

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU

ANABİLİM DALI

ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN EŞCİNSEL EVLİLİKLER

Tezli Yüksek Lisans Tezi

Kardelen ALTUN

Ankara, 2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU

ANABİLİM DALI

ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN EŞCİNSEL EVLİLİKLER

Tezli Yüksek Lisans Tezi

Kardelen ALTUN

Tez Danışmanı

Dr. Öğr. Üyesi A. Ersoy KONTACI

Ankara, 2021

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR CETVELİ.....	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞCİNSEL EVLİLİK TALEPLERİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE KONUYA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

I. Eşcinsel Evlilik Taleplerinin Ortaya Çıkışı	9
II. Eşcinsel Evliliklere İlişkin Yaklaşımlar.....	14
A. Gelenekselci Yaklaşım.....	14
B. Hak Temelli Yaklaşım.....	37
1. Genel Olarak	37
2. Eşcinsellerin Aile Kurma Hakkının Diğer Haklar ve İlkelerle İlişkisi.....	38
a. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası	38
b. Özel Hayatın Gizliliği	47
c. İnsan Onuru	54
3. Eşcinsel Evliliklerin Hukukça Tanınması	59
A. Eşcinsel Evliliklerin Ulusal Düzeyde Tanınması	59
1. Eşcinsel Evliliklerin Anayasayla Tanınması	62
2. Eşcinsel Evliliklerin Yasayla Tanınması	65

a	Hollanda	66
b	Belçika.....	68
c	Kanada.....	71
ç	İspanya.....	73
d	Güney Afrika Cumhuriyeti.....	79
e	Norveç	84
f	İsveç.....	85
g	İzlanda	86
ğ	Portekiz.....	87
h	Arjantin	91
ı	Danimarka.....	92
i	Uruguay	93
j	Yeni Zelanda	94
k	Fransa	96
l	Lüksemburg	98
m	Finlandiya.....	99
n	Almanya.....	100
o	Malta	102
ö	Avustralya	103
p	Tayvan	105
r	Birleşik Krallık	108
3.	Eşcinsel Evliliklerin Mahkeme Kararıyla Tanınması.....	112
a.	Brezilya	115
b.	Amerika Birleşik Devletleri	120
c.	Kolombiya	122

d. Meksika.....	125
e. Avusturya	130
f. Ekvador Cumhuriyeti	132
g. Kosta Rika	135
B. Eşcinsel Evliliklerin Ulusalüstü Düzeyde Tanınması	138
1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	140
2. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi	149

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASA HUKUKU BAKIMINDAN EŞCİNSEL EVLİLİKLER

I. Aile Kurma Hakkı Kapsamında Eşcinsel Birliktelikler	159
A. Aile Kurma Hakkının Niteliği ve Kapsamı	159
1. Aile Birliği Kavramında Yaşanan Dönüşüm	159
2. Hakkın Kapsamı ve Evlenme Hakkıyla İlişkisi	172
B. Aile Kurma Hakkının Özneleri	179
II. Aile Kurma Hakkının Sınırlanması Kapsamında Eşcinsel Birliktelikler	183
A. Sınırlama Ölçütleri	183
1. Kanunla Sınırlama	185
2. Sınırlama Nedenleri.....	187
a. Nesnel Sınırlar.....	189
b. Anayasal Sınırlar	191
3. Sınırlamada Ölçülülük	193
4. Sınırlamanın Sınırı	199

a. Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri	199
b. Hakkın Özü	202
III. Eşcinsel Birlikteliklerin Aile Kurma Hakkı Bağlamında Korunması	206
SONUÇ.....	215

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Akt.	Aktaran
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
E.	Esas Sayısı
Ed.	Editör
Et al.	Et alia
K.	Karar Sayısı
m.	Madde
para.	Paragraf
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
vd.	Ve devamı
Vol.	Volume

GİRİŞ

Eşcinsel evlilikler son yıllarda hem hukuk alanında hem de sosyal bilimlerin diğer alanlarında çok tartışılan konulardan biri olmuştur. 1989'da Danimarka'da eşcinsellerin sivil birliktelikler ile bu kazanımı edindiği ilk tanınmadan günümüze, pek çok ülke sodomi yasalarının kaldırılmasından evlilik eşitliğine uzanan bir imkan skalasında hukuk düzeni değişikliklerine gitmiştir. Kuşkusuz hem bu kurumun benimsenip benimsenmemesi, hem de sistem içerisinde nasıl bir görünüm alacağı, ülkelerin kendi sistemleri ve sosyo-kültürel yapılarına göre farklılık göstermiştir.

Bu çalışma Anayasa Hukuku bakımından eşcinsel evlilikler konusunu ele alırken, konuya eşcinsel bireylerin aile kurma hakkını merkeze alarak yaklaşacaktır. İlk bölüm eşcinsel birlikteliklerin tanınmasının tarihsel gelişimini ve birlikteliklerin tanınmasında benimsenebilecek yaklaşımları genel hatlarıyla ele aldıktan sonra eşcinsel evliliklerin tanınmasında rol oynayan temel hukuki yaklaşımları ve anayasal dayanakları ele almakta ve bunların eşcinsel bireylerin aile kurma hakkıyla ilişkisini ortaya koymaktadır.

İkinci bölümde eşcinsel evliliklerin hukukça tanınması ele alınmaktadır. Bu çerçevede eşcinsel evliliklerin hukuk sistemlerinde nasıl, hangi yolla ve araçlarla, hangi anayasal dayanaklarla tanındığı ortaya koyulmaktadır. Eşcinsel evliliklerin tanındığı ülkeler genel hatlarıyla ele alınırken Anayasalarda ve anayasal düzeydeki metinlerde aile kurma hakkının güvence altına alınıp alınmadığı, nasıl düzenlendiği ve aile ve evlilik kurumları arasındaki bağın nasıl kurulduğu tespit edilmektedir. Eşcinsel evliliklerin tanınmasında etkisi olan aktörler Anayasa hukukuyla olan bağı ve tanımadaki rolünün önemi doğrultusunda incelenmekte, özellikle de mahkemelerin yaklaşımları ile mahkemeler ile parlamentolar -ve diğer kurumlar- arasındaki etkileşim ortaya koyulmaktadır.

Üçüncü bölümde ise aile kurma hakkı kapsamında eşcinsel birliktelikler, hakkın niteliği ve kapsamı, hakkın öznesi, hakkın sınırlanması ve hakkın korunması başlıkları altında incelenmektedir.

Bu çalışmada aile kurma hakkı, aile birliği kurma yönüyle ele alınacak, eşcinsellerin aile kurma hakkına odaklanacaktır. Aile kurma biçimleri de evlilik ile sınırlı olarak anlaşılmayacak, herhangi bir biçimde kurulan aile birliğinin hukuk tarafından korunmasını kapsayacaktır.

Geleneksel aile anlayışında aile, zorunlu olarak heteroseksüeldir ve romantik bağı içerir, genellikle evlenme ile kurulur. Çocuk, aile olabilmek için çoğunlukla zorunlu görülmektedir. Aile tanımı da, çoğunlukla geniş aileyi içermektedir. Günümüzde ise aile kavramı, feminizmin ve sosyo-ekonomik dönüşümlerin etkisiyle bu zorunlulukların çoğundan arınmıştır. Daha az şartı içermekte ve genellikle çekirdek aileyi ifade etmektedir. Hala çoğunlukla romantik bağı gerektirmekle birlikte, zaman içerisinde toplumsal cinsiyet normlarından bağımsızlaşabildiğini görmek mümkündür. Günümüzde bazı toplumlarda aile, zorunlu olarak heteroseksüel değildir ve her zaman da evlenmekle kurulmaz. Aile kurmanın evlenme kavramını kapsayan ama bununla tamamen örtüşmeyen bir kavram haline gelmesi de bu dönüşüm ile olmuştur.

Türkiye’de eşcinsel evliliklere ilişkin imkan ve imkansızlıkları tartışmak tüm bu gelişmeleri Türkiye açısından da test edebilmek açısından önem taşır. Bununla birlikte dünya çapında akademinin yoğunlaştığı noktalara bakıldığında, yalnızca akademik sebeplerle de eşcinsel evlilikleri anayasa hukuku bağlamında tartışmak meşru olacaktır. Eşcinsel evliliklerin kabul edildiği ülkelere bakıldığında tartışmayı bu noktaya getiren ciddi bir akademik birikimin olduğu görülür. Kanun koyucuların ve mahkemelerin pek çok sebeple gözden kaçırabileceği noktalar ve çözümlemeler bu doğrultuda doktrin tarafından tartışmaya açılabilir ve çözümlenebilir.

Türkiye’de cinsel yönelimlere ve eşcinsel haklarına ilişkin akademik yazın ve mahkeme kararı bulmak, özellikle de kazanımların sağlandığı sistemlere göre, oldukça zordur. Bu alanın akademik olarak neden eksik bırakıldığı bambaşka bir tartışma konusu olarak ele alınabilecekse de, esas olan bu aşamada bu eksikliğin nasıl giderilebileceğidir. Bu konuda mahkeme kararları da, gerek mahkeme önüne getirilememiş olması gerek de taleplerin toplumsal baskılar nedeniyle mahkemeye iletilmemesi nedeniyle az sayıda kalmış olabilir. Cinsel yönelimlere ilişkin bir elin parmaklarını geçmeyecek Anayasa Mahkemesi kararı bulunabiliyor olsa dahi eşcinsel evlilikleri konu alan veya bu konuya değinen bir karar yoktur.

Eşcinsel evliliklerin imkan ve imkansızlıklarının Türk Anayasa Hukuku açısından değerlendirilebilmesinde bu kadar kısıtlı lokal materyalle yola çıkmak elbette imkansız değil ancak zordur. Bu zorluk, imkanların ve imkansızlıkların tespitini sağlayacak arayışların, (nereden başlayacağı ve nerede bitirileceği) içinde kaybolunabilecek bir ihtimaller bolluğunda bizi metodolojik olarak nereye götüreceğidir. Dünya çapında eşcinsel evlilikler üzerine geliştirilen içtihat ve akademik yazın zenginliği de göz önünde bulundurulduğunda, konunun karşılaştırmalı çalışma olarak düzenlenmesi zorunlu görünmektedir.¹

Karşılaştırmalı çalışma yapma zorunluluğunun konunun kendisinden kaynaklanmasının ve yararının yanı sıra, çalışmanın metodun kendisinden kaynaklanan riskleri barındırdığını da göz önünde bulundurmak gerekir. Bu riskleri en aza indirebilmek açısından yaklaşımlara, konuyla uyumları ve elverişlilikleri ölçüsünde başvurulacaktır. Örneğin işlevselci yaklaşımla incelenecek bir set işlevselciliğin riskleri göz önünde

¹ Kenji Yoshino; Michael Kavey, “Immodest Claims and Modest Contributions: Sexual Orientation in Comparative Constitutional Law”, **The Oxford Handbook Of Comparative Constitutional Law**, (Michel Rosenfeld and András Sajó, eds.), Oxford University Press, 2012, s.1091-1092.

bulundurularak, bulundukları bağlamdaki işlevlerine özellikle dikkat edilerek ele alınacaktır. Çalışma boyunca sıklıkla bu yaklaşımlardan yararlanılacaktır. Doktrinde bu yaklaşım bazı yazarlarca ‘bağlamsallaştırılmış işlevselcilik (*contextualized functionalism*)’ adıyla ayrı bir yaklaşım olarak değerlendirilebilmektedir².

Ayrıca, kapsamın kurumlarla sınırlı kalmayıp kurum ve fikirlerin göçü olarak genişletilmesi yine böyle bir nedene dayanmaktadır. Kurumlar -özellikle de çalışmanın konusu açısından- bulundukları sistemde nasıl gerekçelendirildiklerinden ve bağlama olan etkilerinden bağımsız olarak göç etmezler. Onlara ilişkin fikirleri ele almamak, kurumların yaşayan ve uyum sağlayan yapılar olduğunu göz ardı etmek sonucunu doğuracaktır.

Eşcinsel evlilikleri Anayasa Hukuku açısından tartışırken, tartışmaların temelinde yer alan bazı kavramları da ele almak gerekir. Bu doğrultuda cinsel yönelim, heteroseksüellik, eşcinsellik, heteroseksizm gibi kavramlar hem birbirleriyle ilişkileri hem de hukuk düzenindeki görünümleri dikkate alınarak tanımlanmalıdır.

Cinsel yönelim, “kişinin farklı cinsiyetten, aynı cinsiyetten veya birden fazla cinsiyetten kişilere karşı derin duygusal, cinsel ve duygulanımsal çekim ve bu kişilerle girdiği yakın ve cinsel ilişki kapasitesi” olarak ifade edilmektedir.³

² Vicki C. Jackson, “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, **The Oxford Handbook Of Comparative Constitutional Law**, (Michel Rosenfeld and András Sajó, eds.), Oxford University Press, 2012, s.65.

³ **Cinsiyet Kimliği, Cinsiyet İfadesi ve Cinsiyet Özellikleri ile İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri**, çev. Aylin Eti, Işıl Demirakın, Kaos GL, Ayrıntı Basımevi, 2020.

Bu doğrultuda heteroseksüel cinsel yönelim, kişinin “farklı cinsiyetten kişilere karşı derin, duygusal, cinsel ve duygulanımsal çekim”ini; eşcinsel cinsel yönelim de, kişinin “aynı cinsiyetten kişilere karşı derin, duygusal, cinsel ve duygulanımsal çekim”ini ifade edecektir.

Heteronormativite, heteroseksüel cinsel yönelimin tek normal cinsel yönelim olduğunu kabul eden yaklaşımı ifade eder. Evlenme ve aile kurma da dahil olmak üzere tüm ilişkilene biçimlerinin belirli toplumsal roller dahilinde kadın ve erkek arasında gelişmesinin doğal ve normal olan olduğunu kabul eden değerler bütünüdür. Bu anlayışta tüm toplumsal değerler ve yaşam biçimleri bu çerçeveden yorumlanır, heteroseksüel olmayan ilişkilene biçimleri dışlanır.

Heteronormativitenin bazı kesimlerce, bir toplumsal/kültürel değer olarak ortaya koyulması, kültürel rölativite-evrensellik tartışmasını gündeme getirmektedir.⁴

Cinsel yönelimlerin tanınmasına ve korunmasına kültürel rölativite iddialarıyla karşı çıkılması bir tesadüf değildir. Kültürel rölativistlerin iddialarının yoğunlaştığı noktalar

⁴ Bu duruma örnek olarak Birleşmiş Milletler organlarında cinsel yönelimlerin tanınmasına ilişkin adımlar ve kararların üye devletler arasında yol açtığı kutuplaşma verilebilir. 2008 yılında, 66 üye ülkenin katılımıyla hazırlanan bir açıklamada, cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet temelinde gerçekleşen insan hakları ihlallerinin endişeyle izlendiğini ve toplumun bir parçası olan bireylerin insan onurunu hiçe saymak sonucunu doğurduğunu vurgulanmış ve bu nedenle de cinsel yönelim temelinde yapılan ayrımcılıklar ve insan hakları ihlallerine karşı alınması gereken önlemlere dikkat çekilmiştir. (Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/63/635, 22 December 2008) Bu metne, Suriye’nin önderlik ettiği 57 ülkeden resmi olarak olumsuz yanıt gelmiştir. 2011 yılında ise Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi bünyesinde, Birleşmiş Milletler tarihinde ilk olarak “İnsan Hakları, Cinsel Yönelimler ve Cinsiyet Kimliği” üzerine bir karar verilmiştir. (Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, 15/06/2011, A/HRC/17/L.9/Rev.1.) Bu karar 23 olumlu oya karşılık, 19 olumsuz, 3 çekimser oyla kabul edilmiştir.

genellikle toplumdaki zayıf kesimlerin baskıcı politikalar lehine bastırılmasında ve belirli grupları temsil eden elitlerin temsil ettiği grupların (bazen de toplumda hiç de yaygın olmayan) görüşlerini sağlamlaştırmasında kesişmektedir.⁵ Erkek egemen toplumda kadınların bastırılmasında ve kadınların insan onurunun hiçe sayılmasında bu argümanlara rastlanmaktadır. Benzer şekilde ırksal ve dinsel azınlıkların siyasi alandan dışlanmasında görelilik iddiaları yoğunlaşmaktadır.⁶ Son zamanlarda da cinsel yönelim farklılıklarının tanınması ve cinsel azınlıkların haklarının tanınmasında gündeme daha sık gelmeye başlamıştır. Cinsel yönelim farklılıklarının topluma yabancı “şeyler” olduğu iddiası⁷ özellikle de Orta Doğu ve Afrika’da gündeme gelmektedir.⁸

Cinsel yönelimlere yönelik önyargılar ve heteroseksizmin kültürel değerler olarak savunulması hususunda son olarak Birleşmiş Milletler düzeyinde ortaya çıkan çatışmaya karşılık olarak Ban-Ki Moon’un ifadelerine yer vermek isabetli görünmektedir. 2007-2016 yılları arasında Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği yapmış olan Moon, cinsel yönelimler konusunda ortaya atılan kültürel görelilik iddiaları ile evrensel insan hakları arasındaki

⁵ Michael Freeman, **Human Rights: Key Concepts**, Polity Press, 2002, s. 106.; Wrigth, 2005, s. 65.

⁶ Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 131.

⁷ Wright, 2005, s. 12.

⁸ Vanessa Baird, **Cinsel Çeşitlilik Yönelimler, Politikalar, Haklar ve İhlaller**, İstanbul, 2017. s. 23. ; Dennis Altman, **Global Sex**, University of Chicago Press, 2001, s. 98.

ilişkiyi ortaya koymaktadır.⁹ Ban Ki-Moon, İnsan Hakları, Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği üzerine Oslo Konferansında, cinsel yönelimlerin tanınmasına ilişkin gelişmelere kültür, gelenek ve din gerekçeleriyle karşı çıkılabileceğini, ancak bu gerekçelerin kölelik, çocuk evlilikleri, evlilik içi tecavüz, kadın sünneti gibi hususlarda da temel olarak gösterildiği hatırlatmıştır.¹⁰ Ayrıca, kültür, gelenek ve dine saygı duymakla birlikte, bunların temel hakların yadsınmasını haklı göstermeyeceğini vurgulamıştır.¹¹

Sonuç olarak, bu çalışmada Anayasa Hukuku açısından yaptığımız değerlendirmede önem taşıyan soru şöyle ifade edilebilir: bu görelilik iddiaları, yerleşmiş anayasal ilkeler ve uygulamalarla bağdaşır mı? Örneğin, cinsel yönelim farklılıklarının tanınması taleplerine, “bizim kültürümüzde bu davranışlar yok, tanıyamayız” diye cevap veren bir karşıt argüman, sistematik bir ayrımcılığı görmezden gelmekte ve pekiştirmekte midir? Kültürel görelilik iddiaları, liberal demokrasilerde, bu soruya verilen evet cevabıyla sınırlanır.

Bununla birlikte fikirlerin ve kurumların göçüne yönelik girişimlerde özellikle dikkatli olunmalıdır¹², nitekim her biri farklı bağlamlarda farklı ifadeler bulacaktır. Bu doğrultuda, bağlamsalcı bir yaklaşımla bu fikir ve kurumların Türkiye sınırlarına girdiğinde nasıl (ve neye) dönüşebilecekleri de ele alınacaktır. Bu karşılaştırmalı çalışma tipi doktrinde

⁹ Ban Ki-Moon, “Confront Prejudice, Speak Out against Violence, Secretary-General Says at Event on Ending Sanctions Based on Sexual Orientation, Gender Identity”, SG/SM/13311-HR/5043, 10/12/2010, Basın Açıklaması, Birleşmiş Milletler.

¹⁰ <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2013-04-15/secretary-generals-video-message-oslo-conference-human-rights-sexual>. (Erişim Tarihi: 10 Nisan 2021, 15:20.)

¹¹ Ibid.

¹² Mark Tushnet, “Some reflections on method in comparative constitutional law”, **The Migration of Constitutional Ideas**, Sujit Choudhry(ed), Cambridge University Press, 2007, s.82-83.

‘Structured Comparative Case Studies (*Bütüncül/Yapılandırılmış Karşılaştırmalı Vaka Çalışmaları*)’ olarak adlandırılabilir¹³.

¹³ Vicki C. Jackson, “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, **The Oxford Handbook Of Comparative Constitutional Law**, (Michel Rosenfeld and András Sajó, eds.), Oxford University Press, 2012, s. 66-67.

I. Eşcinsel Evlilik Taleplerinin Ortaya Çıkışı

Eşcinsel birlikteliklerin tanınması süreci, hukuk alanında yaşanan bazı gelişmeleri izlemektedir. Bu doğrultuda eşcinsel birlikteliklerin tanınması yönünde yaşanan ilk gelişme eşcinsel cinsel davranışların yasak olmaktan çıkarılmasıdır.

Cinsel azınlıkların haklarını tanıyan ilk uluslararası kurum, 1981 yılında verdiği *Dudgeon v. United Kingdom* kararıyla AİHM olmuştur.¹⁴ Bu kararda mahkeme, eşcinsel cinsel birliktelikleri yasaklayan sodomi yasalarının özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğini ortaya koymaktadır.¹⁵ 1994 yılında da Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, *Toonen v. Austria* kararında eşcinsel cinsel birlikteliklerin ulusal düzeyde yasaklanmasının Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 17. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir.¹⁶

Dudgeon v. The United Kingdom kararı doktrinde domino etkisi olarak adlandırılan bir etki doğurmuş, dünya çapında eşcinsel cinsel birlikteliklerin yasaklandığı yasaların sorgulanmasına sebep olmuştur.¹⁷ Örneğin 1998 yılında Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, eşcinsel cinsel ilişkiyi suç sayan yasal düzenlemenin cinsel yönelim temelli bir ayrımcılık

¹⁴ *Dudgeon v. The United Kingdom*, Appl. no. 7525/76, 22/10/1981.

¹⁵ Mahkeme bu içtihadını başka üye ülkeler için de uygulamaya devam etmiştir: *Norris v. Ireland*, Appl. No. 10581/83, 26/10/1988. ; *Modinos v. Cyprus*, Appl. No: 15070/89, 3/11/1991.

¹⁶ *Toonen v Australia*, Human Rights Committee Communication No. 488/1992.

¹⁷ Angioletta Sperti, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Hart Publishing, 2017, s. 20 vd.

olduğuna ve anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹⁸ 2005 yılında ise Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, eşcinsel cinsel birliktelikleri suç sayan düzenlemeyi anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.¹⁹

Bu kararlarda -özellikle de Lawrence v. Texas'ta- eşcinsel birlikteliklerin kişinin özel hayatında serbestçe yürütebileceği özgürlük alanında yer aldığı anlayışı hakimdir. Bu anlayışta eşcinsel ilişkiler özel alanda kaldığı sürece serbesttir ve kişinin özgürlüğü ancak bu alanda korunur. “Ev içerisindeki” ilişkilerin kişinin özel hayatına saygı bağlamında korunacağı vurgulanmaktadır.²⁰ Kamusal alanda eşcinsel birlikteliklerin tanınması bu adımdan sonra gerçekleşmektedir. Bununla birlikte Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin 1998 tarihli National Coalition kararını kaleme alan Yargıç Sachs özel hayatın gizliliğinin eşitlik ilkesinden bağımsız düşünölmeyeceğini ve davranışın nerede gerçekleştirildiğinin nerede olduğundan bağımsız olarak devletin müdahalesinden korunması gerektiğini ifade etmektedir.²¹

Eşcinsel birlikteliklerin özel alandan kamusal alana taşınması, bu birlikteliklerin hukukça tanınması ve birliktelik kurmanın güvence altına alınmasında bir mihenk taşıdır. Anayasa Mahkemelerinin ve Yüksek Mahkemelerin birliktelikleri özel alandan kamusal alana taşıyan yaklaşımları ve cinsel yönelim farklılıklarının ayrımcılık temeli olarak insan

¹⁸ National Coalition for Gay and Lesbian Equality (NCGLE) v. Minister of Justice, 1999 (1) SA 6 (CC).

¹⁹ USSC, Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

²⁰ Sperti, 2017, s. 33-35.

²¹ National Coalition for Gay and Lesbian Equality (NCGLE) v. Minister of Justice, 1999 (1) SA 6 (CC), para. 117.

hakları metinlerinde yer alması eşcinsel birlikteliklerin tanınmasına önemli ölçüde katkı sağlamıştır.

Cinsel yönelim farklılıklarının ayrımcılık olarak kabul edilmesi pek çok hukuk sisteminde bu adımla örtüşmektedir. Hukuksal metinlerde ve anayasal düzeydeki metinlerde cinsel yönelimlerin ayrımcılık temeli olarak tanınması daha sonraki bir döneme denk gelse de, bu yaklaşım mahkemeler tarafından daha uzun bir süredir kullanılmaktadır.

Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi²², BM Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi²³, BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin

²² 2. Madde: “Herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka türden kanaat, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş veya başka türden statü gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, bu Bildirgede belirtilen bütün hak ve özgürlüklere sahiptir”; 7. Madde: “kanun önünde herkes eşittir ve farksız olarak kanunun eşit korumasından istifade hakkını haizdir. Herkesin işbu Beyanname’ye aykırı her türlü ayırdedici mualeleye karşı ve böyle bir ayırdedici muamele için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır”.

²³ 2/1 madde: “Bu Sözleşme’ye Taraf her devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme’de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür”; 26. Madde: “Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayırımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir”.

Uluslararası Sözleşmesi²⁴, (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı²⁵ ayrımcılık yasağını kaleme alırken, ayrımcılığın yasaklandığı kuşkulu temelleri sınırlı olarak saymamış, “benzeri nedenler”, “gibi”, “başka sebeplerle” gibi ifadelerle ayrımcılık yasağını genişletmiştir. Dolayısıyla bu başka sebepler arasında, cinsel yönelimler de sayılabilecek olduğundan bu metinlerin cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı da yasakladığını söylemek mümkündür.

Eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında yasakların kaldırılmasını izleyen süreçte eşcinsel birliktelikler aile olarak kabul edilmiş ve birliktelikler hukuk alanında çeşitli modellerle tanınmaya başlamıştır. Eşcinsel bireylerin aile kurmak bakımından heteroseksüellerden bir farkının olmadığına hukuk alanına yansımından sonra sivil birlikteliklere evlilik kurumuna tanınanlara benzer haklar tanınmaya başlamıştır. Bazı hukuk sistemlerinde eşcinsel evlilikler sivil birliktelik modeli hiç benimsenmeden tanınmıştır.²⁶

Eşcinsel birlikteliklerin hukukça tanınmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğuna hükmeden ilk karar, Hawai Yüksek Mahkemesinin 1993 tarihli Baehr v. Lewin kararıdır.²⁷ 1989 yılında yasa yoluyla sivil birliktelik modelini hukuk sistemine dahil eden Danimarka

²⁴ 2/2. Madde: “Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, bu Sözleşme’de belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin uygulanmasını taahhüt ederler”.

²⁵ Bölüm V, Madde E: “Bu Şartta yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiçbir ayrımcılığa tâbi olmaksızın sağlanacaktır.”

²⁶ Bu sistemler genellikle eşitlik ilkesine dayanarak bu tanımayı gerçekleştirmiş, farklı aile kurma biçimlerine toplumsal düzeyde de çok yer vermemiş sistemlerdir. bu sistemlerde Aile kurma hakkı da evlenme hakkıyla genellikle örtüşmektedir.

²⁷ Supreme Court of Hawaii, Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530 (Haw. 1993), 852 P.2d 44.

eşcinsel birliktelikleri tanıyan ilk ülkedir.²⁸ 2001 yılında eşcinsel evlilikleri tanıyan ilk ülke olan Hollanda olmuştur. ²⁹ 2021 yılına gelindiğinde eşcinsel evlilikleri tanıyan ülke sayısı 28dir.

²⁸ The Danish Registered Partnership Act, D/341- H- ML Act No. 372 of June 1, 1989, <http://www.qrd.org/qrd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendments>. (Erişim Tarihi: 27 Ağustos 2021, 13:45)

²⁹ Act of 21 December 2000 amending Book I of the Civil Code, concerning the opening up of marriage for persons of the same sex (Act on the Opening Up of Marriage)

II. Eşcinsel Evliliklere İlişkin Yaklaşımlar

A. Gelenekselci Yaklaşım

Eşcinsel evliliklerin tanınması tartışmaları yürütülürken evlilik kurumunun heteroseksüel kişilere özgü kalması ve eşcinsel birlikteliklerin hukukça tanınmaması gerektiği yönünde görüşler genellikle geleneksellik argümanlarıyla karşımıza çıkmaktadır. Bu argümanlar çoğu zaman var olan kurumları oluşturuldukları andaki anlayışlarla muhafaza etme, geleneksel olanı koruma ve azınlıkların haklarının tanınmasına geleneksel olanı koruma amacıyla karşı çıkma şeklinde gözlemlenir.

Nefret ve iğrenme, insan davranışlarına yön veren duygulardır. Bilindiği üzere, hukuk kuralları toplumsal davranışlara yön verdiği gibi, toplumsal davranış kalıpları da hukuk normlarını etkiler ve dönüştürür.³⁰ O halde, nefret ve iğrenme gibi duyguların da, toplumsal davranış kalıpları olarak hukuk kurallarına yansması kaçınılmazdır. Ancak bu duyguların, hukuk normlarına meşru bir temel teşkil edip etmeyeceğini tartışmak gerekmektedir.

Tarihsel olarak, bazı fiillerin, yalnızca insanlarda iğrenme duygusu uyandırdığı için yasaklanması gerektiği savunulmuştur. Bu fiiller ırklar arasındaki birliktelikler, kast sisteminin geçerli olduğu toplumlarda tabakalar arasındaki birliktelikler, konumuz özelinde de eşcinsel cinsel birliktelikler şeklinde örneklendirilebilir.³¹ Örneğin Devlin, eşcinselliğin suç olmaktan çıkarılması tartışmasında, suç olarak kalması yönündeki görüşünü bu şekilde

³⁰ Lawrence M. Friedman, **Law and Society: An Introduction**, Prentice-Hall, 1977, s. 7-8.

³¹ Martha Nussbaum, **From Disgust to Humanity**, Oxford University Press, 2010, s. 8.

temellendirmektedir.³² Ona göre, toplumsal bir kırılmayı önlemek için ortak ahlaki normları korumak zorunludur. Bu nedenle uyuşturucu kullanımı nasıl yasaklanıyorsa, eşcinsellik de yasaklanmalıdır.³³

Toplumlar, tarih boyunca, başka kesimleri de kötü kokma, pis olma, kokuşmuşluk, geri kalmışlık, çürüme vb. gerekçelerle, iğrenme duygusuyla özdeşleştirerek aşağılamıştır.³⁴ Afrika kökenli Amerikalıların ve Arapların tenlerinin renginden dolayı kötü koktuğu iddiaları, buna örnek gösterilebilir. Bu örneklerde, iğrenç/kirli olan ile doğru/düzgün olan arasında bir ikilik kurulmaktadır. Bir kesim, yarattığı bu ikilik aracılığıyla ve bir tarafı normal, diğerini anormal olarak kodlamaktadır. Bu yolla kendilerinin üstte konumlandığı bir hiyerarşi kurmakta ve bu hiyerarşiyi doğallaştırmaktadır. Kendisini saf ve temiz kılabilmek, kirli olan ve kirleten ötekiden kendisini ayıracak sınırları da gerektirir: temiz olana özgü, normal ilişkilenmeler ve kurumlar yaratmak ve bunların muhafazakar koruyucuları olmak;

³² Patrick Devlin, **The Enforcement of Morals**, Oxford University Press, 1975, s. v-vii. Devlin, özgürlükler ile toplum ahlakının dengede olduğu bir sistem kurma çabasındadır. Bu doğrultuda toplumun, özgürlükler uğruna ahlaksızlığa tahammül etmek zorunda kalmayacağı sınırları belirleyecek bir ölçüt arayışına girmiştir. Bu ölçütü de iğrenme duygusuyla temellendirmektedir. Buna göre, toplumdaki ortalama bir insanın, kendisine doğrudan etkisi olmayan bir fiilin düşüncesinden iğrenmesi, bu fiilin tek başına haksız fiil oluşturacak bir ahlaksızlık olduğunun göstergesidir.

³³ Nussbaum, 2010, s. 9.

³⁴ Nussbaum'a göre iğrenme, ötekileştirmede kullanılan tek araç değildir ancak güçlü ve merkezi bir rol oynar. İğrenme duygusu bir kere çıkarıldığında, diğer araçlar da temelsiz kalır. Nussbaum, s. 17.

ötekini bu kurum ve ilişkilendirmelerin dışında bırakmak. Bu davranış hukuk alanında da, bir hak yaratıp ötekini bu hakların kullanımından dışlamak ile kendisini göstermektedir.

Nussbaum’a göre iğrenme, hiyerarşi ve ötekileştirme ile olan bağı ve normatif irrasyonelliği nedeniyle hukuk normlarına temel olmamalıdır.³⁵ Bu doğrultuda iğrenme, anayasa ile korunmakta olan eşitliğin bozulması ve hakların sınırlandırılması için haklı bir sebep oluşturmamaktadır.

İğrenme duygusu, eşcinsel ilişkilerin tanınmamasına (ve hatta yasaklamalara) temel olduğu noktada da, “normal” ve “doğal” olan insanların cinselliğinin karşısına yerleştirilmektedir. Kurulan bu karşıtlık, artık cinsel eylemlere ilişkin değil kişilerin kendisine ilişkindir. Nussbaum’a göre eşcinsel haklarına -özellikle de eşcinsel evliliğe- karşı getirilen tüm argümanlar, iğrenme ve nefretin bir maskesidir.³⁶

Eşcinsel evliliklerin tanınmamasını savunan görüşlere göre, eşcinsel evlilikler, evlilik ve aile kurumlarının yapısını bozacak ve değerini düşürecektir. Bu doğrultuda, evlilik ve ailenin korunması amacı, eşcinsel evliliklerin tanınmamasında haklı bir neden oluşturmaktadır.

2008 yılında, Birleşmiş Milletler Genel Kuruluna, 66 üye ülkenin katılımıyla hazırlanmış, cinsel yönelimlerin tanınmasına ve korunmasına ilişkin bir ortak bildiri iletilmiştir.³⁷ Bu metne karşılık olarak BM üyesi 57 ülke ortak bir yanıt kaleme almıştır. Bu

³⁵ Nussbaum, 2010, s.20.

³⁶ Nussbaum, 2010, s.26. Nussbaum bu temellendirmesini, iğrenmeye ve nefrete olan eğilim ile eşcinsellik karşıtı yaklaşımlar arasında korelasyon bulmuş olan bir çalışmayla desteklemektedir: Inbar, Y. et al., “Disgust Sensitivity Predicts Intuitive Disapproval of Gays”, **Emotion**, vol. 9, issue. 3, 2009, s. 435.

³⁷ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, A/63/635, 22 December 2008.

yanıtta cinsel yönelimlerin cinselliğe dair pek çok tercihi içerdği ve tanınmalarıyla pedofili de dahil pek çok sorunlu davranışın normalleşeceği savunulmuş, buna karşılık olarak “toplumun doğal ve temel bir yapıtaşı olarak” ailenin korunmasının vurgulanması gerektiği ifade edilmiştir.³⁸

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, sivil birlikteliklere ilişkin 2009 tarihli kararında evliliğin korunması argümanını tartışmaktadır. Mahkemeye göre, evliliğin korunması amacının altında, eşlerin “uzun süreli ve hukuki olarak bağlayıcı bir sorumluluk” taşımaları yatar. Bu bağlamda, sivil birliktelikler ve evlilik kurumu arasında bir fark yoktur.³⁹ Kanun koyucu, evliliğin korunması amacıyla düzenlemeler yapabilir. Bununla birlikte, evlilik kurumunun bu ayrıcalıklı konumu, diğer yaşam biçimlerine haksız bir müdahale teşkil ediyorsa, evliliğin korunması amacı böyle bir ayrımcılığı meşru kılamaz.⁴⁰

Bir görüşe göre, evliliğin heteroseksüel bir birliktelik olması, onu “eşsiz” bir birlik yapan zorunlu unsurlar arasında yer alır.⁴¹ Evlilik, bu nedenle, hem bireyin kendisi hem de toplum için son derece değerlidir. Bu kurum, cinsiyetler arası farklılıklara dayanır. Evliliğin karşıt cinsiyetten kişilerin birlikteliği olarak tanımlanması, sıradan bir düzenleme tercihi

³⁸ Philip Alston, Ryan Goodman, **International Human Rights: The Successor To International Human Rights In Context: Law, Politics and Morals**, Oxford University Press, 2013, s. 233.

³⁹ Bundesverfassungsgericht [BVERFG] [Federal Constitutional Court], July 7, 2009, 1 BvR 1164/07, para. 102.

⁴⁰ Bundesverfassungsgericht [BVERFG] [Federal Constitutional Court], July 7, 2009, 1 BvR 1164/07, para. 105.

⁴¹ Wardle, 1996, s. 51.

değildir; evlilik kurumunun doğasına içkin bir unsurdur. Eşcinsel birliktelikler ise bambaşka bir konumdadır; bu kişiler evliliğin gereklerine benzer özellikler gösterebilirler, çok iyi ilişkiler geliştirebilirler ancak evliliğin doğasında yer alan karşıt cinsiyetlerden olma şartını karşılayamazlar.⁴²

Bu iddiayı, insan onuru kavramının kullanımlarıyla birlikte değerlendirmek yerinde olacaktır. İnsan onuru kavramının muhafazakar argümanlara temel olarak kullanılması, kürtaj tartışmalarında olduğu gibi⁴³, aile kurma hakkı açısından da gündeme gelmiştir. Buna göre, karşıt cinsiyetlerden olma şartı, evliliğin onurunu korumak için bir zorunluluktur. Bu insan onuru anlayışı, genellikle dini organizasyonlar ve dini liderler tarafından savunulmuştur.⁴⁴ İnsan onurunun bu referansları, ayrımcılığı pekiştirmesi nedeniyle sorunludur.⁴⁵ İlerleyen başlıklarda, insan onuru kavramının insan haklarını geliştirici ve pekiştirici yönde kullanılması ve eşcinsel evliliklerin tanınmasındaki rolü ayrıntılı bir şekilde tartışılacaktır.

⁴² Lynn D. Wardle, “A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage”,

Brigham Young University Law Review, 1996, ss. 1-101.

⁴³ Siegel, kürtaj tartışmalarında insan onuru referanslarının “hayat olarak insan onuru” şeklinde temellendirildiğini ve öldürmemeye ilişkin olduğunu vurgulamaktadır. Bu muhafazakar insan onuru anlayışında aslında referans cinsiyete değil “hayat”a yapılmaktadır. Dolayısıyla bu anlamıyla evlilik hakkının cinsiyetlerle sıkı bağının kurulmasına temel olmamalıdır. Reva B. Siegel, “Dignity and sexuality: Claims on dignity in transnational debates over abortion and same-sex marriage”, **ICON**, vol. 10, 2012, ss. 355-379, s. 375.

⁴⁴ Siegel, 2012, s. 376.

⁴⁵ Sandra Fredman, **Discrimination Law**, Oxford University Press, 2012, s. 25.

Gelenekselci yaklaşıma göre heteroseksüel aile, kültürün oluşumunda en önemli rollerden birine sahiptir ve toplumun en köklü geleneklerinden birini oluşturur. Geleneksel evlilikler, ortak idealleri ve inançları yeni nesillere aktarma görevini üstlenirler. Bu nedenle, heteroseksüel birliktelikler korumaya değerdir ancak toplumumuzda önemli bir yer tutmayan eşcinsel birliktelikler, bu minvalde korunmaya değer değildir.⁴⁶

Bu argümanın başka bir yönü de, boşanma oranlarındaki artış ve ebeveynlerin çocuklarına ilgisinin azalması gibi nedenlerle geleneksel evliliklerin korunması ve savunulması gerektiğidir. Bu nedenle, evlilik kurumunun kapılarını geleneksel olmayan birlikteliklere açmak, geleneksel evliliğin önemini azaltacaktır.⁴⁷

Argümanın bir sonraki adımda vardığı nokta, eşcinsel evliliklerin tanınmasının geleneksel aile kurumunun değerini düşüreceği iddiasıdır. Bu vargıyla, toplumun bir kesimine ilişkin ahlaki bir belirleme yapmadan bu argümanı sürdürmek mümkün değildir. İddia bu noktada, belirli bir cinsel yönelime sahip kişilerin ilişkilerinin, diğerlerinden daha aşağı olduğunu ve bu nedenle aile kurumunun değerini düşüreceğini ileri sürmektedir. Aile

⁴⁶ Wardle, 1996, s. 52.

⁴⁷ Nussbaum, bu argümanı değerlendirirken, öncelikle boşanma oranlarındaki artışın sosyal bir bozulmaya işaret ettiğini söylemenin çok mümkün olmadığına dikkat çekmiştir. Ona göre, kadınların toplumdaki ve ailedeki konumunun değişimi, boşanma oranlarındaki artışı açıklamaktadır. Bazı iddialara göre de, evlilik süreleri öncekinden daha kısa değildir, insanlar daha uzun süre yaşamaktadır. Bu argümanın başka bir sorunlu noktası ise, eşcinsel evliliklerin geleneksellikten uzak olduğu için ailenin korunması amacına zarar vereceği iddiasıdır. Argümanı ortaya atanlar tarafından, boşanmaların artması ile eşcinsel evliliklerin tanınması arasında bir bağ kurulamamış ve bu yönde kanıt da sunulamamıştır. (Nussbaum, 2010, s. 145.)

kurma hakkının öznesinin, nefret ve ötekileştirme kaynaklı bu argümanlarla belirlenmesi sorunludur.⁴⁸

Bununla birlikte, evlilik ve ailenin geleneksel anlayışlarının halihazırda ne kadar sürdürüldüğünü de sorgulamak gerekir. Geleneksel ailenin korunması argümanına mahkemeler, genellikle aile kurumunun dönüşümüne dikkat çekerek, günümüzde evlilik kurumunun geleneksel bir şekilde anlaşılmasının mutlak kabul görmediği şeklinde cevap vermektedir.⁴⁹

⁴⁸ Benzer bir temel, farklı ırklardan kişilerin evlenmesini engelleyen yasalarda da görülmektedir. Siyahi kişilerin beyazlarla evlenmesi halinde ırkın kirleneceği düşüncesine dayanan bu yasaklar uzun süre yürürlükte kalmıştır. Loving v. Virginia kararında Amerikan Yüksek Mahkemesinin de belirttiği gibi, bu tür sınıflandırmaların gerekçesinde, temelinde ırk ayrımcılığı yatmayan tek bir meşru amaç yoktur: Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

⁴⁹ Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, Obergefell v. Hodges kararında, geleneksel ailenin korunması için eşcinsel birlikteliklerin evlilik kurumuna erişiminin olmaması gerektiği argümanına, benzer bir yaklaşımla yanıt vermektedir. Buna göre, evlilik kurumunun tarihselliği onun önemini ortaya koymaktadır, ancak bu kurum da diğer tüm kurumlar gibi toplumsal ve hukuki gelişmelerden etkilenmeden varlığını koruyamaz. Evlilik kurumunun tarihi de bize onun değişen ve dönüşen bir kurum olduğunu göstermektedir. Bu dönüşümler evlilik kurumunu zayıflatmaz, aksine onu güçlendirir. Eşcinselliğe ilişkin yaklaşımlar da, benzer bir dönüşüm göstermiştir. Günümüzde evlilik kurumunun doğasını, iki kişinin, cinsel yönelimlerinden bağımsız olarak kurdukları devamlı bağ oluşturmaktadır. (Obergefell v. Hodges 576 US (2015).) ; Güney Afrika Anayasa Mahkemesi de, Fouri kararında doğallık iddialarına cevap vermiştir. Buna göre aile, doğası gereği ve sonsuza kadar heteroseksüel aile birliğine özgülenmemiştir. Sonuç olarak da, aile ve aile birliği kavramları geleneksel anlayışlarından uzaklaşmış ve dönüşmüşlerdir. (Fourie v. Minister of Home Affairs, 2006 (1) SA 524 (CC), para. 101-102.)

Gelenekselci yaklaşıma göre üremenin devamının sağlanması toplumun menfaatinedir.⁵⁰ Evlilik de, bu nedenle yalnızca kadın-erkek ilişkilerine özgülünmüş bir şekilde düzenlenir.⁵¹ Bu iddia iki aşamada incelenebilir; ilki üremenin devamının sağlanmasında kamu yararı olduğu, ikincisi de bu yararın eşcinsel evliliklerin tanınması halinde sağlanamayacak olmasıdır.

Obergefell v. Hodges kararındaki karşı oyunda Yargıç C.J. Roberts, “çocukların ve toplumun yararı için, üremeye yönelik cinsel ilişkilerin yalnızca sürekli ve bağlı bir ilişki sürdüren kadın ve erkekler arasında olması gerektiği(ni)” savunmaktadır. Ona göre, bu bağ yalnızca heteroseksüel evlilikle gerçekleşir.⁵²

Sorumlu üreme, aile birliği içerisinde planlı ve istekli bir şekilde üremenin gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Yeni jenerasyonların, bu yolla sağlıklı bir şekilde yetiştirileceği savunulmaktadır. Bu doğrultuda, sorumlu üremenin doğal yollarla olması zorunluluğu nedeniyle, eşcinsel evliliklerin tanınmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak

⁵⁰ Üremeye ilişkin toplumsal menfaatler Wardle’a göre dört başlıkta toplanabilir: (1) İnsan türünün hayatta kalması ve türün devamlılığının sağlanması, (2) halk sağlığı ve çocukların refahı, (3) ebeveynlerin çocuk sahibi olmalarıyla, çocuk yetiştirme sorumluluğu arasındaki bağın kurulabilmesi, (4) kamu düzeninin sağlanması ve üreme sorumluluğunun yüklenebildiği bir kurumun varlığı. Bu menfaatlerin en iyi korunacağı kurum olarak ailenin tasarlandığı ve geleneksel ailenin kültürel ve tarihsel olarak bunu gerçekleştirdiği savunulmaktadır.

⁵¹ Wardle, 2001, s. 782.

⁵² Obergefell v. Hodges 576 US (2015). Yargıç C.J. Roberts Skinner v. Oklahoma kararını destek olarak göstermektedir: Skinner v. Oklahoma 316 U.S. 534, 541 (1942). Bu kararda mahkeme, üremenin sürdürülmesinde toplumun menfaatinin olduğunu ileri sürmektedir. Mahkeme, Obergefell v. Hodges kararında da bu yaklaşımını devam ettirmekte, evlenme hakkının korunmasında üremeye yönelik menfaatlerin de korunduğunu ifade etmektedir.

bu argümanla, doğal yolla gerçekleşmeyen üremenin neden sorumlu bir üreme olamayacağına cevap verilmemektedir. Doktrinde bu argüman, tam da bu noktadan eleştirilmektedir. Heteroseksüel birlikteliklerde plansız üreme oldukça mümkünken, sorumlu üremenin tek yolunun da bu olduğunun savunulması ne kadar yerindedir? Aksi şekilde, eşcinsel birlikteliklerin “doğal olmayan” üremeleri zorunlu olarak planlı ve iradeye bağlı olacağından, sorumsuz ebeveynliklere daha az sebep olmaktadır.⁵³

Ailenin bu menfaatlere yaptığı katkı, bu çalışma kapsamında tartışılmayacaktır. Aile kurumunun varlığında ve sürdürülmesinde kamu yararının olduğu kabulüyle sorulacak sorular, bu karşıt argümanın tartışılmasında yeterli olacaktır. Bu halde, evlilik dışı gerçekleşen cinsel birliktelikler -bu menfaatlerin sağlanmasına yönelik olmadığı için- yasaklanmalı mıdır? Yasaklanmasa bile, devlet bu ilişkileri onaylamayan bir tutum takınabilir mi? Devletin bu yöndeki eylemleri, bu menfaatleri sağlamada ne derecede etkilidir? Ya da daha önemlisi, devletin bu menfaatleri gerçekleştirmek adına evlilik dışı ilişkilere takınacağı böyle bir tutum anayasayla ve kişi özgürlükleriyle bağdaşır mı?

Bu menfaatlere başka bir yönden de bakılabilir. Evlenme kurumunu, yalnızca üreme yetisi olan kişilere özgülemekte de kamu yararı var mıdır? Üremeye yönelik olarak aile kurmakta toplumun menfaati varsa da, üreme yetisi olmayan kişilerin, bu menfaatleri sağlayamayacağı gerekçesiyle aile kurumundan uzaklaştırılması, bu kamu yararını sağlamada gerekli midir? Somutlaştırmak gerekirse, üreme yetisi olmayan kişiler devlet nezdinde evlenme talebinde bulunduğunda bu talepleri reddedilmeli midir? Örneğin, üreme yetisinin kaybedildiği yaştan sonra kişilerin evlenmesi uygun bulunmamalı mıdır? Bu uygun bulmama, aile kurumunun sağladığı üremeye yönelik menfaatleri ne kadar destekler?

⁵³ Katherine M. Franke, “The Politics of Same-Sex Marriage Politics”, **Columbia Journal of Gender & Law**, vol.15, 2006, s. 244.

Destekliyor olsa bile, devletin bu yönde bir düzenleme yapması anayasayla ve kişi özgürlükleriyle bağdaşır mı?

Bu sorulara verilen yanıt, hukuk sistemlerince de “hayır”dır. Üreme yetisinden yoksun kişilerin aile kurmasının, üremeye yönelik toplumsal menfaatlere zararı olduğunu savunmak mümkün olmadığı gibi; tam tersinden, bu kişilerin aile kurmasının uygun bulunmaması da bu menfaatlerin sağlanmasına katkıda bulunmayacaktır. Bu uygun bulma/bulmamanın anayasayla ve kişi özgürlükleriyle bağdaşması hususu da kürtaj yasaklarına benzer bir otonomi savunusuyla karşılaşacaktır.

Tayvan Anayasa mahkemesi de üreme yeteneğinin ailenin temelinde olması argümanına dayanılarak eşcinsel birlikteliklerin evlilik kurumu dışında bırakılamayacağını kararlaştırmıştır.⁵⁴ Üreme yeteneğinin yokluğu evliliğin hükümsüz kılınması için bir sebep değilse ya da üreme yeteneğinin azalması ya da zarar görmesi haklı bir boşanma sebebi olarak görülüyorsa üreme yeteneğinin evlilik kurumunun temelinde olduğunu söylemek de mümkün olmayacaktır.⁵⁵

Eşcinsel evliliklere bu üreme argümanı ile karşı çıkılmasına, yukarıdakilere benzer sorularla yaklaşmak mümkündür. Eşcinsel kişilerin aile kurması, üremeye yönelik menfaatlerin gerçekleşmesine engel midir? Örneğin, bu kişiler aynı cinsiyetten partnerleriyle evlenmeseler, heteroseksüel bir ilişki kurup üremenin devamına katkı mı sağlayacaklardır?⁵⁶

⁵⁴ Judicial Yuan Interpretation No. 748, 2017/05/24, s. 16.

⁵⁵ Judicial Yuan Interpretation No. 748, 2017/05/24, s. 16.

⁵⁶ Lynn Wardle, eşcinsel kişilerin de ilişkilerinden bağımsız olarak karşı cinsiyetten kişilerle birlikte olup üremeye katkı sağlayabilecekleri iddiasında; ancak ona göre bu yolla üremeleri de toplum düzenine zarar verdiğinden uygun olmayacaktır, sorumlu üreme ancak heteroseksüel evlilikler içinde olabilir: Wardle, 2001, s. 797.

