İstanbul, İletişim Yayınları, 1991.

Çavuşoğlu, Naz: “Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin Denetim Sistemi”, **İnsan Hakları**, Ed. Oktay Uygun, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000.

----- **Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları**, 2. bs., İstanbul, Su Yayınları, 2001.

Çayır, Kenan: **Yeni Sosyal Hareketler: Teorik Açılımlar**, İstanbul, Kaknüs Yayınları, 2000.

----- “90’lar Türkiye’nde Eşcinsel Hareket: Kimlik, Görünürlük ve Sınırlar”, 16 Mayıs 2003, Eşcinsellere Yönelik Ayrımcılık ve Şiddet adlı sempozyumu, (Çevrimiçi) <http://www.lambdaistanbul.org/php/main.php?menuID=7&altMenuID=49&icerikID=357>.

Dalvi, Sameera: “Homosexuality and the European Court of Human Rights: Recent Judgments Against the United Kingdom and Their Impact on Other Signatories to the European Convention of Human Rights”, **Center for the Study of Sexual Minorities in the Military**, University of California, Santa Barbara, 2004, s. 466-525.

D’Emilio, John: “II. Dünya Savaşı’ndan Bu Yana San Fransisco’da Eşcinsel Politikaları ve Toplulukları,” **Tarihten Gizlenenler: Gey ve Lezbiyen Tarihine Yeni Bir Bakış**, Ed. Martin Bauml Duberman, Martha J. Vicinus, George Jr. Chauncey, Çev. Serkan Göktaş, Ankara, Phoenix Yayınevi, 2001, s. 463-480.

Diamond, Milton: “Sex and Gender are Different: Sexual Identity and Gender Identity are Different”, **Clinical Child Psychology and Psychiatry**, 2002, Volume 7, No. 3, s. 320-334.

Dinçel, Birol: “Heteroseksizim Karşısı Mücadele”, 6 Mayıs 2006, Bianet, (Çevrimiçi) <http://www.bianet.org/bianet/kategori/kadin/78174/heteroseksizm-karsiti-mucadele>

Dijk, P. Van; Hoof, G.J.H. van: **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Third Edition, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 1998.

Doğru, Osman: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Cilt 1, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004.

----- **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**, Cilt 2, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004.

----- “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 17, 2000, s. 194-225.

Donnelly, Jack: “Non-Discrimination and Sexual Orientation: Making a Place for Sexual Minorities in the Global Human Rights Regime”, **Innovation and Inspiration: Fifty Years of the Universal Declaration of Human Rights**, Amsterdam, Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 1999, s. 93-110.

Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan: **Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku**, Cilt II, 8. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.

Durudoğan, Hülya: “Judith Butler’da Biyolojik Cinsiyet – Toplumsal Cinsiyet İlişkisi”, **Felsefe Tartışmaları Kitap Dizisi**, 37. Kitap, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2006, s. 5-25.

Düzyürek, Sinan: “Bir Önyargı Olarak Homofobi”, **Kaos GL Gey ve Lezbiyen Araştırmaları Dergisi**, Ekim 1995, Sayı 14. (Çevrimiçi)
<http://www.kaosgl.org/comment/reply/551>

Erman, Barış: **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Eşel, Ertuğrul: “İnsan Cinselliğinin Biyolojik ve Evrimsel Temelleri”, **Klinik Psikofarmakoloji Bülteni**, 2006, Cilt 16, Sayı 4, s. 274-288.

Fredman, Sandra: **Discrimination and Human Rights : The Case of Racism**, Oxford, New York, Oxford University Press, 2001.

Friedman, R.C.; Downey, J.: “Neurobiology and Sexual Orientation: Current Relationships”, **Neuropsychiatry Clin Neurosci**, American Neuropsychiatric Association, 1993, Volume 5, s. 131-153.

Gemalmaz, M. Semih: **İnsan Hakları Belgeleri**, Cilt I, Avrupa Konseyi – Birinci Bölüm, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003.

----- **İnsan Hakları Belgeleri**, Cilt IV, Birleşmiş Milletler – Birinci Bölüm, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003.

----- **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005.

Gölcüklü, A. Feyyaz; Gözübüyük, A.: **Şeref Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 5. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

Göregenli, Melek: “Gruplararası İlişki İdeolojisi Olarak Homofobi”, **Lezbiyen ve Geylerin Sorunları ve Toplumsal Barış İçin Çözüm Arayışları**, Kaos GL Sempozyumu, Ankara, Ayrıntı Basımevi, 2004, s. 142-148.

Gözübüyük, A. Şeref: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 9, Ankara, TODAİE, 1987, s. 3-40.

Green, Richard: “Sexual Identity of 37 Children Raised by Homosexual or Transsexual Parents”, **American Journal of Psychiatry**, 1978, Volume 135, s. 692-697.

Greer, Steven: **The Exceptions To Articles 8 To 11 Of The European Convention On Human Rights**, Human rights files no. 15, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1997.

Gündüz, Aslan: **Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler-Örnek Kararlar**, 3. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 1998.

Güven, Kudret: “Cinsiyet Değişikliği Ve Hukuki Sonuçları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1997, Cilt 1, Sayı 1, s. 57-95.

Haig, David: “The Inexorable Rise of Gender and the Decline of Sex: Social Change in Academic Titles, 1945-2001”, **Archives of Sexual Behavior**, 2004, Volume 33, No.2, s. 87-96.

Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona: **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Heinze, Eric: **Sexual Orientation : A Human Right - An Essay on International Human Rights Law**, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

Helfer, L. R.: “Finding A Consensus on Equality - the Homosexual Age of Consent and the European Convention on Human-Rights”, **New York University Law Review**, Volume 65, No. 4, 1990, s. 1044-1100.

Howard-Hassmann, Rhoda E.: “Gay Rights and the Right to a Family: Conflicts Between Liberal and Illiberal Belief Systems”, **Human Rights Quarterly**, Volume 23, No. 1, February 2001, s. 73-95.

Human Rights: A Continuing Challenge for the Council of Europe, Strasbourg, Council of Europe Press, 1995.

İnceoğlu, Sibel: “ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 19, Ankara, TODAİE, 1997, s. 173-186.

Kaboğlu, İbrahim Ö.: **Özgürlükler Hukuku**, 6. bs., İstanbul, İmge Kitabevi, 2002.

Karalı, N. T.; v.d.: “Cinsiyet Değiştirme Ameliyatlarında Standart Değerlendirme: Karar Verme ve Bakım İlkeleri”, **NöroPsikiyatri Arşivi**, 1998, Cilt 35, Sayı 1, s. 48-54.

Katz, Jonathan Ned: “‘Homosexual’ and ‘Heterosexual’: Questioning the Terms”,
Sexualities: Identities, Behaviors, Society, Ed. Michael S. Kimmel,
Rebecca F. Plante, New York, Oxford University Press, 2004, s. 44-46.

Kilkelly, Ursula: **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı**, İnsan
Hakları El Kitapları No.1, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 87, 2005.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus
Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir Mi?:
Fransa, Almanya, İsviçre ve İsveç Hukukları İle Mukayeseli Olarak**,
İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986.

Kukura, Elizabeth: “Sexual Orientation and Non-Discrimination”, **Peace Review:
A Journal of Social Justice**, Volume 17, No. 2-3, 2005, s. 181-188.

Mackay, Judith: **The Penguin Atlas of Human Sexual Behavior**, Penguin, 2000.

McCary, James Leslie: **Human Sexuality**, New York, D. Von Nostrand Company,
1967.

**Ne Yanlış Ne De Yalnız! - Bir Alan Araştırması: Eşcinsel ve Biseksüellerin
Sorunları**, Lambdaistanbul Eşcinsel Sivil Toplum Girişimi, İstanbul, y.y.,
2006.

Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay Özdemir, Saibe; **Kişiler Hukuku:
Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 8. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005.

Okutan, M. Çağatay: “Teori ve Uluslararası Metinlerde Azınlık Tanımı”, **Ankara
Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 2004, Cilt 59, Sayı 2, s. 59-
75.

- Oran, Baskın: **Küreselleşme ve Azınlıklar**, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2001.
- **Türkiye İnsan Hakları Bilançosu 2005 İzleme Raporu**, İstanbul, TESEV Yayınları, 2006.
- Ovey, Clare; White, Robin: **Jacobs and White: European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 3. bs., 2002.
- Ökçesiz, Hayrettin: **Sivil İtaatsizlik**, İstanbul, Afa Yayınları, 1994.
- Özsunay, Ergun: **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul, İÜHF yayınları No:2610, 1979.
- Öztürel, Adnan: “Transseksüalizm ile Hermafrodizmde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1980, Cilt 37, Sayı 1-4, s. 253-293.
- Quignard, Pascal: **Cinsellik ve Korku**, Çev. Aykut Derman, İstanbul, Can Yayınları, 2001.
- Reid, Karen: **A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights**, London, Sweet & Maxwell, 1998.
- Robert Wintemute, “Chapter 17: United Kingdom”, *Combating sexual orientation discrimination in employment: legislation in fifteen EU member states*, Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination about the implementation up to April 2004 of Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, 2004, s. 496 (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/sexor_full_uk.pdf

Robertson, A.H.; Merrills, J.G.: **Human Rights in Europe: A Study of the European Convention on Human Rights**, Manchester, Manchester University Press, 1996.