Eşcinsel kişilerin aile kurma hakkının tanınmadığı bir sistemde bu menfaatlerin gerçekleştirilmesi daha mı etkili olacaktır?⁵⁷ Öyle olsa bile, devletin bu konuda bir düzenleme yapması anayasayla ve kişi özgürlükleriyle bağdaşır mı?⁵⁸

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Nat.Coa. v. Home Affairs kararında ve daha sonra bu karara referansla Fouri kararında bu argümanı ele almıştır. Buna göre, üreme yeteneği ne hukuki ne de anayasal bakışla evlilik kurumunun temel bir unsurunu oluşturur. Böyle bir yaklaşım, üreme yetisini kaybetmiş veya üreme yetisini kullanmak istemeyen kişiler için alçaltıcı bir yaklaşım olacaktır. Benzer şekilde, bu yaklaşım, evlatlık edinmiş ailelerin de öz çocuklarını yetiştiren ailelerden daha az aile ya da daha az saygıdeğer olduğu sonucuna varacak bir yaklaşımdır.⁵⁹

1993 tarihli Canada v. Mossop kararındaki karşı oyunda Yargıç L'Heureux-Dube, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi ile benzer bir sonuca varmıştır. L'Heureux-Dube'ye göre bu argümanın kendi kendisini çürüttüğü aşıkardır. Üremenin önemi tartışılmaz olsa da,

⁵⁷ Wardle çoğu heteroseksüel çiftin yıllar boyunca üreme yetisine sahip olması, ancak *hiçbir* eşcinsel çiftin *asla* üreyemeyecek olması nedeniyle heteroseksüel evlilik yönünde tercih yapılması gerektiği sonucuna varmıştır. Ancak bir tercih yapılması zorunluluğunu temellendirmemiş, dolayısıyla eşcinsel evliliklerin heteroseksüel evliliklerle birlikte kabul edildiği bir sistemde bu menfaatlerin neden sağlanamayacağı sorusuna da cevap vermemiştir.: Wardle, 2001, s. 797.

⁵⁸ Obergefell v. Hodges'ta Amerikan Yüksek Mahkemesi evlenme hakkının üremeye yönelik hakların da korunmasını içerdiğini ifade ederken, evlenmiş bir çiftin ürememe hakkının da korunduğunu eklemiştir. Dolayısıyla evlenme hakkının üreme yeteneği veya üreme taahhüdüne bağlanamayacağını vurgulamıştır: Obergefell v. Hodges 576 US (2015).

⁵⁹ National Coalition for Gay and Lesbian Equality & Others v. Minister of Home Affairs & Others, 1999

(2) SA 1 (CC), para. 51. ; Fourie v. Minister of Home Affairs, 2006 (1) SA 524 (CC), para. 86-67.

üreme yetisi mahkeme açısından aile kurumunun sınırlarını oluşturmaz. Pek çok aile için, üreme temel bir unsur olabilir ancak üreme yetisini ailenin temel unsurlarından biri olarak vurgulamak, bu kurumun zayıflatılmasına sebep olacaktır. Dolayısıyla, eşcinsel birlikteliklerin, üreme yetisine sahip olmamaları nedeniyle aile olarak kabul edilemeyecekleri argümanı isabetli değildir.⁶⁰

AIHM, 2002 tarihli *Christine Goodwin v. the United Kingdom* kararında trans kişilerin evlenme hakkına ilişkin benzer bir yorum benimseyerek üreme yetisi ile evlenme arasındaki zorunlu bağı kesmiştir.⁶¹ Mahkemeye göre, AIHS m.12 evlenme hakkını ve aile kurma hakkını (çocuk sahibi olma anlamıyla) tanır, ancak ikincisi, ilkinin zorunlu bir koşulu değildir. Dolayısıyla, bir çiftin çocuk sahibi olma imkanının olmaması, onların evlenme hakkından yararlanmalarına engel değildir.⁶² AIHM'in bu içtihadı, daha sonra eşcinsel birlikteliklerin aile olarak tanındığı kararlara temel olmuştur.

Sonuç olarak, ailenin korunması argümanı, eşcinsel kişilerin aile kurma hakkından yararlanamamalarına haklı bir sebep teşkil etmez.

Eşcinsel evliliklerin tanınmaması yönünde kullanılan argümanların bir diğeri de, çocukların korunması amacı doğrultusunda eşcinsel evliliklerin tanınmaması gerektiğidir. Bu argümanı savunanlara göre, cinsel yönelim farklılıkları hukuk düzeyinde tanınmamalıdır. Devletin, cinsel yönelim temelli ayrımcılıkları yasaklaması ve heteroseksüel aile yapısından yana olmayan bir tavır alması çocuklara zarar verecektir.⁶³

⁶⁰ *Canada v. Mossop* (1993), SCJ, No: 20.

⁶¹ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*: Application no. 28957/95.

⁶² *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, para. 98.

⁶³ Ruth Butterfield Isaacson, "Teachable Moments: The Use of Child-Centered Arguments in the Same-Sex Marriage Debate", **California Law Review**, Vol. 98, Issue: 1, 2010, ss. 121-158, s. 135.

Bu argüman içerisinde sunulan iddialardan biri, heteroseksüel yönelimden yana bir tercih yapılmaması halinde daha çok çocuğun eşcinsel olacağı, eşcinsel olmasalar bile cinsel yönelim farklılıklarına kayıtsız olacakları yönündedir. Çocukların korunması argümanının temellinde de yer alan nefret, iğrenme ve türün devamlılığı gibi argümanların etkisi kendini bu yorumlarda göstermektedir.⁶⁴

Bu argümanın ilk basamağı, çocuğun cinsel yöneliminin çevrenin etkisiyle oluşabileceği ya da değişebileceği iddiasıdır. Buna göre, heteroseksüel yönelimin hukukça tanınan tek yönelim olduğu bir çevrede yetişen çocukların, heteroseksüel olması daha olasıdır. Ancak bu iddia, cinsel yönelimin bir tercih olduğu kabulünden hareket ettiği için, daha ilk adımında eleştirilmektedir.⁶⁵

Argümanın bir diğer temeli de, ahlaki bir dönüşüm tetiklenerek çocukların yetiştiği ortamdaki değerlerin yitirilmesine neden olunacağıdır. Bir diğer deyişle, eşcinsellerin ve heteroseksüellerin eşit görülmesi halinde, yeni jenerasyonun ahlaki bir çöküşle yetişmesi riski doğar. Bu iddia da, eşcinsellerin ahlaki olarak daha aşağı olduğu ve heteroseksüel ahlakın üstün olduğu ve sürdürülmesi gerektiği temeline dayandığından ayrımcılığı pekiştirir.⁶⁶

⁶⁴ Suzanne B. Goldberg, “Sticky Intuitions and the Future of Sexual Orientation Discrimination”, **UCLA Law Review**, vol. 57, 2010, ss. 1375-1414, s. 1401.

⁶⁵ Goldberg, 2010, s. 1402

⁶⁶ Bununla birlikte, cinsel yönelimlere ilişkin farkındalığın ve toplumsal kabullerin arttığı günümüzde, çocuklara hala “heteroseksüel yönelimin tek doğru olduğunu” öğütleyen tutumlar, kendisini bu kalıba sokamayan çocuklar açısından yıkıcı sonuçlara sebep olabilmektedir. Ergen intiharlarının %30’a yakınının gey/lezbien çocuklar olduğu, gey/lezbien ergenlerin ise üçte birinin en az bir kere intihar girişiminde bulunduğu görülmüştür; ergenlik sonrası gençliğe adım olarak

Bu argümandaki bir diğer sorun da, heteroseksüel yönelimin toplumca ve hukukça tanınan tek yönelim olduğu çevrede çocukların yetiştirilmesinin olumlu bir sonucu olduğunun kabulüdür. Tarihsel olarak bakıldığında çocuk yetiştirmek, geleneksel heteroseksüel ailenin görevi olmuştur.⁶⁷

Çocukların korunması argümanının bir başka yönü de, çocukların en iyi şekilde evlilik birliği içerisindeki anne baba ile yetiştirileceği iddiasıdır.⁶⁸ Bu iddia 4 temel unsuru içerir. Bunlar, cinsel yönelim unsuru yani ebeveynlerin heteroseksüel olması, cinsiyet unsuru yani farklı cinsiyetten ebeveynlerin varlığı, (sayısal olarak) iki ebeveynin varlığı ve ebeveynlerin evli olmasıdır.

tanımlanan adölesan dönemde ise bu risk çok daha yüksektir. Paul Gibson, “Gay Male and Lesbian Youth Suicide,” U.S. Department of Health and Human Services, **Report of the Secretary’s Task Force on Youth Suicide** 1989, Vol. 3, ss. 110-142. (aktaran): Kosofsky Sedgwick, Eve, Queer and Now, **The Routledge Queer Studies Reader**, Donald E. Hall and Annamarie Jagose (ed), 2013.

⁶⁷ Ancak eşcinsel aileler ile karşılaştırma imkanı olmadığından, geleneksel heteroseksüel ailenin, çocuk yetiştirmek için en iyi ortam olduğu ve bu ailelerde yetişen çocukların en iyi şekilde yetiştiğine dair bir sonuç çıkarılamaz. (Judith Stacey, "Legal Recognition of Same-Sex Couples: The Impact on Children and Families", **Quinnipac Law Review**, vol. 23, issue. 2, 2004, ss. 529-540, s. 531.; Nussbaum, 2010, s.143.)

⁶⁸ Fransa’da doktrin eşcinsel evliliklerin tanınması tartışmasında, çocukların korunması argümanını kullanmıştır. Bu konudaki tartışmalar genellikle özel hukukçular arasında gelişmiş ve kan bağına ilişkin yasal düzenlemelerin bu hususta belirleyici olduğu savunulmuştur. Buna göre bu yasal düzenlemeler bir doğal düzeni takip eder, çocuk bir kadın ve bir erkek ebeveynine sahip olmalıdır. Ivana Isailovic, “Same Sex but Not the Same: Same-Sex Marriage in the United States and France and the Universalist Narrative”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 66, ss. 267-315, s. 304.

İlk unsur, ebeveynlerin heteroseksüel olmasının çocuk yetiştirilmesinde daha iyi bir ortam sağlayacağı iddiasıdır. Bireylerin sorumluluk duygusu, şefkat, iletişim kurma, iyi ebeveynlik gibi özelliklerinin cinsel yönelimlerine bağlı olduğu ve belirli bir cinsel yönelimden kişilerin bu özellikler bakımından daha eksik ya da aşağı olduğu düşüncesi doğrudan nefret ve ötekileştirme ile ilişkilidir.⁶⁹ Bu iddiayı savunanlar tarafından, heteroseksüel ebeveynlerin eşcinsel ebeveynlerden daha iyi olduğuna dair bir kanıt da sunulamamaktadır.⁷⁰ Bununla birlikte çocukların eşcinsel ebeveynlerinden etkilenip eşcinsel olacağı ya da ahlaki bir çöküşe sürükleneceği iddiaları yukarıda toplum bağlamında tartışılmış olup, bu hususta da aynı sonuçlara varılacaktır.

İkinci unsur, çocukların hem kadın hem de erkek rolünü görebildiği bir çevrede büyümesinin daha yararlı olacağı iddiasıdır.⁷¹ Böyle bir çevrede, çocuk kendi rolünü daha

⁶⁹ Benzer bir yorum, Loving v. Virginia kararı öncesi ırklar arası evliliklerin yasallaşmamasını savunan kesimce yapılmıştır. Buna göre ‘melez’ çocuklar biyolojik olarak daha alt düzeyde olmalarının yanı sıra, sosyal ve psikolojik gelişimleri yeterince sağlanamayacak ve yaşlıtlarınca ötekileştirmeye maruz bırakılacaklardır: Isaacson, 2010, s. 123.

⁷⁰ Nussbaum, 2010, s. 143.; Stacey, 2004, s. 531.

⁷¹ Argümanı ele alan sosyologlar, bu unsurun bilimsel olarak desteklenemediğine vurgu yapmıştır. Sosyal bilimlerde, çocuk yetiştirmede kadın ve erkek rollerinin gerekli olduğuna dair empirik veri olmadığı gibi; iki kadın veya iki erkek tarafından yetiştirilmenin çocuklar için daha az yararlı ve destekleyici olduğuna dair de bir kanıt yoktur. Ayrıca, doktrinde bu argümanı eşcinsel evliliklerin tanınmaması yönünde destek olarak kullanan yazarların, eşcinsel ebeveynler ile heteroseksüel ebeveynler arasında bu açıdan belirgin bir farkın bulunmadığını saptayan çalışmalara hiç değinmediği görülmektedir.: Stacey, 2004, s. 532-534. Bu alandaki çalışmalar, çocukların desteklendiği ve sevildiği ortamlarda daha iyi yetiştiğini ve iki ebeveyni olanların yalnız ebeveynlerden daha iyi durumda olduğunu göstermektedir. Nussbaum, 2010, s. 143.

kolay benimseyecek ve kişiliğinin oluşması sırasında (roller arasında) savrulmayacaktır.⁷² Bu inanç uzun yıllar kabul görmüş olsa da sosyal bilimler açısından kanıttan yoksundur.⁷³ Çocukların hangi çevrede daha iyi yetiştiğini araştıran çalışmalar, çoğunlukla ebeveyn-çocuk ilişkisi, ebeveynliğin kalitesi gibi noktalara odaklanmıştır. Daha iyi ebeveynlik de genellikle sorumluluk duygusu, iletişim kurmak, bağlılık, şefkat, güvenilirlik gibi özelliklere bağlıyken, cinsiyet ile bir bağlantı kurulmamıştır.⁷⁴

Bu iddia ayrıca, toplumsal cinsiyet rollerini temel alması ve onları pekiştirmesi nedeniyle sorunludur. İki ayrı cinsiyetten kişinin varlığı talebi, ancak bu iki cinsiyetin farklı rol, yetenek ve yükümlülükler taşıdığının kabulüyle mümkün olabilir. Bu kabul, kadın ve erkeğin, doğum dışında başka özellikleriyle farklılaştırılması ve bu farklılıkların pekiştirilmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla, çocukların korunması amacının, iki farklı cinsiyetten kişinin varlığını gerektirdiği savunusunu temel alan bir düzenleme veya sınırlama, bu cinsiyetlerin farklı yetenekler ve roller içerdiğini kabul etmeksizin yapılamaz. Devletin, bu toplumsal cinsiyet rollerine dayanan yaklaşımı benimsemesi, kişilerin cinsiyetlerinden bağımsız olarak eşit oldukları fikriyle bağdaşmaz. Bu nedenle, çocuk yetiştirmenin özel olarak kadın ve erkek rollerinin olduğu bir aile modelinde sağlanması

⁷² Nancy D. Polikoff, “For the Sake of All Children: Opponents and Supporters of Same-Sex Marriage Both Miss the Mark”, **New York City Law Review**, Vol. 8, Issue: 2, 2005, s. 578.

⁷³ Stacey, 2004, s. 533.

⁷⁴ Stacey, 2004, s. 533-534.

gerektiği ve eşcinsel evliliklerin bu rolleri sağlayamaması nedeniyle tanınmaması gerektiği iddiası temelsizdir.⁷⁵

Üçüncü unsur olan, iki ebeveynle yetiştirilmenin çocuk açısından tek ebeveynle yetiştirilmekten daha iyi sonuçlar doğuracağı iddiası da doktrinde eleştirilmektedir. Bu iddiayı destekleyen (yukarıda bahsi geçen) verilerin tek taraflı şekilde yorumlandığı ve boşanmanın çocuklara etkisini göz ardı ettiği savunulmaktadır.⁷⁶

Çocukların iki ebeveynle daha iyi yetiştirilebildiğini ortaya koyan çalışmalarda bile bu ebeveynlerin evlilik birliği içerisinde olması zorunluluğu çıkarılamamaktadır. Bu doğrultuda dördüncü unsur olan, çocukların evlilik birliği içerisinde yetiştirilmesinin daha iyi olduğu iddiası da tartışmaya açılmaktadır.

Bazı yazarlar, evlilik kurumu ile çocukların korunması yararı arasındaki ilişkiyi tavuk-yumurta metaforuyla açıklamaktadır.⁷⁷ Evlilik kurumu, çocukların korunmasına hizmet ettiği için mi bu kadar değerlidir? Yoksa, çocukların korunması misyonu yüklendiği için mi bu kadar yüceltilmiştir?

⁷⁵ Carlos A. Ball, "Lesbian And Gay Families: Gender Nonconformity and the Implications of Difference", **Dukeminier Awards: Best Sexual Orientation Law Review**, Vol. 3, 2005, ss. 691-749, s. 57.

⁷⁶ Bu verilerin elde edildiği çalışmaların çoğunda, ebeveynlerin boşanması halinde tek ebeveynle yetişecek olan çocukların durumundaki değişme, sosyoekonomik durumun değişmesiyle açıklanabilmektedir. Buna göre, daha iyi bir çevre oluşturan değişken, iki ayrı kişinin varlığı değil, iki ayrı gelirin varlığıyla sosyoekonomik düzeyin iyileşmesidir. Bu doğrultuda, gelir düzeyi yüksek yalnız ebeveynler ile yetişen çocukların iyi yetiştiklerini tespit eden çalışmalar kanıt gösterilmektedir. Stacey, 2004, s. 535.

⁷⁷ Stacey, 2004, s. 536.

Polikoff'a göre bu iddia, çocukların yararını gözeten normların geleneksel evliliğin kendisinden değil, bu korumayı evlilik içerisinde öngören hukuk sisteminden kaynaklandığını gözden kaçırdığı için sorunludur. Ona göre, evlilik kurumu tarihsel olarak yüklendiği misyonlar nedeniyle bu kadar yüceltilmektedir. Polikoff, yalnızca ebeveynleri evli olan çocuklara koruma sağlamayan, çocukların hepsi için eşit değer sunan bir koruma sisteminin, daha çok çocuğun menfaatini koruyacağını savunmaktadır.⁷⁸ Bu doğrultuda, günümüzde evlilik kurumu çocukların korunması için tek araç olmadığı gibi, en uygun seçenek de değildir.

Evlilik statüsünün varlığının, çocukların yetiştirilmesinde önemli ve gerekli olduğu argümanını ise, hem eşcinsel evlilik karşıtları hem de eşcinsel evliliklerin tanınmasını savunanlar kullanmaktadır. Eşcinsel evliliklerin tanınmaması için bir argüman olarak kullanıldığında, geleneksel evlilik anlayışı temel alınmaktadır. Mahkemeler bu kullanımı, yukarıda da gösterildiği üzere, geleneksel evlilik anlayışına eleştirel yaklaşarak aşmaktadır.

Bu argüman, eşcinsel evliliklerin tanınması için kullanıldığında ise, eşcinsel ebeveynleri olan çocukların, ailelerinin tanınmaması nedeniyle ikincil konuma atıldığı bir çevrede büyüyecekleri; bu ötekileştirmenin onlara daha çok zarar vereceği savunulmaktadır. Bu nedenle de, çocukların asıl yararının, ailelerinin hukuken tanınmasında ve yaşadıkları ötekileştirmenin azaltılmasında olduğu ileri sürülmektedir.⁷⁹

⁷⁸ Polikoff, 2005, s. 585.

⁷⁹ Obergefell v. Hodges kararında da bu yaklaşım görülmektedir. Çoğunluk görüşünü yazan Yargıç Kennedy'e göre de, evlilik birliği, çocukların yararının en iyi şekilde gözetilebileceği, istikrarlı bir ortam sunar. Çocuklar, evlilik kurumunun sağladığı tanıma, istikrar ve öngörülebilirliğin olmadığı bir ortamda, ailelerinin diğer ailelerden değersiz kabul edilmesi nedeniyle zarar görmektedir. (Obergefell v. Hodges 576 US (2015)).

Ancak bu yaklaşım da doktrinde eleştirilmektedir. Bazı yazarlara göre, eşcinsel çiftlerin çocuklarının yararı için evlilik birliği içinde olması gerektiği savunusu, tehlikeli bir şekilde evliliğin yüceltildiği ve diğer tüm birlikteliklerden üstün kabul edildiği aile ideolojisine yakınlaşır. Bu yolla, eşcinsel birlikteliklerin ikincil konuma itildiği ve değersizleştirildiği bir sistem eleştirilirken, evlenmemiş ailelerin ikincil konumunun pekiştirildiği yeni bir değersizleştirme sistemi kurulmaktadır. Çocukların korunması argümanı, eşcinsel evlilikler lehine çevrilmiş gibi görünse de esasında ötekileştirmenin kaynağına inilmediğinden, hem diğer birliktelikler hem de eşcinsel birliktelikler açısından yeni ayrımcılık biçimleri olarak karşımıza çıkacaktır.⁸⁰ Aile kavramı, uzun süredir şekli değil işlevsel bir biçimde yorumlanmaktadır.⁸¹ Bunun sonucu olarak, bekar ebeveynler ve boşanmış ebeveynler aile olarak değerlendirilmektedir. Bu argüman ise tam tersine, geleneksel evlilik kurumunun argümanlarıyla, aileyi şekli bir biçimde yorumlamayı tercih etmekte ve evliliği yüceltmektedir. Bir ilişkilene biçimine, diğerlerinden daha fazla önem atfedilmesinin ayrımcılık teşkil ettiği iddiası, en başından itibaren tanınma taleplerinin temelini oluştururken; savununun evliliği diğer ilişkilenemelerden üstün gösteren bu yönü, ciddi bir anayasal soruna işaret eder.⁸²

Bununla birlikte, yukarıda bahsi geçen kanıtlarla birlikte dahi, yalnız ebeveynlerin çocuklarının daha iyi yetişmesi için, ikinci bir ebeveyn rolünü sağlamak adına evlenmesi gerektiği söylenemez. Ya da çocukların korunması için, evli çiftlerin boşanmaması gerektiği savunulamaz. Öyleyse çocukların korunması amacı, kişilerin evlenip evlenmeme kararlarına

⁸⁰ Franke, 2006, s. 242.

⁸¹ Polikoff, 2005, s. 590.

⁸² Courtney G. Joslin, “The Gay Rights Canon And The Right To Nonmarriage”, **Boston University Law Review**, Vol. 97, 2017, ss. 425-488, s. 464.

bir müdahaleyi meşru kılamayacağı gibi, belirli bir kesimin evlenme hakkına erişiminin olmamasını da meşru kılmamalıdır.

Gelenekselci yaklaşımda eşcinsel evliliklerin tanınmasıyla, dindar kişilerin din özgürlüklerini ihlal edileceği ileri sürülmektedir. Dini inançları eşcinselliği yasaklayan veya günah olarak kabul eden kişilerin, bu evlilikleri kabul etmek zorunda bırakılacakları ve bu nedenle dini inançlarının aşağılanacağı savunulmaktadır. Bu nedenle bu görüşe göre devlet, bazı dindar kişilerin inançlarını aşağılayacağından, eşcinsel evlilikleri yasaklamakta haklı gerekçelere sahiptir. Bu argüman, devletin takınması gereken tutum açısından, pek çok yönden sorunludur.

Öncelikle, tüm dini inançlar eşcinselliğe aynı şekilde yaklaşmamaktadır.⁸³ Devletin, eşcinselliği günah kabul eden inançları dikkate alarak düzenleme yapması, diğer inançların bir kenara bırakılması sonucunu da doğuracaktır.⁸⁴

İkinci olarak, devlet pek çok faaliyetinde, insanların dini nedenlerle onaylamadığı veya kaçındığı noktalara dokunabilmektedir. Örneğin, kız ve erkek çocukların birlikte eğitim görmeleri bazı inançlarda yasaklanmışken, devlet eğitimi karma olarak devam ettirmeyi tercih edebilir; domuz eti tüketimi bazı inançlarca yasaklanmışken, devlet kasaplara domuz etinin kesilmesi için lisans verebilir.⁸⁵ Devletin, bu tür dini temelli taleplere dayanarak düzenlemeler yapması, laiklikle bağdaşmamaktadır.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Fouri kararında dindar kişilerin inançlarını aşağılama argümanını tartışmaktadır. Davaya katılanlar, eşcinsel evliliklerin kabul edilmesiyle pek çok din için temel bir yer tutan yüzlerce yıllık evlilik kurumunun

⁸³ Baird, 2017, s. 93.

⁸⁴ Nussbaum, 2010, s. 144. Aynı yaklaşım Fouri kararında da görülmektedir: Fouri, para. 92.

⁸⁵ Nussbaum, 2010, s. 144.

bozuma uğratıldığını; bu nedenle din özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmektedir. Onlara göre, demokratik bir ülkede azınlıkların ve inanmayanların haklarının korunması önemlidir ancak Güney Afrika'daki çoğunluğun dini inancının ayrı bir önemle dikkate alınması gerekmektedir.⁸⁶

Mahkemenin içtihatlarına göre din özgürlüğü, bireysel vicdan muhakemesinden çok daha fazlasıdır. İnanan birçok kişi için inançları ve ibadetleri, hayatlarının merkezinde yer alır ve onların hayat görüşlerini doğrudan etkiler.⁸⁷ Dolayısıyla söz konusu tartışma, inançlı kişilerin yalnızca rahatsızlık duyduğu ya da uygun görmediği bir şey olmaktan çıkar; iyi ve doğru hayat biçiminin ne olduğu ve onların doğruyu bulmaktaki rolüne ilişkin hale gelir.⁸⁸ Bununla birlikte mahkeme, dinin toplum yaşamındaki önemli rolünü kabul etmek ile dini doktrinlerin, anayasanın yorumlanmasında bir araç olarak kullanılması arasında fark olduğunu vurgulamaktadır.⁸⁹ Bu doğrultuda, bir kesimin dini inançlarını, diğer bir kesimin haklarını etkileyecek şekilde referans almak kabul edilemezdir.⁹⁰

Mahkeme bu argümanın, anayasanın gösterdiği dini-seküler alan ilişkisine yönelik ciddi sorular yönelttiğini ifade etmiştir. İnançlı bir kişinin, evlilik kurumunu dini bir kurum olarak görmesi nedeniyle inancının zedelendiği iddiası da bu ilişkiye yöneliktir. Anayasal açıdan bakıldığında, dini özgürlüklerin korunmasını garanti altına almak adına sağlanması gereken koşullar belirlidir. Kişiler, kendi evliliklerini kutsal saymakta ve dini bir biçimde

⁸⁶ Fourie v. Minister of Home Affairs, 2006 (1) SA 524 (CC), para. 88.

⁸⁷ Christian Education South Africa v Minister of Education 2000 (4) SA 757 (CC); 2000 (10) 1051 (CC), para. 36.

⁸⁸ Fouri, para. 89.

⁸⁹ Fouri, para. 92.

⁹⁰ Fouri, para. 92.

kutlamakta özgür müdür? Dini evliliklerini, dini makamlar huzurunda gerçekleştirmekte özgür müdür? Bu yöndeki görüşlerini ifade etmekte özgür müdür? Son olarak da, dini makamlar eşcinsel evlilikleri tanıyıp tanımamak konusunda özgür müdür?⁹¹ Bu korumaların sağlandığı bir ortamda, dini özgürlüklerin korunmadığı iddiası isabetli değildir.⁹²

Mahkemeye göre, kişi özgürlüklerinin anayasayla güvence altına alındığı demokratik bir toplumda, dini ve seküler olanın karşılıklı saygıyla bir arada bulunması gerekmektedir. Mahkemenin görevi de, birinin diğerine müdahalesini düzenlemek değil, her birini kendi alanları içerisinde tanımaktır.⁹³ Kişi ve gruplara yönelik haksız önyargı barındırmayan görüşler, toplumu ilgilendiren tartışmalarda elbette ki değerlendirilecek ve dikkate alınacaktır. Burada sınır, önyargının, temel haklara ilişkin hususlarda etkili olup olmamasında çizilir. Çoğunluk, azınlıklara karşı acımasız olabilmektedir. Anayasanın işlevi de, azınlığın maruz kaldığı bu ayrımcılıkları pekiştirmek değil bunlara karşı harekete geçmek ve bunların karşısında durmaktır.⁹⁴

Bu açıklamalar doğrultusunda mahkeme, inançlı kişilerin dini özgürlükleri sebep gösterilerek eşcinsel çiftlerin anayasal haklarının ihmal edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, iki tarafın menfaatleri çatışmaz, farklılıkların korunduğu anayasal düzeyde birlikte var olurlar.⁹⁵

Kanada Yüksek Mahkemesi de Halpern v. Canada kararında, dindar kişilerin inançlarını aşağılama argümanını tartışmaya açmaktadır. Mahkemeye göre, eşcinsel kişilerin

⁹¹ Fouri, para. 98.

⁹² Fouri, para. 93.

⁹³ Fouri, para. 94.

⁹⁴ Fouri, para. 94.

⁹⁵ Fouri, para. 98.

haklarıyla eşcinsel evliliklere karşı olan dini grupların haklarının dengelenmesi gereken bir durum söz konusu değildir. Haklar bildirgesinde güvence altına alınmış olan din özgürlüğü, dini makamlara, eşcinsel evlilikleri gerçekleştirmeme imkanı vermektedir. Ayrıca eşitlik ilkesi de, belirli bir grubun dini inanç ve pratiklerinin, bu değerleri paylaşmayan diğer bir kesime empoze edilmemesini garanti altına almaktadır.⁹⁶ Sonuç olarak Kanada Yüksek Mahkemesi, eşcinsel kişilerin aile kurma hakkıyla, bu evliliklere karşı olan dindar kişilerin din özgürlüklerinin çatışmadığını ortaya koymaktadır.

⁹⁶ Halpern v. Canada, para. 138. Mahkeme bu yaklaşımını Reference Re Same-Sex Marriage kararında da sürdürmüştür: Reference Re Same-Sex Marriage, 2004 SCC 79, para. 45.

B. Hak Temelli Yaklaşım

1. Genel Olarak

Yukarıda gelenekselci yaklaşım ortaya koyulurken mahkemelerin bu yaklaşımlara nasıl cevap verdikleri ve bu argümanlara hak temelli bir yaklaşımla nasıl yanıt verilebileceği kısa bakışlarla ele alınmıştı. Hak temelli yaklaşım başlığı altında da eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında hangi anayasal dayanakların kullanıldığı ve bu dayanakların eşcinsellerin aile kurma hakkı ile ilişkisi ele alınacaktır.

Hali hazırda özel hayat çerçevesinde korunmakta olan ilişkilerin, aile hayatının korunması bağlamında korunması, bazı ilişkilendirmeler bakımından bizi aile kurma hakkına taşımaktadır. Trans ve eşcinsel kişilerin ilişkilerinin korunmasının, mahremiyetten yani özel alandan çıkıp, aile olarak tanınmaya, yani kamusal olana taşınması, yine özel hayatın gizliliği hakkının geldiği nokta ile mümkün olmaktadır.

Kişinin kim ile aile olacağı konusunda özerk olup olmaması da bu noktada özel hayatın gizliliği hakkının sınırlarını bize göstermektedir. Kişinin karşı cinsiyetten biri ile aile olması, özerkliğine ilişkindir ve özel hayatın gizliliği hakkının kapsamındadır. Kişinin aynı cinsiyetten biri ile aile olması da özerkliğine ilişkindir. Bu halde, kişi cinsel yönelimi nedeniyle özel hayatın gizliliğinin sınırları dışında mı kalmaktadır? Bu çalışmada ortaya koyulduğu üzere, günümüzde mahkemeler bu sınırları yeniden tartışmaya açmaktadır.

Aile kurma hakkının cinsiyetten bağımsız olarak anlaşılması, eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında, eşitlik ilkesinin bu hak açısından gündeme gelebilmesi nedeniyle önem taşır. Cinsiyet bariyerlerinin aşılmasının⁹⁷, aile kurma hakkına ilişkin kazanımlarda doğrudan

⁹⁷ Cinsiyet bariyerlerinin aşılması ifadesi, bir grup toplumsal cinsiyet performansının hukuk sistemlerindeki dönüşümlerini ifade etmek için kullanılmaktadır. Cinsiyet ifadesi, biyolojik bir

etkisi görülmektedir. Örneğin, eşcinsel ilişkiler aile olarak tanınır ve aileye tanınan korumalardan yararlanır; trans bireyler biyolojik cinsiyetlerinden bağımsız olarak evlenme hakkından yararlanır ve aile olmaya bağlanan haklara eşit bir şekilde erişirler. Hakkın cinsiyetlerden bağımsız anlaşılmasının, eşitlik ilkesinin uygulanması bakımından dolayı bir etkisi de vardır. Bu dolayı etki, eşcinsel ilişkiler ile heteroseksüel ilişkilerin ayrımcılık yasağının uygulanması bakımından karşılaştırılabilir olmasını sağlamaktadır. Bununla birlikte, Bribosia ve arkadaşlarına göre başka bir dolayı etkisi de, mahkemelerin şüpheli ayrımcılık temellerini cinsel yönelimler açısından da gündeme getirmek konusunda daha gönüllü olmalarını sağlayabilmesidir.⁹⁸

2. Eşcinsellerin Aile Kurma Hakkının Diğer Haklar ve İlkelerle İlişkisi

a. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

belirleme yapan anlamı(sex) değil, toplumsal cinsiyeti (gender) ifade etmektedir. Toplumsal cinsiyet rolleri esas alınarak yapılmış düzenlemelerde, bu rollerin tartışmaya açılmasıyla gözden geçirme ihtiyacı doğmuştur. Örneğin, kadın ve erkek toplumsal cinsiyetlerinin sorgulamaya açılmasıyla aile yapısında erkeği söz sahibi kılan aile hukuku hükümleri kaldırılmış; biyolojik cinsiyetin nihai cinsiyet olduğu normun tartışmaya açılmasıyla, trans kişilerin cinsiyet değişikliğinden sonra beyan ettikleri cinsiyetlerinin tanınması ve evlenme hakkından yararlanmaları sağlanmış; toplumsal cinsiyet normlarının heteroseksist yapısı sorgulamaya açıldığında da cinsel yönelim temelli haklar tanınmaya başlanmıştır. Cinsiyet bariyerlerinin aşılması ifadesi, toplumsal cinsiyete ilişkin tüm bu dönüşümleri içermektedir.

⁹⁸ Çalışmada AİHM'in eğilimleri üzerine bu tespit yapılmıştır.: Emmanuelle Bribosia, et al., "Same-Sex Marriage: Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience", **Berkeley Journal of International Law**, vol. 32, no. 1, 2014, ss. 1-43.

Cinsel yönelimler açısından kanun önünde eşitliğin sağlanması Fredman’a göre 3 aşamada gerçekleşir: eşcinselliğin suç olmaktan çıkarılması, eşcinsel birlikteliklerin eşit olarak tanınması, cinsel yönelim temelli her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılması için gereken önlemlerin alınması. Bu tür aşamalandırmalar doktrinde sıklıkla görülmektedir. Aşamaların sayısı ve detaylandırılması değişebilirse de, eşcinselliğin suç olmaktan çıkarılması ve birlikteliklerin tanınması çoğunlukla birbirini izlemekte ve tarihsel olarak bu sırayla gerçekleşmektedir. Çalışmanın konusu eşcinsel evlilikler de bu aşamaların ikincisine yani birlikteliklerin eşit olarak tanınmasına denk gelir.

Birlikteliklerin eşit olarak tanınmasından anlaşılması gereken, farklı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerin hukukça tanınması ile aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinin hukukça tanınmasının eşitlik ilkesine aykırı olmayan bir sistem öngörmesidir.

Bu noktada tartışmalar genellikle şekli eşitlik anlayışı üzerinden şekillenmektedir. Eşcinsel evliliklerin tanınması taraftarı olan kişiler, heteroseksüel kişilerle eşcinsel kişilerin evlenme ve birliktelik sürdürme açısından benzer konumda olduğunu savunmaktadır. Buradan hareketle, evlenme hakkı bakımından da aynı hükümlere tabi olunması gerektiği fikrindedirler. Bu fikre karşı çıkanlar ise evlilik kurumunun heteroseksüel kişilere özgü bir kurum olduğu ve eşcinsellerin bu haktan yararlanmak bakımından heteroseksüellerle aynı olmadığı görüşündedirler. Eşitlik ilkesi açısından eşcinsel evliliklerin değerlendirilmesinde bu görüşler, tartışmalara yardımcı olacak ölçüde, şekli eşitlik anlayışının sorunlu yönleri göz önünde bulundurularak ele alınacaktır.

Bu görüşleri değerlendirirken ikinci görüşü benimseyen sistemlere bir soru yöneltmesi gerekmektedir: Evlenmeye ilişkin düzenlemeler yapılırken, evlilik kurumu neden yalnızca farklı cinsiyetten kişilere özgülenmiştir ve aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri neden bu kurum ile tanınan imkanlardan yararlanamamaktadır? Bu soruyu

yanıtlarken evlilik kurumu ile tanınan hak ve imkanların ikili bir ayrımını yapmak yararlı olacaktır. İlkine bakacak olursak, evlenme ile sahip olunan haklar ve yükümlülüklerle somut bir görünüm sergileyen maddi hukuki sonuçlar söz konusudur. Bunlar vergi indirimleri, aile konutu, mirasçılık, evlat edinme gibi hukukun evlenmeye tanıdığı tüm maddi sonuçlardır ve medeni hukuka ilişkin bir hak ve yükümlülükler setini oluştururlar.

Evlilik kurumunun yalnızca farklı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerine özgülenmesi, aynı cinsiyetten birliktelik oluşturma niyetinde olan kişilerin bu hak ve yükümlülükler setinden yararlanmada eşit bir konumda olmamasına yol açar. Evlilik eşitliği tartışmalarının yürütüldüğü birçok ülkede bu maddi sonuçların çeşitli birliktelik modelleriyle aynı cinsiyetten kişilere de imkan olarak sunulmaktadır. Bazı modellerde tanınan haklar evlilikle tanınan haklarla aynıyken, bazılarında ise evlat edinme, mirasçılık gibi hakların bu haklar setinden çıkarıldığı görülmektedir.

İlk model benimsendiğinde maddi hukuki sonuçların iki birliktelik biçimine de tanındığı iddia edilebilirse de, evlilik kurumunun yalnızca maddi hukuki sonuçlardan oluşmadığını belirtmek gerekir.⁹⁹ İkinci görünüme bakıldığında, maddi hukuki sonuçların yanında evlilik kurumuyla ulaşılan sosyal konum da tam olarak bu noktaya denk düşer.

Bu ikinci görünümde evlilik, sosyal bir kurum olarak sembolik bir statü kazandırır. Evlenme talebi ile sevgi ve bağlılıklarını topluma bildiren çiftler, evlilikleri ile toplumun saygısını ve tanınmasını da kazanmış olurlar. Evlenme töreni sırasında şahitler önünde edilen yemin, kurumun toplum nezdinde tanınmayı da içerdiğinin sembolik bir örneğidir. Doktrindeki pek çok görüşe göre de, bu sosyal tanıma ihtiyacı ve evliliğin toplumdaki değer

⁹⁹ Almanya’da sivil birliktelikler yapılan değişikliklerle birlikte evlilikle tanınan hakların tamamına sahip olsa da bu durum eşitliğin sağlanmadığı yönünde eleştirilere sebep olmuş ve sonuçta eşcinsel evliliğin tanınmasıyla evlilik eşitliği sağlanmıştır.

olarak karşılığı eşcinsel evlilik tartışmalarının merkezinde yer alır.¹⁰⁰ İnsan onuru ve eşitlik ilkesi referansları da genellikle evliliğin bu yönü üzerinden gündeme gelir.¹⁰¹ Nitekim bir sözleşme ya da bir sivil birliktelik modeli ile evliliğin maddi hukuki sonuçlarına benzer bir hukuki statü sağlanabilir. Bu imkan olsa da, kişilerin eşcinsel evliliklerin tanınmasındaki ısrarcılığı da eşitlik ve saygı taleplerinden kaynaklanır.

Evlilik kurumunun bu sosyal yönüyle ilişkili olarak, anayasa hukuku açısından iki temel soru gündeme gelebilir. İlk olarak, evlilik kurumuna erişimle toplumsal bir onama sağlanıyorsa, devletin evlenmeyi düzenlerken belirli bir ilişkilene tipini bu açıdan yeğ tutma veya belirli bir ilişkilene tipini bunun dışında bırakma imkanı var mıdır? Var ise bunun sınırları nasıl çizilir ve bu sınırlar çizildiğinde -çalışma açısından tartışıldığı üzere- eşcinsel evlilikler bu sınırların neresinde kalır?

¹⁰⁰ Angioletta Sperti, **Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality**, Hart Publishing, 2017, s. 142.; Martha Nussbaum, **From Disgust to Humanity**, Oxford University Press, 2010, ss.131,132.; Ayrıca, Fourie v. Minister of Home Affairs, 2006 (1) SA 524 (CC), para.63-64.

¹⁰¹ Sperti, 2017, s. 142.; Reva B. Siegel, “Dignity and sexuality: Claims on dignity in transnational debates over abortion and same-sex marriage”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 10, No: 2, 2012, s.377.; Fouri kararında çoğunluk görüşünü kaleme alan yargıç Sachs’a göre eşitliğin sağlanıp sağlanmamasında yalnızca evlilik kurumundan dışlanmanın pratik sonuçları değil, heteroseksüel kişilerin evli olmakla kazandığı statünün eşcinsel kişilere tanınıp tanınmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. (Fourie v. Minister of Home Affairs, para.81); Ayrıca United States v. Windsor, 570 U.S. 744, 2013, s.14.; Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), s. 17.

Devletin aile hukukunu ve evlilik kurumunu düzenleme yetkisi elbette ki vardır.¹⁰² Anayasa hukuku açısından bakıldığında bu yetkinin sınırları ilk olarak eşitlik ilkesi ile çizilmektedir. Evlenme hakkı düzenlenirken, belirli kişi ve grupların bu kurumun dışında bırakılması durumunda bu sınıflandırmanın eşitlik ilkesine uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda yalnızca akla uygun sınıflandırmalar eşitlik ilkesine uygun düşer.¹⁰³ Yukarıda da belirtildiği üzere, öncelikle evlilik kurumunun düzenlenme amacına uygun bir sınıflandırma yapıp yapılmadığına bakılır. Bu noktada eşcinsel kişilerin, evlilik kurumuna uygunluk ve kurumun düzenlenmesindeki amacın gerçekleştirilmesi bakımından, heteroseksüel kişilerden farklı nitelendirilmesi, haklı ve akla uygun bir sınıflandırma mı olacaktır, bunun değerlendirilmesi gerekir. Aynı cinsiyetten kişilerin, evlilik kurumunun tanınmasının dışında bırakılması, bazı Anayasa Mahkemelerince eksik kapsamlı düzenleme olarak da değerlendirilmiştir.¹⁰⁴

İkinci soru ise, eşcinsel kişiler evlenme hakkından yararlanma bakımından heteroseksüel kişilerden farklı olup olmadığı sorusudur. Evliliğin iki yönü açısından da böyle bir farklılıktan söz edilebilir mi? Medeni hukuk sonuçları açısından bu tartışmanın kısır olduğu ve bu tür sonuçlara sözleşmelerle de varılabileceği göz önünde bulundurulduğunda, eşcinsellerin heteroseksüellerden farklı olduğu iddiasının evliliğin bu yönüne ilişkin olmadığı görülür. Bu iddia, genellikle evliliğin sosyal yönüne ilişkindir ve eşcinsellerin bu

¹⁰² Kanada Yüksek Mahkemesi eşcinsel evliliklerin tanınmasına ilişkin verdiği kararda bu tespiti yapmakta yarar görmüştür. (Halpern v. Canada para. 41.)

¹⁰³ Öden, 2003, s. 201.

¹⁰⁴ Güney Afrika Anayasa Mahkemesine göre, hukuk sisteminde heteroseksüellere bu imkan tanındığı halde, eşcinsellerin birlikteliklerini kutlayabilecekleri bir düzenleme içermemesi eksik kapsamlı bir düzenlemedir ve anayasaya aykırıdır. (Fourie v. Minister of Home Affairs, para. 82.)

toplumsal kabule erişmiş olmak bakımından heteroseksüel kişilerden farklı olduğunu öne sürer.¹⁰⁵ Sonuçta bu temelde, eşcinseller toplumda bazı kabullere (veya hepsine) erişmek bakımından eksiktirler ve aşağı konumdadırlar.

Doktrinde bu temellendirme nefret, iğrenme gibi duygularla açıklanabilmektedir. Bu açıklama ihtiyacı çalışmanın kapsamının dışında kalmaktadır. Ancak, doktrindeki bu görüşler, eşitlik ilkesine uygunluk değerlendirmesi yapılırken, sınıflandırmanın akla uygun veya haksız olup olmadığı yönündeki tartışmalara yön verecektir. Nitekim önyargılara, toplumdaki nefret ve iğrenmeye dayanan sınıflandırmalar, akla uygun veya haklı sınıflandırma olarak nitelendirilemeyecektir. Nussbaum’a göre ‘iğrenme’, hiyerarşi ve ötekileştirme ile olan bağı ve normatif irrasyonelliği nedeniyle, hukuk normlarına temel olmamalıdır.¹⁰⁶ İğrenme ve nefret gibi bu temellerin hukuk normlarına kaynaklık edebileceği düşüncesinde olan karşı görüşe de şöyle yaklaşmak gerekir: İğrenme Anayasa ile korunmakta olan eşitliğin bozulması ve hakların kullanımının sınırlandırılması için haklı bir sebep oluşturmaz.

Aynı cinsiyetten kişilerin evlenme hakkından yararlanma bakımından heteroseksüel kişilerden farklı olup olmadığının değerlendirildiği aşamada ayrıca kuşkulu sınıflandırmaların da değerlendirilmesi gerekmektedir. Cinsel yönelimler günümüzde pek çok ülkede kuşkulu sınıflandırma olarak nitelendirilmektedir. Bununla birlikte cinsel yönelim, Anayasalarda kuşkulu sınıflandırma olarak yer almasa da, bazı Anayasa Mahkemelerince kuşkulu ayrımcılık temelleri arasında kabul edilmektedir. Bu doğrultuda

¹⁰⁵ Fouri kararında kararı kaleme alan yargıç Sachs, eşcinseller için evliliklerinin tanınmasının, bu durumun ve uzun süren onur ve eşitlik mücadelelerinin sonucu olarak sembolik bir önem de taşıdığını ifade etmiştir. (Fourie v. Minister of Home Affairs, para. 137)

¹⁰⁶ Nussbaum, 2010, s. 20.

cinsel yönelimlere dayanarak yapılacak bir sınıflandırma, kuşkulu ayrımcılık temeli sayıldığından geçersiz olacaktır.

Eşcinsel bireylerin aile kurma hakkının tanınmasında eşitlik ilkesine ilişkin başka bir husus da, birlikteliklerin tanınmasına rağmen eşitlik ilkesinin ihlal ediliyor olduğu durumlarıdır.

Eşcinsellerin aile kurma hakkı birlikteliklerin evlilik dışındaki modellerle tanınması şeklinde güvence altına alınıyor olsa bile pek çok sistemde evlat edinme, soybağının kurulması gibi haklar bu birlikteliklere tanınmamaktadır.

Bazı sistemler evlilik kurumuna erişim ile sivil birliktelikleri aynı zamanda hukuk sisteminde tutmaktayken, eşcinsel çiftlere yalnızca sivil birliktelikleri tanıyıp evlilik kurumunu heteroseksüel çiftlere özgüleyen sistemler de mevcuttur. Bu ikinci seçeneği tercih eden sistemler

İngiltere’de eşcinsel evliliklerin tanınmasından sonra eşcinsellere tanınan sivil birliktelik kurma imkanı da saklı tutulmuştur. Eşcinsel evliliklerin tanındığı 2013 yılından sonraki hukuki durumda eşcinsel çiftlerin hem evlenme hem de sivil birliktelik kurma yoluyla aile kurma(ve ailelerinin hukukça tanınması) imkanı varken heteroseksüel birlikteliklere tanınan tek aile kurma biçimi evlilik kurumudur. Bu durumun eşitliği bozduğu ve heteroseksüel çiftlere de sivil birlikteliklerini kayıtlama imkanı verilmesi gerektiği savunulmuştur.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Jens M. Scherpe, "A Comparative View on Registered Partnerships and Formal Family Recognition beyond Marriage", **Journal of International and Comparative Law**, vol. 6, no. 2, 2019, ss. 273-286, s. 281.; Andy Hayward, "The Future of Civil Partnership in England and Wales", **The Future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?**, ed. Jens M. Scherpei Andy Hayward, Vol. 44, Intersentia, 2017, ss. 527–560, s. 541.

Bu durumun heteroseksüellerin aile kurma hakkının mevcut hukuk sistemindeki görünümünden yararlanması yerinde olacaktır, ancak bu durumun cinsel yönelim temelli ayrımcılık sonucunu doğuracağı iddiası isabetli değildir. Öncelikle, iddia heteroseksüel çiftlerin “heteroseksüel” oldukları için sivil birlikteliklerden yararlanamamasıdır. Bu savunuya başka sistematik ayrımcılık örnekleriyle cevap vermek yerinde olacaktır.

Örneğin ABD’deki ayrı ama eşit uygulamasının kaldırılmasından sonra “beyaz” vatandaşların ayrı okullarda eğitim görme hakkının tanınmaması ırk/reng temelli ayrımcı bir muamele değildir. Veya kadın istihdamını sağlamak amacıyla kotalar koyulması veya yalnızca kadınların istihdam edileceği kadrolar açılması erkeklerin çalışma hakkına yönelik cinsiyet temelli bir ayrımcılık değildir. Nitekim sivil birliktelikler de evlilik kurumunun geleneksellik ve dini olma gerekçeleriyle heteroseksüellere özgülenmesinin bir sonucu olarak eşcinsellerin aile kurma hakkının tanınmasının bir yönünü/bir adımını oluşturur. Çoğulcu aile anlayışı hukuk sisteminde bir kere benimsendikten sonra aile kurma biçimlerinin çeşitlenmesi bu sistematik ayrımcılığın önüne geçilmesinde zararlı değil yararlı olacaktır. Ancak aile kurma biçimlerinden -henüz hukukça tanınmamış olan sistemlerde- yararlanma taleplerinde dayanan temellere de yukarıda açıklanan sebeplerle dikkatli dayanılması gerekmektedir.

Avusturya Anayasa Mahkemesi de kayıtlı birlikteliklerin yalnızca eşcinsellere tanınmış olmasının heteroseksüellere ayrımcı muamele teşkil ettiği iddiasını incelerken benzer gerekçelerle yasanın anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁸ Heteroseksüeller bir dezavantajlı grup sayılamayacağından yasanın sebep olduğu farklı muamele cinsel yönelim temelli ayrımcılık sayılamayacaktır.

¹⁰⁸ VfGH, 22.09.2011, B 1405/10-11.

b. Özel Hayatın Gizliliği

Anayasa hukukunda, özel hayatın gizliliği hakkının çerçevesi tam olarak çizilememektedir. Bununla birlikte, kavramın özgürlük, onur ve otonomi kavramlarıyla yakın ilişkisi hemen her sistemde kurulabilmektedir. Genel olarak bu hak, polimorf (çokbiçimli), değişken ve düzensiz olarak nitelendirilmektedir.¹⁰⁹ Bu nedenle, kapsamı kesin olarak belirlenemeyeceğinden, hakkın etraflı bir tanımının yapılması da mümkün olmamaktadır.

Buna ek olarak, özel hayat kavramının kültürle olan yakın ilişkisi, kavramın hem belirli bir hukuk sistemi içerisinde sürekli dönüşen bir karakter sergilemesine sebep olmakta; hem de farklı kültürlerle farklı görünümeler oluşturduğundan, hukuk sistemleri arasında ortak bir kapsam belirlenmesini zorlaştırmaktadır.¹¹⁰

Özel hayatın gizliliği kavramı, hukuk terminolojisine yakın bir tarihte Warren – Brandeis’in makalesiyle girmiştir.¹¹¹ Bu dönemdeki görünümüyle özel hayatın gizliliği mahremiyetten ibaret kalmakta, kişinin yalnızca dokunulmaması gereken alanını tanımlamaktadır. Mülkiyet hakkının, yaşam hakkının ve patent haklarının erişemediği yerlerden hareketle Warren – Brandeis, kişinin mahremiyet alanının, mülkü sayılmayan alanlarda, örneğin kamusal alanda çekilen özel bir fotoğrafının kullanılmasında; veya

¹⁰⁹ Meulders-Klein, M. T. “L’irrésistible ascension de la vie privée au sein des droits de l’homme”,

Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l’homme. aktaran: Manuel José Cepeda Espinosa, “Privacy”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Oxford University Press, 2012, s. 966.

¹¹⁰ Cepeda Espinosa, 2012, s. 968.

¹¹¹ Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis, "Right to Privacy", **Harvard Law Review**, Vol. 4, No: 5, 1890-1891, ss. 193-220.

patentinin veya fıkri mülkiyetinin henüz alınmadığı veya alınamadığı alanlarda, örneğin kişinin özel mektuplarına veya yazdığı romanın taslaklarına izni dışında erişilmesinde korumanın sağlanabileceği bir kapsam belirlemeye çalışmıştır. Bu doğrultuda makalede, “mahremiyet”in özerk bir hak olarak korunması savunulmuştur. Bu yıllardan sonra da özel hayatın gizliliği, genellikle özerk bir hak olarak tanınmış ve korunmuştur.

Makalenin yayımlandığı dönemden günümüze gelindiğinde, “mahremiyet hakkı” ifadesinin, özel yaşamın gizliliğinin kapsamını karşılamakta zorlandığı görülmektedir. Özel hayatın gizliliği hakkının kapsamı, yalnızca kişinin mahrem alanından ibaret olmayıp, kişinin hayatının kamuya açılan yönleri de bu hak kapsamında korunmaktadır. Bu sebeplerle bu çalışmada, mahremiyetten daha geniş olarak özel hayatın gizliliği kavramı tercih edilmiştir.

Günümüzde, özel hayatın gizliliğinin kavramının kapsamının, “rahat bırakılma”, “dokunulmama” şeklindeki negatif anlamını aştığı görülmektedir. Bu anlamda hakkın korumasının iki ayrı menfaate ilişkin olduğu savunulmaktadır.¹¹² Bunlardan ilki, bireyin kişisel meselelerinin ifşasının önlenmesine ilişkin menfaattir. İkincisi de, kişinin kendisini geliştirmesine ve bu yöndeki kararları bağımsız olarak alabilmesine ilişkin menfaattir.

İlk görünüm, kişinin kimliğini oluşturan kişisel özelliklerinin hem devletten hem de özel kişilerden gelecek müdahalelerden ve istenmeyen gözetlemelerden korunmasına yöneliktir. Hakkın bu boyutu, Warren-Brandeis’in makalesinde de belirttiği, “yalnız olabilme hakkı” olarak tanınan yönünü oluşturmaktadır.¹¹³ Bu yönüyle, söz konusu hak, çoğunlukla negatif bir hak görünümündedir.

İkinci görünüm ise, kişinin kimliğini oluşturmada ve kendisini geliştirmesinde serbest olması ve devletin bunun için uygun koşulları sağlamasına yöneliktir. Devlet bu

¹¹² Whalen v. Roe 429 US 589 (1977); Jose, 2012, s. 971.

¹¹³ Warren - Brandeis, 1890, s. 196.

çerçevede, kişinin kendini geliştirmesine engel olmayacak, engel olan haksız müdahalelerden elini çekecek ve özel kişilerden gelen müdahalelerin de önüne geçecektir. Dolayısıyla bu görünümle de, çoğunlukla devletin pozitif yükümlülüklerine işaret edilmektedir. Bu doğrultuda, bireylerin kişiliklerini oluşturan özelliklerinin inşasında ve kişiliklerinin geliştirilmesinde alacağı kararlar da özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında koruma altındadır. Bu kararlar ve özellikler arasında hamilelik, cinsel kimlik ve cinsel yönelim de yer almaktadır.¹¹⁴

Özel hayatın gizliliği hakkı, cinsel yönelimler ve eşcinsel evlilikler özelinde iki temel işlev görmektedir. Bunlardan ilki, eşcinsel ilişkilerin suç olmaktan çıkarılması ve mahremiyet alanında korunmaya alınmasıdır. Bu işlev, çoğunlukla hakkın yalnız mahremiyetin korunmasını içeren ilk görünümüyle ortaya çıkmaktadır.

İkinci işlev ise, özel hayatın gizliliğinin, kişinin bireysel ve aile hayatını dilediği gibi düzenleyebildiği ikinci görünümüne ilişkindir. Eşcinsel kişilerin ilişkilennemelerinin aile kapsamında değerlendirilmesi ve aile olmaya ilişkin haklarının korunması, bu hak kapsamında mümkün olmaktadır.

Aile kurma hakkı da, kişinin bireysel ve aile hayatını dilediği gibi düzenleyip yaşayabilmesini garanti altına alan özel hayatın gizliliği hakkı ile doğrudan ilişkilidir.

Özel hayatın gizliliği hakkının kişinin kendini gerçekleştirmesine ilişkin olan yönü, kişinin özerkliğiyle doğrudan bağlantılıdır. Kişi bu hak kapsamında, bireysel ve aile hayatını dilediği gibi düzenleme ve gerçekleştirme hakkına sahiptir.¹¹⁵ Dolayısıyla, kişinin nasıl bir

¹¹⁴ Cepeda-Espinosa, 2012, s. 971.

¹¹⁵ Nicholas Bamforth, “Same-Sex Partnerships and Arguments of Justice”, **The Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law**, Hart

aile kuracağı, kendini aile içinde nasıl tanımlayacağı gibi alanlardaki özerkliğini bu hak kapsamında değerlendirebilmekteyiz.

Özel hayatın gizliliği kavramının aile kurma hakkıyla ilişkisini ortaya koyarken bazı sorunlu yönlerine de işaret etmek yerinde olacaktır. İlk olarak, kavramın yalnızca ilk anlamını karşılayacak şekilde dar yorumlanması söz konusu olabilmektedir. Mahkemelerin, özellikle daha eski tarihli kararlarında, özel yaşamın gizliliğinin yalnızca mekânsal olarak algılandığı mahremiyet hakkı görünümünü koruma altına alma eğiliminde olduğu görülmektedir.¹¹⁶ Çoğu zaman da, bu mahremiyet anlayışı, mekânsal olarak kişinin evi ile sınırlı kalmaktadır. Örneğin, eşcinsel ilişkilerin suç teşkil edip etmediğine ilişkin kararlarda, bu ilişkilerin evde kapalı kapılar ardında kalması ve kamusal alana taşınmaması yönünde görüşlere rastlanmaktadır.¹¹⁷ Bu tür ilişkiler, kişinin evinde mahremiyet alanı içerisinde

Publishing, 2001, ss. 31-54. Bamforth bu çalışmasında, eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında özel yaşamın gizliliği kavramının etkisini, otonomi kavramı ile ilişkisini ortaya koymaktadır.

¹¹⁶ Sperti, 2017, s.26, 35.; Robert Wintemute, **Sexual Orientation and Human Rights**, Oxford University Press, 1995, s. 130. Dudgeon v. UK kararına kadar AİHM'in özel yaşam anlayışı da mekânsal mahremiyetle sınırlı kalmaktadır: Dudgeon v. UK (1981) ECHR, Application no. 7525/76. Benzer şekilde Amerikan Yüksek Mahkemesi Lawrence v. Texas kararında, bu mekânsal mahremiyet anlayışını sürdüren ve evin içindeki fiillerin mahremiyetine vurgu yapan bir özel yaşam anlayışını benimsemiştir: Lawrence v. Texas 539 US 558 (2003).

¹¹⁷ Sunstein'e göre de, bu özel alana hapsedme ötekileştirmeyi ve ayrımcılığı daha da derinleştirmektedir: Cass R. Sunstein, **Designing Democracy: What Constitutions Do**, Oxford University Press, 2001, s. 186.

kaldığında özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında korunurken; kişinin evi dışında, toplumun bilgisine sunulduğunda hakkın korumasının dışında kalmaktadır.¹¹⁸

Mahkemelerin benimsediği bu sınırlı yorum, yalnızca özel yaşamın gizliliğinin günümüzde kazanmış olduğu ikinci görünümü dışlamakla kalmamakta, ayrıca mahremiyet anlamındaki ilk görünümünü de yalnızca özel alana hapsederek, özel ilişkilerin kamusal alana taşınmasını da koruma dışında bırakmaktadır.

Doktrinde, mahkemelerin özellikle de eşcinsel ilişkiler için sergilediği bu sınırlayıcı yaklaşımı açıklama çabaları görülmektedir.¹¹⁹ Tarihsel olarak, öncelikle eşcinsellik suç olmaktan çıkarılmış, sonrasında eşcinsel birliktelikler tanınmıştır. Bazı görüşler bu ilerleyişe dayanarak mahkemelerin bu yaklaşımını, toplumun “dolabın içindeki öteki(yi)”¹²⁰ kabul etmesinin daha kolay olmasına bağlamaktadır. Wintemute’ye göre, kişilerin, eşcinsel kişinin kendisi gibi bir birey olduğunu, ilişkilendirmelerinin cinsellikten ibaret olmadığını ve kendisi

¹¹⁸ Türkiye açısından daha sonra değerlendirilecek olan Z.A. Başvurusu bu duruma iyi bir örnek oluşturmaktadır: Z. A. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/2928, Karar Tarihi: 18/10/2017.

¹¹⁹ Robert Wintemute, “From 'Sex Rights' to 'Love Rights': Partnership Rights as Human Rights”, Nicholas Bamforth (ed), **Sex Rights**, Oxford University Press, 2005, s.191.

¹²⁰ Dolap kavramı çok uzun bir süredir eşcinsellerin kimliklerini açık etmediği durumu ifade etmek için kullanılmaktadır. “Coming out of the closet” yani dolaptan çıkmak da eşcinsel kişinin cinsel yönelimini topluma açıklamasını ifade eder. Doktrin de bu kullanımlara kayıtsız kalmamış, hukuk literatürüne bu kavramları kazandırmıştır. Eşcinselleri kimliklerini açık etmekten alıkoyan toplumsal baskıyı ve mahkemelerin izlediği bu yaklaşımı ifade etmek için ‘dolabın mantığı’ gibi kullanımlara da sıklıkla rastlanmaktadır.; Sperti, 2017, s. 64.

gibi sağlıklı, istikrarlı ve bağlı romantik ilişkiler kurabileceğini kabullenmeleri daha zor olmuştur.¹²¹

Özel yaşamın gizliliği referansında başka bir problem de, geleneksel aile anlayışının günümüz koşullarına uyarlanması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Sorunun çıkış noktası, geleneksel aile anlayışının “evlilikle kurulan, tek eşli, çocuk yetiştirmeye yönelik ve kadın ve erkekten oluşan” yapısının hepten bozuma uğratılmadan, yalnızca bazı unsurlarının tartışmaya açılarak dönüştürülmesidir. Toplumsal cinsiyet normları, çocuk yetiştirme zorunluluğu gibi unsurlar, zamanla evlilik kurumunun zorunlu unsurları olmaktan çıkmıştır. Günümüzde de, cinsel yönelimler ve biyolojik cinsiyetin katı yorumu¹²² tartışmaya açılmış durumdadır. Ahlaki ve dini temelli bu unsurların bir kısmı sorgulamaya açılırken diğerlerinin sorgulanmaması, bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Doktrinde, poligami ve ensestin, bazı unsurları tamamen değişmiş ve bazı unsurları da tartışmaya açılmış olan bu yeni geleneksel aile anlayışının neresinde kalacağı sorusu gündeme gelmiştir. Bazı görüşlere göre, poligami ve ensestin bu anlayışın dışında kalmasına ilişkin tatmin edici gerekçeler sunulamamaktadır.

123

¹²¹ Wintemute, 2005, s. 191 vd.

¹²² Biyolojik cinsiyet, kişi doğduğunda bedenine bakılarak atanan kadın veya erkek cinsiyettir. Biyolojik cinsiyetin katı yorumlanması, trans bireylerin cinsiyet değişim sürecinden sonra da biyolojik cinsiyetleriyle tanınması gibi sorunlara neden olur. Evlenme hakkı özelinde Christine Goodwin kararı buna bir örnektir: Christine Goodwin v. The United Kingdom: Application no. 28957/95.

¹²³ Cass R. Sunstein, “The Right to Marry”, **Cardozo Law Review**, vol. 26, Issue: 5, 2004, ss. 2081-2120.

Bazı yazarlara göre de, ailenin evlilikle kurulan bir birlik olması unsurunun mutlak kabul edilerek bu dönüşümden etkilenmemesi, eleştirilmesi gereken bir durumdur.¹²⁴ Bu durumun “evlilik statüsü temelli bir ayrımcılık” biçimine sebep olduğu ve evlenmemiş kişilerin aile olarak tanınmasını engellediği savunulmaktadır.

Bu sorunu çözmek adına, geleneksel aile anlayışını dönüştürmek yerine çoğulcu bir aile anlayışını benimsemek yerinde olacaktır. Aile kavramının tartışmaya açılmasında mahkemeler, bu iki yolu da benimsemektedir.

¹²⁴ Clare Huntington, "Obergefell's Conservatism: Reifying Familial Fronts", **Fordham Law Review**, Vol. 84, no. 1, 2015, ss. 23-32.; Serena Mayeri, "Marital Supremacy and the Constitution of the Nonmarital Family," **California Law Review**, Vol. 103, no. 5, 2015, ss. 1277-1352. Courtney G. Joslin, "The Gay Rights Canon And The Right To Nonmarriage", **Boston University Law Review**, vol. 97, 2017, ss. 425-488.

c. İnsan Onuru

Evliliğin sosyal yönü, insan onuru referanslarını da gündeme getirmektedir. Bu doğrultuda eşcinsel kişilerin ve bu kişilerin birlikteliklerinin heteroseksüel kişilerin birlikteliklerinden daha az değerli olduğu iddiası, insan onuru kavramının da tartışmaya dahil edilmesine sebep olmaktadır. Bununla birlikte, insan onuru kavramı aşağıda aktarılacağı üzere eşcinsel birlikteliklerin tanınması yönünde bir dayanak olarak kullanılsa da, hakların sınırlanmasında ve azınlıkların haklarının tanınmamasında başvurulan bir araç işlevi de görmektedir. Bu nedenle insan onuru kavramının kullanımında dikkatli bir çerçeve çizmek gerekmektedir. Bu başlık da, insan onuru kavramının hakların tanınmasındaki rolüne eşcinsellerin aile kurma hakkının tanınmasında nasıl başvurulduğunu ortaya koyma amacını taşımaktadır.

İnsan onuru kavramının hukuki çerçevesine ilişkin bir görüş birliği olduğundan söz edilememektedir.¹²⁵ Bununla birlikte son yarım yüzyılda bu kavramın insan haklarını pekiştirici ve geliştirici yönde kullanılması yönünde bir eğilim gözlenmektedir. İnsan onurunu zedeleyici fiillerin yoğunlaştığı ikinci dünya savaşının sonrasında, bu durumun üstesinden gelebilmek adına Almanya ve Güney Afrika gibi bu fiillerin yoğunlaşmış olduğu yerlerde insan onuru kavramının bu yönde kullanılmaya başlandığı görülmüştür.¹²⁶ Bu

¹²⁵ Michele Finck, "The role of human dignity in gay rights adjudication and legislation: A comparative perspective", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 14, Issue 1, 2016, s.28, 44.; Conor O'Mahony, "There Is No Such Things as a Right to Dignity", **International Journal of Constitutional Law**, vol. 10, no. 2, 2012, s. 551.

¹²⁶ Finck, 2016, s. 29.

dönemde insan onuru kavramı, dışlamaya yönelik olan anlayışların tanıma ve kapsamaya dönüşümünde önemli rol üstlenmiştir.

Doktrinde insan onuru kavramı çoğunlukla insan haklarının kaynağı olmasıyla ele alınsa da, bazı farklı yaklaşımlar da günümüzde yaygınlık kazanmıştır.¹²⁷ İnsan onuru kavramı, bazı mahkemelerce eşitlik ilkesinin merkezine oturtulmuştur. Bu haliyle¹²⁸ genellikle şekli eşitliğe ilişkindir ve hakların negatif yönüne ve bireylerin devletin dokunamayacağı özerkliğine referans eder.¹²⁹ Örneğin, Kanada Yüksek Mahkemesi 1999 tarihli Law v. Canada kararında, eşitlik ilkesine ilişkin prensipleri ortaya koyarken, eşitlik ilkesinin merkezine insan onuru kavramını koymaktadır.¹³⁰ Mahkemenin bu anlayışında eşitlik ilkesi; devletin, kanunlarla haklı bir sebep ortaya koymaksızın, bazı insanlara ikinci sınıf muamele yapamaması anlamına gelir, aksi halde insan onuru zedelenecektir. Kanada’da eşcinsel evliliklerin tanındığı Sivil Evlilik Yasasının başlangıç kısmı da buna benzer bir yaklaşım izlemiştir. Buna göre eşcinsel kişilerin ayrımcılık olmadan eşit bir muamele görebilmesi, ancak evlilik kurumuna eşit bir erişim imkanıyla mümkün olur. Sivil birliktelikler gibi eşit olmayan bir sistemin öngörülmesi, eşcinsel kişilerin insan onurunu

¹²⁷ Sperti, 2017, s. 155.

¹²⁸ Siegel, insan onuru kavramının üç görünümünden söz eder: insan onurunun özgürlük olması, insan onurunun eşitlik olması ve insan onurunun yaşam olması. Eşcinsel evliliklerin tanınmasında başvurulacak görünümleri de özgürlük ve eşitlik olmasıdır. (Siegel, 2008, s. 365)

¹²⁹ Sperti, 2017, s. 154.

¹³⁰ “Equality means that our society cannot tolerate legislative distinctions that treat certain people as second class citizens, that demean them, that treat them as less capable for no good reason, or that otherwise offend fundamental human dignity.”, Law v. Canada, 1999, 1 SCR 497 (Canadian Supreme Court), para. 51.

zededecektir.¹³¹ Halpern v. Canada kararında, (aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere) Kanada Yüksek Mahkemesi evlilik eşitliği yönünde karar verirken, eşitlik ilkesinin merkezindeki insan onuru kavramına referans yapmaktadır.

Bazı sistemlerde ise insan onuru, anayasal bir değerdir ve eşitlik ilkesi ve özgürlüklerle birlikte değerlendirilir.¹³² Amerikan Yüksek Mahkemesi, U.S. v. Windsor kararında, federalizm ve eşitlik ilkesi düzenlemeyi iptal etmek için yeterli sebep veriyorken, insan onuru kavramına referansla kararını sağlamlaştırmıştır.¹³³

Benzer şekilde, Güney Afrika Anayasasında yer bulan insan onuru kavramı, ülkede eşcinsel haklarının gelişiminde kilit rol oynamıştır.¹³⁴ Eşcinsel evliliklerin tanındığı Fourie kararı, aşağıda da belirtildiği üzere eşitlik ilkesi ve insan onuru kavramlarını merkez almasıyla bu yönde bir örnektir.¹³⁵ Mahkeme, önceki içtihatlarına da referans yaparak, insan onuru kavramıyla¹³⁶ eşitliğin çok yakın ilişkili olduğunu vurgulamıştır.¹³⁷ Buna göre, “eşcinsel çiftlerin maruz kaldığı (*evlilik kurumundan*) dışlanma, toplumun üyeleri olarak

¹³¹ Kanada Sivil Evlilik Yasası, başlangıç kısmı, (S.C. 2005).

¹³² Güney Afrika, Almanya bu sistemlere örnektir. (Fredman, 2012, s. 20.)

¹³³ Finck, 2016, s.33.; United States v. Windsor, 570 U.S. 744, 2013, ss. 19-20.

¹³⁴ Finck, 2016, s. 94.

¹³⁵ “Farklılıkları ne olursa olsun tüm insanlar insan onuruna sahip olmak bakımından eşittir. Uzun süredir uygulanmış ve hala daha uygulanan ayrımcılık eşcinsellerin heteroseksüeller gibi saygıya değer ve onur sahibi olmadığı mesajını açıkça içeriyor.” (Fourie v. Minister of Home Affairs, para. 50.)

¹³⁶ Güney Afrika Anayasa Mahkemesi açısından insan onuru kavramının bir hak olarak ifade edildiği görülüyor, İnsan onuru hakkı (right to dignity) Anayasada ayrıca düzenleniyor.

¹³⁷ Fourie v. Minister of Home Affairs, para. 114.

insan onurlarını açık bir biçimde etkilemektedir”.¹³⁸ Ayrıca Mahkeme, bir sınıflandırma ölçütünün ayrımcılık teşkil edip etmediğine, söz konusu ölçütün insan onuru, eşitlik ve özgürlüklere etkisine bakarak karar verebileceğini ifade etmektedir.¹³⁹

Bazı yazarlara göre insan onuru kavramı, eşitlik ilkesinin problemlili yönlerini düzeltmek için kullanılabilir. Örneğin, aşağı eşitleme insan onuru kavramıyla bağdaşmaz ve insan onuru, şekli eşitliğin “aşağıda sağlanması”nın önüne geçer.¹⁴⁰ Ayrıca, yine bu anlayışta karşılaştırılacak kişi ihtiyacının duyulduğu ve bulunamadığı durumlarda -cinsel taciz olaylarında kadın ile erkeğin karşılaştırılamayacağı gibi-, insan onuru kavramından hareket edilebilir; bu karşılaştırma yapılmadan, insan onurunun zedelenmesi dikkate alınarak ayrımcılığın varlığı tespit edilebilir.¹⁴¹

İnsan onuru kavramı ayrıca, ayrımcılık yasağı listelerinin mahkemeler tarafından genişletilmesinde ilkesel bir dayanak görevi de görmüştür. Ancak bu kavram, soyut bir değer niteliğinde olması nedeniyle, eşitlik taleplerine yöneltilen karşı görüşlere de dayanaklık edebilmektedir.¹⁴² Fredman bu sakıncaların, insan onurunun yalnızca eşitlik ilkesinin bir yönü olarak kabul edilmesiyle giderilebileceği görüşündedir.¹⁴³

¹³⁸ Fourie v. Minister of Home Affairs, para. 114.

¹³⁹ Fourie v. Minister of Home Affairs, para. 94, 152.

¹⁴⁰ Fredman, 2012, s. 21.

¹⁴¹ Fredman, 2012, s. 22.

¹⁴² İnsan onuru kavramının referans olarak kullanılmasındaki sorunlu yönleri burada tartışamayacağız ancak tartışmanın incelenebileceği diğer kaynaklar: Fredman, 2012, Siegel, 2012, O’Mahony, 2012.

¹⁴³ Fredman, 2012, s. 25.

İnsan onuru kavramı, Eşitlik ilkesi ile birebir etkileşimde olduğu bu kullanımlarının yanı sıra, eşcinsel haklarının gelişiminde de önemli rol oynamıştır.¹⁴⁴ Soyut ve esnek yapısı sayesinde kavramın içi kolaylıkla doldurulabilmiş ve kavram başka konseptlerle birlikte uyumlu bir yapı gösterebilmiştir. İnsan onuru kavramı, bu kavramsal esnekliği sayesinde, toplumdaki dönüşümlerin hukuk alanına yansımada araç görevi görmüştür.¹⁴⁵ Sperti'ye göre bu kavram, yalnızca bu dönüşümü yansıtmakta bir araç olmamış, aynı zamanda dönüşümü sağlayan hareketi de güçlendirmiştir.¹⁴⁶ Yine Sperti'ye göre, insan onuru kavramının bu esnekliği ile, mahkemelerin farklı insan hakları yaklaşımlarını yakalamaları ve çok radikal nosyonlara başvurmada, ötekileştirilen grupların haklarını güvenceye almaları mümkün olacaktır. Böylece, şekli eşitlik anlayışının katılığı ve sorunlarının önüne de geçilebilecektir.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Siegel, 2012, s. 377.

¹⁴⁵ Finck, 2016, s. 45.

¹⁴⁶ Sperti, 2017, s. 166.

¹⁴⁷ Sperti, 2017, s. 170.

3. Eşcinsel Evliliklerin Hukukça Tanınması

A. Eşcinsel Evliliklerin Ulusal Düzeyde Tanınması

Eşcinsel evliliklerin tanındığı ülkeler 2021 yılının başları itibariyle şunlardır: Hollanda (2001), Belçika (2003), İspanya (2005), Kanada (2005), Güney Afrika Cumhuriyeti (2006), Norveç (2009), İsveç (2009), Portekiz (2010), İzlanda (2010), Arjantin (2010), Danimarka (2012), Brezilya (2013), Fransa (2013), Uruguay (2013), Yeni Zelanda (2013), Lüksemburg (2015), Amerika Birleşik Devletleri (2015), Meksika (2015), İrlanda Cumhuriyeti (2015), Kolombiya (2016), Finlandiya (2017), Malta (2017), Almanya (2017), Avustralya (2017), Avusturya (2019), Tayvan (2019), Ekvador Cumhuriyeti (2019), Birleşik Krallık (2013,2014,2020), Kosta Rika (2020).

Eşcinsel evliliklerin tanınmasında pek çok etken rol oynamaktadır. Ülkedeki insan hakları anlayışı, gelenekler, dinin ve dini grupların etkisi, yasama organının kompozisyonu, siyasi kültür, siyasi partilerin nitelikleri, benimsenen anayasa yargısı modeli, mahkemelerin sistemdeki rolü ve bağımsızlığı, sivil toplum kuruluşlarının sistemdeki rolü, katılma hakkının ifade özgürlüğü gibi bazı zorunlu unsurlarının garanti altına alınıp alınmadığı gibi hususlar bu etkenlerin başlıcaları arasında yer almaktadır. Bu sayılan unsurların eşcinsel evliliklerin tanınmasındaki etkisine çalışma boyunca yer verilecek olmakla birlikte, çalışmanın temel sorusunun Anayasa Hukuku açısından eşcinsel evliliklerin tanınması olması nedeniyle, esas olarak anayasa mahkemelerinin yaklaşımları, parlamentolar ve mahkemeler tarafından eşcinsel evliliklerin tanınması ve kullanılan anayasal mekanizmalar ele alınacaktır.

Anayasa hukuku açısından önem taşıyan başka bir husus da eşcinsel evliliklerin tanınmasında etkili olan kurumsal faktörlerdir. Siyasi aktörler ile Lgbti hareketi arasındaki etkileşim, siyasi partilerin yapısı ve parti sistemleri -partilerin yarışmacı olup olmaması gibi-

, federalizm, mahkemelerin sistemdeki yeri gibi hususlar da eşcinsel evliliklerin tanınmasında rol oynamaktadır.¹⁴⁸

Corrales'e göre, federalist sistemlerde aile hukukuna ilişkin hususların federe devletlerin düzenleme yetkisinde olması, konuya ilişkin toplumsal yaklaşımın federe devletler düzeyinde test edilmesini sağlamaktadır. Buna göre bir federe devletin eşcinsel birliktelikleri tanınması diğer federe devletler için örnek oluşturmakta ve federal düzeyde bir tanıma gerçekleştirilmeden toplumun kabulü ve hukuk sistemi içerisindeki görünümünü test etme imkanı vermektedir. Yine federe devlet düzeyindeki tanımlar toplumdaki farkındalığı/görünürlüğü yükseltme işleviyle Lgbti haklarının federal düzeyde tanınmasında etkili olabilmektedir.¹⁴⁹

Aile hukuku alanında düzenleme yapma yetkisinin federe devletlerde olduğu sistemlerde federal düzeyde tanıma genellikle federal yüksek mahkemelerin harekete geçmesiyle gerçekleşmektedir. Amerika Birleşik Devletleri, Brezilya, Meksika bu tür

¹⁴⁸ Javier Corrales, **LGBT Rights and Representation in Latin America and the Caribbean: The Influence of Structure, Movements, Institutions, and Culture**, Chapel Hill: The University of North Carolina, 2015.

¹⁴⁹ Ayrıca Lgbti hareketinin hakların tanınmasına yönelik çabalarının karşılık bulabilmesi açısından da federal sistemler verimli bir ortam sunmaktadır. Hareketin sınırlı gücünün, farkındalığın yüksek olduğu federe devletlere yönlendirilmesi mümkün olabilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri bu işleve bir örnek oluşturmaktadır. Miriam Smith, "Historical Institutionalism and Same-Sex Marriage: A Comparative Analysis of the USA and Canada", **Global Perspectives On Same-Sex Marriage: A Neo Institutional Approach**, Ed. Bronwyn Winter, Maxime Forest, Réjane Sénac, Palgrave, 2018, ss. 61-80, s. 67 vd.

sistemlere örnek oluşturmaktadır.¹⁵⁰ Aile hukuku alanını düzenleme yetkisinin federal devlette olduğu sistemlerde ise eşcinsel birlikteliklerin parlamentoyla tanınması ve/veya tüm federe devletleri bağlayan bir çerçeve çizilmesi daha kolay olmaktadır. Kanada bu tür sistemlere iyi bir örnek oluşturur.¹⁵¹ Bununla birlikte Avustralya örneğinde olduğu gibi, hükümetin eşcinsel birliktelikleri tanımakta harekete geçemediği, çeşitli sebeplerden sürecin tıkandığı federal sistemlerde federe devletlerin düzenleme yetkisinin olmaması ülke çapında bir hareketsizliğe de sebep olabilmektedir.¹⁵² Ancak yine hatırdan tutmak gerekir ki bu tıkanıklık ihtimali üniter devletlerde her zaman vardır. Örneğin, Şili’de üniter yapı eşcinsel birlikteliklerin tanınmasının önündeki temel engellerden biri olarak değerlendirilmektedir.¹⁵³

¹⁵⁰ Meksika’da başka faktörlerin de etkisiyle, federalizmin eşcinsel birlikteliklerin tanınmasına etkisinin olumlu olduğunu savunmak güçtür. Ülke genelinde tanıma yönünde bir eğilim olsa da federe devletler arasında eşcinsel birliktelikleri tanımakta direnen devletler olması Meksika’da ülke genelinde eşcinsel evliliklerin tanınmasını geciktirmiştir. (Jordi Diez, “Institutionalizing Same-Sex Marriage in Argentina and Mexico: The Role of Federalism”, **Global Perspectives On Same-Sex Marriage: A Neo Institutional Approach**, Ed. Bronwyn Winter, Maxime Forest, Réjane Sénac, Palgrave, 2018, s. 28.)

¹⁵¹ ABD ve Kanada’da federalizmin eşcinsel birlikteliklerin tanınmasındaki etkisinin karşılaştırması için bkz. Smith, 2018 s. 66 vd.)

¹⁵² Smith, 2018, s. 67.; Augusto Zimmermann, "The Constitutionality of Same-Sex Marriage in Australia (and Other Related Issues)", **BYU Journal of Public Law**, Vol. 27, No. 2, 2013, ss. 465-488.s. 465.; Katy A. King, "The Marriage Amendment Act: Can Australia Prohibit Same-Sex Marriage", **Pacific Rim Law & Policy Journal**, Vol. 16, No. 1, 2007, ss. 137-166, s. 162.

¹⁵³ Tyler Valiquette, Daniel Waring, “A Tale of Two Congresses: Sex, Institutions,

Bu çalışmada eşcinsel evliliklerin ulusal düzeyde tanınması anayasayla tanıma, yasayla tanıma ve mahkeme kararıyla tanıma şeklinde üç başlıkta incelenecektir. Kuşkusuz, bu derecelendirme birbirinden katı bir şekilde ayrılan yöntemlere işaret etmez. Örneğin, eşcinsel evliliklerin parlamento eliyle tanındığı sistemlerde yüksek mahkemelerin ve belki derece mahkemelerinin eşcinsel evliliklerin tanınmasında etkisinin olduğu görülebilmektedir. Bu nedenle yukarıda sözü edilen sistematik izlenirken kurumlar arası diyaloga da ayrıca dikkat çekmek yerinde olacaktır.

1. Eşcinsel Evliliklerin Anayasayla Tanınması

Eşcinsel evliliklerin ulusal düzeyde tanıma biçimlerinden ilki anayasayla tanımadır. Eşcinsel evliliklerin anayasada açıkça güvence altına alındığı tek örnek İrlanda'dır.¹⁵⁴

İrlanda Cumhuriyeti Anayasası 41. Maddesinde aile ve evliliği ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. 41. Maddenin 1. Fıkrasında aile, toplumun temel ve doğal bir yapıtaşı olarak

and Evangelicals in Brazil and Chile”, **Global Perspectives On Same-Sex Marriage: A Neo Institutional Approach**, Ed. Bronwyn Winter, Maxime Forest, Réjane Sénac, Palgrave, 2018, ss. 39-60, s. 40.

¹⁵⁴ Karolina Bicz, “Free movement of people in the European Union and recognition of same-sex marriages on the example of Poland, Ireland and France”, **Journal of Awareness**, Vol. 6, Issue:1, ss. 29-37, s. 34. ; İrlanda'nın kazuistik anayasacılık örneği olması ve çoğu hukuk sisteminde yasamaorganınca düzenlenen sosyal konuların anayasada ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi bu tercihi açıklayabilmektedir. Örneğin boşanma sebepleri de Anayasa'da düzenlenmektedir.

İrlanda'nın bu yaklaşımı aşırı anayasallaştırma (over-constitutionalisation) olarak nitelendirilmiştir. Fergus Ryan, “Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective”, **DPCE Online**, 2015/2, s.1.

düzenlenmekte ve devletin ailenin korunmasını anayasal düzeyde garanti altına aldığını vurgulamaktadır.¹⁵⁵ 41. Maddenin 3. Fıkrasında ise evlenme ve boşanma düzenlenmekte, evlilik kurumunun, aileyi içeren kurum olarak devletin özel koruması altında olduğu belirtilmektedir.¹⁵⁶ Ayrıca bu fıkra da boşanma hakkı da ayrıntılı olarak düzenlenmektedir.

Anayasanın 41. maddesinde bu ayrıntılı düzenlemeye rağmen aile ve evlilik kavramlarının tanımlarına yer verilmemiştir. Doktrinde hükmün lafzından evlilik kurumunun aile kavramının öncülü olduğu çıkarımına ulaşıldığı savunulmaktadır.¹⁵⁷ Mahkemeler de aile

¹⁵⁵ İrlanda Anayasası (1937) 41/1: “Devlet, aileyi doğal olarak toplumun esas ve temel birimi; pozitif hukuk üzerinde mukaddem ve üstün, devredilemeyen ve daimi haklara sahip ahlaki bir kurum olarak tanır. Buna binaen; devlet, toplumsal düzenin gerekli temeli ve devletin ve milletin refahı için zaruri olan ailenin bütünlüğünü ve otoritesini güvence altına alır.”

¹⁵⁶ İrlanda Anayasası (1937) m. 41/3;1: “Devlet, ailenin oluşturduğu evlilik kurumunu özel ilgiyle güvence altına almaya ve korumaya teminat verir.”

¹⁵⁷ Brian Tobin, “Marriage Equality in Ireland: The Politico-Legal Context”, **International Journal of Law, Policy and The Family**, 2016, v. 30, ss. 115–130. 117. ; Ryan, 2015, s. 8. Ayrıca İrlanda Yüksek Mahkemesi içtihatlarında evlenme hakkı, aile kurumunun düzenlendiği 41. maddeye içkin isimsiz haklardan biri olarak benimsenmektedir. (Ryan v Attorney General [1965] IR 294, s. 313)

kavramını erkek ve kadından oluşan birlik olarak tanımlama eğilimindedir.¹⁵⁸ Evlilik ve aile kurumları Katolik Hristiyan inancını temel almaktaydı.¹⁵⁹

22 Mayıs 2015'te İrlanda Cumhuriyeti Anayasasında değişiklik yapılması için yapılan referandumda evliliğin cinsiyetlerinden bağımsız olarak iki kişi arasında gerçekleşeceği ifadesinin Anayasa'ya eklenmesi oylanmıştır.¹⁶⁰ Ülkede yakın tarihli referandumlara katılım düşük seviyelerde kaldığı için doktrinde bu referanduma da gerekli katılımın sağlanamayacağı ihtimali üzerinde durulmuştur.¹⁶¹ Bununla birlikte Anayasa değişikliği

¹⁵⁸ Fergus Ryan, "Out of the shadow of the Constitution: civil partnership, cohabitation and the constitutional family", **Irish Jurist**, Legislative Comment, 2012, s.1.

<http://mural.maynoothuniversity.ie/8935/2/FR-Our-Shadow-2012.pdf>. (Erişim Tarihi: 17.07.2021,

16:25); The Convention on the Constitution, **Third Report of the Convention on the**

Constitution: Amending the Constitution to provide for same-sex marriage, June 2013.

http://opac.oireachtas.ie/AWData/Library3/Final_report_192203.pdf. (Erişim Tarihi: 17.07.2021,

16:45); Francis Murphy and Mary Murphy Plaintiffs v. The Attorney General Defendant (1978 No. 1435P), [1982], IR 241.

¹⁵⁹ Ryan, 2015, s. 4.; Örneğin 1995 yılında yapılan anayasa değişikliğine kadar boşanma anayasayla yasaklanmıştı. Bronwyn Winter, "Preserving the Social Fabric: Debating Family, Equality and Polity in the UK, the Republic of Ireland and Australia", **Global Perspectives On Same-Sex Marriage: A Neo Institutional Approach**, Ed. Bronwyn Winter, Maxime Forest, Réjane Sénac, Palgrave, 2018, ss. 149-170, s. 158.

¹⁶⁰ İrlanda Anayasası (1937) m. 41/4: "*Evlilik, yasalara uygun bir şekilde, herhangi bir cinsiyet farkı gözetilmeden iki birey arasında gerçekleştirilir.*"

¹⁶¹ Tobin, 2016, s. 127.

%62.07 evet oyuyla kabul edilmiştir.¹⁶² İrlanda aynı zamanda eşcinsel evliliklerin referandum yoluyla kabul edildiği ilk ülkedir.¹⁶³

2. Eşcinsel Evliliklerin Yasayla Tanınması

Eşcinsel evliliklerin ulusal düzeyde tanınma biçimlerinden bir diğeri de doğrudan parlamento girişimiyle yani yasayla tanımadır. Arjantin, Avustralya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, İzlanda, İrlanda Cumhuriyeti, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Yeni Zelanda,

¹⁶² Nüfusunun %84'ünün kendisini Katolik olarak tanımladığı ve tartışmalı sosyal konularda yapılan referandumların başarısızlık oranı birlikte değerlendirildiğinde eşcinsel evliliklerin tanındığı bu referandumun büyük bir başarıyla sonuçlanması şaşkınlıkla karşılanmıştır. (Tobin, 2016, s. 125) İrlanda ve İtalya'nın eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında attığı adımlarda Katolik inancın etkisinin incelendiği ayrıntılı bir çalışma için bkz: Christoph Knill, Caroline Preidel, "Institutional opportunity structures and the Catholic Church: explaining variation in the regulation of same-sex partnerships in Ireland and Italy", **Journal of European Public Policy**, 2015, Vol. 22, No. 3, ss. 374–390.

¹⁶³ İrlanda'da eşcinsel evliliklerin tanınmasındaki dinamikler ve tarihsel gelişim için bkz. Tobin, 2016. ; Ryan, 2015. Cinsel yönelime ilişkin hususların referandum konusu yapılması eleştirilmektedir. (Ryan, 2015, s. 14) Azınlıkların haklarının tanınması veya sınırlandırılması üzerine çoğunluğun oyuna başvurulması "aptalca" olarak değerlendirilebilmiştir. (Tobin, 2016, s. 127) Referandumlar çoğunlukların azınlıkların haklarına ilişkin karar alabileceği, çoğulculuğun yok sayıldığı bir karşı politika üretmeyi de mümkün kılacaktır. Hakların tanınmaması veya sınırlandırılması üzerine yürütülecek kampanyaların politik ve toplumsal zeminini hazırlar. Çoğulcu demokratik bir toplumda nefret söylemi olarak değerlendirilebilecek ve kabul edilmeyecek propagandaların politik meşruiyetini oluşturacaktır. Başka bazı hukuk sistemlerinde eşcinsel birlikteliklerin tanınmasına ilişkin olarak yapılan referandumlar bu eleştirilerle protesto edilmiş ve çok düşük katılımı geçersiz kılınmışlardır.

Norveç, İspanya, İsveç, Birleşik Krallık, Uruguay, Güney Afrika, Kanada ve Portekiz’de eşcinsel evlilikler doğrudan parlamentonun girişimiyle tanınmıştır. Aşağıda bu ülkelerin tanıma biçimleri kısaca ele alınacaktır.

a Hollanda

Hollanda eşcinsel evlilikleri tanıyan ilk ülke konumundadır. Hollanda Anayasası evlilik ve aile kurumlarına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Kraliyet ailesinin birlikteliklerine ilişkin hükümler olsa da sivil halkın birlikteliklerini düzenleyen bir hüküm yoktur.¹⁶⁴

Medeni kanunda eşcinsel evliliklerin tanınmasını içerecek şekilde değişiklik yapan kanun tasarısı hükümet tarafından 8 Temmuz 1999’da parlamentoya sunulmuştur.¹⁶⁵ Parlamentonun alt kanadından 12 Eylül 2000, üst kanat niteliğindeki senatodan 19 Aralık 2000’de geçen tasarı Kraliçe Beatrix tarafından 21 Aralık 2000’de imzalanarak hukuk düzenine girmiştir. Çok kısa bir sürede ve pürüzsüz denilebilecek kadar sorunsuz bir şekilde kabul edilen bu yasa¹⁶⁶, 1 Nisan 2001’de yürürlüğe girmiştir.

¹⁶⁴ https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008?lang=en. (Erişim Tarihi 3 Eylül 2021, 02:16)

¹⁶⁵ Act of 21 December 2000 amending Book I of the Civil Code, concerning the opening up of marriage for persons of the same sex (Act on the Opening Up of Marriage)

¹⁶⁶ Yasalaşma sürecinin sorunsuz geçmesi ayrıca o dönemde hükümetin “mor koalisyon” olarak ifade edilen ilerici/sosyal demokrat bir bileşimden oluşmasıyla da açıklanabilmektedir. 1994 yılında yapılan genel seçimler sonucunda Sağcı Hristiyan Demokrat partinin 60 yıldır ilk defa koalisyonda yer almamasıyla, 1998 yılında yeniden seçilen mor koalisyon eşcinsel evliliklerin tanınması için hazırlanan tasarını rahatlıkla parlamentoya sunabilmiştir. Ian Curry-Sumner, "Same-Sex

Hollanda'nın eşcinsel evliliklerin tanınmasında ilk olması ve sorunsuz bir tanıma süreci geçirilebilmesi ülkenin cinsel yönelim farklılıklarını tanımada ilerici bir düzeyde olmasıyla açıklanabilir.¹⁶⁷ 1971 yılında cinsel rüşt yaşı heteroseksüel ve eşcinsel cinsel birliktelikler için eşitlenmiştir¹⁶⁸, 1982 yılında Hollanda Yüksek Mahkemesi silahlı kuvvetler içinde cinsel yönelim temelli ayrımcılık yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur¹⁶⁹, Hollanda Anayasası 1983 yılından beri cinsel yönelimleri ayrımcılık temelleri arasında saymaktadır.¹⁷⁰ Hukuk düzenindeki bu öncü/ilerici rolünün yanı sıra Hollanda'da cinsel yönelimlere yönelik

Relationships in Europe: Trends Towards Tolerance", **Amsterdam Law Forum**, Vol. 3 , Issue: 2, 2011, ss. 43-61, s. 46.; Waaldijk, 2001, s. 447.

¹⁶⁷ Kuşkusuz eşcinsel birlikteliklerin tanınması gerektiği fikri her zaman kabul görmemiştir. 1989 yılında bir derece mahkemesinin bir eşcinsel erkek çift için, Hollanda Yüksek Mahkemesinin de lezbiyen bir çift için verdiği kararlar bunu göstermektedir. Sözü edilen kararlarda mahkemeler evlilik kurumuna eşcinsellerin erişiminin olmamasını ayrımcılık olarak kabul etmemiştir. Curry-Sumner, 2011, s. 44.

¹⁶⁸ Waaldijk, 2001, s. 438.

¹⁶⁹ Waaldijk, 2001, s. 439.

¹⁷⁰ 1983 yılında Anayasa'ya 1. Maddede yapılan değişiklikle cinsel yönelim temelli ayrımcılığı kapsamı için, sayılan sebeplerden "başka sebeplerle" ayrımcılık yapılamayacağı ifadesi eklenmiştir. https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008?lang=en. (Erişim Tarihi: 25 Ağustos 2021, 20:31), Kees Waaldijk, "Constitutional Protection Against Discrimination of Homosexuals", *Journal of Homosexuality*, Vol. 13, 1987, Issue: 2-3, ss. 57-68, s. 60.

toplumsal kabulün de bu düzenlemeler yapıldığı sırada oldukça yüksek seviyede olduğu görülmektedir.¹⁷¹

b Belçika

Belçika Anayasası'nın 22. maddesine göre herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı duyulması hakkına sahiptir.¹⁷² Ayrıca 21. madde medeni evlilik yapılmadan dini evlilik töreninin yapılamayacağını düzenlemektedir.¹⁷³ Bu hükümler dışında Belçika Anayasasında aile ve evlilik kurumlarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Belçika, eşcinsel evliliklerin tanınmasında mahkemeler ile parlamento arasında diyalogun yoğun olduğu ülkelerdendir. Mahkemelerin yaklaşımı bakımından Fransa ile benzerlikler taşımaktadır. 1999 yılında eşcinsel birlikteliklerin tanınması için hazırlanan yasa tasarısı Belçika Danıştayı önüne geldiğinde Danıştay, heteroseksüel birlikteliklerin hem üreme potansiyeline sahip olmak ve istikrarlı birliktelik oluşturmak bakımından hem de sosyal bir işlevi olması bakımından eşcinsel birlikteliklerden farklı olduğunu ifade etmiştir.

¹⁷¹ 1980'lerden itibaren giderek yükselen toplumsal kabul, eşcinsellerin hayatlarını dilediği gibi yaşamasını savunanların oranının %90'ları aştığı anketlerde görülebilmektedir. Waaldijk, 2001, s. 439.

¹⁷² Madde 22/1: "Yasayla belirtilmiş durumlar ve olaylar haricinde herkesin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı vardır." https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium_2014?lang=en. (Erişim Tarihi: 26.08.2021, 21:46)

¹⁷³ Madde 21/2: "Yasayla tanınabilecek istisnalar hariç olmak üzere, sivil evlilik her zaman dini evlilikten önce gelmelidir." https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium_2014?lang=en. (Erişim Tarihi: 26.08.2021, 21:46)

Mahkemeye göre bu farklar eşyanın tabiatından kaynaklanmakta ve kişiler arasında haksız bir ayrım oluşturmamaktadır.¹⁷⁴ Hükümetin görüşünün aksine mahkeme, hukuk sisteminde eşcinsel birliktelikler ile heteroseksüel birliktelikler arasında evlilik kurumuna erişim bakımından bir ayrımcılık olmadığını savunmaktadır.¹⁷⁵ Ayrıca bu tespitlerinin yanı sıra ilgili yasanın çıkarılıp çıkarılmamasının politikanın konusu olduğuna dikkat çekerek olumlu ya da olumsuz görüş bildirmenin yargının işi olmadığını parlamentonun dilerse bu yönde bir yasa çıkarılabileceğini belirtmektedir. Bu bakımdan Danıştay'ın yaklaşımı Fransız Anayasa Konseyinin yaklaşımına oldukça yakındır.

Mahkemenin bu kararı siyasi aktörler arasında ve doktrinde mahkemenin ahlaki gerekçeler göstererek yetkisini aştığı yönünde eleştirilerle karşılanmıştır.¹⁷⁶ Parlamento da mahkemenin bu kararına rağmen yasaı kabul etmiş ve yasa yürürlüğe girmiştir.¹⁷⁷ Anayasa mahkemesi de yasanın anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Conseil d'Etat (Belge), Opinion n 32.008/2, 12th November 2001, para. 1.

¹⁷⁵ Konseyin görüşleri çıkarılacak kanunlara ilişkin tavsiye kararı niteliğindedir. Konseyin aleyhine karar verdiği bir tasarinın parlamento tarafından kanunlaştırılmasının önünde bir engel yoktur.

¹⁷⁶ David Paternotte, **Revendiquer Le 'Mariage Gay'**, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2011, s. 62. ; Phillippe Reyniers, "Same-Sex Couples in France and Belgium: The Resilient Practice of Judicial Deference", **Same-Sex Couples Before National, Supranational and International Juristictions**, (Ed. Gallo/Paladini/Pustorino) Springer, 2014, ss. 149-162, s. 259.

¹⁷⁷ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage a` des personnes de meme sexe, Moniteur Belge, 28th February 2003.

¹⁷⁸ Cour d'arbitrage, Case No. 154/2004, 16 June 2004 (Moniteur Belge, 2nd August 2004). Yakın tarihli bir kararında mahkeme eşcinsel birliktelikler ile heteroseksüel birlikteliklerin aile kurma hakkına sahip olmak bakımından farklı olmadığını ortaya koymaktadır: Cour constitutionnelle,

Belçika’da 2003 yılında yürürlüğe giren bu yasanın ilk haliyle, evlenmiş eşcinsel çiftlerin birbirlerinin çocuklarıyla soybağının kurulması mümkün olmamaktaydı. Bu haliyle yasa heteroseksüel evlilikte “normal olarak” var olan soybağını eşcinsel evlilik yapısından çıkararak yeni bir ayrımcılık biçimi geliştirdiği gerekçesiyle eleştirilmekteydi.¹⁷⁹ Ayrıca yasanın bu haliyle eşcinsel çiftlerin birlikte evlat edinme imkanı da yoktu. 2006 yılında yapılan değişiklikle eşcinsel çiftlere evlat edinme imkanı tanınarak çocuklar ile soybağı kurulması için bir yol açılmış oldu.¹⁸⁰

Anayasa Mahkemesi de, 2012 yılında verdiği kararlarda mevcut yasal çerçevenin ayrımcılık teşkil ettiğini ortaya koymuştur.¹⁸¹ Eşcinsel çiftlerde de evlenme ile soybağının kurulması 2014 yılında yapılan değişiklikle sağlanmıştır.¹⁸²

Case No. 104/2010, 16th September 2010 (Moniteur Belge, 17 November 2010); Case No. 26/2012, 1st March 2012 (Moniteur Belge, 11 June 2012).

¹⁷⁹Marta Roca i Escoda, Nicole Gallus, “Ouverture du mariage aux homosexuel·le·s en Espagne et en Belgique : une mise en question du caractère hétérosexué du droit ?”, **Nouvelles Questions Féministes**, Vol. 31, Issue: 1, 2012, ss. 44-59, s. 48.

¹⁸⁰ Loi du 18 mai 2006 Loi modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l’adoption par des personnes de même sexe, Moniteur Belge, 20th May 2006. Bu yasa değişikliği evlat edinme yoluyla eşlerin çocuklarla soybağı kurma imkanı verse de eşcinsel evlilikler ile heteroseksüel evlilikler arasında tam eşitliğin sağlanmadığı bir soybağı öngörmektedir.

¹⁸¹ Cour constitutionnelle, Case No. 93/2012 ; No. 94/2012, 12 July 2012.

¹⁸² Frederik Swennen, Mariano Croce, “The Symbolic Power of Legal Kinship Terminology: An Analysis of ‘Co-Motherhood’ and ‘Duo-Motherhood’ in Belgium and the Netherlands”, **Social & Legal Studies**, vol. 25, no. 2, 2016, ss. 181–203, s. 190.

c Kanada

Kanada Anayasası evlilik ve aile kurumlarına ilişkin hüküm içermemektedir.¹⁸³ Kanada’da eşcinsel birlikteliklerin tanınması yolunu mahkemeler açmış, eşcinsel birlikteliklerle heteroseksüel birlikteliklerin haklarının eşitlenmesi, Egan v. Canada’dan başlayarak mahkemeler eliyle mümkün olmuştur.¹⁸⁴ Bu örnekte toplumsal dönüşümleri izleyen anayasal dönüşüm, yargının ve yasamanın uyumlu ve karşılıklı adımlarıyla gerçekleşmiştir. Kararlarında toplumsal dönüşümlere de yer veren Kanada yüksek mahkemelerinin birbirini izleyen kararları kamuoyunda da diğer organlar nezdinde de tepkiyle karşılanmamış, federal yasama organlarının eşcinsel birliktelikler ile heteroseksüel birlikteliklerin hak ve imkanlarını eşitleme yolunda adımlar atmasını sağlamıştır.