Sakallı, Nuray; Uğurlu, Ozanser: “Effects of Social Contact with Homosexuals on Heterosexual Turkish University Students' Attitudes Towards Homosexuality”, **Journal of Homosexuality**, 2001, Volume 42, No. 1, s. 53-61.

----- “Eşcinsellik ve Eşcinsellere İlişkin Tutumlar: Önyargı ve Ayrımcılık”, **Lezbiyen ve Geylerin Sorunları ve Toplumsal Barış İçin Çözüm Arayışları**, Kaos GL Sempozyumu, Ankara, Ayrıntı Basımevi, 2004, s. 51-63.

Sanders, Douglas: “Human Rights and Sexual Orientation in International Law”, **International Journal of Public Administration**, Volume 25, No. 1, February 2002, s. 13-44.

Sax, Leonard: “How common is intersex? a response to Anne Fausto-Sterling”, **Journal of Sex Research**, 2002, Volume 39, No. 3, s. 174-178.

Slagle, R. Anthony: “In Defense of Queer Nation: From ‘Identity Politics’ to a ‘Politics of Difference.’”, **Western Journal of Communication**, 1995, Volume 59, No.2, s. 85-102.

Sungur, Mehmet Z.; Yalnız, Özlem: “Transseksüalite: İlgili Kavramlar ve Cinsiyet Düzenleme Girişimleri”, **Klinik Psikiyatri Dergisi**, 1999, Cilt 2, Sayı 1, s. 49-54.

Tamam, Lut; Akbaş, Dudu; Özpoyraz, Nurgül: “Homoseksüellik ve İntihar: Bir Olgu Sunumu”, **Kriz Dergisi**, 1997, Cilt 5, Sayı 1, s. 33-36.

Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sancaktar, Oğuz: **AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004.

Toktaş, Şule; Altunok, Gülbanu: “Yeni Sosyal Hareketler Çerçevesinde Türkiye Gey-Lezbiyen Hareketi ve Siyasalın Dönüşümü”, **Lezbiyen ve Geylerin Sorunları ve Toplumsal Barış İçin Çözüm Arayışları**, Kaos GL Sempozyumu, Ankara, Ayrıntı Basımevi, 2004, s. 39-49.

Tuzer, Verda: “Eşcinsellik, Travestilik, Transseksüellik”, **Lezbiyen ve Geylerin Sorunları ve Toplumsal Barış İçin Çözüm Arayışları**, Kaos GL Sempozyumu, Ankara, Ayrıntı Basımevi, 2004, s. 5-8.

Transsexualism in Europe, International Commission on Civil Status, Council of Europe Publishing, 2000.

Türkdoğan, Orhan: **Sosyal Hareketlerin Sosyolojisi**, İstanbul, Birleşik Yayıncılık, 1997.

Uygun, Oktay: “İnsan Hakları Kuramı”, **İnsan Hakları**, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000.

Waalwijk, Kees: **European Case Law on Sexual Orientation and Gender Identity** (training manual for Regional Lobby, Advocacy and Policy project, Ohrid, Macedonia, July 2005), (Çevrimiçi) www.emmeijers.nl/waalwijk

----- “Others may follow: the introduction of marriage, quasi-marriage, and semi-marriage for same-sex couples in European countries”, **New England Law Review**, Volume 38, No. 3, 2004, s. 569-590.

----- “The Legal Situation in the Member States”, **Homosexuality: a European Community Issue - Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Will, Michael R.; Öztan, Bilge: “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1993, Cilt 43, Sayı 1-4, s. 227-268.

Wintemute, Robert; Andenas, Mads: **The Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law**, Hart Publishing, 2001.

Whittle, Stephen: “Transgender Rights: The European Court of Human Rights and New Identity Politics for a New Age”, **A Human Rights: An Agenda for the 21st Century**, Ed. A. Hegarty, S. Leonard, London, Cavendish Publishing, 1999, s. 201-216.

Yüksel, Şahika; v.d.: “Group Psychotherapy with Female-to-Male Transsexuals in Turkey”, **Archives of Sexual Behavior**, 2000, Cilt 29, Sayı 3, s. 279-290.

Yürüşen, Melih: **Liberal Bir Değer Olarak: Ahlaki ve Siyasi Hoşgörü**, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1996.

Zevkliler, Aydın: “Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1988, Sayı 2, s. 281-284.

Zevkliler, Aydın; Acabey, M. Beşir; Gökyayla, K. Emre: **Medeni Hukuk**, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000.