Kanada’da ülke çapında eşcinsel evliliklerin önü 2005 yılında eşcinsel evlilikleri tanıyan sivil evlilik yasası ile açılmıştır. Yasanın çıkmasından önce, Ontario Temyiz Mahkemesinin 2003 tarihli Halpern v. Kanada kararıyla¹⁸⁵, Ontario’da eşcinsel evlilikler resmi olarak tanınmıştır. Bu karardaki yaklaşım, eşcinsel birlikteliklerin tanındığı ilk kararlardan biri olması nedeniyle ayrıca önem taşımaktadır.

Mahkeme bu kararında, evliliğin heteroseksüel çiftlere özgülenmesinin, eşcinsellerin haklarını ihlal edip etmediği tespitini yaparken akla uygun sınıflandırmalar ölçütüne benzer bir yöntem izlemektedir. Mahkemenin yönteminde ilk olarak ilgili yasanın önemli bir amacının olması ve bu amacın yerine getirilme yollarının demokratik ve özgür bir toplumda

¹⁸³ https://www.constituteproject.org/constitution/Canada_2011?lang=en. Erişim Tarihi: 2 Eylül 2021, 03:40)

¹⁸⁴ Sperti, 2017, s. 81

¹⁸⁵ Halpern et al. v. Attorney General of Canada et al. (Halpern v. Canada), O.J. No. 2268, 10/06/2003.

temellendirilebilir ve gerekçelendirilebilir olması gerekmektedir. İkinci olarak, sınırlamanın akla uygun bir şekilde düzenlemenin amacına bağlanabilmesi, mümkün olan en az zarar verecek ihtimalin seçilmesi ve normun amacı ile doğurduğu sonuç arasında, amacı engellemeyecek düzeyde bir ölçülülük olması gerekmektedir.¹⁸⁶ Söz konusu normda eksik kapsamlı bir düzenlemenin söz konusu olduğu düşünülüyorsa, hem bütün olarak yasanın amacı hem de sınırlamanın amacı birlikte değerlendirilmelidir.¹⁸⁷

Mahkeme bu kapsamda, evlenmenin ve aile kurmanın amacına ilişkin tartışma yürütmüş, bu amaç ile aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinin tanınmamasına yol açan sınırlamanın amacı üzerine saptamalarda bulunmuştur. Bu amaçlar üzerine yukarıda ayrıntılı bir tartışma yürütülmüştü ancak mahkemenin eşitlik ilkesine uygunluk incelemesini yaptığı çerçevede bu amaçlara ve ilkelere uygunluğunu ayrıca ele almak uygun olacaktır. Mahkemeye göre evlenmenin üç amacı vardır bunlar; karşı cinsiyetten kişilerin birlikteliği, üremenin ve çocuk yetiştirmenin desteklenmesi ve kişilerin karşılıklı desteğidir.

Mahkeme, belirlediği ilkeler çerçevesinde bu amaçların zorunlu ve gerekli olup olmadığını ve ölçülülüğünü incelemektedir. Buna göre, günümüzde karşı cinsiyetten kişilerin birlikteliğinin aile kurmak için bir zorunlu şart olduğundan söz edilemez. Ayrıca mahkeme, bu amacın kabul edilmesinin, bir ilişkilendirme biçimini bir diğerine yeğ tutma sonucunu doğuracağını, ancak böyle bir durumun insan onuruyla bağdaşmayacağını da vurgulamaktadır. Yine mahkemeye göre, üreme ve çocuk yetiştirme hususunda da, birliktelik kuran kişilerin heteroseksüel olması veya eşcinsel olması açısından bir farklılık ancak biyolojik olarak birlikte çocuk sahibi olma açısından görülebilecektir. Çocuk sahibi olmanın diğer pek çok yolu da göz önünde bulundurulduğunda, özellikle karşıt argümanlarda

¹⁸⁶ Halpern v. Canada, para. 113.

¹⁸⁷ Halpern v. Canada, para. 115.

vurgulanan bu amacın da aslında evlilik ve aile kurulması açısından zorunlu şart olarak değerlendirilemeyeceği görülecektir.

Halpern v. Canada kararını izleyen kurumsal değişikliklerin sonucunda 2005 yılında parlamento tarafından yapılan kanun değişikliğiyle evlilik eşitliği sağlanmıştır.¹⁸⁸

ç İspanya

1978 tarihli İspanya Anayasası aile kurma ve evlenme hakkını açıkça kadın ve erkek arasında bir birlik olarak düzenlemektedir.¹⁸⁹ 1994 yılında İspanyol Anayasa Mahkemesi, evlilik kurumuna tanınan anayasal korumanın karşı cinsiyetlerden birlikteliklere özgülediğine, bu nedenle de kanuni bir düzenlemenin yokluğunda, eşcinsel birlikteliklerin bu korumadan yararlanamayacağına karar vermiştir.¹⁹⁰ Bununla birlikte mahkeme, bu

¹⁸⁸ Civil Marriage Act, S.C. 2005, c. 33, 20/07/2005. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-31.5/page-1.html>. (Erişim Tarihi 26 Ağustos 2021, 14:28)

¹⁸⁹ İspanya Anayasası m. 32/1: “Erkek ve kadın tam kanuni eşitlikle evlenme hakkına sahiptir.”

¹⁹⁰ ATC 222/1994. Aktaran, Sperti, 2017, s. 86. Anayasal düzenlemenin “kadın ve erkek” ifadesini içermesi farklı yorumlara imkan vermektedir. Düzenlemenin lafzi yorumuyla 1994 yılında mahkemenin yorumuna benzer biçimde evlenme hakkının “kadın ve erkek arasında” kurulan birlikteliklere özgülenmiş olduğu sonucuna varmaktadır. Bununla birlikte tarihsel yorum yapılarak 1978 yılında anayasa koyucunun, eşcinsel evlilik talepleri henüz gündemde olmadığından, evlilik hakkını eşcinsel birliktelikleri dışarı bırakacak biçimde kadın ve erkekten oluşan birlikteliklere özgüleme amacının olamayacağı; aksine bu hükmün evlilik içinde kadın ve erkek arasındaki eşitliği vurgulamak ve kadının aile içerisinde yerini güvence altına almak amacıyla bu şekilde düzenlendiği sonucuna da varılabilir. Anayasa Mahkemesi de 2012 tarihli kararında bu yorumdan destek almakta ve evlilik kurumunun dönüşümüne vurgu yapmaktadır. (İspanyol Anayasa Mahkemesi, Karar No. 198/2012, 6/10/2012, para. 2, 8) Doktrinde ayrıca, düzenlemenin karşı

yorumun, İspanyol Parlamentosunun eşcinsel birlikteliklere evlilik kurumunun sağladığı tüm yararları sağlayacak eşitleyici bir sistem kurmasına engel olmadığını ifade etmiştir.¹⁹¹

İspanyol Anayasa Mahkemesi 1994 tarihli kararında, eşcinsel birlikteliklere evlilik kurumunun sağladığı yararları sağlanmasında yetkili organın yasama organı olduğunu ifade etse de, bu kararı izleyen dönemde özerk bölgelerin eşcinsel ve heteroseksüel birlikteliklerin tanınmasına yönelik düzenlemeye gittiği görülmektedir.¹⁹² Bu bölgeler arasında medeni hukuk alanında ve aile hukuku alanında düzenleme yapmaya yetkili özerk bölgeler olduğu gibi¹⁹³, özel hukuk alanında düzenleme yapmaya yetkisi olmayan bölgelerin de evlilik birliği içinde olmayan ilişkilenebilirliğe ilişkin bazı düzenlemeler yaptığı görülmektedir.¹⁹⁴ Doktrinde

cinsiyetlerden kişilerin birbiriyle evlenme hakkını güvence altına aldığı ancak bu haliyle eşcinsel birlikteliklerin tanınmasına engel olmadığı da savunulmaktadır. José María Lorenzo Villaverde, “And the Story Comes to an End: The Constitutionality of Same-Sex Marriages in Spain”, **Same Sex Couples – Comparative Insights on Marriage and Cohabitation**, (ed) Macarena Saez, Springer, 2015, ss. 13-48.

¹⁹¹ ATC 222/1994. Aktaran, Sperti, 2017, s. 86.; Villaverde, 2015, s. 32.

¹⁹² Sperti, 2017, s. 86.

¹⁹³ Örneğin Katalan Parlamentosu 1998 yılında düzenli birliktelikleri düzenleyen bir kanun çıkarmıştır. Bu kanun daha sonra başka özerk bölgeler tarafından benimsenen düzenlemelere örnek olmuştur: 1999 yılında Aragon, 2000 yılında Navarra, 2001 yılında Balear Adaları, 2001 yılında Valensiya, 2003 yılında Bask Bölgesi, 2006 yılında da Galiçya. Sperti, 2017, s. 87.; Ayrıntılı inceleme için bkz. Encarna Roca, "Same-Sex Partnerships in Spain: Family, Marriage or Contract", **European Journal of Law Reform**, vol. 3, no. 3, 2001, ss. 365-382, s. 370 vd.

¹⁹⁴ Madrid (2001), Asturias (2002), Endülüs (2002), Kastilya ve Leon (2002), Ekstremadura (2003), Kanarya Adaları (2003), Kantabria (2005), La Rioja (2010), Ceuta (1998), Melilla (2008) aktaran Sperti, 2017, s. 87.

düzenleme yetkisi olmayan bölgelerin bu hususlarda düzenleme yapması yetki gaspı niteliğinde olarak değerlendirilmektedir. Özerk bölgelerin bu hususu düzenleme konusunda gösterdikleri eğilim, İspanya’da eşcinsel evliliklerin tanınması sürecinde önemli bir adım olarak değerlendirilmektedir. Nitekim 1994 tarihli kararıyla birlikte değerlendirildiğinde bu eğilim, evlilik kurumunun sağladığı imkanlardan yalnızca heteroseksüel birlikteliklerin yararlanabiliyor olmasının anayasal geçerliliğinin sorgulandığını ortaya koymaktadır.¹⁹⁵

Yukarıda eşcinsel evliliklerin tanınmasında tek bir kurumun ya da anlayışın etkisinden söz edilemeyeceği ve siyasi aktörler ve siyasi partilerin yaklaşımının da birçok hukuk sisteminde eşcinsel evliliklerin tanınması sürecini etkileyen faktörlerden olduğu vurgulanmıştı. Siyasi aktörler ve siyasi partilerin yaklaşımı da birçok hukuk sisteminde bu etkilerden biridir. İspanya örneği de, siyasetin eşcinsel evliliklerin tanınmasındaki etkisini göstermesi açısından önem taşımaktadır. İspanyol Sosyalist İşçi Partisi (PSOE), evlilik eşitliğini bir politika olarak benimsemiş¹⁹⁶, 2000 yılında parlamentoya sundukları yasa teklifi kabul edilmemiştir. Partinin 2004 yılı genel seçimleri sırasında yürüttüğü propagandalar arasında eşcinsel evliliklerin tanınması da yer almaktaydı.¹⁹⁷ Madrid bombalamalarından 3 gün sonraya denk gelen genel seçimlerinden çıkan şaşırtıcı zafer sonrasında Başbakan Zapatero, genel seçim öncesinde verilen sözlerin yerine getirileceğini belirtmiş, cinsel yönelimleri nedeniyle ayrımcılığa uğramakta olan İspanyollara yöneltilen kabul edilemez ayrımcılıkların kesin bir şekilde sona erdirileceğini ifade etmiştir.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Sperti, 2017, s. 87.

¹⁹⁶ Raquel Platero, “Love and the State: Gay Marriage in Spain”, **Feminist Legal Studies**, vol. 15, 2007, ss. 329-340, s. 332.

¹⁹⁷ Aktaran Sperti, 2017, s. 88.

¹⁹⁸ Aktaran Sperti, 2017, s. 88.

Temmuz 2005'te çıkarılan 13 No.lu kanunla, eşcinsel ve heteroseksüel birliktelikler arasındaki fark kaldırılmış, evlilik kurumunun hem karşı cinsiyetten hem de aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikler için aynı yükümlülükler ve etkileri içereceği düzenlenmiştir.¹⁹⁹ Bu kanun parlamentoda, 187 evet, 147 hayır, 4 kararsız oyla kabul edilmiştir.²⁰⁰ O tarihte İspanya'da eşcinsel evlilikler %60'ın üstünde bir oranla destekleniyor olsa da bu düzenlemenin kanunlaşması hem siyasi hem de toplumsal düzeylerde tepki almıştır.²⁰¹ Parlamentodaki muhafazakar Halkçı Parti(PP), geleneklere yönelik bir tehdit olarak gördüğü düzenlemeyi iptal talebiyle Anayasa Mahkemesinin önüne götürmüştür.

Eşcinsel evliliklerin tanındığı kanunun anayasaya aykırılık iddiası Mahkeme tarafından 2012 yılında ele alınmıştır.²⁰² Bu süreçte binlerce eşcinsel evlilik gerçekleştirilmiş olup toplumda eşcinsel evliliklerin toplumda yeri olduğu yönündeki görüşlerin oranı 2012 yılına gelindiğinde %77'leri bulmaktadır.²⁰³ Doktrinde bazı görüşler, Anayasa Mahkemesinin

¹⁹⁹ Ley 13/2005, Medeni Kanunun 44. maddesinde değişiklik yapan 1. madde. Akt. Encarna Roca Trias, "Family Law as a Right to Freedoms: The Case of Same-Sex Marriage in Spain", **International Journal of Law, Policy and the Family**, vol. 31, no. 1, 2017, ss. 79-93, s. 83.

²⁰⁰ Monica Navarro-Michel, "Same-Sex Couples in Spain and Catalonia", **International Journal of Legal Information**, vol. 42, no. 1, Spring 2014, p. 47-54, s. 50.

²⁰¹ Tiago Fidalgo de Freitas, Diletta Tega, "Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples", **Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions**, Daniele Gallo, Luca Paladini, Pietro Pustorino (ed.), Springer, 2014, ss. 287-318, s. 302.

²⁰² Spanish Constitutional Court Judgment No. 198/2012 of November 6.

²⁰³ Sperti, 2017, s. 88.

tepkilerin dinmesini beklediği için bu düzenlemeye ilişkin kararını vermesinin 7 yıl sürdüğünü savunmaktadır.²⁰⁴

İspanya Anayasa Mahkemesi, 2012 tarihli bu kararının gerekçesinde, Kanada Yüksek Mahkemesinin Edwards kararına²⁰⁵ ve 2004 tarihli Reference Re Same-Sex Marriage²⁰⁶ kararına gönderme yaparak, Anayasa'daki evlenme hakkını tanıyan hükmün yorumunda bir adım daha ileri gidilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda, Anayasa'nın yaşayan bir ağaç olduğu kabulü esas alınarak yorum yapılacaktır. Bu yorum, anayasaların, kendi meşruiyetleri ve bağlarını koruyabilmek adına modern yaşamın gerçekliğine uyum sağlamasına izin vermelidir. Bu doktrin, yalnızca anayasada korunan ilkelerin, anayasa yapımında öngörülemeyecek birtakım durumlara da uygulanması zorunluluğundan kaynaklanmaz; bu ilkeler aynı zamanda diğer özneler tarafından da sürekli olarak güncellenmektedir.²⁰⁷

Mahkeme bu dinamik yorum ile,²⁰⁸ anayasaya aykırılığı iddia edilen düzenlemedeki haliyle evlilik kurumunun, bugünkü sosyal ve hukuki bağlamda tanınabilir olup olmadığı hususunda bir cevap bulmaya çalışmaktadır. Bu doğrultuda hem İspanya'daki, hem de diğer ülkelerdeki dönüşümü ve bu dönüşümü yakalayan ülkelerdeki hukuk kültürünü araştırmaktadır. Yaşayan ağaç göndermesiyle yaptığı bu araştırmanın sonucunda mahkeme, geleneksel evlilik anlayışının göreceli bir hale geldiğini ortaya koymakta ve evliliğin yeni bir

²⁰⁴ F. de Freitas, Tega, 2014, s. 304; Sperti, 2017, s. 89.

²⁰⁵ Edwards v. Canada, [1930] A.C. 124, 18/10/1929.

²⁰⁶ Reference re Same-Sex Marriage, [2004] 3 SCR 69, 09/12/2004.

²⁰⁷ İspanyol Anayasa Mahkemesi, Karar No. 198/2012, 6/10/2012, para. 9.

²⁰⁸ Mahkemenin benimsediği yorum ile benimsenebilecek farklı yorum yöntemleri için bkz.

Villaverde, 2015, ss. 13-48.

görünüm kazandığı kanısına varmaktadır. Bu doğrultuda, özellikle Batı liberal demokrasilerinde görüldüğü üzere, evlilik kurumunun çoğulcu bir kavrayışla ele alınması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu yaklaşımını ortaya koyduktan sonra mahkeme, Avrupa’da ve İspanya’da eşcinsel birlikteliklere toplumun bakışını ortaya koyan anketlere başvurmuştur. Hukuk kültürünü araştırırken doktrine de başvurmuş ve doktrinde bir fikir birliği oluşmadığını tespit etmiştir. Bununla birlikte, mahkemeye göre doktrinde eşcinsel birlikteliklerin tanınmasına yönelik görüşlerin arttığı yönünde bir eğilim gözlemlenmektedir.

İspanya Anayasa Mahkemesi’nin dinamik yorumu benimserken dayandığı temeller, diğer mahkemelerden farklılaşmaktadır.²⁰⁹ Mahkeme, yalnızca İspanya’daki hukuk kültürünü ve doktrini araştırmakla kalmamış, diğer sistemler bağlamında da hem toplumsal dönüşümleri hem de hukuk kültürünü ve dönüşümünü araştırmış ve bunları yorumuna temel almıştır. Sonuç olarak İspanya Anayasa Mahkemesi, dinamik yorumuyla, geleneksel aile

²⁰⁹ Yaşayan ağaç doktrinine gönderme yapmaksızın, yukarıdaki örneklere benzer yaklaşımları benimseyen mahkemeler de olmuştur. Örneğin, İtalya Anayasa Mahkemesi’ne göre, evlilik ve aile kurumları, Anayasa’nın yürürlüğe girdiği andaki gibi anlaşılacak, “kristalize” kurumlar olarak yorumlanmamalıdır. Bu kurumlar, anayasal ilkelere içkin olan esnekliğe sahiptir ve bu nedenle bunların yalnızca hukuk sistemi içerisindeki dönüşümlere değil, toplumun dönüşümüne de duyarlı bir şekilde yorumlanmaları gerekir. Bununla birlikte, ilerleyen kısımda daha ayrıntılı inceleneği üzere Kanada’daki “doğal sınırlar”a benzer şekilde, İtalya Anayasa Mahkemesi de, anayasal düzenlemenin özüne dokunmayacak bir yorum benimsenmesi gerektiğine vurgu yapmıştır. Bu bakımdan, anayasal düzenlemenin özü, yorum yoluyla bir kenara bırakılmamalıdır. Aksi halde yapılan yorum, anayasanın değişen koşullarda yeniden okunması değil, yaratıcı karar verilmesi sonucunu doğuracaktır. (İtalyan Anayasa Mahkemesi, Karar no 138, 15/04/2010.)

anlayışına uyarlanan bir evlilik kurumu öngörmemiş, aile birliğinin çoğulcu bir şekilde anlaşılmasını benimsemiştir.

Aile ve evlilik kurumlarının bu anlayışından hareketle mahkeme, eşcinsel birlikteliklerin evlenme hakkıyla tanınmasının anayasa koyucunun iradesine aykırı olmadığı ve evlenme hakkını güvence altına alan 32. maddenin kapsamına gireceğine hükmetmiştir.²¹⁰ Ayrıca mahkeme, eşcinsellerin evlenme hakkının, cinsel yönelimlerine saygı gösterilmesini de içerdiğini vurgulamaktadır.²¹¹

d Güney Afrika Cumhuriyeti

Güney Afrika Anayasası aile ve evlilik kurumlarına ilişkin bir düzenleme yapmamaktadır.²¹² Güney Afrika'da Apartheid rejiminin hemen sonrasında gerçekleşen dönüşümler eşcinsel haklarının tanınmasında da öncü olmuştur. Yeni Anayasanın yapımı sırasında cinsel yönelimlerin tanınmasına ilişkin bir toplumsal kabul olduğunu söylemek mümkün değildir. 1989-1994 yılları arasında yapılan çalışmaların sonucu göstermektedir ki Güney Afrikalıların %88'inden fazlası eşcinselliği ahlaki olarak kabul edilemez görmektedir.²¹³ Ancak bu durum Anayasayı kaleme alanların cinsel yönelim temelli

²¹⁰ İspanyol Anayasa Mahkemesi, Karar No. 198/2012, 6/10/2012, para. 9.

²¹¹ İspanyol Anayasa Mahkemesi, Karar No. 198/2012, 6/10/2012, para. 11.

²¹² https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012?lang=en. (Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2021, 23:45)

²¹³ Inglehart, R., C. Haerpfer, A. Moreno, C. Welzel, K. Kizilova, J. Diez-Medrano, M. Lagos, P. Norris, E. Ponarin & B. Puranen et al. (eds.). 2014. World Values Survey: All Rounds - Country-Pooled Datafile Version: <https://www.worldvaluessurvey.org/WVSONline.jsp>. Madrid: JD Systems Institute.

ayrımcılığı açıkça yasaklamasının önüne geçmemiştir. Baskıcı ve ayrımcı apartheid rejimine tepki olarak yapılan bu anayasa ve sonrasında Afrika Ulusal Konseyi (ANC), tüm temellerde ayrımcılığı kaldırma iddiasıyla hareket etmiştir. Cinsel yönelim farklılıklarının ve eşcinsel evliliklerin tanınması da bu politikalarla uyumlu bir görünüm sergilemektedir. Güney Afrika'da cinsel yönelim farklılıklarının tanındığı birçok karardan sonra 2006 yılında, Anayasa Mahkemesinin Fouri²¹⁴ kararıyla eşcinsel evliliklerin tanınmasının önü açılmış, mahkemenin direktif niteliğindeki bu kararının sonucunda parlamentoda eşcinsel evlilikleri kapsayan bir düzenleme yapılmıştır.

Güney Afrika Anayasası eşitlik ilkesini düzenlediği 9. maddesinde, kanun önünde eşitlik, eşit korunma ve hukuktan eşit yararlanma görünümünü benimsemiştir. Bu sistem, günümüzde yürürlükte olan pek çok anayasadan daha çok görünümü benimsemiş olmasının yanı sıra, kuşkulu sınıflandırmalara da yer vermiştir. Anayasada, sınırlı olmayan bir saymayla oldukça geniş bir kuşkulu sınıflandırma listesi yapılmıştır.²¹⁵ Güney Afrika Anayasasında eşitlik ilkesinin bu denli ayrıntılı ve hassas bir biçimde düzenlenmesi, Apartheid döneminin etkileriyle hala boğuşmakta olan bir sistemin koruma ihtiyacıyla anlaşılabilir.²¹⁶

²¹⁴ Minister of Home Affairs v. Fourie, 2006(3) BCLR 355 (CC).

²¹⁵ Güney Afrika Anayasası madde 9(3) : “Devlet; ırk, cinsiyet kimliği, biyolojik cinsiyet, gebelik, evlilik durumu, etnik veya sosyal köken, renk, cinsel yönelim, yaş, engellilik, din, vicdan, inanç, kültür, dil ve doğum temellerinden biri veya daha fazlası üzerinden kimseye direkt veya dolaylı yoldan ayrımcılık yapamaz.”

²¹⁶ Pierre De Vos, “A Judicial Revolution? The Court-led Achievement of Same Sex Marriage in South Africa”, **Utrecht Law Review**, Vol:4, Issue:2, 2008, s. 169.

1996 yılında Apartheid döneminin etkilerinin üzerine yapılan yeni Anayasanın ruhu ve eşitlik ilkesinin düzenlenişi yalnızca ırk ve din temelinde değil, diğer ayrımcılık temellerinde de ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve önlenmesinde atılımlar sağlamıştır. Cinsel yönelim, bu Anayasada kuşkulu sınıflandırmalar arasında sayılmıştır. Anayasa Mahkemesi de, cinsel yönelim temelli ayrımcılıkların giderilmesi yönünde içtihat geliştirmiştir.²¹⁷ 1998-2003 yılları arasında cinsel yönelimler ve aile üzerine verilen kararlar, birbirini izleyen, zamanla gelişen ve birbirine temel olan kararlardır. Bu kararlar ayrıca, eşcinsel evliliklerin tanınmasının önünü açmış olan Fouri kararına da temel olmuşlardır. Fouri kararına varıncaya kadarki bu içtihatlarında mahkeme, eşcinsel evliliklere karşıt argümanların pek çoğunu tartışmış ve bu argümanları Güney Afrika Anayasası açısından değerlendirmiştir. Fouri kararında da bu argümanlar, tek tek yeniden ele alınmamış ve bu eski kararlara göndermeyle değerlendirilmiştir.

Fouri davasında hükümet eşcinsel evlilik taleplerine yanıt olarak, geleneksel evlilik modelinin korunması yönünde görüş bildirmiş ve aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerinin, evlilikten farklı bir sivil birliktelik ile tanınmasını önermiştir. Fouri kararında mahkeme ayrıca hükümetin bu önerisine temel olarak gösterdiği dört argümanı değerlendirmektedir. Bunlar; üremeye ilişkin argümanlar, dini kişilerin inançlarının korunmasına ilişkin

²¹⁷ National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice, 1998(12) BCLR 1517 (CC).; Satchwell v. President of the Republic of South Africa and Another, 2002 (6) SA 1 (CC); 2002 (9) BCLR 986 (CC).; Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others (Lesbian and Gay Equality Project as amicus curiae), 2003 (2) SA 198 (CC); 2002 (10) BCLR 1006 (CC).; J and Another v. Director General, Department of Home Affairs, and Others, 2003 (5) SA 621 (CC); 2003 (5) BCLR 463 (CC).

argümanlar, uluslararası hukuktaki kabullere ilişkin argümanlar ve aile hukukunda halihazırda farklı modellerin var olmasıdır.

Mahkeme bu kararda, genel çerçevede temel bir soru sormuş ve onun cevaplanması ile kararını oluşturmuştur: Başvurucuların birbirleriyle evlenmelerini sağlayabilecek hiçbir hükmün bulunmaması, eşitlik ilkesine aykırılık ve devletin başvurucuları cinsel yönelimlerinden dolayı ayrımcılığa uğratması anlamına mı gelmektedir?

Fouri kararından sonra parlamentonun yaptığı ilk düzenleme geleneksel aile tanımına dokunmadan eşcinsel birlikteliklere benzer imkanlar tanımaktaydı. Parlamentonun bu düzenleme tercihi, heteroseksüel birlikteliklerle eşcinsel birliktelikler arasında böyle bir farklılık gözetmenin onur kırıcı olduğu gerekçesiyle LGBTİ aktivistleri tarafından yoğun biçimde eleştirildi. Bu eleştiriler ırkçılığın geliştirdiği “ayrı ama eşit”²¹⁸ uygulamaların hala ayrımcı uygulamalar olduğu savunusunda yoğunlaşmaktaydı. Bu eleştiriler Hükümete ulaşip Apartheid sonrası ANC yönetiminin ırkçılık karşıtı hassasiyetleriyle birleşince ikinci bir kanun taslağı yapılmasını sağladı.²¹⁹ İkinci taslakta evlilik kurumu iki kişinin birlikteliğini içerecek şekilde düzenlenmiş ve hem heteroseksüellerin hem de eşcinsellerin evlilik kurumundan yararlanmakta eşit konumda olmaları sağlanmıştır.²²⁰ Güney Afrika

²¹⁸ “Ayrı ama eşit” uygulaması Amerika Birleşik Devletleri’nde 1954 yılına kadar uygulanan bir ayrımcı politikadır. Bu uygulamada farklı ırklardan kişilerin farklı okullarda ama eşit koşullarda ve aynı müfredatta öğrenim görmelerini öngörmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954) kararında bu uygulama eşitlik ilkesine aykırı olduğu ortaya koyulmaktadır.

²¹⁹ Pierre de Vos, “A judicial revolution?: The court-led achievement of same-sex marriage in South Africa”, **Utrecht Law Review**, Vol. 4, Issue 2, 2008, ss. 162-174.

²²⁰ Civil Union Act 17, 2006, Section 1.

Cumhuriyeti, hem dönüşümün toplumsal bir oydaşmaya dayanmadan, bazı yargısal ve siyasal aktörler tarafından gerçekleştirilmesine hem de hak savunucularının ve sivil toplum kuruluşlarının eşcinsel evliliklerin tanınmasındaki etkisinde önemli bir örnek teşkil etmektedir. Yukarıda sözü edilen anket çalışmasını yürüten kuruluşun 2013 yılında yürüttüğü bir çalışma eşcinselliğin kabul edilemez olduğu görüşünün %45'e kadar düştüğünü, kararsızların ve kabul edilebilir olduğunu düşünenlerin oranının ise arttığını göstermektedir.²²¹

Güney Afrika Cumhuriyeti'nde eşcinsel evlilikler parlamentonun çıkardığı kanunla tanınmıştır ancak bu kanunun çıkarılması doğrudan Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki direktifinin sonucudur. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi evlilik kurumuyla heteroseksüel çiftlere sağlanan imkanların eşcinsel çiftlere sağlanmamasının anayasaya aykırı olduğunu ortaya koyarken bu anayasaya aykırılığın düzeltilmesi için parlamentoya 24 ay süre vermiştir. Bu anlamda, ilgili kanun parlamentodan çıkmasaydı da, Anayasa Mahkemesinin bu tespiti doğrultusunda eşcinsel birlikteliklerin de bu imkanlardan yararlanacağı bir uygulamanın benimsenmesi gerekecekti. Güney Afrika Cumhuriyeti, bu açıdan Kolombiya, Kosta Rika, Avusturya gibi, mahkeme kararının parlamento tarafından uygulanmamasının sonucunda mahkeme kararıyla eşcinsel evliliklerin tanınması örneğinden farklı bir iradede kaynaklanmamaktadır.

²²¹ Inglehart, R., C. Haerpfer, A. Moreno, C. Welzel, K. Kizilova, J. Diez-Medrano, M. Lagos, P. Norris, E. Ponarin & B. Puranen et al. (eds.). 2014. World Values Survey: All Rounds - Country-Pooled Datafile Version: <https://www.worldvaluessurvey.org/WVSONline.jsp>. Madrid: JD Systems Institute.

e Norveç

Norveç Anayasası 102. Maddesinde özel hayatın ve aile hayatının gizliliğini düzenlemektedir.²²² Bu hüküm dışında aile kurma hakkını düzenleyen bir hüküm Anayasada bulunmamaktadır.

Norveç 2009 yılında yasa değişikliğiyle evlilik kurumunun karşıt cinsiyetlerden bir birlik olması şartını değiştirmiştir.²²³ Norveç'te de İsveç ve Danimarka'ya benzer biçimde eşcinsel birlikteliklerin tanınması süreci parlamentoda yürütülen tartışmalarla ilerlemiştir. 2009 yılında eşcinsellerin evlilik kurumuna heteroseksüellerle aynı şartlarla erişebileceği ve aynı haklara sahip oldukları bir yasa ile Norveç'te evlilik eşitliği sağlanmıştır.²²⁴ Bu yasayla birlikte evlat edinme, üreme desteğinden yararlanma, soybağının kurulması gibi konularda eşcinsel çiftlerin evlilik içerisinde heteroseksüel çiftlerle aynı haklara sahip olduğu bir sistem öngörülmüştür.²²⁵ Norveç'te eşcinsel evliliklerin tanınmasında önemli bir nokta da parlamentoda muhafazakar Hristiyan partilerden liberallere, pek çok siyasi partinin eşcinsel evliliklerin tanınmasına olumlu yaklaşmasıdır. Bu anlamda parlamentodaki çoğu siyasi parti eşcinsel evliliklerin evlilik kurumunu güçlendireceği görüşünü paylaşmaktadır.²²⁶ Norveç'te

²²² Norveç Anayasası m. 102: "Herkes özel hayat, aile hayatı, ev hayatı ve haberleşmeye saygı hakkına sahiptir." https://www.constituteproject.org/constitution/Norway_2016?lang=en. Erişim Tarihi: 30 Ağustos 2021, 13:55)

²²³ Jens Rydström, **Odd Couples: A History of Gay Marriage in Scandinavia**, Amsterdam University Press, 2011, s. 152.

²²⁴ Torstein Frantzen, "Norway", **American University Journal of Gender, Social Policy & the Law**, Vol. 19, No. 1, 2011, ss. 273-276, s. 273.

²²⁵ Tornstein, 2011, s. 274.

²²⁶ Rydstörn, 2011, s. 156.

eşcinsel evliliklerin tanınmasıyla sivil birliktelik modeli kaldırılmıştır. Bu yaklaşım eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında sivil birliktelik modelinin evlilik eşitliğine giden bir adım olarak anlaşıldığını göstermektedir. Norveç'te kilise ve diğer dini toplulukların ise, eşcinsel evlilikler yasayla tanınmış olmasına rağmen bu çiftlerin evlilik törenlerini yapmayı reddettiği görülmektedir.²²⁷

f İsveç

İsveç Anayasası 2. maddesinde özel hayatın ve aile hayatının korunmasını düzenlemektedir.²²⁸ Bununla birlikte Anayasa'da aile kurma hakkını güvence altına alan bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca İsveç Anayasasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 12. Maddede cinsel yönelim temelli ayrımcılık açıkça yasaklanmaktadır.²²⁹

Diğer İskandinav ülkeleri gibi İsveç'te de eşcinsel birlikteliklerin tanınması bir yasama sürecinin ve parlamentodaki tartışmaların sonucudur. Bu sistemlerde mahkemelerin rolü ya

²²⁷ Ragnhild Hollekim, Hilde Slaatten, Norman Anderssen, "A Nationwide Study of Norwegian Beliefs About Same-sex Marriage and Lesbian and Gay Parenthood", **Sexuality Research and Social Policy**, Vol. 9, 2012, ss. 15-30, s. 15.

²²⁸ İsveç Anayasası m. 2/3: "Kamu kurumları, demokrasi ideallerini toplumun her alanında temel esaslar olarak teşvik eder ve bireyin özel hayatını ve aile hayatını korur."
https://www.constituteproject.org/constitution/Sweden_2012?lang=en. (Erişim Tarihi: 30.08.2021, 12:57)

²²⁹ İsveç Anayasası m. 12: "Hiçbir yasal düzenleme; etnik köken, renk, benzeri sebepler veya cinsel yönelim temelinde bir azınlık grubuna dahil oldukları gerekçesiyle kişileri haksız muameleye maruz bırakmayacaktır." https://www.constituteproject.org/constitution/Sweden_2012?lang=en. (Erişim Tarihi: 30.08.2021, 13:10)

yoktur ya da çok sınırlı kalmıştır.²³⁰ İsveç 2009 yılında yasa yoluyla eşcinsel evlilikleri tanımıştır.²³¹ Eşcinsel evliliklerin tanınmasıyla Norveç'te olduğu gibi İsveç'te de sivil birliktelik modeli kaldırılmış, sivil birliktelik içerisinde olan eşcinsel çiftlere evlenme hakkı da tanınmıştır.²³² Yeni sistemde halihazırda sivil birliktelik ile birliktelikleri tanınan çiftler bu şekilde tanınmaya devam edebilecek ancak yeni sivil birliktelikler kurulmayacaktır. Norveç'ten farklı olarak, yasa çıkarılması sırasında çekincelerini belirtmiş olsa dahi kilise, yasa çıktıktan sonra eşcinsel evlilik törenini gerçekleştirmeyi kabul etmiştir.²³³

g İzlanda

İzlanda Anayasası 71. maddesinde özel hayatın ve aile hayatının korunmasını düzenlemektedir.²³⁴ Bu hüküm dışında Anayasa'da aile kurma hakkını güvence altına alan bir düzenleme bulunmamaktadır.

²³⁰ İsveç'te eşcinsel birlikteliklerin tanınması sürecinde parlamentodaki tartışmalar için bkz.

Rydström, 2011.

²³¹ Law No. 253:2009 on amendments to the law on marriage and law no. 260:2009 repealing the law on registered partnership.

²³² Rydstöm, 2011, s. 160.

²³³ Jonas Lindberg, "Renegotiating the Role of Majority Churches in Nordic Parliamentary Debates on Same-Sex Unions", **Journal of Church and State**, vol. 58 no. 1, 2014, ss. 80–97, s. 85.

²³⁴ İzlanda Anayasası m. 71/1: "Herkesin özel hayat, ev hayatı ve aile hayatına müdahaleden kaçınma hakkı vardır." https://www.constituteproject.org/constitution/Iceland_2013?lang=en.

Erişim Tarihi: 29 Ağustos 2021, 14:43)

İzlanda eşcinsellerin aile kurma hakkını tanıyan ilk ülkelerdendir. 1996 yılında parlamento hem cinsel yönelim temelli ayrımcılığı yasaklayan hem de eşcinsel sivil birliktelikleri tanıyan bir yasa çıkarmıştır.²³⁵ 2000 yılında bu yasada yapılan değişiklikle birlikteliklerin hakları genişletilmiş, tanınma için gereken koşullar kolaylaştırılmış ve birlikteliklere evlat edinme imkanı verilmiştir.²³⁶ İzlanda eşcinsel evliliklerin tanınması oldukça rahat ve sorunsuz bir süreçle gerçekleşmiştir. Tasarı parlamentoya geldiğinde hiçbir parti ya da parlamenter tasarıya karşı çıkmamıştır, dile getirilen tek çekince muhafazakar Bağımsızlık Partisinin (Independence Party) hiçbir kurumun eşcinsel evlilik törenini yapmak zorunda bırakılmaması gerektiği yönündeki çekincesidir.²³⁷ Yasa tasarısı, 49 evet ve 0 hayır oyuyla yasalaşmış, 27 Haziran 2010'da yürürlüğe girmiştir. Muhafazakar kesimin çekincelerine rağmen, İzlanda'da kiliseler bu yasa çerçevesinde eşcinsel evlilik törenlerini gerçekleştirmektedir.²³⁸

ğ Portekiz

1976 tarihli Portekiz Anayasası, evlenme ve aile kurma hakkını cinsiyetlerden bağımsız bir şekilde tanımaktadır. Portekiz Anayasası m.36/1'e göre: "*Herkes tam eşit şartlarda bir aile kurma evlenme hakkına sahiptir*". Ayrıca 13. maddede yer alan eşitlik

²³⁵ Marianne DelPo Kulow, "Same Sex Marriage: A Scandanavian Perspective", **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, Vol. 24, no. 4, 2002, ss. 419-438, s. 421.

²³⁶ Kulow, 2002, s. 425.

²³⁷ Rydstörm, 2011, s. 160.

²³⁸ Lindberg, 2014, s. 86.

ilkesi düzenlemesinde, cinsel yönelimler açıkça ayrımcılık yasakları arasında sayılmaktadır.²³⁹

Portekiz, merkezi anayasa yargısını benimseyen sistemler arasında, kurumlar arasındaki etkileşimi yüksek bir ülke olması nedeniyle önem taşımaktadır. Mahkemeler ve kanun koyucu arasındaki etkileşimin yüksek olduğu bu sistemde eşcinsel evliliklerin tanınması Anayasa Mahkemesiyle yasama organı arasında yakın bir diyalogun sonucudur.

Portekiz’de eşcinsel birliktelikler ilk defa 2001 yılında de facto birliktelik şeklinde tanınmıştır.²⁴⁰ Parlamentoda eşcinsel evliliklerin tanınması için 2008 yılında yapılan ilk girişim başarısız olmuştur.²⁴¹ Portekiz Anayasa Mahkemesi, eşcinsel evlilikleri ele alma imkanını da ilk olarak 2009 yılında medeni kanunda yer alan evlilik tanımının anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi talebiyle bulmuştur. Mahkeme bu davada oldukça dar bir çoğunlukla, anayasanın parlamentoya eşcinsel evlilikleri tanıma zorunluluğu getirmediğine karar vermiştir.²⁴² Mahkeme ayrıca 1976 Portekiz Anayasasının evlilik kurumu açısından geniş bir kapsam çizdiğini ancak evlilik eşitliğinin anayasa mahkemesi

²³⁹ 1976 Portekiz Anayasası m. 13: “Her vatandaş aynı toplumsal saygıyı hak eder ve kanunlar önünde eşittir. Hiç kimse, soy, cinsiyet, ırk, dil, köken, din, siyasal ya da ideolojik inançlar, eğitim, ekonomik durum, sosyal koşullar ya da cinsel yönelimleri bazında herhangi bir hakkından yoksun, tercihli, önyargılı, ayrıcalıklı veya ödevinden muaf olamaz.”

²⁴⁰ Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio. Medidas de protecção das uniões de facto. (7/2001 numaralı kanun, De facto birlikteliklerin korunmasına yönelik tedbirler)

²⁴¹ Sperti, 2017, s. 90.

²⁴² Tribunal Constitucional, Case no: 359/2009, 9/7/2009.

kararı yoluyla sağlanamayacağını vurgulamıştır.²⁴³ Benzer yaklaşımlar başka Anayasa Mahkemeleri tarafından da geliştirilmiştir.²⁴⁴

Portekiz Anayasa Mahkemesinin bu kararından yedi ay sonra, eşcinsel evlilikleri tanıyan medeni kanun değişikliği Parlamentoda kabul edilmiştir.²⁴⁵ Bu kanun, Medeni kanunda yer alan evlilik tanımını değiştirmiş ve eşcinsel birlikteliklere heteroseksüel birlikteliklerle eşit bir konumda -birlikte evlat edinme hakkı hariç- evlenme imkanı tanımıştır. Bu kanun değişikliği Cumhurbaşkanı Silva tarafından anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, değerlendirmesinin sonucunda kanun değişikliğini anayasaya uygun bulmuştur.²⁴⁶ Mahkemeye göre, Portekiz Anayasası eşcinsel birliktelikleri yasaklamamaktadır.²⁴⁷ Farklı cinsiyetlerden olmak, Anayasayla güvence altına alınmış olan evlilik kurumunun olmazsa olmaz (özgün/kendisi) özellikleri arasında değildir.²⁴⁸ Portekiz Anayasasının güvence altına aldığı evlilik kurumu, mahkemeye göre, farklı zamanlardaki farklı sosyal, politik, etik görüşleri de içerecek biçimde esnek bir kurumdur.²⁴⁹

²⁴³ F. de Freitas, Tega, 2014, s. 307.

²⁴⁴ Örneğin, İspanya, Fransa. Bazı mahkemeler açısından ise bu yaklaşım parlamentolara direktif verme şeklinde olabilmektedir. Örneğin Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi.

²⁴⁵ Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio, Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. (9/2010 sayılı kanun, aynı cinsiyetten kişiler arasında medeni evliliğe izin verilmesi)

²⁴⁶ Tribunal Constitucional, Case no: 121/2010, 8/4/2010.

²⁴⁷ Tribunal Constitucional, Case no: 121/2010, 8/4/2010. Akt. Sperti, 2017, s. 91.

²⁴⁸ Tribunal Constitucional, Case no: 121/2010, 8/4/2010. Akt. Villaverde, 2015, s. 37.

²⁴⁹ Saez, 2014, s. 166. ; Villaverde, 2015, s. 34.

Yasama ve yargı organları arasındaki bu hızlı ve olumlu diyaloga rağmen, Portekiz’de eşcinsel evliliklerin tanınması sorunsuz bir biçimde gerçekleşmemiştir. Eşcinsel evliliklerin tanındığı 2010 yılında, Portekizlilerin büyük bir çoğunluğunun eşcinsel evlilik karşıtı olduğunu gösteren birçok çalışmada bu sorunlara işaret edilmiştir.²⁵⁰ Yine başka bir çalışmaya göre ise, diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak Portekiz’de, eşcinsel evliliklerin tanınmasından sonra bu karşıtlık azalmamış, aksine artmıştır.²⁵¹

Portekiz’de eşcinsel evliliklerin tanınmasında zorlayıcı etken olarak sosyal dönüşümler rol oynamamıştır, dolayısıyla bu hukuk sistemi açısından bu etkenleri başka yerde aramak gerekecektir. Sperti’ye göre antidemokratik yakın geçmişiyle birlikte değerlendirildiğinde, eşcinsel evliliklerin tanınması, siyasi elitlerin insan hakları gelişmelerine uyum sağlama girişimi olarak nitelendirilebilir.²⁵² Aynı motivasyon, yakın tarihte antidemokratik bir dönemden geçmiş olan İspanya ve Güney Afrika Cumhuriyeti için de geçerli olabilir. Bununla birlikte, Portekiz örneğinde, eşcinsel evliliklerin toplumsal destek almamasına rağmen tanınması, o tarihte ülkenin içinde bulunduğu ekonomik sorunlarla da

²⁵⁰ Ana Maria Simões Azevedo Brandão, Tânia Cristina Machado, “How Equal Is Equality? Discussions about Same-Sex Marriage in Portugal”, **Sexualities**, vol. 15, Issue: 5–6, 2012, ss. 662-678, s. 666 vd. Bu çalışmada yazarlar Portekiz’in Avrupa’daki en muhafazakar ülkelerden biri olduğunu, özellikle eşcinsel görünürlüğü açısından Avrupa’nın çok gerisinde kaldığını vurgulamaktadır.; Marc Hooghe, Cecil Meeusen, “Is Same-Sex Marriage Legislation Related to Attitudes Toward Homosexuality? Trends in Tolerance of Homosexuality in European Countries Between 2002 and 2010”, **Sexuality Research and Social Policy**, vol. 10, 2013, ss. 258-268.; Sperti, 2017, s. 91.

²⁵¹ Hooghe, Meeusen, 2013, ss. 258-268.; Sperti, 2017, s. 91.

²⁵² Sperti, 2017, s. 91.

ilişkilendirilmektedir. Buna göre, hem toplumda eşcinsel birliktelik karşıtı olan -özellikle de muhakazakar Katolik Hristiyanlar- kesimler, hem cumhurbaşkanı hem de parlamentodaki muhalif partiler ekonomik sorunların çözümüne öncelik verdiği bu süreçte eşcinsel evlilik meselesinde çatışmacı bir yaklaşım benimsememiştir.²⁵³

Sonuç olarak, Portekiz’de eşcinsel evliliklerin tanınması, diğer Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de rastladığımız bir diyalogun ürünüdür. Bu diyalogda mahkemeler, hassas ve tartışmalı konularda yaratıcı karar vermek konusunda çekingen davranmakta ve eşcinsel evlilik tartışmalarında görüldüğü gibi tanımayı kanun koyucunun takdirine bırakmaktadır.

h Arjantin

Arjantin Anayasası 14. Madde ile ailenin korunmasını güvence altına almaktadır. Bununla birlikte ailenin kurulmasına veya evlenme hakkına ilişkin bir düzenleme Anayasada bulunmamaktadır. Federal Medeni Kanun evlilik kurumunu kadın ve erkek arasında bir birlik olarak tanımlamaktadır.²⁵⁴ Arjantin, Latin Amerika’da eşcinsel evlilikleri kabul eden ilk ülke olması ve pürüzsüz denebilecek bir süreçle eşcinsel evliliklerin tanınması açısından önemli bir örnektir. Doktrinde bu durum Arjantin’deki Lgbti hareketinin çok güçlü olmasına bağlanmaktadır.²⁵⁵

²⁵³ T.F. de Freitas and D. Tega, 2014, s. 313.; Sperti, 2017, s. 91.

²⁵⁴ Diez, 2018, s. 27.

²⁵⁵ Latin Amerika’daki en eski ve en güçlü LGBTİ hareketine sahip Arjantin’de dahi lgbti örgütlerinin tanınması ancak 1991’de mümkün olabilmıştır. Omar Encarnacion, “The gay rights backlash: Contrasting views from the United States and Latin America”, **The British Journal of Politics and International Relations**, Vol. 22 Issue: 4, 2020, ss. 654-665, s. 658.

2010 yılında yasa yoluyla eşcinsel evliliklerin tanınmasıyla Arjantin eşcinsel evlilikleri ülke çapında tanıyan ilk Latin Amerika ülkesi olmuştur. Bu yasa 2005 tarihli İspanyol yasasından örnek alınarak hazırlanmış ve eşcinsel birliktelikler ile heteroseksüel birlikteliklere evlat edinme de dahil olmak üzere aynı hakları sağlayan bir evlilik kurumu öngörmüştür.²⁵⁶

1 Danimarka

Danimarka eşcinsel birliktelikleri tanıyan ilk ülkedir.²⁵⁷ Danimarka Anayasası evlilik ve aile kurumlarını düzenlememektedir. Yalnızca kraliyet içerisinde evlilik ilişkilerini düzenlemekte olan Anayasa’da sivillerin aile kurma hakkı yer almamaktadır.²⁵⁸ 2012 yılında çıkarılan yasayla eşcinsel evlilikler tanınmıştır.²⁵⁹ Eşcinsel evliliklerin tanınmasıyla eşcinsel birlikteliklerin tanınması için çıkarılan sivil birliktelikleri düzenleyen yasa da kaldırılmıştır.²⁶⁰

²⁵⁶ Encarnacion, 2020, s. 658.

²⁵⁷ The Danish Registered Partnership Act, D/341- H- ML Act No. 372 of June 1, 1989, <http://www.qrd.org/qrd/world/europe/denmark/registered.partnership.act.with.amendments>. (Erişim Tarihi: 27 Ağustos 2021, 13:45)

²⁵⁸ https://www.constituteproject.org/constitution/Denmark_1953?lang=en. (Erişim Tarihi: 29 Ağustos 2021, 21:43)

²⁵⁹ Law No. 532/2012 on changes to the law on marriage, law on marital consequences, law on procedure and the abolishment of the law on registered partnership.

²⁶⁰ Hrefna Friðriksdóttir, “The Nordic Model: Same-Sex Families in Love and Law”, **Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions**, (Ed. Gallo/Paladini/Pustorino), Springer, 2014, ss. 161-180, s. 168.

i Uruguay

Uruguay Anayasası 40. Maddesinde aileyi toplumun temeli olarak tanımlamakta ve devlete çocukların korunması amacıyla aileyi koruma görevi vermektedir.²⁶¹ Ayrıca 75. maddede yabancıların aile kurma hakkını güvence altına almaktadır.

Uruguay, Latin Amerika’da eşcinsel birliktelikleri ülke çapında tanıyan ilk ülkedir.²⁶² Lgbti aktivizmi Arjantin ve Meksika kadar güçlü olmasa da, Latin Amerika’da ses getiren gruplardan biri olan Ovejas Negras (Kara Koyunlar) eşcinsel evliliklerin tanınmasında büyük etkiye sahiptir.²⁶³ Örgüt özellikle 2009 yılında sivil birlikteliklerin tanınmasında kilit rol oynamıştır.²⁶⁴ Bununla birlikte, Uruguay’da eşcinsel evliliklerin tanınmasına yönelik güçlü bir karşı çıkış da görülmemektedir. Bu durum yasanın oylanması sırasındaki kabul ve ret oylarında da görülebilir: yasa Temsilciler Meclisinde 81 kabul 6 red; Senato’da 21 kabul 8

²⁶¹ Uruguay Anayasası m. 40: “Aile, toplumun temelidir. Devlet, çocukların toplum içinde düzgün biçimde yetiştirilmesi için ailenin ahlaki ve maddi istikrarını korumakla yükümlüdür.”

https://www.constituteproject.org/constitution/Uruguay_2004?lang=en. (Erişim Tarihi: 27 Ağustos 2021, 15:56)

²⁶² Allen C. Unzelman, "Latin America Update: The Development of Same-Sex Marriage and Adoption Laws in Mexico and Latin America", **Law and Business Review of the Americas**, vol. 17, no. 1, 2011, ss. 135-146, s. 137.

²⁶³ Ana Maria Goldani, Albert Esteve, Anna Turu, **Coming Out in the 2010 Census: Same-Sex Couples in Brazil and Uruguay**, 2013, https://iussp.org/sites/default/files/event_call_for_papers/Goldani,%20Esteve,%20Turu%20IUSSP%202013%20LAST%20VERSION.pdf. (Erişim Tarihi: 24 Ağustos 2021, 13:45) s. 6. ; Diez, 2015, s. 256.

²⁶⁴ Diez, 2015, s. 257.

red oyla kabul edilmiştir.²⁶⁵ Başkan tarafından imzalanıp yayımlanmasıyla yasa 5 Ağustos 2013'te yürürlüğe girmiştir.²⁶⁶

j Yeni Zelanda

Yeni Zelanda İnsan Hakları Yasası (1993) 21. Maddesinde (21/1.m) cinsel yönelim temelli ayrımcılığı yasaklanmaktadır.²⁶⁷ Ayrıca 2001 yılında Mülkiyet yasasında yapılan değişiklikle, bu yasayla diğer birlikteliklere tanınan haklardan defacto birlikteliklerin de (3 yıl veya daha fazla süredir birlikte olmak kaydıyla) yararlanması sağlanmıştır.²⁶⁸ 2004 yılında ise sivil birliktelikler tanınmıştır.²⁶⁹

Yeni Zelanda'da eşcinsel evlilikler, parlamentoda ve hükümette çok yoğun tartışmalara ve çekişmelere yol açmamıştır. 26 Temmuz 2012'de parlamentoya sunulan tasarı, üçüncü

²⁶⁵ Diez, 2015, s. 258.

²⁶⁶ Ley No: 19.075, http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/leyes/2013/05/mec_913.pdf. Erişim Tarihi: 24 Ağustos 2021, 14:35)

²⁶⁷ https://www.constituteproject.org/constitution/New_Zealand_2014?lang=en. (Erişim Tarihi: 30 Ağustos 2021, 09:13)

²⁶⁸ Property (Relationships) Amendment Act 2001 no:5, <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2001/0005/latest/DLM86488.html>. (Erişim Tarihi: 1 Eylül 2021, 14:57)

²⁶⁹ Civil Union Act 2004 no 102, <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0102/latest/whole.html>. (Erişim Tarihi: 30 Ağustos 2021, 11:35)

oylamanın sonunda 77 kabul, 44 ret oyla 19 Nisan 2013'te kabul edilmiş²⁷⁰, 19 Ağustos 2013'te eşcinsel evlilik yasası yürürlüğe girmiştir.²⁷¹

Yasanın gerekçesinde 1955 tarihli Evlilik Yasasının ayrımcı bir biçimde uygulanmamasını garantiye almak için bu değişikliğin yapıldığı ifade edilmiştir. Yasanın önceki hali evlilik kurumunu kadın ve erkek arasındaki birlik olarak ifade etmese de uygulamada eşcinsel birlikteliklerin tanınmasına da imkan vermemekteydi. Gerekçeye göre, yasa değişikliği, cinsel yönelimlerin bağımsız olarak herkesin dilediği kişiyle evlenmesini garanti altına alma amacıyla yapılmaktadır. Ayrıca evlilik bu metinde sosyal bir kurum ve temel bir hak olarak nitelendirilmiş, toplumun bir kesiminin bu haktan yararlanamamasının eşitliğe aykırı olacağı belirtilmiştir.²⁷²

Yeni Zelanda'da eşcinsel evliliklerin tanınmasıyla sivil birliktelik kurumu kaldırılmamıştır. Bununla birlikte doktrinde ve parlamentoda, sivil birlikteliklerin bir adım olduğu ve eşcinsel evliliklerin tanınmasıyla eşcinsellerin aile kurma hakkının güvenceye

²⁷⁰ Süreç ve yasama tutanakları için bkz. https://www.parliament.nz/en/pb/bills-and-laws/bills-proposed-laws/document/00DBHOH_BILL11528_1/marriage-definition-of-marriage-amendment-bill. (Erişim Tarihi 30 Ağustos 2021, 12:25)

²⁷¹ Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act 2013 (13/20). <https://www.legislation.govt.nz/bill/member/2012/0039/latest/versions.aspx>. (Erişim Tarihi 30 Ağustos 2021, 13:10)

²⁷² Marriage (Definition of Marriage) Amendment Bill 2013 (39-1) Gerekçe Metni, <https://www.legislation.govt.nz/bill/member/2012/0039/3.0/whole.html>. (Erişim Tarihi 30 Ağustos 2021, 15:17)

alınmasında erişilmesi planlanan noktaya ulaşılması nedeniyle sivil birlikteliklerin kaldırılması tartışması sürmektedir.²⁷³

k Fransa

1958 Fransa Anayasası aile ve evlilik kurumlarını düzenlememektedir. Bununla birlikte 1946 Anayasasının başlangıç kısmı da Anayasa metnine dahildir. 1946 Anayasasının başlangıç kısmında aile kurumu güvence altına alınmaktadır.²⁷⁴

Fransa’da eşcinsel evliliklerin tanınmasından önce, mahkemelerde ve doktrinde genel anlayış, eşcinsel evliliklerin tanınmamasının ayrımcılık teşkil etmediği yönündeydi. Bu anlayışa göre eşcinsel evlilikler tanınacaksa da bu yasama eliyle yapılmalıydı.²⁷⁵ 2007 ve 2010 tarihli Yargıtay kararlarında, mahkeme önüne gelen hak temelli talepleri benzer gerekçelerle reddetmiştir.²⁷⁶ Buna göre Fransız hukukunda evlilik, bir kadın ve bir erkek

²⁷³ Margaret Briggs, “Registered Partnerships in New Zealand”, **The Future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?**, ed. Jens M. Scherpe, Andy Hayward, Vol. 44, Intersentia, 2017, ss. 439–468, s. 467, 468.

²⁷⁴ Fransa (1946) Anayasası Başlangıç para.13 : “Ulus, bireyin ve ailenin gelişimi için gerekli koşulları sağlamakla yükümlüdür.”

²⁷⁵ Ivana Isailovic, “Same Sex but Not the Same: Same-Sex Marriage in the United States and France and the Universalist Narrative”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 66, 2018, s. 276.

²⁷⁶ Cour de Cassation, 1e civ., Mar. 13, 2007, Bul. civ.I, No. 113.; Cour de Cassation, 1e civ., Nov. 16, 2010 , No. 1088.

arasındaki birlikteliktir, bu durum devletin insan haklarına ilişkin yükümlölükleri ile ters düşmemektedir.²⁷⁷

2010 tarihli kararıyla Fransız Yargıtayı, ilgili maddelerin incelenmesi talebi ile Anayasa Konseyine başvurmuştur. Anayasa Konseyi de, yukarıda sözü edilen eğilimlere benzer biçimde, şekli eşitlik anlayışını katı bir şekilde uygulamıştır. Bu yaklaşımında, eşcinsel evliliklerin tanınmasının yasama organının yetkisinde olduğunun altını çizmiştir.²⁷⁸ Anayasa Konseyinin, bu vurgusuyla ileride²⁷⁹ de içtihatlarını dayandıracığı “Anayasanın ve eşitlik ilkesinin, eşcinsel evliliklerin tanınmasının önünde engel olmadığı” yönündeki yaklaşımını kurduğu söylenebilir. Mahkemeye göre eşitlik ilkesi, kanun koyucunun farklı durumları farklı şekillerde düzenlemesini engellememektedir. Evlenme hakkı bakımından da, aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri ve farklı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri farklı durumlardır ve farklı muameleye tabi olabilirler.²⁸⁰ Konseyin ilgili karardaki eşcinsel ve heteroseksüel birlikteliklerin birbirlerinden farklı olduğuna ilişkin yorumu, söz konusu birlikteliklerin karşılaştırılabilir olmamalarından kaynaklanmakta ve yukarıda da belirtildiği gibi, şekli eşitlik anlayışının sorunlu yönlerini ortaya koymaktadır.²⁸¹

Fransa’da bu anlayışın bir sonucu olarak, eşcinsel evliliklerin tanınması 2013 yılında yasama yoluyla mümkün olmuştur. Bu yasa değişikliğiyle, temel olarak medeni kanundaki evlilik tanımı değiştirilmiş ve heteroseksüel evlilik olmaktan çıkarılmıştır. Ayrıca bu yasayla eşcinsel çiftlere -heteroseksüel çiftler için geçerli olan şartlarla-, birlikte evlat edinme hakkı

²⁷⁷ Cour de Cassation, 1e civ., Mar. 13, 2007, Bul. civ.I, No. 113.

²⁷⁸ Conceil Constitutionnel (CC), Decision No. 2010-92, Jan. 28, 2011.

²⁷⁹ Conceil Constitutionnel (CC), Decision no. 2013-669, Mai, 17, 2013.

²⁸⁰ Conceil Constitutionnel (CC), Decision No. 2010-92, Jan. 28, 2011, para.9.

²⁸¹ Isailovic, 2018, s. 283.

da tanınmıştır.²⁸² Daha sonra bu yasa değişikliği, Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Konseyine taşınmış; Anayasa Konseyi de yukarıda bahsi geçen içtiihadını geliştirmiştir.²⁸³ Konseyin bu içtiihadına göre, “karşıt cinsiyetlerden olma” şartı evliliğin doğal bir şartı değildir ve böyle yorumlanması, cumhuriyetin ve anayasanın temel prensipleriyle de zorunlu kılınmamıştır.²⁸⁴

Mahkemelerin bu yaklaşımları, her ne kadar eşcinsel evliliklerin tanınmasına negatif yönde etki ediyor görünse de, yasama organları tarafından 2013’te Fransa’da eşcinsel evliliklerin²⁸⁵ tanınmasının önünü açan kararlar olarak nitelendirilebilir.

I Lüksemburg

Lüksemburg Anayasası aile kurma hakkını güvence altına almaktadır.²⁸⁶ Kişi haklarını düzenleyen 11. Madde yalnızca aile kurumunu ifade etmekte ve aile ile evlilik arasında zorunlu bir bağ kurmamaktadır.²⁸⁷ Lüksemburg’da eşcinsel birliktelikler hem sivil birliktelik hem de evlilik şeklinde kayıt altına alınabilmektedir.²⁸⁸ Sivil birliktelikler 2004 yılında

²⁸² Loi no. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couple de personnes de meme sexe.

²⁸³ Conceil Constitutionnel (CC), Decision no. 2013-669, Mai, 17, 2013.

²⁸⁴ Conceil Constitutionnel (CC), Decision no. 2013-669, Mai, 17, 2013, para.21.

²⁸⁵ Loi no. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couple de personnes de meme sexe.

²⁸⁶ https://www.constituteproject.org/constitution/Luxembourg_2009?lang=en. (Erişim Tarihi:

26.08.2021, 21:57)

²⁸⁷ Lüksemburg Anayasası Madde 11/1: “Devlet, bireyin ve ailenin doğal haklarını koruma altına alır.”

²⁸⁸ Jessica R. Feinberg, "The Survival of Nonmarital Relationship Statuses in the Same-Sex Marriage Era: A Proposal", **Temple Law Review**, Vol. 87, 2014-2015, ss. 47-98, s. 58.

tanınmış²⁸⁹, 2010 yılında da birlikteliklere tanınan haklar genişletilmiştir.²⁹⁰ 2014 yılında hükümetin önerisiyle medeni kanunda yapılan değişiklikle eşcinsel birlikteliklere de evlenme hakkı tanınmıştır.²⁹¹ Lüksemburg'ta eşcinsel çiftlerin birlikte evlat edinmesi ve eşcinsel kadın çiftlerin heteroseksüel çiftlerin sahip olduğu şartlarda yapay üreme haklarına sahip olması da bu yasa değişikliğiyle sağlanmıştır. Eşcinsel birlikteliklerin tanındığı pek çok sistemde tanınmayan bu hakların da tanınmış olmasıyla Lüksemburg, eşcinsellerin aile kurma hakkını tam eşitlikle sağlamış olması bakımından önemli bir örnektir.

m Finlandiya

Finlandiya Anayasası aile ve evlilik kurumlarını düzenlememektedir.²⁹² 2002 yılında yürürlüğe giren sivil birliktelik modeliyle Finlandiya çiftlere birlikte velayet imkanı da veren geniş haklar içeren bir model öngörmüştür.²⁹³ 2009 yılında yasada yapılan değişiklikle de eşcinsel çiftlerin çocuklarının toplumdaki ve ailedeki konumunu iyileştirmek amacıyla evlat

²⁸⁹ Loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats.

<https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2010/08/03/n3/jo>. (Erişim Tarihi: 28 Ağustos 2021, 15:10)

²⁹⁰ Loi du 3 août 2010 portant modification. Bkz.

<https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2010/08/03/n3/jo>. Erişim Tarihi: 28 Ağustos 2021, 15:10)

²⁹¹ Loi du 4 juillet 2014, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2014/07/04/n1/jo>. (Erişim Tarihi: 28 Ağustos 2021, 15:46)

²⁹² https://www.constituteproject.org/constitution/Finland_2011?lang=en. (Erişim Tarihi: 30 Ağustos 2021, 14:50)

²⁹³ No. 950/2001, Friðriksdóttir, 2014, s. 175.

edinmeye ilişkin haklar genişletilmiştir.²⁹⁴ 2015 yılında yasa değişikliğiyle eşcinsel evlilikler tanınmış, değişiklik 2017’de yürürlüğe girmiştir.²⁹⁵

n Almanya

Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası 6. maddesinde aile ve evlilik kurumlarını düzenlemekte ve bu kurumların devletin özel koruması altında olduğunu ifade etmektedir.²⁹⁶ Bununla birlikte Anayasa her iki kurumu da tanımlamamakta ve aralarında bir bağ kurmamaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi eski tarihli kararlarında evlilik kurumunu kadın ve erkekten oluşan birlik olarak tanımlama eğilimindeydi.²⁹⁷ Yakın tarihli içtihatlarında mahkeme, 6. Maddenin evlilik ve aile kurumlarının korunmasına yönelik temel bir hakkı güvence altına aldığını -başka bir ifadeyle kurumsal güvence altında olduğunu-

²⁹⁴ law No. 1237:2006 on assisted reproduction. Akt. Friðriksdottir, 2014, s. 176.

²⁹⁵ <https://oikeus.fi/tuomioistuimet/en/index/asiat/perheasiat/avioliitto.html>. Erişim Tarihi: 30 Ağustos 2021, 20:43); Kimmo Ketola , Elia Helander, “Same-sex marriage and the Lutheran Church in Finland: How rapid change in values and norms challenges the church and its decision-making”, **Zeitschrift für Religion, Gesellschaft und Politik**, Vol. 4, 2020, ss. 315–334, s. 322.

²⁹⁶ Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası m. 6: “Evlilik ve aile, devletin özel koruması altındadır.” https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014?lang=en. Erişim Tarihi 2 Eylül 2021, (14:38)

²⁹⁷ Anne Sanders, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution", German Law Journal, vol. 13, no. 8, 2012, ss. 911-940, s. 916.

ortaya koymaktadır.²⁹⁸ Ayrıca Anayasanın evlilik kurumuna sağladığı koruma, mahkemeye göre kişinin dilediği kişiyle evlenmesini de kapsamaktadır.²⁹⁹

2001 yılında Alman Federal Meclisi Sivil Birliktelik Yasasıyla eşcinsel birliktelikleri tanımıştır. 2002 yılında bu yasa anayasaya aykırılık iddiasıyla önüne geldiğinde Alman Federal Anayasa Mahkemesi, sivil birlikteliklerin doğası gereği evlilik kurumundan farklı olması nedeniyle evlilik kurumuna zarar vermediğine ve yasanın anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.³⁰⁰ 2002 tarihli bu kararında mahkeme anayasada tanımlanmasa dahi evlilik kurumunun “doğası gereği heteroseksüel” olduğunu ifade etmektedir.³⁰¹ Bununla birlikte mahkeme evlilik kurumuna tanınmış olan bu anayasal korumanın, yasama organına diğer birliktelikleri daha aşağı görme imkanı vermediğini de vurgulamıştır. 2004 yılında Mahkeme’nin önüne sivil birliktelik yasası geldiğinde bu yorumunu daha da ileriye götürmüş, sivil birlikteliklere tanınmamış olan partnerin biyolojik çocuğunu evlat edinme, ayrılık gibi hakları tanıyarak sivil birlikteliklerin haklarını evliliğe tanınmış olan haklara biraz daha yaklaştırmıştır.³⁰² 2005, 2009, 2010 ve 2012 yıllarında da mahkeme verdiği

²⁹⁸ Sperti, 2017, s. 98.

²⁹⁹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi - Bundesverfassungsgericht (BverfG) No. 1 BvR 636/68, 04.05.1971, 31 BVERFGE 58, ; Alman Federal Anayasa Mahkemesi - Bundesverfassungsgericht (BverfG), No. 1 BvR 719/69, 14.11.1973, 36 BVERFGE 146. Akt. Sanders, s. 916.

³⁰⁰ Alman Federal Anayasa Mahkemesi - Bundesverfassungsgericht (BverfG) , No. 1 BvF 1/01, 17/07/2002, 105, BVERFGE 313. akt. Sanders, 2012, s. 926.

³⁰¹ Sperti, 2017, s. 100.

³⁰² Sperti, 2017, s. 101.

kararlarla sivil birlikteliklerin haklar bakımından evlilik kurumuna yaklaşmasını sağlamıştır.³⁰³

2017 yılında eşcinsel evlilikler tanınana kadar sivil birlikteliklere tanınan imkanlar genişletilmiştir. 2015 yılında parlamentoya eşcinsel evliliklerin tanınması yönünde sunulan yasa tasarısı Sosyal Demokrat Parti (SPD), Hristiyan Demokrat Birliği (SDU) ve Hristiyan Sosyal Birliği (CSU) tarafından reddedilmiştir. 2017 yılında, başkanı olduğu parti (CDU) eşcinsel evlilik karşıtı oy kullanmış olsa dahi eşcinsel evliliklere yeşil ışık yakmış, meclis grubu olarak ortak bir karar vermeyeceklerini ve kararın vicdanlara bırakılması gerektiğini ifade etmiştir.³⁰⁴ Sürpriz olarak değerlendirilen bu adımdan sonra parlamentoda oylanan eşcinsel evlilik yasası geçmiş ve 1 Ekim 2017’de yürürlüğe girmiştir.³⁰⁵

o Malta

Malta Anayasası 32. maddesinde kişinin özel hayatı ve aile hayatının cinsel yönelimi temelinde bir ayrımcılığa maruz kalmadan güvence altına alındığı vurgulamaktadır.³⁰⁶

³⁰³ Sperti, 2017, s. 101-102. ; Sanders, 2012, 927-930.

³⁰⁴ Kania, 2020, s. 141.

³⁰⁵ Ursula Kania, “Marriage for all (‘Ehe fuer alle’)?! A corpus-assisted discourse analysis of the marriage equality debate in Germany”, **Critical Discourse Studies**, Vol. 17, No: 2, 2020, ss. 138-155, s. 141.

³⁰⁶ https://www.constituteproject.org/constitution/Malta_2016?lang=en. (Erişim Tarihi: 26 Ağustos 2021, 14:50)

Malta’da eşcinsel evlilikler yasa yoluyla 2017’de tanınmıştır.³⁰⁷ Malta’da eşcinsel evliliklerin tanınmasında, Anayasanın aile hayatına saygı hakkını cinsel yönelim temelli ayrımcılık yasağıyla birlikte vurgulamasının etkili olduğu ileri sürülmektedir.³⁰⁸

ö Avustralya

Avustralya Anayasası aile ve evlilik kurumlarını düzenlememektedir. Anayasanın 51. Maddesinde evlilik ve boşanmaya ilişkin hususlar, federal parlamentonun düzenleme yetkisine bırakılmıştır.³⁰⁹ 1961 Tarihli Evlilik Yasası, 2004 yılında yapılan değişiklikle evlilik kurumunu kadın ve erkek arasındaki birlik olarak düzenlemiştir.³¹⁰ Doktrinde bu düzenleme, federal düzeyde yapılması gereksiz bir eşcinsel evlilik yasağı olarak değerlendirilmiştir.³¹¹ 2013 yılında Avustralya Başkent Bölgesi (ACT) eşcinsel evlilikleri tanıdığı Evlilik Eşitliği Yasasını yürürlüğe koymuştur.³¹² Evlilik konusunda düzenleme

³⁰⁷ Act No. XXIII of 2017 entitled the Marriage Act and other Laws (Amendment) Act, 2017, <https://legislation.mt/eli/act/2017/23/eng/pdf>. (Erişim Tarihi: 26 Ağustos 2021, 14:58)

³⁰⁸ Talcott Parsons, “Marriage and Radical Social Change in Malta”, **Discovering Sociology**, 2018, [https://www.macmillanlearning.co.uk/resources/CW%20resources%20\(by%20Author\)/M/McCormack-Discovering-Sociology/DSATG/DS%20Marriage%20and%20Radical%20Social%20Change%20in%20Malta.pdf](https://www.macmillanlearning.co.uk/resources/CW%20resources%20(by%20Author)/M/McCormack-Discovering-Sociology/DSATG/DS%20Marriage%20and%20Radical%20Social%20Change%20in%20Malta.pdf). (Erişim Tarihi: 26 Ağustos 2021, 15:56)

³⁰⁹ Augusto Zimmermann, "The Constitutionality of Same-Sex Marriage in Australia (and Other Related Issues)", **BYU Journal of Public Law**, Vol. 27, No. 2, 2013, ss. 465-488.s. 465.

³¹⁰ M. 5(1) “Evlilik, bir erkek ve kadının gönüllü olarak kurdukları hayat boyu birliktir.”

³¹¹ Zimmermann, 2013, s. 470. ; Katy A. King, "The Marriage Amendment Act: Can Australia Prohibit Same-Sex Marriage", **Pacific Rim Law & Policy Journal**, Vol. 16, No. 1, 2007, ss. 137-166, s. 162.

³¹² Winter, 2018, s. 165.

yapmak federal parlamentonun yetkisinde olduğu için Avustralya Yüksek Mahkemesi bu yasayı 1961 tarihli federal yasada yapılan 2004 tarihli değişikliğe aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.³¹³ 2015’te İrlanda’da eşcinsel evlilikler üzerine yapılan referandumdan da etkilenererek hükümet Avustralya’da da bir referandum yapılmasını önermiştir.³¹⁴

Parlamentonun girişimiyle, bağlayıcı olmayan ve kamuoyu yoklaması niteliğinde bir anket çalışması başlatılmıştır.³¹⁵ Anket çalışması %61 evet, %38 hayır ile eşcinsel evlilikler lehine sonuçlanmıştır.³¹⁶

Bu anket sonuçlarının da etkisiyle, 1961 tarihli Evlilik Yasası değiştirilmiş, 9 Aralık 2017’de yürürlüğe giren değişiklikle eşcinsel evlilikler tanınmıştır.³¹⁷

³¹³ Winter, 2018, s. 165.

³¹⁴ Winter, 2018, s. 166.

³¹⁵ Amy Thomas, Hannah McCann, Geraldine Fela, “‘In this house we believe in fairness and kindness’: Post-liberation politics in Australia’s same-sex marriage postal survey”, **Sexualities**, Vol. 23, Issue. 4, 2020, ss. 475–496, s. 478. Bu anket de, referandumlara getirilen eleştirilere benzer eleştirilere konu olmuştur.

³¹⁶ <https://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/mf/1800.0>. (Erişim Tarihi: 23 Ağustos 2021, 13:27)

³¹⁷

<https://webarchive.nla.gov.au/awa/20171220015348/http://pandora.nla.gov.au/pan/21248/20171220-1246/www.attorneygeneral.gov.au/Mediareleases/Pages/2017/FourthQuarter/Marriage-Equality-for-Australia-7-12-2017.html>. (Erişim Tarihi, 23 Ağustos 2021, 13:29)

p Tayvan

Tayvan Anayasası aile ve evlilik kurumlarını açıkça düzenlememektedir.³¹⁸ Anayasa Mahkemesi, anayasada sayılmayan hakların da anayasayla güvence altına alındığını düzenleyen 22. Maddenin³¹⁹ evlenme hakkının güvencesini oluşturduğuna karar vermiştir.³²⁰

Tayvan, sivil birliktelikler tanınmadan eşcinsel birliktelikleri doğrudan evlilik kurumu içerisinde tanıyan birkaç ülkeden biridir.³²¹ Orantılı temsili güçlendiren yeni seçim sistemi, bir gençlik grubu olan muhalif Ayçiçeği hareketinin güçlenmesiyle farkındalıkların artması ve Demokratik İlerici Partinin seçimlerden galip çıkmasıyla politikada eşcinsel evlilik karşıtlarının gücünün azalması Tayvan'ı eşcinsel evliliklerin tanınmasına götüren gelişmelerdendir.³²² Bu faktörlerin yanı sıra, Asya'daki en güçlü LGBTİ hareketlerinden

³¹⁸ https://www.constituteproject.org/constitution/Taiwan_2005?lang=en. (Erişim Tarihi 1 Eylül 2021, 10:20)

³¹⁹ “Herkesin, toplumsal düzene veya kamu refahına zararı olmayan hakları ve özgürlükleri Anayasa tarafından korunmaktadır.”
https://www.constituteproject.org/constitution/Taiwan_2005?lang=en. Erişim Tarihi 1 Eylül 2021, 11:15)

³²⁰ Judicial Yuan Interpretation No. 748, 2017/05/24.

³²¹ Güney Afrika Cumhuriyeti ve Arjantin de buna örnek teşkil eder.

³²² Ming-sho Ho, “Taiwan’s Road to Marriage Equality: Politics of Legalizing Same-sex Marriage”, **The China Quarterly**, 238, June 2019, ss. 482–503, s. 497. ; Elaine Jeffreys, Pan Wang, “Pathways to Legalizing Same-Sex Marriage in China and Taiwan: Globalization and ‘Chinese Values’”, **Global Perspectives On Same-Sex Marriage: A Neo Institutional Approach**, Ed. Bronwyn Winter, Maxime Forest, Réjane Sénac, Palgrave, 2018, ss. 197-220, s. 207.

birine sahip olan Tayvan’da bu hareket sayesinde cinsel yönelim farkındalığı da görece daha yüksektir.³²³

Tayvan’da eşcinsel evlilikler konusundaki toplumsal farkındalığın görece daha yüksek olmasına ve hükümetin de eşcinsel birlikteliklerin tanınması yönünde çalışmalar yürüten bir siyasi parti tarafından kurulmasına rağmen, yasama yoluyla eşcinsel evliliklerin tanınması girişimleri başarısızlıkla sonuçlanmıştır.³²⁴

Anayasa Mahkemesinin kararı 4 temel soru üzerinde kurulmaktadır: 1. Medeni kanun eşcinsel kişilerin evlenme hakkını dışlıyor mu? 2. Bu dışlama kişilerin anayasayla korunan evlenme hakkına müdahale teşkil ediyor mu? 3. Bu dışlama anayasayla güvence altına alınan kişilerin eşit haklara sahip olması ilkesine aykırı mı? 4. Kişilere evlilik kurumunun dışında birlikteliklerinin tanınacağı bir güvence sağlansa, bu durum evlenme hakkı ve eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur mu?

Mahkemeye göre evlenme hakkı, evlenmemiş ve evlenme ehliyetini taşıyan kişilerin “kimle evleneceği” ve evlenip evlenmeme kararlarını güvence altına almaktadır.³²⁵ Kişinin bu kararları verebilmesi kendisine dair kararları alabilmekteki özerkliği ve kendisini geliştirmesi hakkıyla ve insan onuruyla doğrudan bağlantılıdır, bu nedenle de Anayasanın

³²³ Hsiaowei Kuan, “LGBT Rights in Taiwan—The Interaction Between Movements and the Law”, **Taiwan and International Human Rights**, (eds. Jerome A. Cohen, William P. Alford, Chang-fa Lo), Springer, 2019, ss. 593-608, s. 594. ; Jeffreys/Wang, 2018, s. 206.

³²⁴ Kuan, 2019, s. 601.; Ho, 2019, s. 496. ; Denise Tse-Shang Tang, Diana Khor, Yi-Chien Chen, “Legal recognition of same-sex partnerships: A comparative study of Hong Kong, Taiwan and Japan”, **The Sociological Review**, 2020, Vol. 68(1), ss. 192-208, s. 197. ; Jeffreys/Wang, 2018, s. 210.

³²⁵ Judicial Yuan Interpretation No. 362; Judicial Yuan Interpretation No. 748, 2017/05/24, s. 13.

22. maddesiyle korunmaktadır.³²⁶ Evlilik gibi doğal, yakın, sürekli ve bağlı bir ilişki içerisinde olma ihtiyacı ve isteği hem heteroseksüellerin hem de eşcinsellerin hayatında önemli bir yer tutar.

Tayvan Anayasası, 7. Maddesinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Bu hükümde yasaklı ayrımcılık temelleri sınırlı bir şekilde sayılmıştır.³²⁷ Bununla birlikte Tayvan Anayasa Mahkemesi bu sınırlı bir biçimde sayılan bu ayrımcılık temellerin örnek niteliğinde olduğunu ve tüketici bir sayma olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.³²⁸ Bu nedenle de mahkemeye göre 7. maddede sayılmayan, engellilik, cinsel yönelim gibi temeller de ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu çerçevede mahkeme, medeni kanunda eşcinsel birlikteliklere, heteroseksüel birlikteliklere sağlandığı gibi bir tanınmanın sağlanmamış olmasının cinsel yönelim temelli bir ayrımcılık oluşturduğunu ifade etmektedir.³²⁹

Ayrıca eşcinsel birlikteliklerin bu çerçevede korunması evlilik kurumuna da heteroseksüellerin evlenme hakkına da zarar vermeyecektir.³³⁰ Mahkeme bu karardaki yaklaşımında ailenin toplumun yapı taşı olduğu görüşünü sürdürmekte, eşcinsel evliliklerin

³²⁶ Judicial Yuan Interpretation No. 748, 2017/05/24, s. 13.

³²⁷ Tayvan Anayasası m. 7: “Çin Cumhuriyeti’nin bütün vatandaşları cinsiyet , din, etnik köken, sınıf, veya siyasi görüş fark etmeksizin, yasalar önünde eşittir.”
https://www.constituteproject.org/constitution/Taiwan_2005?lang=en. (Erişim Tarihi: 1 Eylül 2021, 09:34)

³²⁸ Judicial Yuan Interpretation No. 748, 2017/05/24, s. 14.

³²⁹ Judicial Yuan Interpretation No. 748, 2017/05/24, s. 15.

³³⁰ Judicial Yuan Interpretation No. 748, 2017/05/24, s. 13.

tanınmasıyla hem heteroseksüel hem de eşcinsel evliliklerin birlikte toplumun temelini sağlamlaştıracağını savunmaktadır.

Sonuç olarak mahkeme, Medeni Kanunun eşcinsel çiftlerin evlilik gibi yakın ve sürekli bir hayat ortaklığı kurmasına izin vermediğine ve bu durumun Anayasanın evlilik hakkını güvence altına alan 22. Maddesi ve eşitlik ilkesini düzenleyen 7. Maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu doğrultuda da kararın yayımlanmasından itibaren iki yıl içerisinde bu kararın gereklerini yerine getirmek üzere bir yasa yapılması gerekmektedir. Eşitliği sağlayacak biçimde tanımanın nasıl bir düzenlemeyle yapılacağı yasama organının takdir yetkisindedir. Tanınan süre içerisinde bu yasal çerçeve oluşturulamazsa da eşcinsel çiftlerin ilgili kurumlarda evliliklerini gerçekleştirebileceklerdir.

Bu çerçevede 21 Şubat 2019’da hükümet eşcinsel evliliklerin tanınmasına yönelik yasa tasarısını parlamento’ya sunmuştur.³³¹ Parlamento 66 kabul 27 ret oyuyla tasarıyı yasalaştırmış, 22 Mayıs 2019’da Başkan Tsai Ing-wen yasayı imzalamış, yasa 24 Mayıs 2019’da yürürlüğe girmiştir. Sonuç olarak Tayvan’da eşcinsel evlilikler Anayasa Mahkemesinin direktifiyle, yasama organı eliyle tanınmıştır.

r Birleşik Krallık

Birleşik Krallıkta 2014 yılında İngiltere ve Galler, yine 2014’te İskoçya ve 2020’de Kuzey İrlanda eşcinsel evlilikleri tanımıştır. 2004 yılında Birleşik Krallık Parlamentosu tarafından çıkarılan Sivil Birliktelik Yasası ile sivil birliktelikler tanınmıştır.³³² Birleşik

³³¹ The Enforcement Act of Judicial Yuan Interpretation No. 748.

³³² <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/contents>. (Erişim Tarihi: 4 Eylül 2021, 14:56);

Winter, 2018, s. 154.

Krallıkta Birleşik krallık parlamentosunun evlilik konusunda yaptığı düzenlemeler İskoçya ve İrlanda'yı bağlamamaktadır.³³³

2014 yılında Birleşik krallık parlamentosunun çıkardığı yasayla İngiltere³³⁴ ve Galler'de eşcinsel evlilikler tanınmıştır. Eşcinsel evliliklerin tanınmasının yanı sıra eşcinsel çiftler için sivil birliktelik kurma hakkı saklı tutulmuş, yasa çıkarılırken eşcinsel çiftlere sivil birliktelik kurma imkanını veren 2004 tarihli yasada bir değişiklik yapılmamıştır.³³⁵ Dolayısıyla eşcinsel çiftler aile kurarken hem evlilik kurumunu hem de sivil birliktelikleri tercih edebilecektir. Bu çerçevede aile kurma hakkı bakımından heteroseksüel birliktelikler aleyhine eşitliğin bozulduğu bir sistem öngörmüş olmasıyla da diğer hukuk sistemlerinden farklıdır. 2020 yılında İskoçya sivil birliktelik yasasında yapılan değişiklikle heteroseksüel çiftlerin de sivil birliktelikle tanınması mümkün hale gelmiştir.³³⁶

³³³ David B., Oppenheimer, et al. "Religiosity and Same-Sex Marriage in the United States and Europe", **Berkeley Journal of International Law**, vol. 32, no. 1, 2014, ss. 195-238, s. 203.

³³⁴ Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, 17/7/2013, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30>. (Erişim Tarihi: 4 Eylül 2021, 15:40)

³³⁵ Jens M. Scherpe, "A Comparative View on Registered Partnerships and Formal Family Recognition beyond Marriage", **Journal of International and Comparative Law**, vol. 6, no. 2, 2019, ss. 273-286, s. 281. ; Andy Hayward, "The Future of Civil Partnership in England and Wales", **The Future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?**, ed. Jens M. Scherpe, Andy Hayward, Vol. 44, Intersentia, 2017, ss. 527-560, s. 541.

³³⁶ Civil Partnership (Scotland) Act 2020, <https://www.legislation.gov.uk/asp/2020/15/enacted>. (Erişim Tarihi 3 Eylül 2021, 23:08)

İskoçya’da eşcinsel evlilikler ise, 2014 yılında İskoçya Parlamentosunun çıkardığı yasayla tanınmıştır.³³⁷ Bu yasa İngiltere ve Galler’in eşcinsel evlilik yasasının gelişmiş hali olarak yorumlanmış ve daha yüksek bir kabul oyuyla/destekle yasalaşmıştır.³³⁸

Kuzey İrlanda’da eşcinsel evliliklerin tanınması kıtadaki diğer örneklere göre daha tartışmalı bir süreçten geçmiştir. 2012 yılında parlamento’ya sunulan tasarı 50 red 45 kabul oyuyla reddedilmiş³³⁹, ilerleyen yıllarda da tanıma girişimleri benzer çoğunluklarla başarısız olmuştur.³⁴⁰ Ocak 2017’de koalisyon hükümetinin dağılmasından sonra hükümet kurulamamasıyla başlayan hükümet krizi, kürtaaj ve eşcinsel evlilik konularını da gündeme getirmiştir.³⁴¹ Anayasal geleneklerin, Birleşik Krallık parlamentosunun ,yetki devri yoluyla bölgeye bıraktığı düzenleme yetkisi kapsamında yer alan bir konuyu düzenleyemeyeceği yönünde olması sebebiyle Birleşik krallık parlamentosu bir süre hareketsiz kalmıştır.³⁴²

³³⁷ Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014.

<https://www.legislation.gov.uk/asp/2014/5/contents/enacted>. (Erişim Tarihi 3 Eylül 2021, 23:11)

³³⁸ Conor McCormick, Thomas Stewart, “The legalisation of same-sex marriage in Northern Ireland”, **Northern Ireland Legal Quarterly**, Vol. 71, Issue 4, 2020, ss. 557-570, s. 558.

³³⁹ Northern Ireland Assembly, Official Report (Hansard), 01/10/2012
<http://www.niassembly.gov.uk/assembly-business/official-report/reports-12-13/01-october-2012/#5>.

³⁴⁰ Northern Ireland Assembly, Official Report (Hansard), 29/04/2013 (46 Kabul 51 Ret)
<http://www.niassembly.gov.uk/assembly-business/official-report/reports-12-13/29-april-2013/>. ;

Northern Ireland Assembly, Official Report (Hansard), 29/04/2014 (43 Kabul 51 Ret)
<http://www.niassembly.gov.uk/assembly-business/official-report/reports-13-14/29-april-2014/>. ;

Northern Ireland Assembly, Official Report (Hansard), 27/04/2015 (47 Kabul 49 Ret)
<http://aims.niassembly.gov.uk/officialreport/report.aspx?&eveDate=2015/04/27&docID=231884>. .

³⁴¹ McCormick/Stewart, 2020, s. 563.

³⁴² McCormick/Stewart, 2020, s. 563.

Bununla birlikte hükümet krizinin uzun sürmesiyle parlamento eşcinsel evliliklerin tanınması yönünde harekete geçmiştir. 2020 yılında Birleşik Krallık Parlamentosunun çıkardığı yasayla Kuzey İrlanda’da eşcinsel evlilikler tanınmıştır.³⁴³

³⁴³ Marriage (Same-sex Couples) and Civil Partnership (Opposite-sex Couples) (Northern Ireland) Regulations 2019.

3. Eşcinsel Evliliklerin Mahkeme Kararıyla Tanınması

Eşcinsel evliliklerin tanınması bazı ülkelerde mahkemelerin öncülüğünde mümkün olmuştur. Brezilya,³⁴⁴ Kolombiya, Kosta Rika, Ekvador, Amerika Birleşik Devletleri ve Avusturya eşcinsel evliliklerin mahkemeler öncülüğünde tanındığı ülkelere örnek oluşturmaktadır.

Eşcinsel evliliklerin tanınmasında mahkemelerin rolünü tartışırken Sperti, hemen her mahkemenin karşılaştığı bir sorunu şöyle ortaya koymaktadır: eşcinsel birlikteliklere evlenme hakkının tanınması, evlilik kurumunun yerleşmiş tanımını ve gelenekleri sorgulayan bir yargısal aktivizm, diğer bir deyişle “yargısal bir devrim” midir? ³⁴⁵ Yoksa Tribe’in ifadesiyle, evlilik eşitliğinin sağlanması “anayasal açıdan (bir) kaçınılmaz(lık)” mıdır?³⁴⁶ Mahkemelerin ve parlamentoların eşcinsel evliliklerin tanınmasındaki diyaloglarını, bu soruları da hatırdta tutarak ele almak tartışmaya yarar sağlayacaktır.

Dolayısıyla, eşcinsel evliliklerin tanınmasında yüksek mahkemelerin etkileri de, yasama organlarının attığı adımlar da tek başına değerlendirilemeyecektir. Birlikteliklerin tanınması ya da tanınmaması yönündeki adımlar sosyal dönüşümler ve kabuller, sivil toplum kuruluşları, derece mahkemeleri, siyasi aktörler, parlamenterler ve bazen de yüksek

³⁴⁴ Mahkemeler arasındaki diyalogun incelemesi için bkz. Unzelman, 2011, s. 136 vd.;, Daniel de la Cruz "Explaining the Progression of the Rights of Same-Sex Couples in South America", **San Diego International Law Journal**, vol. 14, no. 2, 2013, ss. 323-358.

³⁴⁵ Sperti, 2017, s. 81.

³⁴⁶ Laurence H. Tribe, Joshua Matz, “The Constitutional Inevitability of Same-Sex Marriage”, **Maryland Law Review**, vol. 71, 2012, ss. 471-489.

mahkemeler aracılığıyla ve bu aktörlerin birbirleriyle olan etkileşimi sayesinde hukuk alanına yansımıştır.

Ayrıca vurgulamak gerekir ki, eşcinsel evliliklerin tanınması da, toplumsal düzeyde tartışmalı olan başka bazı tarihsel kazanımlar gibi, tam kabulle ve bir anda olmamıştır. Aynı gelenekten gelen, benzer insan hakları mekanizmalarına sahip olan hukuk sistemlerinde dahi bu dönüşüm aynı şekilde gerçekleşmemiştir.

Amerika Birleşik Devletleri örneği, toplumsal oydaşmanın sağlanmadığı bir noktada yargı eliyle eşcinsel birlikteliklerin tanınmasının etkilerini ortaya koymaktadır. Baehr v. Lewin kararında Hawaii Yüksek Mahkemesi, 1993 yılında eşcinsel çiftlerin evlilik kurumunun dışında bırakılmasının ayrımcılık olduğu tespitinde bulunmuş, eşcinsel birlikteliklerin tanınması yönünde adım atan ilk federe yüksek mahkeme olmuştur.³⁴⁷ Bu karar hem toplumsal hem de politik düzeyde çok ciddi tepkiyle karşılanmıştır.³⁴⁸ Baehr kararıyla başlayan eşcinsel birliktelik karşıtı düzenlemeler federe devletler ve daha sonra da federal devlet düzeyinde kabul edilmeye başlamıştır. Evliliğin Korunması Yasası³⁴⁹ adı verilen bu düzenlemeler, eşcinsel birlikteliklerin tanınmasına karşı verilen tepkilerin yasallaşmasına bir örnektir. Federal düzeydeki Evliliğin Korunması Yasası (DOMA), evliliği “bir kadın ve bir erkek arasındaki birlik” olarak düzenlemekte ve federe devletlere, diğer

³⁴⁷ Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993).

³⁴⁸ William N. Jr. Eskridge, "Backlash Politics: How Constitutional Litigation has Advanced Marriage Equality in the United States", **Boston University Law Review**, vol. 93, no. 2, 2013, ss. 275-324, s. 284.

³⁴⁹ Defence of the Marriage Act (DOMA), Federal düzeyde 1996 yılında kanunlaşmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Andrew Koppelman, "Doma, Romer, and Rationality", **Drake Law Review**, vol. 58, no. 4, 2010, ss. 923-950.

devletlerde yapılmış olan eşcinsel evlilikleri tanımama yetkisi vermektedir. Daha sonra bu yasa, Amerikan Yüksek Mahkemesinin *United States v. Windsor*³⁵⁰ kararıyla anayasaya aykırı bulunmuş, *Obergefell v. Hodges*³⁵¹ kararıyla da uygulanması imkansız hale gelmiştir. Doktrinde, özel olarak *Baehr* kararıyla genel olarak da mahkemelerin tutumlarıyla ve yasama organının attığı adımlara karşı oluşan tepkilerle toplumsal bir farkındalığın geliştiği ve sosyal dönüşüme katkıda bulunulduğu yönünde görüşler vardır.³⁵² Amerikan yüksek mahkemesinin ve Hawaii yüksek mahkemesinin attığı adımlarda yukarıda sorulan sorunun iki yönü de görülmektedir. Yukarıdaki sorulardan hareketle bu durum, mahkemelerin toplumsal oydaşmanın olmadığı konularda yargısal aktivizm sergileyerek topluma bu kabulleri dayatıyor olabileceği şeklinde değerlendirilebileceği gibi; eşcinsel birlikteliklerin tanınması anayasal olarak kaçınılmaz olduğundan mahkemelerin kaçınılmaz olanı yargısal aktivizmle suçlanmak pahasına benimsiyor olabileceği şeklinde de değerlendirilebilir.

Sperti'ye göre de eşcinsel birlikteliklerin tanınması veya tanınmaması yönünde atılan tüm adımlar, organlar ve politik aktörler açısından hareket imkanı sağlamasıyla sosyal dönüşüme katkıda bulunmaktadır. Ona göre ayrıca, cinsel yönelim eşitliğinin sağlanmasında anayasa mahkemelerinin rolü, hukuk sistemlerinde yasaların anayasaya uygunluğunun denetiminde nasıl bir sistem öngörüldüğüne göre de farklılık gösterir.³⁵³ Merkezi Anayasa Yargısının benimsendiği hukuk sistemlerinde Anayasa Mahkemelerinin, -özellikle de yerleşmiş kurumlar söz konusu olduğunda- kararlarıyla radikal yönde değişiklikler yapmakta

³⁵⁰ USSC, *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013).

³⁵¹ USSC, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

³⁵² Sperti, 2017, s. 85.

³⁵³ Sperti, 2017, s. 85.

çekimser kaldıkları savunulmaktadır.³⁵⁴ Buna karşılık, derece mahkemelerinin de anayasaya uygunluk denetimi yaptığı yaygın anayasa yargısında, mahkemeler değişen sosyal anlayışları kararlarına yansıtmaya daha yatkındır. Özellikle de derece mahkemeleri, yüksek mahkemelere göre bireylerle daha yoğun etkileşimde olduğu için toplumsal değişimleri daha kolay tespit edebilmekte ve bu temas alanına güven duyabilmektedir. Ayrıca anayasa uygunluk denetimi yapan derece mahkemeleri meşruiyetlerini kaybetme kaygıları daha az olacağından kararlarının yaratabileceği tepkilere daha kayıtsız kalabilmektedir.³⁵⁵

a. Brezilya

Brezilya Anayasası evlilik ve aile kurumlarını ayrıntılı bir biçimde düzenlemektedir. 226. Maddeye göre aile toplumun temelidir, medeni ve dini evlilikler hukuk tarafından tanınmaktadır. 226. Maddenin 3. Fıkrası sivil birliktelikleri düzenlemektedir.³⁵⁶ Buna göre, kadın ve erkek arasındaki düzenli birliktelikler aile olarak tanınacak ve bu birlikteliklerin evlilik kurumuna dönüştürülmesi için yasal çerçeve oluşturulacaktır.³⁵⁷ Sivil birliktelikler Anayasa’da erkek ve kadın arasındaki birlik olarak ifade edilmişken evlilik kurumunun karşıt cinsiyetlerden olması zorunluluğu yer almamaktadır. Bu düzenlemelerden hareketle

³⁵⁴ Sperti, 2017, s. 103.

³⁵⁵ Victor Ferreres Comella, "The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 2, No. 3, 2004, ss. 461-491, s.472 vd. ; Sperti, 2017, s. 103-104.

³⁵⁶ 226/3: “Devleti korumak amacıyla; bir kadın ve bir erkek arasındaki sürekli bir birliktelik aile birliği olarak tanınmaktadır ve yasalar bu birliklerin evliliğe dönüşmesine olanak sağlar.”

³⁵⁷ https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017?lang=en. (Erişim Tarihi: 31 Ağustos 2021, 21:08)

denilebilir ki, Brezilya’da aile kurma hakkı evlilikle sınırlı değildir ve aile ile evlilik kurumları arasındaki bağ anayasal düzeyde sıkı tutulmamıştır.

Brezilya’da federal yasama organının hareketsizliği ve eşcinsel birlikteliklerin tanınmasına yönelik taleplere kayıtsızlığı toplumda ve yargı organında tepki yaratmış, eşcinsellerin haklarını korumada yargının öne çıkmasına sebep olmuştur.³⁵⁸

Brezilya Yüksek Adalet Divanı (SCT), 2010 yılında eşcinsel çiftlerin evlat edinme hakkı olması gerektiğine hükmetmiştir.³⁵⁹ 2011 yılında Federal Yüksek Mahkeme(STF), Brezilya Anayasasının eşcinsel birlikteliklerin hukukça tanınmasına imkan verdiğine hükmetmiştir.³⁶⁰ Mahkemeye göre eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak eşcinsel birliktelikler heteroseksüel birlikteliklerin yararlandığı haklardan yararlanmalıdır.³⁶¹ Mahkeme ailenin, üreme yeteneğiyle değil, bireyin kişiliğini geliştirmesi için bir ortam sunması ve duygusal birliktelik olmasıyla toplumun temeli olduğuna işaret etmiş ve bu bakımdan eşcinsel birlikteliklerin de 226. Maddenin sağladığı korumadan yararlanması gerektiğine vurgu

³⁵⁸ Valiquette/Waring, 2018, s. 51.

³⁵⁹ Unzelman, 2011, s. 136.

³⁶⁰ STJ, Recurso Especial Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8) (10 October 2011). Akt. Amparo, Thiago, **Notes on Countermovements and Conservative Lawyering: The Bumpy Road to Constitutional Marriage Equality in Brazil** (June 25, 2015). FGV Direito SP Research Paper Series n. 124, s. 29.

³⁶¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 (ADPF 132/2011). Coelho Filho, Luiz Carlos Teixeira, “Inclusivity the Brazilian Way: The Road to Same-Sex Marriage in the Episcopal Anglican Church of Brazil”, **Journal of Anglican Studies**, Vol. 18, no. 1, 2020, ss. 9–28, s. 12. Goldani/Esteve/Turu, 2013, s. 5. ; Valiquette/Waring, 2018, s. 51.

yapmıştır.³⁶² Ayrıca Mahkemeye göre Anayasa yalnızca evlilikle kurulan aileleri değil, hukukça tanınmayan aileleri de güvence altına almaktadır; eşcinsel birliktelikler de heteroseksüel birliktelikler kadar aile sayılır nitekim aile, ‘belirlilik, süreklilik, karşılıklı bağlılık ve sevgi temellerine dayanan bir kurumdur’.³⁶³ Anayasa m. 226/3 de bu çerçevede kadın ve erkekten oluşan tek bir aile tipini koruyacak ve diğer aile biçimlerini dışlayacak biçimde yorumlanamaz, Anayasa’nın bu ifadesi ancak aile tiplerinin bir örneği olarak düşünülebilir.³⁶⁴

Mahkemenin 2011 tarihli kararıyla eşcinsel çiftler evli heteroseksüel çiftlerin sahip olduğu evlat edinme, sosyal güvenlik hakları, miras ve gelir vergisi muafiyetleri gibi çoğu hukuk sisteminde sivil birlikteliklere tanınmayan haklardan yararlanmaya başlamıştır. Bu kararın önemli bir yönü de mahkemenin herhangi bir yasal düzenlemenin anayasaya aykırılığını tespit etmeden, sivil birlikteliklerin Anayasa’ya uygun -eşcinsel ve heteroseksüel birlikteliklerin eşit olduğu- tek bir şekilde anlaşılabilceği yorumunu yaparak eşcinsel birliktelikleri tanımış olmasıdır. Mahkeme bu yorumu yaparken Anayasa’nın sivil birliktelikleri düzenleyen hükmünün “kadın ve erkek” ifadesini içerdiğini de hatırd tutmak gerekir. Mahkeme’nin bu yorumu olmasaydı Brezilya Anayasa yargısının merkezileşmemiş anayasa yargısı modeli olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, eyaletlerde eşcinsel birlikteliklerin yasayla tanınması bölge mahkemelerinde Anayasa’ya aykırı bulunabilirdi.³⁶⁵

³⁶² Adilson José Moreira, “We Are Family! Legal Recognition of Same-Sex Unions in Brazil”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 60, Issue 4, 2012, ss. 1003–1042, s. 1038.

³⁶³ Arguelhes, Ribeiro, 2017, s. 290.

³⁶⁴ Arguelhes, Ribeiro, 2017, s. 291.

³⁶⁵ Arguelhes, Ribeiro, 2017, s. 289.

Brezilya Yüksek Mahkemesinin 2011 tarihli kararı konumuz bakımından önem taşıyan üç tespitte bulunmaktadır. İlk olarak mahkemeye göre, kişinin partnerini seçme özgürlüğüne sahip olması kişiliğini özgürce geliştirmesinin temel bir parçasıdır. İkinci olarak mahkeme, aile kurumu içerisinde heteroseksizmin yeniden üretilmesinde ataerkil düşüncenin bir uzantısı olduğu tespitinde bulunmaktadır. Son olarak da mahkeme eşcinsel çiftlerin de aile sayılacağını ve aile kurumunun tüm güvencelerinden yararlanması gerektiğini vurgulamaktadır.³⁶⁶

2013 yılında Ulusal Adalet Konseyi (CNJ) federal düzeyde eşcinsel evliliklerin tanınmasını sağlayacak bir karar vermiştir.³⁶⁷ Konsey, 2011 yılında Federal Yüksek Mahkemenin verdiği kararı, birlikteliklerin tanınmasında cinsel yönelim temelli ayrımcılık yapılamayacağı yönünde yorumlamış, Anayasa m. 226/3'ün birlikteliklerin evlilik kurumuna dönüştürülebileceği hükmünün eşcinsel birliktelikler için de uygulanmasına karar vererek ülke çapındaki tüm noterlerin bu birliktelikleri evlilik olarak tanıyabileceği bir çerçeve oluşturmuştur.³⁶⁸

Konseyin bu kararı birkaç yönden önem taşımaktadır. İlk olarak Konsey ülke çapında bağlayıcı karar alma imkanına sahip olsa da bir yargı organı değildir, idari nitelikte bir

³⁶⁶ Moreira, 2012, s. 1040.

³⁶⁷ CNJ Resolution n. 175, 15/5/2013.

³⁶⁸ Diego Werneck Arguelhes, Leandro Molhano Ribeiro, “Courts as the First and Only Legislative Chambers? The Brazilian Supreme Court and the Legalization of Same-Sex Marriage”, **Verfassung Und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, Vol. 50, No. 3, 2017, ss. 281–299, s. 282.

konseydir.³⁶⁹ Eşcinsel evliliklerin yargı organı eliyle tanınmasında dahi fonksiyon gaspı ve yargısal aktivizm iddiaları gündeme gelirken yargısal nitelikte dahi olmayan bir konseyin eşcinsel evlilikleri tanınması güçler ayrılığına aykırılık olarak eleştirilmektedir.

İkinci olarak, Konseyin bu kararı bürokratik bir çıkmazın çözümü olarak görülebilir.³⁷⁰ Brezilya Yargı sisteminin özellikleriyle birlikte değerlendirmek gerekirse, Yüksek mahkemenin (STJ) 2011 kararı inter partes etki doğurmakta, Anayasa'nın yorumlanmasında bir yol gösterici nitelik taşısa da tüm ülkede doğrudan uygulanabilir bir karar niteliği taşımamaktadır. Bu tarihten itibaren eşcinsel çiftler noterlerde ve ilk derece mahkemelerinde birlikteliklerinin tanınması taleplerini gündeme getirmişlerdir. Mahkeme ve noterler arasında yeknesak bir uygulama olmaması ve hatta noterlerin eşcinsel çiftlerin birlikteliklerini tanımayı reddetmesinin bir sonucu olarak ülke çapında birlikteliklerin tanınması ve tanınmanın nasıl yapılacağına ilişkin bir çerçeve çizilmesi için bir adım atılması gereği doğmuştur. 14 Mayıs 2013'te Konsey eşcinsel evlilikleri tanımayı federal düzeyde bir

³⁶⁹ Konseyin görevleri ve sistemdeki yerine ilişkin olarak bkz. Steven R. Minegar, "Judicial Accountability versus the Separation of Powers: Perspectives on Brazil's National Council of Justice", **International Criminal Justice Review**, vol. 21, no. 4, 2011, ss. 383-401. Brezilya Anayasası m. 103.B Ulusal Adalet Konseyini düzenlemektedir. Konsey ülkedeki yüksek mahkeme üyeleri ve yargı elitlerinden oluşmaktadır. Konsey yargıya ilişkin idari işleri yürütmekle görevlidir ör. hakimlerle ilgili şikayetleri inceleyip karara bağlamak, hakimlere ve mahkeme üyelerine 1 yıldan uzun süre önce verilmiş disiplin cezalarını yeniden gözden geçirmek, ülke genelinde yürütülen yargısal faaliyetlere ilişkin yıllık raporlar hazırlamak.

https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017?lang=en. (Erişim Tarihi: 2 Eylül 2021, 13:34)

³⁷⁰ Amparo, 2015, s. 32.

zorunluluk haline getirene kadar 26 eyaletten 12'si ve federal bölge eşcinsel evlilikleri halihazırda tanımaktaydı.³⁷¹

Federal yasama organının tüm bu gelişmelere kayıtsız kalmasıyla Ulusal Adalet Konseyinin devreye girmesi, beklenen bir tepki olarak değerlendirilmektedir.³⁷² Brezilya'da eşcinsel evliliklerin idari nitelikte bir organın girişimiyle tanınması diğer hukuk sistemlerinden farklı bir tanıma biçimi olmasıyla da önemli bir örnektir.

b. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletlerinde eşcinsellerin aile kurma ve evlenme hakkının anayasal dayanakları, "Due process clause" ve 14. Değişiklikteki eşitlik ilkesidir. Amerika Birleşik Devletlerinde evlilik ve aile konularını düzenleme yetkisi federe devletlerdedir. Federal düzeyde eşcinsel evlilikler, Federal Yüksek Mahkemenin 2015 tarihli Obergefell v. Hodges kararıyla tanınmıştır. Yüksek Mahkemenin kilit içtihatlarından Lawrence v. Texas ve Loving v. Virginia kararları Obergefell kararının temelini oluşturmaktadır.³⁷³

³⁷¹ Filho/Teixeira, 2020, s. 12.

³⁷² Thiago Amparo, "Notes on Countermovements and Conservative Lawyering: The Bumpy Road to Constitutional Marriage Equality in Brazil", **FGV Direito SP Research Paper Series** no 124, 2015, s. 33.

³⁷³ Lawrence v. Texas ve Loving v. Virginia kararlarının eşcinsel birlikteliklerin tanınmasındaki etkisinin ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Nussbaum, 2010, s. 127 vd. ; Frances Hamilton, "Strategies to Achieve Same-Sex Marriage and the Method of Incrementalist Change", **Journal of Transnational Law & Policy**, Vol. 25, 2015-2016, ss. 121-154.

Obergefell v. Hodges kararının ilk bölümlerinde evlilik kurumunun önemi ve tarihsel gelişimi ele alınmıştır. Çoğunlukla evlenme hakkı üzerine değerlendirmeler içermekle beraber, eşitlik ilkesinin de kararın temeline oturtulduğu görülmektedir. Evliliğin doğası ve sosyal yönü üzerine yapılan vurgularla birlikte; evlilik kurumunun bu özelliklerinin, cinsel yönelimleri ne olursa olsun tüm insanlar için aynı olduğu ifade edilmiştir.

Kararda, farklı ırklardan kişilerin evlenme haklarının tanındığı Loving v. Virginia kararında dayandırılan temellere dayanılmaktadır. Bu kararda, “Due Process Clause” olarak ifade edilen ve prosedürel hakların korunması işlevi gören kavram³⁷⁴ ile ek 14. maddenin güvence altına aldığı eşitlik ilkesinin kaynaştığı bir anlayışla evlenme hakkının sınırları çizilmektedir.³⁷⁵ Bu iki konsept, mahkemeye göre, birlikte kullanımlarıyla birbirlerini güçlendirmektedir. Bununla birlikte, eşitlik ilkesine ilişkin değerlendirme yapılırken, yerleşmiş kurumlarda daha önce itiraza konu edilmemiş ve gün yüzüne çıkarılmamış ayrımcılıkların, yeni anlayışların ve sosyal değişimlerin etkisiyle ortaya çıkabileceği vurgulanmıştır.³⁷⁶ Sonuç olarak mahkeme bu kararında, due process clause ve eşitlik

³⁷⁴ Bu kavram federal devletin hukuka uygun davranması ödevini yüklediği prosedürel yönüyle birlikte kıta avrupalısında hukuk devleti kavramına denk gelir, bununla birlikte maddi due process olarak anayasada tanınmayan hakların tanınmasında sıklıkla kullanılmıştır. (Kerem Altıparmak, "Due Process of Law" Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 45, Sayı: 1-4, ss. 219-250.) Evlenme hakkına ilişkin kullanımı da bu ikinci görünümüne denk gelir.

³⁷⁵ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015), s. 19.

³⁷⁶ Obergefell v. Hodges, s. 20.

ilkesinin, eşcinsel kişilerin evlenme hakkına yapılan bu ihlali yasakladığı sonucuna varmıştır.³⁷⁷

c. Kolombiya

Kolombiya Anayasası aile ve evlilik kurumlarını ayrıntılı bir biçimde düzenlemektedir. Anayasa'nın 42. Maddesinde aile toplumun temeli olarak ifade edilmiş ve kadın ve erkek arasında gerçekleşecek evlilikle kurulacağı düzenlenmiştir.³⁷⁸ Bu düzenlemeyle evlilik ve aile arasındaki bağın sıkı tutulduğu ve aile kurma hakkının lafzi olarak evlilik kurumuyla bağdaştırıldığı görülmektedir.³⁷⁹ Bununla birlikte Kolombiya Anayasa Mahkemesinin, Anayasa'da güvence altına alınan eşitlik ilkesi, insan onuru, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi gibi temellere dayanarak eşcinsel çiftlerin haklarını tanıma ve çoğulcu bir aile anlayışı benimseme eğilimindedir.³⁸⁰ Doktrinde 42. Maddenin 1. Fıkrasındaki “or through the responsible resolve to comply with it”/ “evlilik ya da evlenme

³⁷⁷ Obergefell v. Hodges, s. 22.

³⁷⁸ Kolombiya Anayasası m. 42/1: “Aile toplumun temel yapı taşıdır. Doğal veya yasal bağlar temelinde, bir erkek ve bir kadının özgür kararları doğrultusunda evliliğe başvurması veya bu yönde niyetlenmesi doğrultusunda oluşmaktadır.”

³⁷⁹ https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015?lang=en. (Erişim Tarihi: 1 Eylül 2021, 16:56)

³⁸⁰ Daniel Bonilla, Natalia Ramirez. "Colombia", **American University Journal of Gender, Social Policy & the Law**, Vol. 19, no. 1, 2011, ss. 97-112.; Saez, 2014, s. 150. ; Winson/Gianella-Malca, 2019, s. 148.

iradesini göstermekle” ifadesinin Anayasanın aile kurma biçimlerini yalnızca evlilikle sınırlamadığı yönünde yorumlanabileceğini savunan görüşler vardır.³⁸¹

2011 yılında eşcinsel çiftlerin birlikteliklerinin hukukça tanınmasının anayasaya aykırı olup olmadığı sorusu Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Mahkeme eşcinsel çiftlerin de aile olmakla heteroseksüel çiftler kadar korunmaya değer olduğunu ifade etmiş ancak bu koruma mekanizmasını kurmanın yasama organının yetkisinde olduğunu belirtmiştir. Mahkeme evlilikle kurulmuş aileler ile diğer biçimlerde kurulmuş aileler arasında bir fark gözetilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olacağını vurgulamaktadır. Mahkemeye göre, Anayasa lafzi olarak heteroseksüel evlilik kurumunu güvence altına alıyor olsa da bu durum eşcinsel birlikteliklerin korunmasının önünde engel oluşturmaz.³⁸² Mahkeme bu tespitinin üzerine bir adım daha ileri gitmiş, eşcinsel birlikteliklerin korunmasında/tanınmasında hukuki bir mekanizmanın bulunmamasının anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bununla birlikte tanımının nasıl olması gerektiğine dair bir tespitte bulunmamış, içtihadını evlenmemiş çiftler ile evlenmiş çiftler arasında eşitliğin sağlanması yönünde geliştirmiş olsa da parlamentoya eşcinsel birlikteliklerin evlilik kurumundan yararlanacağı bir mekanizma öngörmesi yönünde direktif vermiştir.³⁸³ Sonuç olarak kongre eşcinsel birlikteliklerle heteroseksüel birlikteliklerin aynı haklara sahip olacakları bir çerçeve yaratmalıdır, ancak bu evlilik kurumu içerisinde olmak zorunda değildir. Mahkeme ayrıca Kongre’ye bu tanımayı sağlaması için 2 yıllık bir süre tanımış, bu tanıma yasama yoluyla gerçekleşmezse bu sürenin

³⁸¹ Saez, 2014, s.151 . Ancak Anayasa Mahkemesinin bu fıkrayı bu yönde yorumladığı bir karara rastlamamaktayız. Bununla birlikte aile kavramını çoğulcu bir biçimde yorumlamakta dayandığı anayasal temeller arasında da bu madde yoktur.

³⁸² Saez, 2014, s. 151.

³⁸³ Saez, 2014, s. 153.

sonunda eşcinsel çiftlerin noterler aracılığıyla birlikteliklerini kayıtlayabileceklerine hükmetmiştir. Mahkemenin bu kararı eşcinsel haklarını korumada çifte standart yarattığı ve ayrımcılığı sürdürdüğü gerekisiyle eleştirilmektedir.³⁸⁴

2013 yılında Mahkemenin verdiği süre bitmesine rağmen Kongre yasama yoluyla eşcinsel birliktelikleri tanıyacak bir hukuki çerçeve çizmemiştir. Kongre’de eşcinsel evliliklerin tanınmasına yönelik olarak sunulan yasa tasarısı da 51 kabul, 17 red oyuyla reddedilmiştir.³⁸⁵ Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin parlamentoya tanıdığı sürenin bitmesinden itibaren Anayasa Mahkemesi kararına dayanarak, eşcinsel birliktelikleri ve evlilikleri tanımaya başlayan noterler ve hakimlerin olduğu görülmüştür.³⁸⁶ Ancak bu evlilik ve birlikteliklerin çoğu üst derece mahkemeler ya da diğer hakimler tarafından hükümsüz kılınmıştır.³⁸⁷ Sonuçta Kolombiya Anayasa Mahkemesinin 2011 kararı hem direktif verdiği yasama organı hem de yargı makamları tarafından uygulanmamış, bir başka ifadeyle “hükümsüz” kalmıştır.³⁸⁸

2015 yılında Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir dosyayla Mahkeme bir kere daha eşcinsel evliliklere ilişkin karar verme imkanı bulmuş, eşcinsel evlilikler, 2016 tarihli bu

³⁸⁴ Saez, 2014, s. 150.

³⁸⁵ Saez, 2014, s. 153.

³⁸⁶ Wilson/Gianella-Malca, 2019, s. 148. ; Kimberly Bennett, Colombia judge orders notary to perform same-sex marriage, <https://www.jurist.org/news/2013/07/colombia-judge-orders-notary-to-perform-same-sex-marriage/>. Erişim Tarihi, (1 Eylül 2021, 23:35)

³⁸⁷ Saez, 2014, s. 154.

³⁸⁸ Doktrinde bu tepki, hem parlamentoda hem de toplumsal düzeyde eşcinsel evliliklerin kabul edilmesine desteğin az olmasıyla açıklanmaktadır. Wilson/Gianella-Malca, 2019, s. 149.

Anayasa Mahkemesi kararıyla tanınmıştır.³⁸⁹ Mahkeme 6 kabul 3 red oyla eşcinsel evliliklerin anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme’ye göre, Anayasa’da güvence altına alınmış eşitlik ilkesi gereğince, herkes cinsel yönelimlerine uygun olacak biçimde aile kurma hakkına sahiptir.³⁹⁰ Kolombiya örneği, LGBTİ haklarına toplumsal desteğin çok düşük olduğu ve siyasi aktörlerin de birlikteliklerin tanınmasına karşı olduğu bir ortamda eşcinsel evliliklerin mahkemeler tarafından tanınmasıyla önemli bir örnektir.

d. Meksika

1917 tarihli Meksika Anayasasının 4. maddesinde aile kurma hakkı düzenlenmektedir. Bu hükümde ailenin kurulması güvence altına alınırken cinsiyetlere ilişkin bir belirleme

³⁸⁹ Bruce M. Wilson, Camila Gianella-Malca, “Overcoming the Limits of Legal Opportunity Structures: LGBT Rights’ Divergent Paths in Costa Rica and Colombia”, **Latin American Politics and Society**, Vol. 61, No. 2, 2019, ss. 138–163, s. 155.

³⁹⁰ Kolombiya Anayasa Mahkemesi, Karar No: SU214-16.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>. (Erişim Tarihi 3 Eylül 02:00);

İngilizce özeti için bkz.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/english/Decision.php?IdPublicacion=9245>. (Erişim Tarihi 3 Eylül 2021, 02:45)

yapılmamaktadır.³⁹¹ Ayrıca Anayasa yalnızca aile kurma hakkını düzenlemekte, evlilik ve aile arasında zorunlu bir bağ kurmamaktadır.³⁹²

2010 yılında Meksika Yüksek Mahkemesinin önüne, Anayasa’da güvence altına alındığı şekliyle aile ve evlilik kurumunun heteroseksüel kişilere özgülenmiş olup olmadığının tespitine ilişkin bir başvuru gelmiştir. Mahkeme bu başvuruyu sonuca bağladığı kararda aile kavramının sosyal gerçeklikle birlikte değiştiğini ve anayasanın güvence altına aldığı aile kurumunun tek bir aile biçimine ayrıcalık tanıyacak yönde yorumlanamayacağını vurgulamıştır.³⁹³ Mahkemeye göre aile toplumla yakın ilişkisi nedeniyle değişen sosyal gerçekliklere uyarlanması gereken bir kurumdur.³⁹⁴ Sonuçta mahkeme, evlilik kurumunun üreme yetisiyle olan bağının günümüzde söz konusu olmadığını ve bu nedene dayanılarak da

³⁹¹ Meksika’da aile ve evlilik kavramlarının gelişimi ve Katolik Hristiyan inancıyla ilişkisinin ayrıntılı bir incelemesi için bkz: Estafania Vela Barba, Same-Sex Unions in Mexico: Between Text and Doctrine, **Same Sex Couples - Comparative Insights on Marriage and Cohabitation**, (ed) Macarena Saez, Springer, 2015, ss. 49- 84,

³⁹² Latin Amerika’da eşcinsel evliliklerin tanınmasından önce de “aile kurma” biçimleri heteroseksüel kişilerin evliliği ile sınırlı olarak kabul edilmiyordu. Örneğin Meksika’da *Concubinato* kurumu, evlilik dışı birlikteliklere birtakım haklar sağlamaktadır. 2000 yılında bu birlikteliklerin aile statüsü de hukukça tanınmış aile olmaya tanınan tüm haklar bu birlikteliklere de tanınmıştır. 2006 yılında Mexico City, “sociedad de convivencia” hem heteroseksüel çiftler hem de eşcinsel çiftlerin tanınabileceği başka bir medeni birliktelik biçimi olarak tanınmıştır. Vela Barba, s. 52. Bu aile kurma biçimlerinin tanınması da evliliğin tek aile kurma biçimi olarak kabul edilmiyor olduğunun göstergesi olarak önem taşır.

³⁹³ Pleno de la Suprema Corte de Justicia [SCJN] [Supreme Court], *Acci n de inconstitucionalidad 2/2010*, Novena poca, 10 de Agosto de 2010. Akt. Saez, 2014.

³⁹⁴ Saez, 2014, s. 164.

heteroseksüel çiftlere özgülmesinin mümkün olmadığını ortaya koymaktadır.³⁹⁵ Bu karar aile kurma hakkını merkeze almakta ve kişinin kendini serbestçe geliştirme hakkına dayanmaktadır.³⁹⁶ Bu bakımdan da, ayrımcılık yasağına vurgu yapan 2012 tarihli yüksek mahkeme kararından farklı bir anayasal dayanağı olduğu söylenebilir.

Meksika’da 2011 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle cinsel yönelimler ayrımcılık yasağı kapsamında yasaklanan temeller arasında sayılmıştır. 2012 tarihinde Meksika yüksek mahkemesi, eşcinsel evlilikleri yasaklayan düzenlemelerin anayasaya aykırı olduğu yönünde karar vermiştir.³⁹⁷ Mahkeme kararını 2011’de yapılan değişiklikte madde kapsamına alınan cinsel yönelim temelli ayrımcılık yasağına dayandırmıştır.³⁹⁸ Kararda AIHM’in Shalk and Kopf, ABD yüksek mahkemesinin Loving v. Virginia, Güney Afrika Anayasa Mahkemesinin Fouri, Kanada Yüksek Mahkemesinin Egan v. Canada, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin Atala Riffo y ninas v. Chile kararlarına dayanak olarak başvurulmuştur.³⁹⁹ Mahkeme bu kararında aile kurumunu merkeze alması ve bu kurumdaki dönüşümü ortaya koymasıyla eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında evlenme hakkını değil

³⁹⁵ Pleno de la Suprema Corte de Justicia [SCJN] [Supreme Court], Acci n de inconstitucionalidad 2/2010, Novena poca, 10 de Agosto de 2010, para. 249,250, 270, akt. Saez, 2014, s. 164.

³⁹⁶ Estafania Vela Barba, Same-Sex Unions in Mexico: Between Text and Doctrine, **Same Sex Couples - Comparative Insights on Marriage and Cohabitation**, (ed) Macarena Saez, Springer, 2015, ss. 49- 84, s. 116.

³⁹⁷ Amparo En Revisi n 581/2012 (Derivado De La Facultad De Atracci n 202/2012).

³⁹⁸ Jody Heymann, Aleta Sprague, Amy Raub, **Advancing Equality**, University of California Press, 2020, s. 144.

³⁹⁹ Amparo En Revisi n 581/2012 (Derivado De La Facultad De Atracci n 202/2012), ss. 39-49.

aile kurma hakkını temel alan bir yaklaşım izlemiştir.⁴⁰⁰ Mahkeme, eşcinsel birliktelikler ile heteroseksüel birliktelikler arasında fark yaratacak şekilde aile kurma hakkının tanınmasının ayrımcılık oluşturup oluşturmadığına ilişkin tespitini yaparken ölçülülük ilkesine başvurmuştur. Buna göre mahkeme bu farklı muamelenin, (1) anayasal açıdan zorunlu bir nedene dayanıp dayanmadığını, (2) istenilen sonuca ulaşmak için en orantılı seçenek olup olmadığını ve (3) amaca ulaşmak için en az sınırlayıcı olan yolun seçilip seçilmediğini incelemektedir.⁴⁰¹ Mahkemeye göre evlilik kurumunun erkek ve kadın arasında olacak şekilde düzenlenmesindeki amaç üremenin devamının sağlanmasıdır. Bu amaca ulaşmak için evliliklerin günümüzde heteroseksüel çiftlere özgülenmesinin ölçülü bir sınırlama olup olmadığı sorusuna mahkemenin cevabı hayırdır. Mahkeme'ye göre üremenin devamının sağlanması amacıyla evlilik kurumunun heteroseksüel çiftlere özgülenmesi hem eksik kapsamlı(under-inclusive) hem de aşkın kapsamlı(over-inclusive) bir çerçeveye sunar. Aşkın kapsamlıdır çünkü üreme planı olmayan veya üreme yetisi olmayan heteroseksüel kişilerin de evlenebileceği bir kapsam sunar. Eksik kapsamlıdır çünkü üreme yetisine sahip olup bu yönde isteği olabilecek eşcinsel kişileri kapsam dışında tutar.⁴⁰² Evlilik kurumunun çiftlere sağladığı yararlılardan ölçüsüz ve haksız bir biçimde eşcinselleri mahrum bırakmak, mahkemeye göre eşcinselleri 'ikinci sınıf vatandaş' konumuna düşürmektedir.⁴⁰³

Meksika'da federal sistem aile hukukuna ilişkin düzenleme yapma yetkisini federe devletlere bırakmaktadır. Aile hukuku bakımından oluşan bu parçalanmış görünüm Meksika'nın eşcinsel evliliklerin tanınmasında karşılaştığı zorlukların temel sebeplerinden

⁴⁰⁰ Saez, 2014, s. 165.

⁴⁰¹ Vela Barba, 2015, s. 74.

⁴⁰² Vela Barba, 2015, s. 75.

⁴⁰³ Vela Barba, 2015, s. 76.

biridir. Yüksek mahkeme kararına rağmen Meksika eyaletlerinin bir kısmı eşcinsel evliliklerin gerçekleştirilebilmesi için düzenleme yapmamıştır.⁴⁰⁴ Eşcinsel çiftler tarafından resmi makamlara yapılan evlenme başvurularının reddedildiği örnekler de ülke çapında görülmüştür.⁴⁰⁵

2015 yılında Meksika Yüksek Mahkemesi, eşcinsel evliliklerin yasaklanmasının anayasaya aykırı olduğu bir kere daha vurgulayarak, resmi makamlarca evlilik başvuru reddedilen eşcinsel çiftlerin (amparo) başvurularının hiçbir hakim tarafından reddedilemeyeceğine hükmetmiştir.⁴⁰⁶ Bu kararla Meksika’da eşcinsel evliliklerin tanınması ülke çapında güvence altına alınmıştır. Ayrıca bu kararıyla mahkemenin eşcinsel evlilikleri anayasal bir güvenceye aldığı ileri sürülmektedir.⁴⁰⁷ Bununla birlikte Meksika Yüksek Mahkemesinin bu kararının tüm eyaletlerdeki medeni kanun düzenlemelerini aynı anda iptal etmediği için tam anlamıyla (kurumsal bir güvence) sağlamadığı da ileri sürülmektedir.

⁴⁰⁴ Meksika Başkanı, 2016 yılında parlamentoya anayasanın, yüksek mahkemenin 2015 tarihli kararındaki esasları içermek üzere kişilerin cinsel yönelim ayrımcılığına maruz kalmaksızın evlenebilecekleri biçimde değiştirilmesi çağrısında bulunmuştur. 2000 yılından bu çağrının yapıldığı 2016 yılına kadar Meksika’da cinsel yönelim farklılıklarının toplumdaki kabul oranının artışını gösteren çalışma için bkz: Beltr n, U.; A. Cruz, “Apoyan legalizar las uniones gay en el pa s; 25% cree que afecta los valores morales,” **Excelsior**, 23 May 2016, <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/05/23/1094344#imagen-3>.

⁴⁰⁵ Heymann/Sprague/Raub, 2020, s. 145.

⁴⁰⁶ Diez, 2015, s. 20.

⁴⁰⁷ Diez, 2015, s. 20.

e. Avusturya

Avusturya Anayasası aile ve evlilik kurumlarını düzenlememektedir.⁴⁰⁸ Avusturya’da eşcinsel birlikteliklerin tanınmasındaki temel etkenlerden biri AİHS sisteminin etkisidir. Avusturya Anayasasının 9. maddesine göre uluslararası hukuk, federal iç hukukun bir parçasıdır.⁴⁰⁹ AİHS ve AİHM içtihatları, aile ve evlilik kurumlarının anayasada düzenlenmemiş olmasıyla birlikte değerlendirildiğinde eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında önemli rol oynamıştır. Avusturya’nın tarafı olduğu AİHM davaları Karner v. Avusturya⁴¹⁰ ve Schalk and Kopf v. Avusturya⁴¹¹ kararları da, aile ve evlilik kurumlarının yeniden düşünülmesinde olumlu yönde katkı sağlamışlardır.

Bu sürecin bir katkısı olarak 1 Ocak 2010’da yürürlüğe giren Kayıtlı Birliktelikler Yasası ile eşcinsel birliktelikler tanınmaya başlamıştır.⁴¹² Bu yasaya göre eşcinsel çiftler evlilik kurumuna benzer haklarla birlikteliklerini devlet nezdinde kayıt altına alabileceklerdir. Kayıtlı birlikteliklerin yalnızca eşcinsel çiftlere tanınmış olması 2011 yılında anayasaya ve AİHS’e aykırılık iddiasıyla Avusturya Anayasa Mahkemesinin önüne

⁴⁰⁸ https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013?lang=en. (Erişim Tarihi: 2 Eylül 08:26)

⁴⁰⁹ https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013?lang=en. (Erişim Tarihi: 2 Eylül 08:14)

⁴¹⁰ AİHM, Karner v. Austria, Appl. No: 40016/98, 24/07/2003.

⁴¹¹ Schalk And Kopf v. Austria, Application no. 30141/04.

⁴¹² Federal Law Gazette (Bundesgesetzblatt) vol. I, no. 135/2009, akt. Giorgio Repetto, “At the Crossroads Between Privacy and Community: The Legal Status of Same-Sex Couples in German, Austrian and Swiss Law”, **Same-Sex Couples Before National, Supranational and International Juristictions**, (Ed. Gallo/Paladini/Pustorino) Springer, 2014, ss. 263-286, s. 278.

gelmiştir.⁴¹³ Mahkemeye göre, heteroseksüeller dezavantajlı grup sayılamaz dolayısıyla bu yasayla yapılan farklı muamele de heteroseksüel cinsel yönelim bir ayrımcılık temeli olarak değerlendirilemeyecektir.

Avusturya Anayasa Mahkemesi 2017 yılında verdiği bir kararla eşcinsel evliliklerin tanınmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴¹⁴ Mahkeme, evlilik ve sivil birliktelik kurumlarının farklı cinsel yönelimlere özgü ayrı birer kurum olarak varlığının eşcinsel kişilerin heteroseksüel kişilerden farklı olduğu yaklaşımını içerdiğini, oysa böyle bir yaklaşımın kabul edilemeyeceğini ve eşitlik ilkesine aykırı olacağını vurgulamaktadır.⁴¹⁵

Sonuç olarak mahkeme evliliğin yalnızca heteroseksüel çiftlere özgülendiği medeni kanun hükümlerinin ve sivil birlikteliklerin eşcinsel çiftlere özgülendiği kayıtlı birliktelik yasası hükümlerinin cinsel yönelim temelli ayrımcılık teşkil ettiğine ve eşitlik ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁴¹⁶ Bununla birlikte mahkeme yasama organına gerekli düzenlemeyi yapmak üzere süre vermiş, hükmün uygulanmasını 31 Aralık 2018'e kadar ertelemiştir. Bu tarihe kadar parlamentodaki yasalaştırma çalışmaları da bir sonuç vermediği için 2 Ocak 2019'dan itibaren eşcinsel evlilikler Avusturya Anayasa Mahkemesi kararının etkisiyle tanınmaya başlamıştır.

⁴¹³ VfGH, 22.09.2011, B 1405/10-11.

⁴¹⁴ VfGH, 04.12.2017, G 258-259/2017-9 (VfGH G 258-259/2017-9),

⁴¹⁵ https://www.vfgh.gv.at/downloads/Bulletin_2017-3_G_258-2017_04.12.2017.pdf. (Erişim Tarihi: 5 Eylül 2021, 12:20)

⁴¹⁶ https://www.vfgh.gv.at/downloads/Bulletin_2017-3_G_258-2017_04.12.2017.pdf. (Erişim Tarihi: 5 Eylül 2021, 12:15)

f. Ekvador Cumhuriyeti

Ekvador Anayasası aile kurma hakkını ayrıntılı bir biçimde düzenlemektedir. 67. Maddenin birinci fıkrası, ailenin farklı biçimleriyle birlikte korunacağına vurgu yapmaktadır.⁴¹⁷ 67. Maddenin ikinci fıkrasında evlilik kurumu düzenlenmektedir, burada evlilik erkek ve kadın arasında bir birlik olarak tanımlanmaktadır.⁴¹⁸ 68. Maddede ise, cinsiyet belirlenmeksizin sürekli ve tek eşli tüm birlikteliklerin evlilik kurumunun eşlere verdiği haklardan yararlanacağı düzenlenmektedir.⁴¹⁹ Bunun yanı sıra maddenin ikinci fıkrasında evlat edinme yalnızca heteroseksüel çiftlere özgülenmiştir.⁴²⁰ Anayasa Mahkemesi de yakın tarihli kararlarında evlilik ve aile kurumlarının birbirinden farklı olduğu

⁴¹⁷ Ekvador Anayasası m.67/1: “Aile, çeşitli biçimleriyle tanınmaktadır. Devlet, toplumun temeli olarak aileyi korur ve bütünsel olarak ailenin amaçlarının sağlanması için gerekli ortamın yaratılmasını güvence altına alır.”

⁴¹⁸ Ekvador Anayasası m. 67/2: “Evlilik, erkek ve kadının birliğidir; bu birliği oluşturan kişilerin özgür iradelerine, hak, yükümlülük ve ehliyet eşitliğine dayalı olacaktır.”

https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021?lang=en.(Erişim Tarihi: 4 Eylül 2021, 01:35)

⁴¹⁹ Ekvador Anayasası m. 68/1: “Herhangi bir evlilik bağı olmadan beraber yaşayan (common-law home) iki birey arasındaki sürekli ve tek eşli birliktelikler, belirli bir sürenin geçmesiyle ve yasalarla belirlenmiş diğer durum ve şartlarla, resmi evlilik bağlarıyla oluşturulmuş ailelerle aynı haklara ve yükümlülöklere tabidir.”

https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021?lang=en.(Erişim Tarihi: 4 Eylül 2021, 01:40)

⁴²⁰ Ekvador Anayasası m. 68/2: “Evlat edinme hakkı sadece karşıt cinsten çiftlere tanınmaktadır.”

https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021?lang=en.(Erişim Tarihi: 4 Eylül 2021, 01:41)

ve aile kurma hakkının evlilikten farklı birliktelik biçimlerini de içerdği yönünde karar vermektedir.⁴²¹

Ekvador'da LGBTİ haklarının tanınması yaklaşık 20 yıl önceye gidebilmektedir. Geç sayılabilecek bir dönemde sodomi yasalarını kaldıran⁴²² ve cinsel yönelim farkındalığı oluşmaya başlayan Ekvador'da bu durumun tersine kazanımlar daha hızlı bir şekilde edinilmiştir. 2008 yılında yapılan yeni Anayasa'da cinsel yönelimler ayrımcılık yasağı bağlamında yasaklı temeller arasında açıkça sayılmıştır.⁴²³

2015 yılında Ekvador'da eşcinsel birliktelikler sivil birliktelik olarak hukukça tanınmaya başlamıştır.⁴²⁴

2019 tarihli bir kararında Ekvador Anayasa Mahkemesi eşcinsel evliliklerin tanınması konusunu ele almaktadır Bu kararda mahkeme, Anayasanın evlilik kurumunu düzenleyen 67. maddesini ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin konuya ilişkin tavsiye kararını tartışmaktadır.⁴²⁵ Mahkeme bu kararda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin söz konusu tavsiye kararının kendisi ve Ekvador hukuk sistemi açısından bağlayıcı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme ayrıca 67. Maddenin AAİHM'in kararıyla birlikte nasıl

⁴²¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 11–18-CN/19, 12/06/2019, para. 50–51. akt.

Saxon, 2020, s. 21.

⁴²² Eşcinsel cinsel birliktelikler 1997'de suç olmaktan çıkarılmıştır. Shelby Saxon, The Fundamental Right to Family: How the Inter-American Court of Human Rights Shaped Ecuador's Constitutional Right to Same-Sex Marriage, **Przegląd Konstytucyjny** 1/2020, s. 7.

⁴²³ https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021?lang=en.(Erişim Tarihi: 4 Eylül 2021, 01:45)

⁴²⁴ Saxon, 2020, s. 8.

⁴²⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 11–18-CN/19, akt. Saxon, 2020, s. 19.

yorumlanabileceğini ele almış, sonuçta Anayasa'daki hiçbir maddenin eşcinsel evlilikleri yasaklamadığına ve anayasada güvence altına alınan cinsel yönelim temelli ayrımcılık yasağının bunun güvencesini oluşturduğuna hükmetmiştir. Bu çerçevede mahkeme evlilik kurumunun heteroseksüel kişilere özgülenmesini ölçülülük testine tabi tutmuş ve sonuçta bu muamelenin anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴²⁶

Ekvador Anayasasının 427. maddesi, anayasa hükümlerinin yorumlanmasında bir şüpheyi düşülmesi halinde hakların en etkili şekilde güvence altına alındığı yorumun benimsenmesi gerektiğini düzenlemektedir.⁴²⁷ Mahkeme de bu hükümden hareketle, 67. maddenin dar yorumlanmasının anayasaya aykırı bir yorum olacağını savunmaktadır.

12 Haziran 2019'da yayınladığı açıklamada Ekvador Anayasa Mahkemesi, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin tavsiye kararına uyarak, eşcinsel evliliklerin tanınmasına karar verdiğini duyurmuştur.⁴²⁸

⁴²⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 11–18-CN/19, akt. Saxon, 2020, s. 24.

⁴²⁷ Ekvator Anayasası m. 427: “ Anayasanın lafzı, Anayasa'nın bütünüyle en uyumlu olacak şekilde yorumlanır. Tereddüt durumunda, haklara tam ve en etkili korumayı sağlayan ve kurucunun iradesine en iyi şekilde, anayasal yorumun genel ilkelerine uygun olarak yapılan yorum en uygun yorum yöntemi olacaktır.”

⁴²⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Boletín de Prensa, 12th June 2019,

g. Kosta Rika

Kosta Rika Anayasası 51. maddede aileyi toplumun temeli olarak tanımlamıştır.⁴²⁹ Anayasanın 52. maddesinde de evlilik, aile kurmanın temeli olarak nitelendirilmiş, böylelikle doğrudan anayasal düzeyde aile ve evlilik arasındaki bağ sıkı tutulmuştur.⁴³⁰

Kosta Rika Anayasası 7. maddesine göre yasama organı tarafından onaylanmış ve yürürlüğe girmiş uluslararası anlaşmalar ulusal yasalardan üstündür.⁴³¹ Bu hükmün de etkisiyle, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Kosta Rika hukuk sistemi açısından önem taşımaktadır. Kosta Rika Yüksek Mahkemesi de, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Kosta Rika için bağlayıcı olduğunu vurgulamaktadır.⁴³² Bununla birlikte mahkemeye göre, uluslararası

⁴²⁹ Kosta Rika Anayasası m. 51/1: “Toplumun temeli ve doğal bir unsuru olan aile, devletin özel koruması altındadır.” https://www.constituteproject.org/constitution/Costa_Rica_2020?lang=en. (Erişim Tarihi: 3 Eylül 2021, 20:56)

⁴³⁰ Kosta Rika Anayasası m. 52: “Evlilik ailenin temelidir ve eşlerin eşit haklarına dayanır.” https://www.constituteproject.org/constitution/Costa_Rica_2020?lang=en. (Erişim Tarihi: 3 Eylül 2021, 20:54)

⁴³¹ Kosta Rika Anayasası m.7/1: “Yasama meclisi tarafından usulüne uygun biçimde onaylanmış anlaşmalar, uluslararası anlaşmalar ve konkordatolar; ilan edildiklerinden veya belirlenmiş bir tarihten itibaren yasalar üzerinde bir güce sahiptir.” https://www.constituteproject.org/constitution/Costa_Rica_2020?lang=en. Erişim Tarihi: (2 Eylül 2021, 13:38)

⁴³² Robert S. Barker, “Inverting Human Rights: The Inter-American Court versus Costa Rica”, **University of Miami Inter-American Law Review**, Vol. 47, Issue: 1, ss.1- 19, 2016, s. 17; Contesse, 2019, s. 384.

sözleşmeler Anayasadan daha güvenceli bir koruma sunuyor veya daha fazla hakkı güvence altına alıyorsa Anayasanın üstünde yer almaktadır.⁴³³

Hem bu nedenlerle hem de karara vücut veren soruları yönelten ülke olması nedeniyle, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin eşcinsel evliliklerin tanınmasına ilişkin 2017 tarihli tavsiye kararı Kosta Rika için ayrıca önem taşımaktadır. Bu tavsiye kararı Kosta Rika bakımından bağlayıcıdır, ancak bu kararın politik bir etkisi olsa dahi mahkemelerde doğrudan uygulanması da mümkün değildir.⁴³⁴ Yasama organındaki farklı görüşler nedeniyle eşcinsel evliliklerin yasama organı eliyle tanınması mümkün olmamıştır.⁴³⁵

2018 yılında Kosta Rica Yüksek Mahkemesinin Anayasa Dairesi (Sala Constitucional), Medeni Kanunun evliliği kadın ve erkek arasında düzenleyen hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiş, yasama organına bu aykırılığı düzeltmesi için 18 ay süre vermiştir.⁴³⁶ Mahkeme bu kararında genel olarak uluslararası insan hakları hukukuna, Atala v. Chile kararına ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin 2017 tarihli tavsiye kararına dayanmaktadır.⁴³⁷

Mahkemenin tanıdığı süre içerisinde parlamento gerekli düzenlemeyi yapmamış, mahkemenin kararın yayınlandığı 26 Kasım 2018 tarihinden itibaren verdiği 18 aylık sürenin dolmasıyla, 26 Mayıs 2020’de karar yürürlüğe girmiş, eşcinsel evlilikler Yüksek Mahkemenin kararıyla tanınmıştır.

⁴³³ Sala Constitucional, Res. No. 2014-001424 de las 11:40 horas del 31 de enero de 2014 (Jan. 31, 2014), akt. Barker, 2016, s. 17.

⁴³⁴ Barker, 2016, s. 18.

⁴³⁵ Wilson/Gianella-Malca, 2019, s. 151.

⁴³⁶ Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia, Resolución N° 12782 – 2018, 08/08/2018.

⁴³⁷ Saez, 2019, s. 350.

B. Eşcinsel Evliliklerin Ulusalüstü Düzeyde Tanınması

Cinsel yönelimlerin uluslararası düzeyde tanınması ve korunması, devletlerdeki sosyal dönüşümlere bağlı olarak gelişmiştir.⁴³⁸ Ulus üstü düzeyde, cinsel yönelimlerin tanınmasında yargıçların ve bağımsız uzmanların, parlamenterler ve devlet temsilcilerinden daha etkili olduğu gözlemlenmiştir.⁴³⁹

Cinsel yönelim farklılıklarının tanınması ve cinsel azınlıkların haklarının tanınması süreci Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açısından 1981 tarihli Dudgeon kararına kadar giderken Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilk adımı 2012 yılında attığı görülmektedir.⁴⁴⁰

Uluslararası ve bölgesel düzeyde eşcinsel evliliklerin açıkça tanındığı bir belge bulunmamaktadır. Bununla birlikte yüksek katılımı bazı sözleşmeler aile kurma hakkını tanımış olması bakımından önem taşımaktadır. Eşcinsel birlikteliklerin tanınmasına dayanak oluşturduklarında burada bu düzenlemelere de yer vermek gerekli görülmektedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi⁴⁴¹ (İHEB)16. Maddesinde :

“Yetişkin her erkeğin ve kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımlarından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurmaya hakkı vardır.

Evlenme sözleşmesi, ancak evleneceklerin özgür ve tam iradeleriyle yapılır.

⁴³⁸ Philip Alston, Ryan Goodman, **International Human Rights: The Successor To International Human Rights In Context: Law, Politics and Morals**, Oxford University Press, 2013, s. 220.

⁴³⁹ Alston, Goodman, 2013, s. 222.

⁴⁴⁰ Atala Riffo and Daughters v. Chile (Atala v. Chile), Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-American Court of Human Rights (ser. C), No. 239, (Feb. 24, 2012).

⁴⁴¹ BM Genel Kurulunun 10/12/1948 tarihli, 217 A (III) sayılı kararıyla ilan edilmiştir.

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

demektedir. Bu hüküm her ne kadar kadın ve erkek ifadelerini içeriyorsa da, bu çalışma boyunca gösterildiği üzere bu ifadelerin aile kurma hakkının mutlak bir biçimde kadın ve erkek arasındaki ilişkileri koruduğu yönünde anlamak mümkün değildir. Bununla birlikte İHEB, evlilik kurumunu güvence altına almış, aile ve evlilik arasında zorunlu bir bağ kurmamıştır. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 23. maddesinde aile kurma hakkını tanımakta, İHEB’in 16. Maddesini tekrar etmektedir.⁴⁴²

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirisi⁴⁴³ de 9. Maddesinde evlenme ve aile kurma hakkını güvence altına almaktadır:

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

İnsan haklarının, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıklar olmadan uygulanmasını vurgulamak üzere, uluslararası insan hakları uzmanlardan oluşan bir kurul tarafından yayınlanan Yogyakarta İlkeleri, bağlayıcı nitelik taşımasa da insan haklarının korunması ve pekiştirilmesinde yol göstermesi açısından önem taşıyan bir belgedir. Yogyakarta ilkeleri şöyle başlar:

“Tüm insanlar özgür doğar, hakları ve onurları eşittir. Tüm insan hakları evrensel, birbirine bağımlı, bölünmez ve birbiriyle ilişkilidir. Cinsel yönelim ve cinsiyet

⁴⁴² Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 16/12/1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

⁴⁴³ OJ C 364, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi, Seri: C, Sayı: 364, 18.12.2000.

kimliği, insan onurunun ve insan olmanın ayrılmaz bir parçasıdır ve ayrımcılığın veya tacizin temeli olmamalıdır.”⁴⁴⁴

Yogyakarta ilkeleri, giriş bölümünde, günümüzde pek çok devletin cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelinde ayrımcılık olmadan eşitliğin sağlanması için adımlar attığına dikkat çekmektedir.⁴⁴⁵

Eşcinsellerin aile kurma hakkına ilişkin olarak da 24. ilke: “Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği fark etmeksizin, herkesin aile kurma hakkı vardır. Aileler, çeşitli şekillerde mevcuttur. Hiçbir aile, üyelerinin cinsel yönelimi ya da cinsiyet kimliğine dayalı olarak ayrımcılığa maruz bırakılamaz.” demektedir.

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

⁴⁴⁴ Yogyakarta İlkelerine Giriş, 2020, s. 5. 6-9 Kasım 2006 tarihinde Endonezya Yogyakarta’da 25 ülkeden 29 insan hakları uzmanı, oybirliğiyle Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri’ni kabul etmiştir. Bu uzmanlar arasında üniversite profesörleri, anayasa mahkemesi ve yüksek mahkeme yargıçları, BM raportörleri, parlamenterler, insan hakları avukatları ve aktivistleri, uluslararası sivil toplum örgütlerinin direktörleri yer almaktadır.

⁴⁴⁵ Yogyakarta İlkelerine Giriş, 2020, s. 5.

AİHS’de aile kurma hakkının dayanakları 8. ve 12. maddelerdir. Özel ve aile hayatına saygı hakkı başlıklı 8. Madde⁴⁴⁶ evlilikle kurulmayan birliktelikleri güvence altına alırken evlenme ve aile kurma hakkı başlıklı 12. Madde⁴⁴⁷ evlenme hakkını düzenlemektedir.

AİHS’in 8. Maddesi halihazırda kurulmuş olan bir aile birliğini korumaktadır, özellikle eski tarihli kararlarında AİHM 8. Maddenin aile kurma arzusunu güvence altına almadığını vurgulamaktadır.⁴⁴⁸ Bu doğrultuda hangi birlikteliklerin aile olarak kabul edileceği ve 8. Madde kapsamında korunacağı önem taşır. Eşcinsel birlikteliklerin 8.madde çerçevesinde korunması ancak AİHM tarafından aile olarak kabul edilmeleriyle mümkün olmuştur.

AİHM, fiili bağları da 8.madde kapsamında aile olarak değerlendirmektedir.⁴⁴⁹ 1979 tarihli Marckx v. Belgium kararında mahkeme anne ile evlilik dışı birliktelikten doğan çocuğun arasında hukuki bir bağ olmasa dahi fiili bağları olması nedeniyle 8. Madde kapsamında aile kapsamında değerlendirileceğine hükmetmiştir.⁴⁵⁰ Mahkeme bu tarihten sonra önüne gelen başvurularda da fiili bağların aile birliği olarak değerlendirilmesi eğiliminde olmuştur. 1997 tarihli X, Y and Z v. The United Kingdom kararında mahkeme

⁴⁴⁶ AİHS m. 8/1: “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”.

⁴⁴⁷ AİHS m. 12: “Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.”

⁴⁴⁸ Fretté v. France, Appl. No: 36515/97, 26/02/2002, para. 32. ; E.B. v. France [GC], Appl. No: 43546/02, 22/01/2008, para. 41.

⁴⁴⁹ Marckx v. Belgium, Appl. no. 6833/74, 13/06/1979.; X, Y And Z V. The United Kingdom, Appl. No: 21830/93, 22/04/1997.

⁴⁵⁰ Marckx v. Belgium, Appl. no. 6833/74, 13/06/1979, para. 31.

dönüşüm sürecini tamamlamamış trans erkek ile kadın partnerinin çocuklarıyla olan bağıni aile birliği kapsamında değerlendirmiştir.⁴⁵¹ Bununla birlikte mahkeme bir süre, fiili birlikteliklere ilişkin bu yaklaşımı eşcinsel birlikteliklere uygulamamıştır. Mata Estevez kararında mahkeme eşcinsel birlikteliklerin aile hayatı kapsamında değerlendirilemeyeceğini, özel hayat kapsamında değerlendirileceğine hükmetmiştir.⁴⁵²

AİHS m. 12 evlenme hakkını kadın ve erkek arasında düzenlemektedir. AİHM de uzun bir süre evlilik ve aile kurumlarını biyolojik cinsiyetleri kadın ve erkek olan kişiler arasındaki birlik olarak tanımış, aile anlayışını da bu çerçevede geliştirmiştir.⁴⁵³ Mahkemeye göre 12. madde karşı cinsiyetten kişiler arasındaki geleneksel evliliğe göndermede bulunur, bu düzenleme esas olarak ailenin temeli olarak evliliğin korunmasını sağlamaya yöneliktir.⁴⁵⁴ 1990 tarihli Cossey v. The United Kingdom kararında da mahkeme cinsiyet değişim sürecinden geçmiş kadın cinsiyetiyle pasaport almış başvurucunun erkek partneriyle evlenme talebinin reddedilmesinin aile kurma hakkını ihlal etmediğine hükmetmiştir. Mahkeme bu kararda, başvuruyla benzer konumdaki kişilerin üye devletlerin bazılarında aile kurma hakkının tanındığı görölse de bu durumun sözleşmenin geleneksel evlilik anlayışını değiştirmesi için yeterli bir veri olmadığını ifade etmektedir.⁴⁵⁵

Mahkeme bu içtihadını 2002 tarihli Christine Goodwin v. The United Kingdom kararıyla değiştirmiştir.⁴⁵⁶ Mahkeme bu kararında sözleşmenin cinsiyetin “yalnızca biyolojik

⁴⁵¹ X, Y And Z V. The United Kingdom, Appl. No: 21830/93, 22/04/1997, para. 33-37.

⁴⁵² Mata Estevez v. Spain, Appl. No: 56501/00, 10/05/2001.

⁴⁵³ Rees v. The United Kingdom, Appl. No: 9532/81, 17/10/1986, para. 49.

⁴⁵⁴ Rees v. The United Kingdom, Appl. No: 9532/81, 17/10/1986, para. 49-50.

⁴⁵⁵ Cossey v. The United Kingdom, Appl. No: 10843/84, 27/09/1990, para. 46.

⁴⁵⁶ Christine Goodwin v. The United Kingdom, Appl. no. 28957/95, 11/07/2002.

kıstaslara göre belirlenmesi” gerektiği şeklinde yorumlanamayacağını ifade ederek tıpta ve bilimde yaşanan değişimleri ve toplumlardaki dönüşüme etkisini ortaya koymuştur. Mahkemeye göre sözleşmenin akdedilmesinden sonra aile kurumunun anlaşılmasında da ciddi değişiklikler yaşanmıştır.⁴⁵⁷ Bu karar, geleneksel evlilik kurumunun içerdiği katı cinsiyet normlarının sorguya açılması bakımından önem taşımaktadır. AİHM’in, evlilik kurumunun mutlak olarak karşı cinsiyetten kişilere özgülenmesinin sözleşmeyle zorunlu kılınmadığı yönündeki içtihadının temelini de bu kararla atıldığı söylenebilir.

AİHM’in aile kurma hakkına ilişkin içtihadı son 20 yılda değişmiştir. 2010 tarihli Kozak v. Polonya kararında aile kurumunun ele alınmasında sözleşmenin yaşayan bir kurum olarak dinamik yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁵⁸ Mahkeme bu tarihten sonraki kararlarında da aile hayatı kavramının eksiksiz bir tanımını yapmanın mümkün olmadığını⁴⁵⁹, aile hayatının yaşama biçimlerinin çok çeşitli olduğunu ve toplumda bu ilişkilenebilir bakışın dönüşümünün de dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁶⁰ Bununla birlikte Kozak kararında da mahkeme eşcinsel birliktelikleri aile birliği içerisinde değerlendirmemiştir. Eşcinsel birlikteliklerin aile olarak değerlendirildiği ilk karar Schalk and Kopf v. Austria kararıdır.⁴⁶¹

⁴⁵⁷ Christine Goodwin v. The United Kingdom, Appl. no. 28957/95, 11/07/2002, para. 100.

⁴⁵⁸ Kozak v. Poland, Appl. No: 13102/02, 02/03/2010, para. 98-99.

⁴⁵⁹ Maskhadova and Others v. Russia, Appl. No: 18071/05, 06/06/2013, para. 208. ; X and Others v. Austria [GC], Appl. No: 19010/07, 19/02/2013, para. 139. ; Vallianatos and Others v. Greece [GC] Appl. No: 29381/09 ; 32684/09, 07/11/2013, para. 84.

⁴⁶⁰ X and Others v. Austria [GC], Appl. No: 19010/07, 19/02/2013, para. 139. ; Vallianatos and Others v. Greece [GC] Appl. No: 29381/09 ; 32684/09, 07/11/2013, para. 84.

⁴⁶¹ Schalk And Kopf v. Austria, Application no. 30141/04.

Schalk and Kopf v. Austria kararından önce mahkemenin içtihadı 8. Maddenin aile kurmaya yönelik talepleri güvence altına almadığı yönüyle, bu içtihadından sonra eşcinsel birlikteliklerin tanınmaya yönelik talepler de bu maddeyle güvence altına alınmaya başlamıştır.⁴⁶² Mahkeme Schalk and Kopf v. Austria kararıyla benimsenen bu yaklaşımı başka kararlarında da sürdürmüştür. Mahkemenin eşcinsel birliktelikleri aile olarak kabul ettiği içtihatlarını ayrıca incelemekte yarar vardır.

Schalk And Kopf v. Austria

Bu karar, AİHM'in aile birliği kavramını ve geleneksel anlayışları tartıştığı ilk kararı değildir⁴⁶³, ancak eşcinsel birlikteliklerin aile olarak tanınması açısından önemli bir karardır. Mahkeme bu kararda eşcinsel birlikteliklerin, tanıma ve korumaya heteroseksüel birliktelikler kadar yetkin olduklarını ve buna ihtiyaç duyduklarını vurgulamaktadır.⁴⁶⁴

Bu dava açısından önem taşıyan bir husus, AİHM'nin önceki kararlarında sergilediği “eşcinsel birlikteliklerin aile hayatı bağlamında değil özel hayat bağlamında korunması”⁴⁶⁵ yönündeki yaklaşımını değiştirmiş olmasıdır. Önceki yaklaşımın bir sonucu, “eşcinselliğin mahremleştirilmesi” sürecinin desteklenmesiyle kamusal alanda tanıma ve korumaya olan

⁴⁶² D.J. Harris et. Al. , **Law of European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 2018, s. 542.

⁴⁶³ Emre Birden, “Eşcinsel Birlikteliklerin AİHS Çerçevesinde Tanınması”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, cilt: 4, Sayı: 8, 2015, ss. 159-195. Bu noktada aile kurma hakkı açısından cinsiyet bariyerlerinin yıkılması da önem taşımaktadır. AİHS sistemi için cinsiyet bariyerlerinin yıkılmasında etkili olan Goodwin kararı, katı kadın-erkek birlikteliğini biyolojik atamalarla sınırlı tutmayarak cinsiyet bariyerini de sorguya açmıştır.

⁴⁶⁴ Schalk And Kopf v. Austria, Application no. 30141/04, para. 99.

⁴⁶⁵ P.B. and J.S. v. Austria, July 22, 2010, Application no. 18984/02 para. 28.

ihtiyacın azalmasıdır.⁴⁶⁶ İlişkilerin özel alana hapsedilerek kamusal alana taşınmasının önlenmesi, halihazırda *dolabın mantığını* yansıtmaktadır.

Mahkemenin bu karardaki yaklaşımında, geleneksel ailelere benzer şekilde, sürekli eşcinsel ilişkilerin de aile birliği kapsamında değerlendirilmesi söz konusudur. Ancak mahkemenin bu yorumu dahi, aile kavramının geleneksel anlayışından uzaklaşmayan dar bir yorumdur. Doktrinde de, bu uzun süreli, stabil ilişki anlayışı ve aile kapsamına sokmak için aynı evde yaşamak ve ekonomik kaynakları birlikte kullanmak şartlarını arayan realist yaklaşım eleştirilmektedir.⁴⁶⁷ Mahkemenin bu yaklaşımında eksik görülen ise, sevgi ve bağlılığın aile birliği kurmadaki etkisine yeterince gönderme yapılmamasıdır.⁴⁶⁸

Bir görüşe göre de realist yaklaşımın bu testi, AİHS'in terminolojisine de uygun bir tercihtir. Nitekim Mahkeme, AİHS m.8'in "aile hayatı" ifadesine dayanarak bir belirleme yapmalıdır, dolayısıyla aile yaşantısına ilişkin belirlemelerden hareket etmesi beklenebilir. Bununla birlikte, örneğin, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin *Canada v. Mossop*'ta "aile birliği" kavramından hareket etmesi gerekliliği, mahkemenin aile yaşantısına ilişkin bir belirleme yapmadan tartışmayı sürdürmesini sağlamıştır. Sonuçta, metinlerdeki bu farklılık,

⁴⁶⁶ Sabrina Ragone, Valentina Volpe, "An Emerging Right to a Gay Family Life: The Case Oliari v. Italy in a Comparative Perspective", **German Law Journal**, Vol. 17, no. 3, 2016, 451-486, s. 473.

⁴⁶⁷ Nicholas Bamforth, "Families but Not (Yet) Marriages - Same-Sex Partners and the Developing European Convention Margin of Appreciation", **Child and Family Law Quarterly**, vol. 23, no. 1, 2011, ss. 128-143, s. 137.

⁴⁶⁸ Gregor Puppink, The dilution of the family in human rights: Comments on Vallianatos and other ECHR cases on "family life," EJIL: TALK!, March 25, 2014, available at: <http://www.ejiltalk.org/the-dilution-of-the-family-inhuman-rights-comments-on-vallianatos-and-other-echr-cases-on-family-life/>.

mahkemelerin aynı aile anlayışına farklı yaklaşımları sonucu doğurmuştur.⁴⁶⁹ Yine de, mahkemenin bu kararda benimsediği realist yaklaşım, ne şekilci ne de işlevci yaklaşıma benzemektedir. Çoğunlukla da, karşı cinsiyetler için tasarlanmış bir aile konseptinin yinelenmesi sonucunu doğurmaktadır. Nitekim bu kişiler, ancak karşı cinsiyetten kişiler gibi uzun süredir birlikte yaşıyorlar ve bu geleneksel ailedeki gibi ekonomik kaynakları birlikte kullanıyorlarsa heteroseksüel ilişkiler gibi “aile” sayılabileceklerdir.

Sonuç olarak, tüm bu tespitlerine rağmen, mahkemeye göre böyle bir sosyal konuda Sözleşme tarafı ülkeler arasında konsensüs oluştuğundan söz edilemeyeceği için, devletlerin bu birlikteliklerin tanınmaya teşvik edilmesi henüz söz konusu değildir.

Vallianatos And Others v. Greece

Mahkeme bu kararda da eşcinsel birlikteliklerin aile olarak tanınması gerektiği sonucuna varmaktadır. Bununla birlikte bu birlikteliklerin, heteroseksüel birlikteliklerde olduğu gibi m.8’de düzenlenen özel hayatın korunması bağlamında değerlendirilmesi ve aile hayatının korunması kapsamında korunmasına hükmetmiştir.⁴⁷⁰ Ancak mahkeme, Schalk and Kopf kararında aradığı konsensüsü henüz bulamadığını ayrıca ifade etmektedir. Bu doğrultuda, eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanınması hususunda, sözleşmecî devletler arasında yükselen bir trend görülüyor olsa da hala bir konsensüs olduğunu söylemek mümkün değildir.⁴⁷¹

Mahkeme, bu kararda, devletin pozitif yükümlülüğüne ilişkin belirlemeleri konusunda da farklı bir yaklaşım sergilemiştir. Mahkemeye göre, devletin, eşcinsel çiftleri tanıma gibi

⁴⁶⁹ Sperti, 2017, s.67.

⁴⁷⁰ Vallianatos And Others v. Greece: Applications nos. 29381/09 and 32684/09, para. 73.

⁴⁷¹ Vallianatos And Others v. Greece, para. 91.

bir pozitif yükümlülüğünün olduğunu söylemek mümkün olmasa da, dava zaten bu talebe ilişkin değildir. Heteroseksüel çiftlere halihazırda tanınmış olan, evliliğe alternatif oluşturacak bir medeni birliktelik söz konusudur. Mahkemeye göre, heteroseksüel çiftlere tanınan böyle bir imkandan eşcinsel çiftlerin yararlanamaması eşitlik ilkesine aykırıdır, 14. maddenin ihlali sonucunu doğurur.⁴⁷²

Oliari and Others v. Italy

Bu kararda ilk defa, eşcinsel birlikteliklerin tanıma ve korumaya yetkin olmasının yanı sıra, devletin bu hususta pozitif yükümlülüğünün olduğundan söz edilmeye başladığı görülmektedir.⁴⁷³ Bu kararda AİHM, İtalya'yı, bu birlikteliklere yönelik tanıma ve koruma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği için haksız bulmuştur.⁴⁷⁴

Mahkeme önceki kararlarında aradığı konsensüsü bu kararda da değerlendirmeye almıştır. Eşcinsel ilişkilere ilişkin konsensüsün hala sağlanamadığı ancak sivil birliktelikler için artık konsensüsün varlığından bahsetmenin mümkün olduğu kanısındadır. Nitekim karar tarihinde, 47 üye devletten 24'ü evlenme ya da sivil birliktelikler şeklinde eşcinsel birliktelikleri hukuki olarak tanımaktadır. Bu bağlamda mahkeme, İtalya'da yerel olarak yapılan anketlerin de bu yönde olumlu bir sonuç çıkardığını ortaya koyarak, İtalya hakkında böyle bir pozitif yükümlülüğün varlığına karar vermiştir.

Fedotova and Others v. Russia

Oliari kararında mahkeme İtalya'daki sosyal kabule ilişkin tespitlerinden sonra İtalya'nın eşcinsel birlikteliklerin korunmasına yönelik pozitif yükümlülüklerinin olduğuna karar vermiş, ancak bu yaklaşım, eşcinsellere yönelik toplumsal kabulün yüksek olmadığı

⁴⁷² Vallianatos And Others v. Greece, para. 75, 92.

⁴⁷³ Oliari and Others v. Italy: Applications nos. 18766/11 and 36030/11, para. 125.

⁴⁷⁴ Oliari and Others v. Italy, para.185.

sözleşmecî ülkelerde mahkemenin nasıl bir tutum takınacağı konusunu açık bırakmıştı. Fedotova kararı bu sorunun yanıtı niteliğinde bir karardır.

AİHM, Rusya’da eşcinsel çiftlerin “aile olarak” birlikte yaşamasının önünde bir engel olmamasıyla beraber, eşcinsellerin birlikteliklerinin hukukça tanınabileceği bir yasal çerçevenin de olmadığına altına çizmektedir.⁴⁷⁵ Rusya’da hukukun tanıdığı biçimde aile birliği oluşturabilmek yalnızca heteroseksüel evlilik modeli ile mümkündür.

Mahkeme, önceki kararlarında da üzerinde durduğu gibi, üye devletlerin eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında ve korunmasında kendi sosyal ve kültürel yapılarına en uygun tanıma biçimini belirlemekte takdir marjı olduğunu vurgulamaktadır. Bununla birlikte önündeki dosyada eşcinsel birlikteliklerin korunmasına yönelik herhangi bir yasal çerçeve oluşturmamış olmakla Rusya’nın bu takdir marjını aştığını tespit etmektedir.⁴⁷⁶ Rusya’nın var olduğunu ileri sürdüğü ciddi eşcinsel evlilik karşıtlığının da geleneksel evliliği korumak adına eşcinsel “evlilik”lere karşı olduğunu ortaya koyduğuna dikkat çekmektedir. Mahkeme bu karşıtlığın eşcinsel birlikteliklerin tanınabileceği diğer modellere yönelik bir karşıtlık içermediğini ifade etmektedir.⁴⁷⁷

Fedotova kararında başka bir önemli nokta da, Mahkemenin “çoğunluğun eşcinsel birlikteliklere karşı olduğu” argümanına takdir marjı doktrininin içinde kalarak nasıl yanıt verdiğidir. Takdir marjı doktrini çerçevesinde, mahkemenin sosyal konularda vereceği kararlarda çoğunluğun duyarlılıklarının önem taşıyacağı doğru olmakla birlikte, şu hususları birbirinden ayırmak gerekmektedir: sözleşmenin sağladığı güvencelerin kapsamının bu duyarlılıklara dayanılarak genişletilmesi ile toplumun belirli bir kesiminin özel hayat

⁴⁷⁵ Fedotova and Others v. Russia - 40792/10, 30538/14 and 43439/14, 13.7.2021.

⁴⁷⁶ Fedotova and Others v. Russia - 40792/10, 30538/14 and 43439/14, 13.7.2021, para. 56.

⁴⁷⁷ Fedotova and Others v. Russia - 40792/10, 30538/14 and 43439/14, 13.7.2021, para. 56.

hakkının ya da aile kurma hakkına erişimini reddedecek biçimde bu duyarlılıklara dayanmak arasında ciddi fark vardır.⁴⁷⁸ Sözleşmede güvence altına alınan temel haklardan birinin azınlık bir grup tarafından kullanılmasının çoğunluğun kabulüne bağlanması, sözleşmenin altında yatan temel değerler ile bağdaşmamaktadır.⁴⁷⁹

Rusya'nın 2020 Anayasa değişikliğinde "eşcinsel evlilikleri yasaklamak"⁴⁸⁰ amacıyla getirdiği evliliklerin kadın ve erkek arasındaki birliktelik olduğu hükmü ve bu çerçevede geleneksel evliliğin korunması amacı da mahkeme tarafından ele alınmaktadır. Mahkeme, eşcinsel birlikteliklerin tanınmasının geleneksel evlilik için bir risk teşkil etmediğini, karşıt cinsiyetten kişilerin evlenmesi veya evlilik kurumunun sağladığı haklardan faydalanmasının önünde engel olmadığını ifade etmektedir.⁴⁸¹

2. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi

Amerikan İnsan Hakları ve Görevleri Beyannamesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin, özünde evlilik birliği içinde olmayan ailelerle evlilik birliğiyle kurulmuş aileleri eşit olarak tanıdığı savunulmaktadır.⁴⁸²

⁴⁷⁸ Fedotova and Others v. Russia - 40792/10, 30538/14 and 43439/14, 13.7.2021, para. 52.

⁴⁷⁹ Fedotova and Others v. Russia - 40792/10, 30538/14 and 43439/14, 13.7.2021, para. 52.

⁴⁸⁰ Andrew E. Kramer, "Putin Proposes Constitutional Ban on Gay Marriage", <https://www.nytimes.com/2020/03/03/world/europe/putin-proposes-constitutional-ban-on-gay-marriage.html>. (Erişim Tarihi: 3 Ağustos 2021, 11:20); <https://www.reuters.com/article/us-russia-politics-gaymarriage-idUSKCN24G1CJ>. (Erişim Tarihi: 3 Ağustos 2021, 10:27)

⁴⁸¹ Fedotova and Others v. Russia - 40792/10, 30538/14 and 43439/14, 13.7.2021, para. 54.

⁴⁸² Saez, 2019, s. 320.

Yaklaşık aynı zamanlarda kaleme alınmış olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Amerikan İnsan Hakları ve Görevleri Beyannamesi aile ve evlilik kurumlarının tanınması ve korunması bakımından oldukça farklı yaklaşımlar benimsemiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi evlilik kurumuna odaklanmış ve evlenme hakkını tanımıştır.⁴⁸³ Amerikan İnsan Hakları ve Görevleri Beyannamesi ise aile kurumuna odaklanarak bireylerin aile kurma hakkını güvence altına almıştır.⁴⁸⁴

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi de aile kurumunu toplumun doğal ve temel bir yapıtaşı olarak tanımlamış⁴⁸⁵, “kadın ve erkek”lerin evlenme ve aile kurma haklarını güvence altına almış⁴⁸⁶, boşanma ve evlilik dışı doğan çocukların durumu gibi hususları da düzenleyerek ayrıntılı bir koruma öngörmüştür.

⁴⁸³ Bildirgenin 16. Maddesinde bireylerin “evlenme ve aile kurma hakkı” güvence altına alınmış evlilik kurumu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir: “Yetişkin erkeklerle kadınların, ırk, uyruklu ya da din bakımından herhangi bir sınırlama yapılmaksızın, evlenmeye ve bir aile kurmaya hakkı vardır. Evlenmede, evlilikte ve evliliğin bozulmasında hakları eşittir. Evlilik, ancak evlenmeye niyetlenen eşlerin özgür ve tam oluruyla yapılır. Aile, toplumun doğal ve temel birimidir; toplum ve Devlet tarafından korunur.” <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (Erişim Tarihi: 17 Ağustos 2021, 18:32)

⁴⁸⁴ Aile Kurma Hakkı ve Ailenin Korunması başlıklı 6. Maddesi : “Herkesin, toplumun temel unsuru olan aileyi kurma ve bu nedenle korunma hakkı vardır.” demektir. <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic2.american%20declaration.htm> (Erişim Tarihi: 17 Ağustos 2021, 18:11)

⁴⁸⁵ Am. İHS m.17/1: “Toplumun temeli ve doğal bir unsuru olan aile, devletin özel koruması altındadır.”

⁴⁸⁶ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi aile kurma hakkını diğer sözleşmelerden farklı olarak İngilizce metinde “raise a family” olarak düzenlemiştir. İspanyolca metinde ise diğer sözleşmeler

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi özel hayata saygı hakkıyla ilişkili olarak ailenin korunmasına yönelik içtihadı geniştir.⁴⁸⁷ Özellikle de çocuk hakları ve aile içi eşitlik konularında zengin bir içtihadı vardır.⁴⁸⁸

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin cinsel yönelimlere ilişkin ilk kararı 2010 yılında, Karen Atala'nın cinsel yönelimi nedeniyle çocuklarının velayetini kaybetmesinin ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirdiği Şili aleyhine kaleme aldığı karardır.⁴⁸⁹ Daha sonra 2012 yılında Atala v. Chile kararıyla mahkeme Karen Atala lehine karar vermiş ve cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde yasaklanan ayrımcılık temellerinden olduğunu kararlaştırmıştır.⁴⁹⁰

gibi “a fundar una familia” ifadesi kullanılmıştır. Amerikan İHS m. 17/2: “Bu sözleşmede belirlenmiş olan ayrımcılık yasağı ilkesine zarar vermeden, iç hukuk koşullarını sağlamaları şartıyla, evlenebilir yaşta olan erkeklerin ve kadınların evlenme ve aile kurma hakları vardır.” Üye devletlerin evlenme ve aile kurma hakkına ilişkin düzenlemelerinin ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edemeyeceğine ilişkin vurgu da diğer sözleşmelerden farklılık göstermektedir. Doktrinde sözleşmenin bu ayrıntılı düzenlemesi ve ayrımcılık yasağı vurgusu, heteroseksüel evlilik dışındaki aile kurma biçimlerinin korunması yönündeki içtihatların önünü açtığı yönünde yorumlanmaktadır. (Saez, 2019, s. 326)

⁴⁸⁷ Saez, 2019, s. 328.

⁴⁸⁸ Saez, 2019, s. 329.

⁴⁸⁹ Atala Riffo and Daughters v. Chile (Atala v. Chile), Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-American Court of Human Rights (ser. C), No. 239, (Feb. 24, 2012).; Saez, 2019, s. 335.

⁴⁹⁰ Atala Riffo and Daughters v. Chile (Atala v. Chile), Merits, Reparations, and Costs, Judgment, Inter-American Court of Human Rights (ser. C), No. 239, (Feb. 24, 2012).

Atala v. Chile kararında mahkeme kararını cinsel yönelim temelinde ayrımcılık yasağı üzerinden kurmuş olsa da⁴⁹¹, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin sınırlı bir aile anlayışı olmadığını ve yalnızca geleneksel aileyi korumadığını ortaya koymaktadır.⁴⁹² Bu doğrultuda mahkeme aile kavramını evlilikle sınırlı olacak biçimde yorumlamadığını, partnerlerin birlikte yaşayarak kurdukları de facto aile bağlarını da aile olarak değerlendirdiğini ifade etmektedir.⁴⁹³ Ayrıca Şili Yüksek Mahkemesinin Karen Atala aleyhine verdiği kararda benimsediği aile anlayışının dar, aile kurumuna ilişkin basmakalıp görüşleri yansıtan ve Sözleşme’yi hiçbir şekilde temel almayan bir “geleneksel” aile anlayışı olduğunu belirtmektedir.⁴⁹⁴

Benzer şekilde mahkeme, 2014 yılında verdiği Marta Lucia Alvarez kararında eşcinsel bir mahkumun partneriyle görüşme imkanının heteroseksüel ilişki içerisindeki mahkumlarla aynı olmadığı iddiasını incelemiştir. Alvarez, Kolombiya hukukunda⁴⁹⁵ mahkumlara tanınan partner görüşmelerinden ailesi olarak tanımladığı partneriyle görüşerek yararlanmak

⁴⁹¹ Nadia Melehi, “The Right to Family Life Free from Discrimination on the Basis of Sexual Orientation: The European and Inter-American Perspectives”, **American University International Law Review**, Vol. 29, Issue 4, 2014, ss. 945-988, 980 vd. ; Paul Alvaro, "Examining Atala-Riffo and Daughters v. Chile, the First Inter-American Case on Sexual Orientation, and Some of Its Implications", **Inter-American and European Human Rights Journal**, Vol. 7, 2014, ss. 54-74, s. 59 vd.

⁴⁹² Atala v. Chile, Para. 142.

⁴⁹³ Atala v. Chile, Para. 142.

⁴⁹⁴ Atala v. Chile, para. 145.

⁴⁹⁵ 65/93 Sayılı İnfaz Kanununun uygulanması hakkında yönetmelik: Resolution No. 5889 of August 20, 1993. Issued by the Director of the National Penitentiary and Prison Institute – INPEC. Annex 1 of the original petition received on May 31, 1996.

istemektedir. Hapishanenin bu talebi reddetmesiyle mahkeme bu müdahalenin Alvarez'in özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına ayrımcı bir müdahale teşkil ettiğini tespit etmiş ve Kolombiya aleyhine karar vermiştir.⁴⁹⁶ Mahkeme bu kararda, mahkumun kendi hayatına dair kararlar alabilmesine ilişkin özerkliğine odaklanmıştır.⁴⁹⁷ Bu kararlar Atala v. Chile kararıyla benimsenmiş olan çoğulcu aile anlayışı pekiştirilmiştir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin eşcinsel birliktelikler bakımından önem taşıyan başka bir kararı da 2016 tarihli tavsiye kararıdır.⁴⁹⁸ 2016 yılında mahkeme, Kosta Rika'nın yönelttiği sorular doğrultusunda LGBTİ hakları üzerine bir rapor yayınlamıştır. Bu raporda mahkeme cinsel yönelim temelli ayrımcılık yasağı, cinsiyet kimliğine ilişkin haklar ve isim değişikliği prosedürleri, eşcinsel birlikteliklerin korunması gibi konuları ele almaktadır.

Mahkeme bu kararda Atala v. Chile kararında olduğu gibi Sözleşmenin benimsediği aile anlayışının evlilikle sınırlı olmadığını ve dar anlaşılmaması gerektiğini vurgulamıştır.⁴⁹⁹ Bununla birlikte Kosta Rika'nın yönelttiği sorular bağlamında Sözleşmede yer aldığı haliyle aile kavramının eşcinsel çiftler arasındaki duygusal bağı kapsayıp kapsamadığını da tespit etmesi gerekmektedir. Mahkeme bu tespiti yaparken lafzi yorum, sistematik yorum ve tarihsel yorum yanında dinamik yorum yapacağını ifade etmektedir.⁵⁰⁰ Mahkeme aile

⁴⁹⁶ IACHR, Report No.122/18, Case No. 11.656. Merits (Publication). Marta Lucia Alvarez Giraldo. Colombia. October 5, 2018.

⁴⁹⁷ Para. 203.

⁴⁹⁸ Advisory Opinion OC-24/17, Inter-American Court of Human Rights (ser. A), No. 24 (Nov. 24, 2017)

⁴⁹⁹ Advisory Opinion OC-24/17, para. 174.

⁵⁰⁰ Advisory Opinion OC-24/17, para 175.

kurumunun zamanla evrildiği ve toplumun dönüşümüne uyum sağladığını tespit etmektedir. Ayrıca aile bağlarının çok çeşitli olduğunu ve bu bağların yalnızca evlilikle kurulan bağlara indirgenemeyeceğini ifade etmektedir.⁵⁰¹

Sözleşmenin “evlenme çağına gelmiş kadın ve erkek” ifadesinin bir ailenin evlenmekle kurulmasını veya hangi temellerde kurulacağına ilişkin dar bir yorumu zorunlu kılmadığını savunmaktadır.⁵⁰² Ayrıca mahkeme sözleşmenin yapıldığı dönemdeki koşulların sonucu olarak sözleşmenin kaleme alınması sırasında eşcinsel birlikteliklerin tanınıp tanınmayacağına ilişkin tartışma yürütülmediğini ancak insan hakları sözleşmelerinin yaşayan kurumlar olduğunu ve yaptıkları andaki anlayışlarla anlaşılamayacağını vurgulamaktadır.⁵⁰³ Bu doğrultuda mahkeme, aile kavramının eşcinsel birliktelikleri dışarıda bırakacak şekilde dar yorumlanmasının sözleşmenin amaçlarıyla bağdaşmayacağını savunmaktadır, nitekim sözleşmenin amacı, temel insan haklarının -hiçbir ayrım gözetilmeden- korunmasıdır.⁵⁰⁴

Mahkeme bu akıl yürütmesinden sonra AİHM içtihatlarına ve eşcinsel birlikteliklerin aile bağları oluşturmak bakımından yetkin olup olmadığı tartışmasına değinmiştir. Schalk and Kopf v. Austria ve Vallianatos v. Greece kararlarına atıf yaparak eşcinsellerin aile kurma bakımından heteroseksüeller kadar yetkin olduğu sonucuna varan mahkeme, aile kurma biçimlerini biri diğerinden üstün olacak biçimde ayrıştırma ya da birini diğerinden yeğ tutma gibi bir rol üstlenemeyeceğini vurgulamıştır.⁵⁰⁵ Ayrıca mahkeme farklı aile kurma

⁵⁰¹ Advisory Opinion OC-24/17, para. 178.

⁵⁰² Advisory Opinion OC-24/17, para 182.

⁵⁰³ Advisory Opinion OC-24/17, para. 186-187.

⁵⁰⁴ Advisory Opinion OC-24/17, para. 189.

⁵⁰⁵ Advisory Opinion OC-24/17, para. 191.

biçimlerini tanıma ve korumanın devletlerin (pozitif) yükümlülüğünde olduğunu kararlaştırmıştır.⁵⁰⁶

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi m.1/1 bakımından değerlendirdiğinde mahkeme, farklı aile biçimlerinin korunmasında devletlerin hem negatif hem de pozitif yükümlülüklerinin olduğuna dikkat çekmektedir.⁵⁰⁷ Mahkeme bu yükümlüğün yerine getirilmesinde nasıl mekanizmalar benimsenebileceğini üye devletlerin takdirine bırakmış ancak bu mekanizmaların benimsenmesinde eşitlik ilkesine aykırı bir durum oluşturulamayacağına da dikkat çekmiştir. Mahkeme bu doğrultuda yeni kurumlar oluşturmak yerine var olan kurumlara eşcinsel birliktelikleri dahil etmeyi tavsiye etmektedir.⁵⁰⁸ Bu yaklaşımıyla mahkeme evlenmemiş çiftlere evlilik kurumunun sağladığı yararları sağlamak yerine, kuruma erişim bakımından eşitlik sağlamayı tercih etmektedir. Bu çerçevede mahkeme devletlerin, eşcinsel çiftlerin aile olarak korunmasını garanti altına almak üzere, hukuk sistemlerinde var olan tüm kurumlara eşit erişim sağlaması gerektiğini kararlaştırmıştır.⁵⁰⁹ Bununla birlikte, bu tür kurumsal değişikliklerin bir süreç olduğunu göz önünde bulundurarak, evlilik kurumuna erişimi henüz sağlayamamış devletlerin cinsel yönelim temelli ayrımcılık yapmama yükümlülükleri doğrultusunda eşcinsel birlikteliklere de heteroseksüel birlikteliklere evlilikle tanınan hakları tanımakla yükümlü olduklarını belirtmektedir.⁵¹⁰

⁵⁰⁶ Advisory Opinion OC-24/17, para. 191.

⁵⁰⁷ Advisory Opinion OC-24/17, para. 202.

⁵⁰⁸ Advisory Opinion OC-24/17, para. 218.

⁵⁰⁹ Advisory Opinion OC-24/17, para. 228.

⁵¹⁰ Advisory Opinion OC-24/17, para. 227.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin bu tavsiye kararı eşcinsel birlikteliklerin tanınması konusunda oldukça ilerici bir çerçeve çizmektedir. Bununla birlikte, soruları yönelten devlet için dahi bağlayıcılık taşımaması bu kararın etkisini zayıflatmaktadır.

Doktrinde bu kararların, bağlayıcı olmamalarına rağmen insan haklarının yorumlanmasında üye devletlere yol gösterici olması bakımından önemini yitirmediği ileri sürülmektedir.⁵¹¹ Kosta Rika Yüksek Mahkemesi, her ne kadar uyma yükümlülüğü olmasa da bu kararın kendisi bakımından bağlayıcı olduğu yönünde karar vermiştir.⁵¹² Kosta Rika örneğinde bu karar, hükümete eşcinsel haklarını geliştirmek ve eşcinsel birliktelikleri tanıma yönünde uluslararası düzeyde bir destek oluşturmuştur.⁵¹³

Saez'e göre bu kararın evlilik eşitliğine odaklanmış olması iki temel soruna yol açmıştır. Birincisi, üye devletlerde dini grupların etkisinin mahkeme ve anti-LGBTİ propagandalar yoluyla arttırılmasına yol açabilmiştir, ör. Kosta Rika.⁵¹⁴ İkincisi ise evlilik kurumuna olan vurguyla birlikte evlenmemiş aileler ile evlilik yoluyla kurulmuş aileler arasındaki eşitsizliği görünmez kılabilmektedir.⁵¹⁵

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (IACtHR/AAİHM) ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin eşcinsel birlikteliklerin tanınmasına ilişkin yaklaşımında birkaç fark

⁵¹¹ Saez, 2019, s. 347.

⁵¹² Kosta Rika bakımından yapılan incelemede ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır. Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia, Resolución N° 12782 – 2018, 08/08/2018. ; Ayrıca bkz. Saez 2019, s. 347. ; Contesse, 2019, s. 384.

⁵¹³ Saez, 2019, s. 347.

⁵¹⁴ Saez, 2019, s. 351.; Contesse, 2019, s. 383.

⁵¹⁵ Saez, 2019, s. 351.

görülmektedir. İlk temel fark devletlerin bu husustaki takdir marjının genişliği ve bölgesel konsensüs arayışıdır. AİHM'in özellikle de bu konudaki ilk kararlarında (Schalk and Kopf v. Austria) bölgesel bir konsensüs aradığı ve devletlerin takdir marjını geniş yorumlama eğiliminde olduğu söylenebilir. Yukarıda da değinildiği üzere mahkeme son kararlarıyla bu yaklaşımından uzaklaşmış görünse de hala tanınmanın nasıl gerçekleştirileceği hususunu tamamen devletlere bırakmaktadır. AAIHM ise takdir marjı/bölgesel konsensüs kavramına kararlarında daha az yer vermektedir.⁵¹⁶ Ayrıca Atala v. Chile kararında mahkeme cinsel azınlıkların haklarının korunması söz konusu olduğunda, konsensüsün henüz oluşmadığı argümanının o kişilerin temel insan haklarının reddi veya tarihsel olarak sistematik bir şekilde maruz kaldıkları ayrımcılığın yeniden üretimi veya pekiştirilmesinde kullanılamayacağını ifade etmiştir.⁵¹⁷

Mahkemelerin yaklaşımındaki bir diğer farklılık ise çiftlerin aile sayılabilmeleri için benimsedikleri koşullardır. AAIHM için birlikte yaşamak aile birliği kurmak için yeterli görünmektedir⁵¹⁸, mahkeme daha derin bir inceleme yapma gereği duymamaktadır.⁵¹⁹ AİHM ise uzun süreli stabil bir ilişki içinde olmak, aynı evde yaşamak, ekonomik kaynakları birlikte kullanmak gibi koşullar arayarak ilişkinin özelliklerine ilişkin daha derin bir araştırma yapmaktadır.⁵²⁰

⁵¹⁶ Gerald L. Neuman, "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", **The European Journal of International Law**, Vol. 19 No. 1, 2008, ss. 101–123, s. 107.; Melehi, 2014, s. 980.

⁵¹⁷ Atala v. Chile, para. 92.

⁵¹⁸ Atala v. Chile, para. 142.

⁵¹⁹ Alvaro, 2014, s. 71.

⁵²⁰ Schalk and Kopf v. Austria, para. 94.

İki mahkemenin eşcinsel birlikteliklerin tanınmasındaki yaklaşımında en temel benzerlik ise sözleşmenin yorumunda dinamik bir yorum benimsemeleridir. Her iki mahkeme de insan hakları sözleşmelerinin yaşayan kurumlar olduğu ve değişen koşullarla birlikte ele alınması gerektiğini ifade etmektedir.⁵²¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin dünyadaki ulusalüstü örgütler ve aktörler içerisinde yalnızca bir görüşü yansıtmaktadır. Bu çalışmada eşcinsel birlikteliklerin tanınması ele alındığından, eşcinsel birlikteliklerin tanınması yönünde bir adım atmayan ulusal üstü örgütler ve organları bu çalışmanın konusu dışında kalmaktadır. Bununla birlikte kısaca belirtmek gerekir ki oldukça yüksek katılımı Afrika Birliği, Arap Birliği gibi örgütler, cinsel azınlıkların haklarının tanınmasında, yukarıda ele aldığımız örneklerin tam tersi bir görünüm çizmektedir.⁵²²

⁵²¹ Atala v. Chile, para. 20. ; IACtHR, Advisory Opinion OC-24/17, para. 58.; AIHM, Goodwin para. 74-75. Schalk and Kopf v. Austria, para. 57-58.

⁵²² Cinsel yönelim farklılıklarının tanınması ve cinsel azınlıkların haklarının korunması üzerine bu örgütlerin tutumunu inceleyen bir çalışma için bkz. Dominic McGoldrick,, “The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law”, **Human Rights Law Review**, vol. 16, 2016, ss. 613–668.

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASA HUKUKU BAKIMINDAN EŞCİNSEL BİRLİKTELİKLER

I. Aile Kurma Hakkı Kapsamında Eşcinsel Birliktelikler

A. Aile Kurma Hakkının Niteliği ve Kapsamı

Aile kurma hakkı, negatif yönüyle devlete “karışmama ödevi” yüklemektedir. Bu doğrultuda devletin yapacağı düzenlemeler bu hakkı sınırlama sonucunu doğurabilecektir. Devletin aile kavramına ilişkin katı belirlemeleri dahi, bu hakkın sınırlandırılmasına neden olabilir. Aile kavramının yalnızca evlilik kurumuna özgülendiği ve yalnızca evlilik yoluyla aile kurulabileceği bir aile hukuku sistemi, hakkın geleneksel bir yorumla sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır. Hakkın bu negatif yönünün yanında pozitif yönleri de vardır. Bu doğrultuda, devletin bazı hususlarda düzenleme yapması ve koruma sağlaması gerekebilecektir.

Aile kurma hakkının niteliği ve kapsamını belirleyebilmek için, “aile” ve “aile birliği” kavramlarının kapsamını belirlemek gerekmektedir. Bu kapsamı belirleme çabası, geleneksel ve modern aile anlayışlarını ve kavramın dönüşümünü incelemeyi de zorunlu hale getirmektedir.

1. Aile Birliği Kavramında Yaşanan Dönüşüm

Aile kavramı, anayasalarda ve uluslararası hukukta sıklıkla karşılaşılan bir kavramdır. Anayasa ve uluslararası hukuk düzeyinde çoğunlukla “toplumun temeli”, “toplumun en küçük yapı taşı”, “toplum düzeninin koruyucusu” gibi, çok da spesifik olmayan, ancak toplumsal olana göndermeyle tanımlanan bir kavramdır.⁵²³

⁵²³ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde (m. 16) aile toplumun temel ve doğal birimi olarak ifade edilir, buna göre aile toplum ve devlet tarafından korunur. Benzer şekilde AİHS de aile

Özellikle Avrupa’da, aile kavramının anayasal düzeyde düzenlendiği görülmektedir. Aile, bu sistemlerde kurumsal olarak düzenlenmekte ve anayasayla koruma altına alınmaktadır. Bununla birlikte bu düzenlemeler, aileye yaklaşımları açısından farklılaşmaktadır. Bu yaklaşımları, aile ve evlilik arasında kurdukları bağ açısından iki grupta toplamak mümkündür.

İlk grup anayasalar, AİHS sistemine uygun formülasyonlar kullanmakta ve aile hayatına saygıyı ön plana çıkarmaktadır.⁵²⁴ Bu anayasalarda aileye ilişkin ayrıntılı düzenleme yapılmamış olması da, ailenin geleneksel yorumuyla sınırlı kalınmaması imkanının önünü açmaktadır. Bununla birlikte ailenin ve evlenmenin ayrı maddelerde düzenlenmesi ve korunması da anayasaların bu iki kurum arasındaki bağı zorunlu kılmadığı yorumunu yapmakta bizi özgür bırakmaktadır. Örneğin, İspanya Anayasası, aileyi 39. madde kapsamında korurken⁵²⁵, evlenmeyi ve buna ilişkin hakları 32. maddede⁵²⁶ düzenlemekte ve korumaktadır. Bu bağlamda iki kurum da ayrı ayrı anayasal düzeyde korunmakta; ancak

hayatına saygı gösterilmesi hakkını ve aile kurmaya ilişkin hakları ayrıca düzenlemiş ve devlet koruması altına almıştır. (m. 8, 12)

⁵²⁴ İspanya ve Belçika bu düzenlemelere örnektir. AİHS m. 8’e benzer şekilde İspanya Anayasası m.18/1: “Namus, kişi ve aile mahremiyeti ve kişinin kendi görüntüsüyle ilgili hakları teminat altındadır.”; Belçika Anayasası m.22/1: “Kanunda belirtilen haller ve şartlar hariç, herkes özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini talep etme hakkına sahiptir.” Yine AİHS m.12’ye benzer şekilde İspanya Anayasası m.32: “Erkek ve kadın tam kanuni eşitlikle evlenme hakkına sahiptir.”

⁵²⁵ İspanya Anayasası m. 39/1: “Kamu makamları, ailenin sosyal, ekonomik ve hukuki korumasını sağlar.”

⁵²⁶ İspanya Anayasası m. 32: “Erkek ve kadın tam kanuni eşitlikle evlenme hakkına sahiptir. Kanun evlilik şekillerini, girilmesi gereken yaşı ve bunun için gerekli ehliyeti, eşlerin hak ve ödevlerini, ayrılma ve sona erme sebeplerini ve bunların sonuçlarını düzenler.”

evlenme, aile birliğinin kurulması için bir şart olarak nitelendirilmemektedir. Doktrinde de bu durum, anayasayla aile ve evlilik kurumlarının (zorunlu) bağının kesildiği şeklinde yorumlanmaktadır.⁵²⁷ Örneğin İspanya Anayasa Mahkemesi, eşcinsel birlikteliklerin aile olarak tanınması için evlenme zorunlu olmadığından, anayasal düzenlemenin bu bağı zorunlu kılmadığı görüşündedir.⁵²⁸

İkinci grup anayasalarda da aile, “toplumun yapı taşı”⁵²⁹, “doğal bir kurum”⁵³⁰ gibi nitelendirmelerle tanımlanarak daha ayrıntılı düzenlenmektedir. Bu ayrıntılı düzenlemeler ile aile ve evlenmenin arasındaki bağ sıkı tutulmakta, ailenin geleneksel tanımının dışına çıkılması zorlaşmaktadır. Bazı anayasalar da, evlilik ve aile arasında bir bağdan söz etmeseler bile, kavramları birlikte kullanarak ve aralarında bir fark gözetmeyerek benzer bir yoruma

⁵²⁷ F. Jaurena i Salas, “The Law on Stable Unions of Couples in the Catalonia Autonomous Community of Spain”, **Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law**, R. Wintemute, M. Andenaes (ed), Hart Publishing, 2001, s. 515.; Sperti, 2017, s. 50.

⁵²⁸ Constitutional Court Judgment No. 198/2012 of November 6, para. 5.

⁵²⁹ İrlanda Anayasa Mahkemesi m. 41/1: “Devlet, aileyi, doğal ilk ve temel toplum birimi ve tüm müspet hukukun öncesinde ve üstünde, değiştirilemez ve daimi haklara sahip bir ahlaki kurum olarak tanır.” İrlanda Anayasası evlilik ve aileyi ayrıntılı bir şekilde düzenler. Evliliği, ailenin temelini oluşturan evlilik kurumu olarak ifade eder. Benzer bir şekilde Portekiz Anayasası da aileyi toplumda temel bir öğe olarak nitelendirir, m.67/1: “Toplumda temel bir öğe olarak aile, toplum ve Devlet tarafından korunma hakkına ve aile üyelerinin kişisel tatmin sağlayabilmeleri için gerekli tüm koşulların etkin uygulanması hakkına sahiptir.”

⁵³⁰ İrlanda Anayasasına benzer bir şekilde İtalya Anayasası da doğal bir kurum olarak nitelendirdiği aile ile evlilik arasında sıkı bir bağ kurmuştur. İtalya Anayasası m.29/1: “Cumhuriyet, evliliğe dayalı doğal bir kurum olarak ailenin haklarını tanır.”

yol açmaktadır. Örneğin, Federal Alman Anayasası, evlilik ve ailenin devletin koruması altında olduğunu düzenlemektedir.⁵³¹ Doktrinde bu tür anayasal düzenlemelerin, kavramlar arasında bir ayırım yapmayarak, bu düzenlemelerle aileden çok evliliği koruduğu ve geleneksel aile fikrine dayandığı savunulmaktadır.⁵³²

Common Law geleneğinde ailenin ve evliliğin düzenlenmesi, Kıta Avrupasından pek çok yönden farklılık gösterir. Bu geleneğin yerleştiği sistemlerde, aile ve evlilik kavramlarına ilişkin tek bir tanım veya anlayış söz konusu değildir. Ailenin kurulması, dağılması ve mülkiyete ilişkin hususlar kanunlarla düzenlenirken, anayasal düzeyde bir tanıma çoğunlukla rastlanmamaktadır.⁵³³ Yasal düzeyde de, aile ilişkilerine ve aile birliğine ilişkin çoğunlukla bir düzenleme bulunmamaktadır.⁵³⁴ Bu tür sistemlerde, ailenin “ahlaki ve dini bir kurum” olduğu geleneksel görüşten uzaklaşamayan, aile içi hiyerarşiyi koruyan ve ataerkil yapıyı sürdüren bir anlayış söz konusudur.⁵³⁵ Bu anlayışta aile, kişinin özel yaşamına ilişkin bir unsurdur, bu nedenle de devlet müdahalesi asgari düzeyde tutulmaktadır.

Bu yaklaşımlar hukuk alanında, kamusal ve özel alan ayırımında aileyi kararlı bir şekilde özel alanda tutma eğilimindedir. Buna karşılık Kıta Avrupasında, yukarıda da görüldüğü üzere ailenin anayasal düzeyde tanınması ve korunması söz konusudur.

Aile ve evlilik kavramlarının anayasalarda düzenlenmesinde başka bir model de Latin Amerika’da karşımıza çıkmaktadır. Latin Amerika’da bazı ülkeler kazuistik anayasalar

⁵³¹ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m.6/1: “Evlilik ve aile, devlet düzeninin özel koruması altındadır.”

⁵³² Sperti, 2017, s. 51.

⁵³³ Sperti, 2017, s.54.

⁵³⁴ Sperti, 2017, s. 53.

⁵³⁵ Diana Gittins, **Aile Sorgulanıyor**, İstanbul, 2011, s. 49-50.

yapmayı tercih ederken aile ve evlilik kurumlarını da oldukça ayrıntılı biçimde düzenlemektedir.⁵³⁶ Evliliğin şartları, boşanma, evlat edinme gibi konular doğrudan anayasada düzenlenirken evlilik ve aile arasındaki bağın nasıl kurulduğuna ilişkin de genellikle hüküm bulunmaktadır. Peru’da aile kurma biçimleri dar biçimde evlilikle sınırlı olarak anlaşılmamakta, hem evlilik hem de evlilik dışı birliktelikler anayasal düzeyde güvence altına alınmaktadır. Bununla birlikte, Anayasa açıkça birlikteliklerin kadın ve erkek arasında kurulacağını düzenlemektedir.⁵³⁷ Dolayısıyla Peru’nun anayasal düzeyde evlilikle kısıtlı olmayan bir aile anlayışı benimsediği ancak cinsiyetlere vurgu yapmasıyla hala geleneksel/karşı cinsiyetlerden oluşan aile anlayışını koruduğu anlaşılmaktadır.

Benzer şekilde, Paraguay ve Bolivya Anayasaları anayasayla korunmakta olan ailenin birliktelikleri de içerdiğini da ifade etmektedir ancak hem bu birliktelikler hem de evlilik anayasal düzeyde kadın ve erkek arasında olacak biçimde düzenlenmiştir.⁵³⁸ Yine Ekvador Cumhuriyeti de aile kurma hakkını evlilikle sınırlı tutmamış birliktelikleri de anayasal

⁵³⁶ Brezilya, Kolombiya, Kosta Rika, Ekvador, Paraguay, Bolivya, Peru, kazuistik anayasalarıyla evlilik ve aile kurumlarını ayrıntılı bir biçimde düzenlerken Arjantin, Şili, Uruguay kıta avrurasında sıklıkla rastladığımız düzenlemeler gibi aileyi toplumun temeli olarak niteleyip korunacağını belirtmekle yetinmektedir.

⁵³⁷ https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2021?lang=en. (Erişim Tarihi: 10 Ağustos 2021, 01:14)

⁵³⁸ Paraguay Anayasası: https://www.constituteproject.org/constitution/Paraguay_2011?lang=en. (Erişim Tarihi: 8 Ağustos 2021, 14:48); Bolivya Anayasası: https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009?lang=en. (Erişim Tarihi: 8 Ağustos 2021, 14:55).

düzeyde güvence altına almıştır. Ancak bu sistemde evlat edinme ve evlilik kadın ve erkek arasındaki birlikteliklere özgülenmiştir.⁵³⁹

Bununla birlikte örneğin Brezilya Anayasasında benzer biçimde aile kurma biçimleri evlilikle sınırlı tutulmadığı gibi birlikteliklerin kadın ve erkek arasında olacağı yönünde açık bir belirleme de yoktur.⁵⁴⁰

Ailenin dönüşümünü, toplumsal cinsiyet rollerinin eleştirilmesi ve kadınların aktif olarak iş hayatına girişiyle açıklamak mümkündür. Kadınların iş hayatına atılması ve ekonomik bağımsızlıklarını kazanmaları ile başlayan bu süreç, kadınların ekonomik bağlarını koparmalarıyla boşanma oranlarını arttırmıştır. Ekonomik olarak daha az bağımlı olan kadınlar, aile ve çocuklar üzerinde daha çok söz hakkına sahip olmuştur. Kadınların ev işleri ve çocukların yetiştirilmesi görevlerini üstlendiği, erkeklerin ailenin geçimini sağlamakla yükümlendirildiği geleneksel aile anlayışı, bu gelişmelerle sarsılmaya başlamıştır.⁵⁴¹

Dünya genelinde tarihsel olarak bakıldığında 1960’lardan itibaren kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik gelişmeler göze çarpmaktadır. 1970’lerde aile hukuku

⁵³⁹ Yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasada evlilik açıkça kadın ve erkek arasındaki ilişki olarak düzenlenmiş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi eşcinsel evliliklerin tanınmasına hükmetmiştir. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 11–18-CN/19.; Corte Constitucional del Ecuador, Boletín de Prensa, 12th June 2019.

⁵⁴⁰ Brezilya’da eşcinsel evliliklerin tanınmasının ele alındığı bölümde de tartışıldığı üzere, Anayasada kadın ve erkek ifadeleri kullanılmış olsa da birlikteliklerin zorunlu olarak kadın ve erkek arasında kurulacağı sonucunu doğrudan Anayasadan çıkarmak mümkün değildir. Brezilya Ulusal Adalet Konseyi de Anayasayı bu yönde yorumlamış ve eşcinsel evliliklerin tanınmasına hükmetmiştir. (CNJ Resolution n. 175, 15/5/2013.)

⁵⁴¹ Gittins, 2011, s. 28.

düzenlemeleri eşler arasındaki ilişkiyi daha az düzenlemeye ve çocuklara ilişkin konularda daha belirleyici olmaya başlamıştır. 1990'lara gelindiğinde ise heteronormatif düzenlemeler eleştiri konusu olmaya başlamış, evliliğin kadın ve erkek arasında gerçekleşmesi mutlak olmaktan çıkmış ve eşcinsel evlilikler gündeme gelmiştir. Bu tarihlerden itibaren eşcinsel görünümünün de artması ile hukuk alanında heteroseksist düzenlemeler de tartışılmaya başlamıştır. Toplum çoğunluğunun “normal” anlayışının hakim aile fikrini oluşturmaması ve ötekileştirmenin önüne geçilebilmesi açısından bu gelişmeler önem taşımaktadır.

21. yüzyılın başlarında da aile ilişkilerinde büyük yapısal değişiklikler olmuş, aile ilişkileri hayatı paylaşma, karşılıklı ilgi ve sevgi, bağlılık gibi temellere oturtulmuş ve eşcinsel ilişkilermeler bu tanımların içerisine taşınmıştır.⁵⁴² Bu bağlamda heteroseksüel ilişkilerde olduğu gibi eşcinsel ilişkilerde de, kişilerin birbirlerini aile olarak kabul etmelerinin evlilik yoluyla tanınabilir olduğu görüşü yaygınlaşmıştır.

Eşcinsel ilişkilerin yanı sıra, birlikte yaşayan ancak cinsel ve romantik birliktelikleri olmayan kişilerin de aile kavramına dahil edilmesi talepleri, bu dönüşümle mümkün olmuştur.⁵⁴³ Bu ilişki biçimlerinin kabul görmesiyle ailenin cinselliği içermesi ve daha önemlisi toplumun çoğunluğunun normal olarak nitelendirdiği bir cinselliği içermesi zorunluluğu tartışmaya açılmıştır. Bu dönüşüm, bu anlayışların mutlaklığını sorgulatması açısından önem taşımaktadır.⁵⁴⁴

⁵⁴² Mary Welstead, Susan Edwards, **Family Law**, Oxford University Press, 2011, s. 4.

⁵⁴³ Welstead/Edwards, 2011, s. 5, 6, 36 vd.

⁵⁴⁴ Bu durum aynı zamanda çok uzun süredir en yakın ilişkide oldukları ve aile olarak tanımladıkları noktada dahi kardeşlerin bir eşin haklarından daha az hakka sahip olmasında da değerlendirmeye alınmaktadır. Bu ilişkinin bir örneği olarak: AİHM, Burden v. The United Kingdom, Appl. No: 13378/05.

Eşcinsel birliktelikler açısından da, aile birliği kavramının sistemlerdeki yerini ve dönüşümünü kavramak önem taşımaktadır. Bu noktada, eşcinsel birliktelikler açısından bir tercih sorunu ortaya çıkmaktadır. Ailenin geleneksel anlayışı sürdürülerek, eşcinsel birliktelikler bu sisteme bir şekilde dahil mi edilecek; yoksa ailenin geleneksel anlamından uzaklaşılarak çoğulcu bir sistem mi benimsenecektir? Yukarıda, anayasalarda bu tercihin hangi yönlerde olduğu gösterilmeye çalışıldı. Bununla birlikte, mahkemelerin bu soruya nasıl cevap verdiğini ve nasıl yaklaşımlar benimsediğini ayrıca ortaya koymak gerekmektedir. Aile birliğini tanımlayan, dönüşümünü gözlemleyen kararlar bu yaklaşımların hangisini benimsemektedir? Eşcinsel birlikteliklerin tanındığı kararlarda, mahkemeler hangi yolu benimseyerek eşitliği sağlamaktadır?

Anayasa Mahkemeleri'nin ve Bölgesel İnsan Hakları Mahkemelerinin kararlarına bakıldığında, aile birliği kavramının dönüşümünün tespit edildiği ve aile kurmaya yönelik birlikteliklerin tanınmasının yaygınlaştığı görülmektedir. Özellikle Kıta Avrupası'nda⁵⁴⁵ ve Amerika kıtalarında⁵⁴⁶ bu tanımayı bir eğilim olarak değerlendirmek mümkün hale gelmiştir.

⁵⁴⁵ Almanya Anayasa Mahkemesi: Bundesverfassungsgericht [BVERFG], July 7, 2009, 1 BvR 1164/07.; İtalya Anayasa Mahkemesi: Karar No:138/2010.; İspanya Anayasa Mahkemesi, Karar No: 198/2012.; Portekiz Anayasa Mahkemesi: Karar No. 121/2010. AİHM: Schalk And Kopf v. Austria : Application no. 30141/04.; Vallianatos And Others v. Greece: Applications nos. 29381/09 and 32684/09.; Oliari and Others v. Italy: Applications nos. 18766/11 and 36030/11.

⁵⁴⁶ Amerikalararası İnsan Hakları Mahkemesi: Atala Riffo y Ninas v. Chile; OC-24/17. Bu tavsiye kararı izleyen dönemde sözleşmecî devletler karara uygun düzenlemelere gitmiştir, kararın kanunkoyucu tarafından dikkate alınmadığı bazı ülkelerde de Anayasa Mahkemelerinin düzenlemeleri bu tavsiye karar çerçevesinde ele aldığı görülmüştür (Ekvador, Kosta Rika, Kolombiya). ; Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi: Obergefell v. Hodges 576 US (2015).

Bu kararlardan bazıları, yaklaşımlara örnek teşkil etmeleri açısından daha ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

Canada v. Mossop

Bu davada Kanada Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar⁵⁴⁷, eşcinsel birlikteliklerin aile olarak tanınmasına ilişkin tartışmayı içeren ilk karardır. 10 yılı aşkın bir süredir ortak evlerinde yaşamlarını sürdüren eşcinsel çiftten Brian Mossop, partnerinin babasının ölümünden sonra, yakın bir aile bireyinin ölümünde yararlanılan yas izninden yararlanmak istemiştir. İşveren, eş ifadesinin karşıt cinsiyetten kişiler ile sınırlı olarak anlaşılması gerektiğini ve Brian Mossop açısından, aynı cinsiyetten olan kişinin eş olarak kabul edilemeyeceğini bildirerek talebi reddetmiştir. Mossop, bu talebinin karşılanmamasının ayrımcılık olduğu gerekçesiyle söz konusu davayı açmıştır.

Dava, Yüksek Mahkeme'den önce Kanada İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gitmiştir. Mahkeme, Brian Mossop'un ayrımcı muameleye maruz kaldığını ifade etmiş, bu muameleyi 1983 Kanada İnsan Hakları Yasası'nın ikinci maddesine aykırı bulmuştur. Bu karar, söz konusu meselenin “aile birliği kavramından ne anlaşılması gerektiği(ne)” ilişkin olduğu tespitini yapması bakımından da önem taşımaktadır. Mahkeme amaçsal yorum yapmayı tercih etmiş; bu doğrultuda Kanada İnsan Hakları Yasası'nın belirli bir ilişkilendirme biçimini diğerlerine tercih etmediği yönünde yorum yapmanın daha uygun olacağını kararlaştırmıştır.

Ancak temyiz mahkemesi, “aile” ifadesinin eşcinsel birliktelikleri kapsamadığı gerekçesiyle bu kararı bozmuştur. Yasa -o günkü haliyle⁵⁴⁸- cinsel yönelimi kuşkulu sınıflandırmalar arasında saymamaktadır, dolayısıyla mahkemeye göre de cinsel yönelim, “aile olarak kabul edilmemek” bağlamında bir ayrımcılık temeli değildir. Bu dava daha sonra

⁵⁴⁷ Canada v. Mossop (1993), SCJ, No: 20.

⁵⁴⁸ Kanada Parlamentosu 1996 yılında cinsel yönelimleri ayrımcılık temelleri arasına almıştır.

Yüksek Mahkemenin önüne geldiğinde, Mossop'un talepleri 5'e karşı 4 oyla reddedilmiştir. Çoğunluk görüşü, hukuki sorunları ortaya koymakta ortak bir görüş sunamamıştır. Yüksek Mahkemenin kararında bu çalışma açısından önem taşıyan husus, Yargıç L'Heureux-Dube'nin ayrıntılı karşı oyudur. L'Heureux-Dube'ye göre aile, hukukun bir yaratisı değildir. Hukukun ailenin yapısına etkisi olduğu kadar, ailenin ve aile ilişkilerindeki dönüşümün de hukuka etkisi büyüktür.

Ailenin geleneksel bir anlayışla tanımlanmasının yanında, ailenin altında yatan ve koruduğu değerleri de iyi değerlendirebilmek gerekir. Teorik stereotiplerin yanında gerçek ailelere bakmak gerekliliği de buradan gelir, nitekim ailenin korunması bu gerçek ailelerin korunması menfaatinden kaynaklanır. L'Heureux-Dube'ye göre de, bu değerler yalnızca geleneksel aileye özgü değildir, toplumdaki diğer aile tiplerine de içkindir. Bu noktada Yargıç, Kanada'da yasayla tanınan aile tiplerinin dışındaki aileleri incelemiştir. Tek ebeveynli aileler, boşanmış çiftlerin oluşturduğu aileler, evlenmemeyi tercih eden aileler gibi geleneksel ailenin dışında kalan aile tiplerinin ne kadar yaygın olduğunu ortaya koymuştur.

Yargıç, aile tiplerine ilişkin incelemesinin ardından da, ailenin “yakın ve duygusal bir birliktelik olma” unsurunu incelemiş, yalnızca heteroseksüel çiftlerin bu yetkinlikte olduğu mitinin çoktan yıkıldığını ifade etmiştir. Yargıç L'Heureux-Dube'nin bu tespitleri, aile kavramının dönüşümünü tartışması ve geleneksel aile anlayışının, hakim aile anlayışı olmaktan çıkışının sinyallerini vermesi açısından önem taşımaktadır.

*National Coalition v. Minister of Home Affairs*⁵⁴⁹

⁵⁴⁹ National Coalition for Gay and Lesbian Equality & Others v. Minister of Home Affairs & Others, 1999 (2) SA 1 (CC).

Bu karar, Güney Afrika Cumhuriyeti vatandaşı kişilerle eşcinsel bir birliktelik içerisinde olan yabancıların, heteroseksüel birlikteliklere halihazırda uygulanmakta olan göçmenlik yasalarından yararlanma taleplerine ilişkindir. Mahkeme bu kişilerin, söz konusu yasalardan heteroseksüel kişiler gibi yararlanması gerektiğine hükmetmiştir.

Mahkeme bu kararda, aile içi ilişkilerdeki ve aile birliğine ilişkin anlayışlardaki dönüşümü ortaya koymanın önemli olduğunu ifade etmektedir. Bu doğrultuda ABD, Kanada, İsrail gibi ülkelerde verilen benzer yönde kararlara referans yapmıştır. Bu kararların “insan onuruna, özgürlük ve eşitliğe dayanan açık ve demokratik toplumlardaki ilke ve değerlerin dışavurumu oldukları(nı)” ve genel olarak çoğulculuğa, spesifik olarak da eşcinsellere ve eşcinsel ilişkilere ilişkin anlayış ve duyarlılıktaki artışı yakalayabildiğini ifade etmiştir.⁵⁵⁰

Mahkemeye göre eşcinsel birliktelikler, heteroseksüel birliktelikler gibi saygıya ve korumaya değerdir. Bu birlikteliklerin tarafları, yakın, kalıcı, bağlı, sadık ve uzun süreli ilişkiler kurabilmek bakımından heteroseksüellerden farklı bir durumda değildir. Bu tespitleriyle mahkeme, eşcinsellerin “consortium omnis vitae”⁵⁵¹ kurmak bakımından heteroseksüellerle aynı yetkinliğe sahip olduğu sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin çözümlemeyi yaparken, başvuruçuların taleplerine geleneksel evliliğin korunması argümanı ile karşı çıkan hükümetin argümanlarını da tartışmaya açmıştır. Bu çerçevede mahkeme, geleneksel evlilik ve aile anlayışının içeriğini de tartışma imkanı bulmuştur. Geleneksel evliliğin korunmasının, sürekli eşcinsel birliktelik yaşamakta olan partnerlerin anayasal haklarının dayanaksız bir şekilde sınırlandırılmasıyla

⁵⁵⁰ National Coalition for Gay and Lesbian Equality & Others v. Minister of Home Affairs & Others, para. 47-48.

⁵⁵¹ “Hayat boyu birliktelik”, Roma hukukundan gelen ve evliliğin temeli olarak kabul edilen birliktelik.

sağlanamayacağını ifade etmiştir. Ayrıca mahkemeye göre, göç yasalarının sağladığı imkanlardan eşcinsel birliktelikleri mahrum bırakmak ile, hükümetin korumakta yarar olduğunu ifade ettiği “heteroseksüel eşlerin aile birliğini ve geleneksel evliliği” koruma amacı arasında rasyonel bir bağ da bulunmamaktadır. Bu bağlamda (Canada v. Mossop’ta Yargıç L’Heureux-Dube’nin savunduğu gibi) eşcinsel birlikteliklerin korunması, geleneksel aile ve evlilik anlayışlarına zarar vermeyecektir.⁵⁵²

Anayasa Mahkemesi’nin 1999 yılında benimsediği bu anlayışla, aile olmak ve birliktelik yürütmek bakımından eşcinsellerin aynı yetkinlik ve saygınlıkta olduğu sonucuna ulaşılmış olsa bile; (hakim) geleneksel aile anlayışının ve geleneksel evliliğin muhafaza edildiği görülmektedir. Mahkeme sonuçta, “eş” ifadesinin bu kararla eşcinsel çiftlere de uygulanacak şekilde genişletilemeyeceğine hükmetmiştir. Ancak, bu göç yasasından eşcinsel birlikteliklerin yararlanamamasını anayasaya aykırı bularak, söz konusu maddeye eş kelimesinden sonra, “ya da sürekli eşcinsel birliktelik içerisindeki partner” ifadesinin eklenmesine karar vermiştir.

Bu anlayış, ilerleyen yıllarda yine Anayasa Mahkemesi’nin önce Du Toit⁵⁵³ ve daha sonra da evlilik eşitliğinin sağlanmasına ilişkin Fourie⁵⁵⁴ kararıyla kırılmıştır. Du Toit kararında mahkeme, “bir anne ve bir baba”dan oluşan tektip aile modeline dayanan kurguyu kabul etmemektedir. Mahkemeye göre bu model, anayasanın yapımı da dahil olmak üzere, ülkede

⁵⁵² National Coalition for Gay and Lesbian Equality & Others v. Minister of Home Affairs & Others, p.57.

⁵⁵³ Du Toit & Another v. Minister of Welfare and Population Development & Others, 2003 (2) SA 198 (CC).

⁵⁵⁴ Fourie v. Minister of Home Affairs, 2006 (1) SA 524 (CC).

gerçekleşen dönüşümleri reddetmektedir.⁵⁵⁵ National Coalition v. Minister of Home Affairs kararında yaptığı gibi, eşcinsel birlikteliklerin de çocuk yetiştirmekte ve mutlu ve sürekli birliktelikler kurmakta, “anne ve babadan oluşan” aileler kadar yetkin olduğu sonucuna varmaktadır. Mahkeme bu kararda ayrıca, kendi saptamaları dışında hukuk düzeninde yaşanan gelişmelerin de dönüşümü işaret ettiğini ortaya koymaktadır. Güney Afrika Cumhuriyeti’nde mahkeme kararlarının yanı sıra yasalar ve kararlar gibi kaynaklarla da aile, eş, birliktelik gibi konseptlerin kapsamı, eşcinsel birliktelikleri kapsayacak şekilde genişletilmiştir.⁵⁵⁶ Mahkemeye göre hukuk alanındaki bu gelişmeler de eşcinsel birlikteliklerin tanınması yönündeki dönüşümlerin bir yansımasıdır.

Fouri kararında da mahkeme, ailenin toplumun temeli olarak anayasal düzeyde korunmasına vurgu yapmaktadır. Mahkemeye göre bu koruma, geleneksel aile modelini kabul etmek anlamına gelmemektedir. Ayrıca “aile kurumunun doğası”, bu kurumun sonsuza kadar heteroseksüel aile birliğini ifade etmesini gerektirmemektedir.⁵⁵⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin eşcinsel birliktelikleri aile olarak tanıdığı kararları da aile kavramının dönüşümünü ortaya koyması bakımından önem taşır. AİHM’e göre, sözleşmenin 8. Maddesi resmi bir evlilik olmaksızın aile kurma biçimlerini güvence altına almaktadır. Bu çerçevede mahkeme aile kurma hakkını dar yorumlamamakta, aile kurma biçimlerini evlilikle sınırlı görmemektedir. Ulusal üstü düzeyde eşcinsel evliliklerin tanınması başlığı altında AİHM’in yaklaşımı ayrıntılı bir biçimde incelendiğinden burada ayrıca yer verilmeyecektir.

⁵⁵⁵ Du Toit, para. 28.

⁵⁵⁶ Du Toit, para. 32.

⁵⁵⁷ Fouri, para. 101.

2. Hakkın Kapsamı ve Evlenme Hakkıyla İlişkisi

Yukarıdaki tartışmalar ışığında, çağdaş demokratik ülkelerin anayasalarında ve anayasa mahkemesi içtihatlarında, aile kurma hakkının dar yorumlanmadığı, aile birliği kurmaya yönelik iradelere çeşitli temellendirmelerle değer atfedildiği ve bu birlikteliklerin belirli ilkeler çerçevesinde tanındığı söylenebilir.

Aile kurma hakkı, geniş ve dar olarak iki kapsamda değerlendirilmektedir. Dar anlamda aile kurma hakkı çocuk sahibi olma ve üreme yetisine ilişkin iken, geniş anlamda aile kurma hakkının konusu, aile birliği kurmaya yönelik iradelere bağlanan hukuki sonuçlar ile belirlenmektedir. Bu doğrultuda birlikteliklerin aile olarak tanınması, çocuk sahibi olunması, üremeye ilişkin haklar ve evlenme hakkı gibi haklar geniş anlamda aile kurma hakkının konusunu oluşturur.

Birlikteliklerin aile olarak tanınması çerçevesinde, evlenme yoluyla aile kurulması dışındaki birliktelik biçimlerinin tanınması söz konusu olmaktadır. Bu doğrultuda medeni birliktelikler, common law birliktelikler ve de facto birliktelikler gibi tanıma biçimleriyle, aile birliği kurmaya yönelik iradelere sonuç bağlanmaktadır. Günümüzde mahkemelerin de bu birlikteliklerin, kurulmaya ve aile olarak tanınmaya ilişkin haklarını tanıdığı görülmektedir.

Bu çalışmada da Aile Kurma Hakkı geniş anlamıyla incelenmekte, çocuk sahibi olmaya yönelik dar anlamıyla⁵⁵⁸ sınırlı görülmemektedir. Bu bağlamda, evlenme ve kayıtlı birliktelik kurma gibi, kişilerin karşılıklı ilişkilerini devlet nezdinde kayıtlamasına dayalı aile

⁵⁵⁸ Dar anlamda Aile Kurma Hakkının AİHM ve Türkiye açısından değerlendirilmesi için bkz. Sibel İnceoğlu(ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, İstanbul, 2013, ss.432-43.; Ulaş Karan, “Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Kapsamı ve Anayasal Dayanağı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 163, Mart 2018.

kurma biçimleri ile birlikte; çocuk sahibi olmaya yönelik haklar ve kayıtlı olmayan ancak aile birliği oluşturulmasına bağlı olarak birtakım anayasal talepleri ve hukuki sonuçları içeren birliktelikler de aile kurma hakkı bağlamında koruma altındadır.

1982 Anayasası, aile kurumunun anayasal düzeyde tanınmasında ayrıntılı düzenlemelere yer vermemektedir. Karşılaştırmalı hukukta aile kavramının tartışıldığı ikinci bölümde Aile Kurma Hakkı başlığında, aile kurumunun düzenlenmesinde iki anayasal tercih olduğu ortaya koyulmuştu. 1982 Anayasasının aile kurumunu düzenleme tercihiyle ilk grup anayasalar arasına girdiği söylenebilir. Bu anayasalar AİHS formülasyonuna benzer şekilde, aile hayatına saygıyı ön plana çıkaran ve ailenin nasıl kurulduğuna, kimlerden oluşacağına ilişkin belirlemeleri kanuni düzenlemelere bırakan bir yaklaşım izlemektedir. Bununla birlikte 1982 anayasasının ikinci grup anayasalar arasında olduğu da savunulabilir. Nitekim bu anayasalar da “aile”yi “toplumun yapı taşı”, “doğal bir kurum”, “toplumun temeli” gibi ifadelerle yüceltmekte ve aile kurumunu bizzat anayasada düzenlemektedir. Bu düzenlemelerin içinde ailenin kimlerden oluşacağı, evlenmenin niteliği ve töreni gibi anayasal düzeyde düzenlenmesinin ciddi katılık yaratacağı hususlar da yer alır. Bu anayasalarda ailenin geleneksel tanımından uzaklaşmak zorlaşır ve aile birliği ile evlenme arasındaki bağ sıkıdır. Dolayısıyla aile kurma biçimleri evlenme ile sınırlı olarak anlaşılabilir. 1982 Anayasası her iki yaklaşımdan da özellikler içeriyor gibi görünmektedir. Aile kurumunun nasıl kurulacağı, kimlerden oluşacağı, nasıl korunacağı gibi düzenlemelere yer vermemekle birlikte, 41. maddeye göre aile “toplumun temeli”dir. 1982 Anayasasında aile kurumunun düzenlenmesi, ikinci grup anayasalara varan ayrıntılı bir düzenleme içermese de, ilk grup anayasalardakinden farklı bir toplumsal referans da içerir.

1982 Anayasası ailenin kimlerden oluşacağına ilişkin de belirleme yapmamaktadır. Ailenin karşı cinsiyetlerden veya kadın ve erkekten oluşacağını düzenleyen anayasalar olduğu yukarıda gösterilmişti. Anayasa’da bu yönde bir düzenlemenin yer almaması,

anayasal düzeyde ailenin kimlerden oluşacağına ilişkin bir tercih yapılmadığı şeklinde yorumlanabilir. Bununla birlikte bu anayasaların kaleme alındığı dönemde hakim aile anlayışının heteroseksüel geleneksel aile olduğu, diğer aile anlayışlarının o dönem için geçerli olmadığı ve hukuk alanına yansıtılamadığı; dolayısıyla da düzenlemede aile ilişkisinin kadın ve erkek arasında kurulacağının pek tabii olduğundan ifade edilmediği de savunulabilir.

Aile kurma hakkı, Türk Anayasa Hukuku açısından dar bir görünüm çizmemekte, geniş bir kapsamda anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin dar yorumlarına rağmen, Anayasa metninin açıklığı, aile kurma hakkını dar anlaşılmaktan kurtarmaktadır. Bu açıdan, 1982 Anayasasının aile kurma hakkının korunmasında çizdiği çerçeve, karşılaştırmalı hukukta ortaya koyduğumuz örneklerden olumsuz yönleriyle ayrılmaktadır. Ailenin toplumun temeli olarak düzenlenmesi, aile kurumunun anlaşılmasında zorunlu bir toplumsal referansı beraberinde getirmektedir. Aile kurumuna özel önem atfetmek ve toplumsallığıyla vurgulamak, sadece hakim aile anlayışının korunduğu bir sistem görünümüne sebep olabilir.

Bununla birlikte, 1982 Anayasasının çizdiği çerçeve, karşılaştırmalı olarak ortaya koyduğumuz örneklerden ağırlıklı olarak olumlu yönleriyle ayrılmaktadır. İlk olarak, Anayasa metni evlenme ve aile kurma için karşıt cinsiyetlerden olmayı şart koşmamaktadır. Örneğin, İspanya anayasasındaki gibi, evlilik bizzat anayasa metni tarafından karşıt cinsiyetlere özgülenmemiştir. İkinci olarak aile kurumunun toplumun temeli olduğu tespitinin dışında, kurumun kutsallaştırılmasına sebep olacak başka düzenlemeler de yoktur. Üçüncü olarak ise, Anayasa aile ve evlilik arasında zorunlu bir bağ kurmamaktadır, dolayısıyla aile kurma biçimleri evlilik ile sınırlı anlaşılmak zorunda değildir.

1982 Anayasasında aile kurma hakkına ilişkin açık bir normatif düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan Anayasa m. 41 aileyi toplumun temeli olarak vurgulanmakla yetinmekte, devlete ailenin korunmasına ilişkin birtakım pozitif yükümlülükler

yüklemektedir. ⁵⁵⁹ Ailenin toplumun temeli olarak düzenlenmesi, aile kurumuna özel bir önem verildiği ve bu kuruma anayasal koruma sağlandığı yönünde yorumlanmaktadır⁵⁶⁰:

*“Anayasa Mahkemesi birçok kararında Anayasa’nın 41. maddesinde aile kurumunun özel olarak düzenlendiğini, anayasal güvenceye bağlandığını ifade ederek aile kurma hakkının ayrıca ve özel olarak korumaya alınmasını mümkün kılmıştır. Buna göre aileyi Türk toplumunun temeli olarak tanımlayan Anayasa’nın 41. maddesinde ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş, devlete ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir. Böylece aile kurumuna anayasal koruma sağlanmıştır”*⁵⁶¹

Bununla birlikte, evlenme veya evlenmeme kararı kişinin doğrudan özel hayatına, kendini geliştirmesi ve kendi hayatına dair kararlar alabilmesine ilişkindir. Bu açıdan aile kurma hakkı, özel hayatın gizliliği hakkının bir görünümünü oluşturmaktadır. Yukarıda da

⁵⁵⁹ 1961 Anayasasının Ailenin Korunması başlıklı 35. Maddesi: “Aile Türk toplumunun temelidir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar.” ; 1982 Anayasasının Ailenin korunması ve çocuk hakları başlıklı 41. Maddesi: “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.”

⁵⁶⁰ AYM, E.2005/26, K.2008/105, 15/5/2008; E.1999/35, K.2002/104, 12/11/2002; E.2013/158, K.2014/68, 27/3/2014.

⁵⁶¹ S.A., B. No: 2017/40199, 8/9/2020, para. 49.

belirtildiği gibi, Anayasa’da evlenme ve aile kurma hakkına ilişkin açık bir normatif dayanak olmasa da, bu hakkın 20. ve 40. maddelere içkin bir hak olduğu kabul edilmektedir.⁵⁶²

Anayasada aile kurma hakkını açıkça tanıyan bir normatif düzenlemenin bulunmamasının bir sonucu olarak, aile kurma hakkının kapsamı da belirsizdir. Bu doğrultuda, hakkın dar anlamda anlaşılması ve evlenmeye özgülenmesi mümkün iken, aile kurma hakkının geniş anlamda anlaşılmasında ve evlenme dışındaki aile kurma biçimlerinin tanınmasında anayasa hükümleri açısından bir engel yoktur.

Aile Kurma Hakkının dar veya geniş anlaşılmasında Anayasa Mahkemesinin tercihinin dar anlaşılması yönünde olduğu görülmektedir. Evlenme hakkına ilişkin temel ilkeleri ortaya koyduğu bir kararında Mahkeme, aile kurma hakkını evlenme hakkıyla aynı anlamda, birbirinin yerine geçecek şekilde kullanmaktadır:

*“Aile kurma/evlenme hakkı ise belirli koşulları taşıyan bireylerin yasalara uygun şekilde evlenebilmeleri açısından hakkın amacına uygun şekilde gerekli koşulların ve kolaylığın sağlanmasını güvence altına almaktadır.”*⁵⁶³

Anayasa Mahkemesinin bu yorumuyla aile kurma hakkı yalnızca “evlenme ile aile kurma”yı içermektedir. Evlenme dışındaki aile kurma biçimlerinin aile kurma hakkı bağlamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin bir başvuru henüz mahkemenin önüne gelmemiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca, Anayasada açık bir cinsiyet belirlemesi olmamasına rağmen aile içindeki temel ilişkilerin hangi cinsiyetler arasında gelişeceğine

⁵⁶² S.A., B. No: 2017/40199, 8/9/2020, para. 48.; Hüseyin Kesici, B. No: 2013/3440, 20/4/2016, § 44; Ö.Ç., B. No: 2014/8203, 21/9/2016, para. 51.; D.K., B. No: 2015/11159, 25/9/2019, para. 57.

⁵⁶³ S.A., B. No: 2017/40199, 8/9/2020, para. 50.

ilişkin bir yorum yapmaktadır.⁵⁶⁴ Mahkemeye göre, “Aile yaşamındaki temel ilişkiler kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilerdir”.⁵⁶⁵

Bununla birlikte, yukarıda aile hayatına saygı hakkı bağlamında ortaya koyulduğu gibi, Anayasa Mahkemesi aile hayatı kavramını katı yorumlamamaktadır. Önüne gelen bir başvuruda mahkeme, resmi nikah olmaksızın sürdürülen ilişkide dini nikahlı eşin taleplerini değerlendirirken, aile hayatı kavramının kanuni düzenlemelerden daha geniş yorumlandığına vurgu yapmaktadır:

*“Aile hayatındaki temel ilişkiler, kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilerdir. Resmi evlilik birliklerinin aile hayatı kapsamında korunduğu kuşkusuz olup evlilik içinde doğan çocuklar da kendiliğinden evlilik ilişkisinin bir parçası sayılırlar. Diğer taraftan Anayasa'nın 20. maddesinde belirtilen 'aile hayatı' kavramının kanunlardaki düzenlemelerden bağımsız olarak daha geniş yorumlandığına dikkat çekmek gerekir. Bu bağlamda aile hayatından söz edebilmek için "birlikte yaşama" temel bir koşul olmakla birlikte fiili bir "aile bağı" oluşturacak kadar yeterli tutarlılık taşımak kaydıyla başka bazı istisnai durumlarda da aile hayatının varlığından söz edilebilir.”*⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ Gülbu Özgüler, B. No: 2013/7979, 11/11/2015, para. 40; Marcus Frank Cerny, B. No: 2013/5126, 2/7/2015, para. 37.; Cengiz Kılıç, B. No: 2013/3181, 3/2/2016, para. 69.; S.B. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/5783, para. 30.

⁵⁶⁵ Marcus Frank Cerny, B. No: 2013/5126, 2/7/2015, para. 37.

⁵⁶⁶ S.B. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/5783, para. 30.; Yine başka bir kararda mahkeme: “Anayasa'daki aile kavramının, 4721 sayılı Kanun'daki karşılığı ile sınırlı olmayacak şekilde özerk yorumlanması gerekir. Aile hayatına saygı hakkının söz konusu olabilmesi için öncelikle aile

Bu istisnai durumların neler olabileceği, hangi şartları taşıyan ilişkilennmelerin aile hayatı kapsamında değerdendirilebileceği net değildir. Anayasa, hangi ilişkilennmelerin aile hayatı kapsamında değerdendirileceğine ilişkin bir belirleme yapmamaktadır. Anayasa Mahkemesi de, “‘birlikte yaşama’ temel bir koşul olmakla birlikte, fiili bir ‘aile bağı’ oluşturacak kadar yeterli bir tutarlılık taşıma”yı şart olarak ortaya koymaktadır.⁵⁶⁷ Yine başka bir kararda, mahkemeye göre aile hayatı, “halihazırda -mevcut- fiili, yakın ve kişisel bağların kurulmuş olduğu aile birlikteliklerini içermektedir”.⁵⁶⁸ Bu kapsamda mahkeme resmi evlilik akdi olmayan birliktelikleri aile hayatı kapsamında değerdendirebilmekte, resmi evlilikle kurulmuş olmasına rağmen fiili olarak aile bağı kurulmamış birliktelikleri de aile hayatı kapsamında değerdendirmemektedir.⁵⁶⁹

Hangi ilişkilerin aile hayatı kapsamında değerdendirileceği hususunda bir dönüşüm gözlemlendiğini de vurgulamak gerekir. Ozan Ergül, 1998 tarihli yüksek lisans tezinde aile hayatından ne anlaşılması gerektiğini ortaya koyarken o tarihe ait bir fotoğraf sunmuştur. O görünümde aile nikahlı kadın ve erkek birlikteliğinin yanı sıra nikahsız kadın erkek birlikteliklerini de içerir. Bununla birlikte “homoseksüel birlik” evlenme olanağının yokluğundan dolayı aile hayatının dışında kabul edilmektedir.⁵⁷⁰

kavramı kapsamında değerdendirilebilecek kişisel ve yakın bağların varlığı gereklidir.” demektedir.

Murat Demir Kararı, para. 72.

⁵⁶⁷ S.B. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/5783, para. 30.

⁵⁶⁸ Oksana Chicheishvili Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/19023, para. 31.

⁵⁶⁹ S.B. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/5783, para. 30.; Oksana Chicheishvili Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/19023, para. 31.

⁵⁷⁰ Ergül, 1998, s. 56.

B. Aile Kurma Hakkının Özneleri

Bazı anayasalar aile kurma hakkını “herkes”e tanımaktadır. Portekiz (m. 36), Azerbaycan (m. 34), Bosna Hersek(II-3/j), Tayland (m. 32) bu anayasalara örnektir. Bazı Anayasalar “kadın ve erkek”lerin aile kurma hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. İspanya (m. 32), Rusya Federasyonu (m. 67), Hırvatistan (m. 61), Brezilya(m. 226), Kolombiya(m. 42), Ekvador Cumhuriyeti (m. 67), Polonya (m.18) bunlardan bazılarıdır. Bazı anayasalarda ise yalnızca ailenin devletin korumasında olduğu ifade edilmektedir. Meksika (m.4), Kosta Rika (m. 51-52), İrlanda (m. 41), Hollanda (m.22), Norveç (m. 102), İsveç (m.2), İzlanda (m.71), İtalya (m. 29), Çin Halk Cumhuriyeti (m.49) bunlara örnek olarak sayılabilir.

Aile kurma hakkının yararlanıcıları kişilerdir. Ancak gerçek kişiler aile kurmaya yönelik irade gösterebilir ve bu haktan yararlanabilirler. Eşyanın tabiatı gereği, topluluklar bu kişi hakkının öznesi değildir.

Bazı Anayasa Mahkemeleri, özellikle de aile kavramının dönüşümü gözlemlenebilirken, aile kurma hakkının öznelerine ilişkin bir tespitte bulunmaya çalışmıştır. Örneğin Tayvan Anayasa Mahkemesine göre aile “evlenme ehliyetine sahip olup evlenmemiş kişiler” evlenme hakkına sahiptir.⁵⁷¹ Aile kurma hakkının “cinsiyetsizleştirilmesi” yönündeki adımlarda da mahkemeler ve uygulayıcılar genellikle bu tür tanımlara yönelmiştir.

Aile Kurma Hakkının öznesi herkeştir. Hiçbir hukuk sistemi aile kurma hakkını belirli bir cinsel yönelimden kişilere özgülememiştir. Bazı anayasalarda aile kurma hakkı güvence altına alınırken kadın ve erkek ifadeleri kullanılmaktadır. Bununla birlikte, çalışma boyunca

⁵⁷¹ Judicial Yuan Interpretation No. 748, 2017/05/24, s. 13.

gösterildiği üzere kadın ve erkek ifadelerinin yer alması eşcinsellerin aile kurma hakkının öznesi olmadığı anlamına gelmemektedir. Bazı mahkemeler kadın ve erkek cinsiyetlerinin ifade edilmesinin yalnızca bu kişilerin eşit bir biçimde aile kurma hakkına sahip olduklarını ifade ettiğini savunmuş, bazıları da bu ifadelerin mutlak biçimde “kadın ve erkek arasında”ki birlik olarak anlaşılmasının eşitlik ilkesine aykırı olacağından benimsenemeyeceğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte madde metninde “kadın ve erkek” ifadesinin yer alması geleneksel yaklaşımla dahi kişinin kim ile evlenebileceğine ilişkin bir sınırlama oluşturur, hakkın yararlanıcılarına ilişkin mutlak bir belirleme değildir.

Aile Kurma Hakkının özneleri bakımından -özellikle de kadın ve erkek ifadesini taşıyan güvence hükümleri söz konusu olduğunda- akla gelebilecek bir diğer konu da cinsiyet değişim sürecinde olan veya ikili cinsiyet sisteminin bir şekilde dışında kalan trans bireylerin aile kurma hakkından yararlanmasında çıkabilecek sorunlardır. Özellikle yasal düzenlemeler evliliği kadın ve erkek arasında bir birlik olacak biçimde düzenlediğinde dönüşüm sürecini tamamlamamış, dönüşüm sürecini tamamlasa dahi o hukuk sisteminde doğum sertifikalarına dayanılarak cinsiyet belirlenmesi yapılması nedeniyle cinsiyet ataması ile yaşadığı cinsiyeti arasında fark olan⁵⁷² veya ikili cinsiyet sisteminin biyolojik olarak⁵⁷³ ya da kendi iradesiyle

⁵⁷² AİHM’in bu yöndeki kararları : Rees v. United Kingdom, Appl. No: 9532/81, 17/10/1986. ;

Cossey v. United Kingdom, Appl. No: 10843/84, 27/09/1990. Cinsiyet bariyerlerinin aşılması diye tanımladığımız Christine Goodwin kararı böyle bir uyuşmazlığa ilişkindir. AİHM bu kararda biyolojik göstergelerin tek başına Christine Goodwin v. the United Kingdom: Application no. 28957/95.

⁵⁷³ İnterseks bireylerin cinsiyet atamaları çoğunlukla doğum anında genital organların durumuna bakılarak yapıldığından, doğum anında kendisine atanmış cinsiyete ait hissetmeyen ve/veya öyle görünmeyen kişilerin atanmış cinsiyetlerine göre belirleme yapılması aile kurma hakkını güvencesiz

dışında kalmış kişiler aile kurma hakkından yararlanamamaktadır. Bu durum trans kişilerin aile kurma hakkının öznesi olup olmadığı sorusunu gündeme getirebilir. Trans kişilerin cinsiyet geçiş sürecini tamamlayıp ait hissettikleri cinsiyeti devlet nezdinde kayıtladıktan sonra uygulamada bir sorun kalmamaktadır. Bununla birlikte tüm bu sorunlar eşcinsellerin aile kurma hakkının tanınmamasından kaynaklandığı için, kadın-erkek cinsiyetine ilişkin belirlemelerin yapılmadığı -başka bir ifadeyle cinsiyete dayanmayan- çoğulcu bir aile anlayışı benimsendiğinde bu sorular da ortadan kalkacaktır.

Ayrıca Anayasa, aile kurma hakkı bakımından yabancıları ayrı tutmamıştır. Uluslararası hukukta evlenme ve aile kurma hakkı “herkese”, “eşit bir biçimde” tanındığı için bu haktan yararlanmada yabancı-vatandaş ayrımı yapılmadığını söylemek mümkündür.⁵⁷⁴ Vatandaş-yabancı ayrımı yapılmadığından dolayı herkese tanınan bu haktan yabancılar da yararlanabilecektir.

Türkiye’de 2012 Anayasa değişikliği tartışmaları sırasında, AİHM formülasyonuna uygun olacak biçimde aile kurma hakkının “herkes evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir” şeklinde güvence altına alınması önerisi sunulmuştur. AKP ve MHP milletvekilleri tarafından bu öneri, eşcinsel evliliklerin tanınmasına sebep olacağı gerekçesiyle reddedilmiş,

bırakabilmektedir. Bu bakımdan biyolojik cinsiyetin belirleyiciliğinin tartışılmasında -Türkiye açısından da AİHS tarafı ülkeler açısından da- Christine Goodwin v. UK kararı yol gösterici olacaktır.

⁵⁷⁴ Gizem Ersen, **Yabancıların Evlenme Hakkı**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.

yerine “her kadın ve erkeğin karşı cinsten biriyle evlenme hakkına sahip olduğu” bir düzenleme önerilmiştir.⁵⁷⁵

⁵⁷⁵ Başak Başoğlu, “Legal Status of Same-Sex Couples Within the Framework of Turkish Civil Law”, **Same Sex Couples - Comparative Insights on Marriage and Cohabitation**, (Ed. Macarena Saez), Springer, 2015, ss. 189- 208, s. 190. ;
<https://www.haberturk.com/polemik/haber/792977-ya-kopeklerle-evlenirlerse>. (Erişim Tarihi 15 Ağustos 2021, 01:45)

II. Aile Kurma Hakkının Sınırlanması Kapsamında Eşcinsel Birliktelikler

A. Sınırlama Ölçütleri

Diğer tüm hak ve özgürlükler gibi aile kurma hakkının da niteliğinden kaynaklanan nesnel sınırları vardır. Bunun yanı sıra, dışarıdan gelecek müdahalelerle başka sınırlamalara da tabi olabilir. Bu sınırlamalar aşağıda ele aldığımız bazı ilke ve kurallara dayanılarak yapılabilir. Hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin ölçütler ve sınırlarının sınırının ne olduğu anayasalar, anayasa düzeyindeki metinler ve ulus üstü insan hakları belgelerinde yer almaktadır.

AİHS Sistemi genel bir sınırlama sistemi öngörmemiştir. Hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağına ilişkin bir genel hüküm de bulunmamaktadır. Her madde, içerdiği hak ve özgürlüğe ilişkin sınırlandırma rejimini de düzenlemektedir. Bununla birlikte AİHM, içtihat yoluyla hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına birtakım ölçütler getirmiştir. Mahkeme önüne gelen başvuruda ilk olarak hakkın sınırlanması sonucunu doğuracak bir müdahalenin olup olmadığını tespit eder. Müdahale söz konusu ise bu müdahalenin yasal bir dayanağının olup olmadığına bakar.⁵⁷⁶ Var ise müdahale edilen hak ve özgürlüğün güvence altına alındığı maddede sayılan nedenlerden birine dayanıp dayanmadığını ve bu müdahalenin meşru bir dayanağının olup olmadığını tespit eder. Mahkeme ayrıca ölçülülük ve demokratik toplumda gerekli olma kriterlerini de kullanmaktadır.⁵⁷⁷

⁵⁷⁶ Leyla Şahin v. Turkey, Appl. No: 44774/98, 10/11/2005, para. 88.; Sunday Times v The United Kingdom, Appl. No: 6538/74, 26/04/1979, para. 47.

⁵⁷⁷ Handyside v. The United Kingdom, Appl. No: 5493/72, 07/12/1976, para. 48-50. ; Buckley v. the United Kingdom, Appl. No: 20348/92, 25/9/1996, para. 76-77.

Türk Anayasa Hukukunda sınırlandırma rejimini 1982 Anayasası bakımından iki döneme ayırarak incelemek gerekir. 2001 Anayasa Değişikliklerinden önce Anayasanın 13. Maddesi bir genel sınırlama rejimi öngörmekteydi. Hak ve özgürlükler, Anayasada düzenlendikleri maddelerdeki sınırlama nedenlerinin yanı sıra 13. maddede yer alan genel sınırlama nedenleri ile sınırlanabilmekteydi.

2001 Anayasa Değişikliği 13. Maddede yer alan genel sınırlama nedenlerini kaldırmış ve her hak ve özgürlüğün, düzenlendiği maddede yer alan sınırlama nedenleriyle sınırlanabildiği kademeli sınırlama sistemini benimsemiştir. Bu sistemle, AİHS sistemine de uygun olarak, her hak ve özgürlüğün kendi özelliklerine göre sınırlama nedenlerinin öngörülmesi mümkün olmaktadır. Kademeli sınırlama sisteminin benimsenmesi, özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna olduğu anlayışını pekiştirerek temel hak ve özgürlüklerin daha etkili bir biçimde korunduğu bir sistem öngörmüştür.⁵⁷⁸

Kademeli sınırlama sisteminde hakkın ne ölçüde sınırlanabileceğini tespit etmek için o hakkın düzenlendiği Anayasa maddesine başvurulur. Anayasa hükmünde yer alan “yasa kaydı” o hakkın sınırlanmasında yasa koyucuya yetki vermektedir. Bu yetkinin kapsamına göre de yasa kayıtları “basit” ya da “nitelikli” yasa kayıtları olarak adlandırılabilir.⁵⁷⁹ Hakkın güvence altına alındığı Anayasa hükmünde herhangi bir yasa kaydı bulunmaması durumunda hakkın sınırlanıp sınırlanamayacağı hususunda doktrinde görüş birliği

⁵⁷⁸ 2001 Anayasa değişikliğinin her bir hak için özgül sınırlama nedenleri belirlenmeden kademeli sınırlama sistemi öngörmüş olmasından doğan sakıncaları ele alan bir çalışma için bkz. Sağlam, 2002.

⁵⁷⁹ Sağlam, 1982, s. 29.

bulunmamaktadır.⁵⁸⁰ Bu çalışma çerçevesinde, hakkın nesnel ve anayasanın diğer hükümleriyle kesiştiği noktalarda anayasal sınırlarının olduğu görüşü benimsenerek yasa kaydı olmayan hakların da sınırlanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.

1. Kanunla Sınırlama

AİHS sisteminde ve Türk Hukukunda hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir. Kanunla sınırlama, hakka yönelik müdahalenin iç hukukta bir dayanağının olmasını gerektirir. Mahkeme kanunu şekli olarak değil maddi olarak anlamaktadır. Bu dayanağın karşılığı kanun olabileceği gibi düzenleyici bir kural olması şartıyla düzenleyici işlemler, yazılı olmayan hukuk ve mahkeme kararları da olabilir.⁵⁸¹

⁵⁸⁰ Bir görüş, hakkın güvence altına alındığı Anayasa maddesinde sınırlama nedeni yer almıyorsa bu hakların sınırlanmasının hiçbir şekilde mümkün olmadığı (hakkın sınırsız olduğu) ve sınırlandığı her durumun Anayasaya aykırı olacağını savunmaktadır. (Kemal Gözler, Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri, **Ankara Barosu Dergisi**, 2001, 4, s. 64.) Diğer bir görüş de haklara herhangi bir sınırlama getirilmese de “eşyanın tabiatından” kaynaklanan bazı sınırları olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, Anayasa’da düzenlendikleri hükümde herhangi bir yasa kaydı bulunmasa dahi hakların nesnel ve anayasal sınırları vardır. (Sağlam, 1982; Mehmet Sağlam, 2002, İncoğlu, 2013, s. 25.; Selin Esen, Dolaşım Özgürlüğü, 2014, s. 158. ; Özbudun, 2017, s. 115.; Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2015, s. 136.; Sabuncu, 2003, s. 53.; Gören, s. 366-371.)

⁵⁸¹ Leyla Şahin v. Turkey, Appl. No: 44774/98, 10/11/2005, para. 88.; Sunday Times v The United Kingdom, Appl. No: 6538/74, 26/04/1979, para. 47.; Barthold v. Germany, Appl. No: 8734/79, 25/03/1985 para. 46 vd.

Kanunla sınırlama şartı aynı zamanda hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin bir gereği olarak idarenin keyfi işlemlerine karşı güvence oluşturur.⁵⁸² AİHM kanunla sınırlama ölçütünü incelerken yasanın niteliğini de dikkate almaktadır.⁵⁸³ Bu doğrultuda yasa öngörülebilir ve ulaşılabilir olmalı, uygulayıcılara belirsizliğe yol açacak bir takdir yetkisi vermemelidir.⁵⁸⁴ Yasanın açık olması da istenen bir özellik olmasına rağmen bu tür bir düzenleme aşırı katılığa da sebep olabilecektir ancak yasaların değişen koşullara da uyum sağlayabilmesi gerekmektedir. Bu nedenle yasalarda belirli bir düzeyde muğlaklık olabilir, uygulanması ve yorumlanması da uygulayıcılara kalmaktadır.⁵⁸⁵

Türk Hukukunda da kanun, hem şekli anlamda kanun hem de maddi anlamda kanunu içermektedir. Anayasa mahkemesi de kanundan ne anlaşılması gerektiğini kararlarında belirtmektedir.⁵⁸⁶ Mahkemeye göre de:

“13. maddede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin ‘kanun’la sınırlanması ölçütüne göre bir düzenlemenin yalnızca şekli anlamda değil maddi anlamda da kanun şartlarını

⁵⁸² Malone v. The United Kingdom, Appl. No: 8691/79, 02/08/1984, para. 68. ; Khlyustov v.

Russia, Appl. No: 28975/05, 11/07/2013, para. 70.

⁵⁸³ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, İmge Kitabevi, 2013, s. 83.

⁵⁸⁴ Sunday Times v The United Kingdom, Appl. No: 6538/74, 26/04/1979, para. 49. ; Malone v. The United Kingdom, Appl. No: 8691/79, 02/08/1984, para. 67. ; Khlyustov v. Russia, Appl. No: 28975/05, 11/07/2013, para. 68.; Di Stefano v. Italy [GC], Appl. No: 38433/09, 07/06/2012, para. 141. ; Rotaru v. Romania, Appl. No: 28341/95, 04/05/2000, para. 52.

⁵⁸⁵ Khlyustov v. Russia, Appl. No: 28975/05, 11/07/2013, para. 68.; Sunday Times v The United Kingdom, Appl. No: 6538/74, 26/04/1979, para. 49.

⁵⁸⁶ AYM, E.1972/13, K.1972/18, 06/04/1972. ; E.1978/56, K.1978/60, 23/11/1978.; E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, § 30.

taşıması gerekir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfî müdahaleyi engelleyen ve hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir.”⁵⁸⁷

Mahkeme ayrıca kanunla düzenlemenin nasıl somutlaştığını da kararlarında ifade etmektedir. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereğince kanun koyucu doğrudan kendisi kanun yapabilir ya da gerekli çerçeveyi çizerek yürütme organına düzenleme yetkisini bırakabilir. Dolayısıyla idarenin o alan içerisindeki takdir yetkisine dayanarak yasalara ve anayasaya uygun biçimde kurallar koyması da mümkündür.⁵⁸⁸ Ayrıca mahkemeye göre:

“Kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağı gibi yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen koşullara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip kriterlere uygun olarak, genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması, kanunla düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmaz ve yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.”⁵⁸⁹

2. Sınırlama Nedenleri

⁵⁸⁷ AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, § 30.

⁵⁸⁸ AYM, E.1985/3, K.1985/8, 18/06/1985.; E.2015/42, K.2017/8, 18/01/2017.

⁵⁸⁹ AYM, E.2013/77, K.2014/4, 16/01/2014.

AIHS sisteminde geniş anlamda aile kurma hakkını güvence altına almakta olan 8. Madde ile dar anlamda aile kurma hakkı ve evlenme hakkını güvence altına alan 12. Maddeler aile kurma hakkının sınırlama rejimini düzenlemektedir.

Türk Anayasa Hukukunda aile kurma hakkının 1982 Anayasasının 17, 20 ve 41. Maddelerine içkin olduğu ve bu maddelerle güvence altına alındığı yukarıda ortaya koyulmuştu. Bu maddeler, içerdikleri yasa kayıtları bakımından ele alındığında aile kurma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin bir hüküm içermedikleri görülmektedir. Doktrinde aile kurma hakkının, içkin olduğu ileri sürülen 20. Maddede sayılan sınırlama nedenleri ile sınırlanabileceğini savunan görüşler vardır.⁵⁹⁰ Ancak 20. Maddede sayılan nedenlerin ikinci fıkrada kişinin üstü, özel kağıtları ve eşyasının aranmaması ve el konulmaması hakkına ilişkindir.⁵⁹¹ Ayrıca, madde metninde açıkça güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı dahi bu sebeplerle sınırlanamamaktadır.⁵⁹² Bu sebeplerin tüm maddeye ve bu maddeden türetilebilecek haklara uygulanması, sınırlamaların dar yorumlanması ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

Bu bakımdan Türk hukukunda aile kurma hakkının yasa kayıtsız bir hak olduğunu söylemek mümkündür. Yasa kayıtsız hakların sınırsız olmadıkları ve kendi özelliklerinden kaynaklanan nesnel ve anayasadan kaynaklanan sınırlarının olduğunu kabul etmek gerekir. Bu bakımdan aile kurma hakkının sınırlanabileceği nedenler anayasada belirtilmemişse de,

⁵⁹⁰ Ayşe Yaman Kaplan, **Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Evlenme ve Aile**

Kurma Hakkı, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.

⁵⁹¹ İncoğlu, 2013, s. 328

⁵⁹² Arslan Öncü, 2020, s. 162. ; İncoğlu, 2013, 328.

hakkın nesnel sınırları ve diğer bazı haklarla çatışması halinde izlenebilecek yöntemler ayrıca ele alınmalıdır.

a. Nesnel Sınırlar

Her hak, nesnel içeriği ve koruma alanıyla sınırlı bir kullanıma imkan vermektedir, bu bakımdan “soyut ve içeriksiz bir özgürlük” yoktur.⁵⁹³

Aile kurma hakkının da geçerli olduğu bir “nesnel alanı”, norm alanının sağladığı “özgöl eylem olanakları” vardır.⁵⁹⁴ Sağlam, yalnızca “norm alanı ile nesnel bir bağlantı içinde sayılabilecek temel hak kullanımları”nın o hakkın geçerli kullanım alanı içerisinde olacağını ifade etmektedir.⁵⁹⁵ Bu bakımdan “aile birliği” kavramının ve “aile birliği kurma”nın geçerli kullanım alanını tespit etmek adına bu kavramların nesnel bir bağlantı içerisinde sayılabilecek kullanımları belirlemek gerekecektir. Bununla birlikte bu sınırların dışında kalacak kullanımları belirlemek de hakkın nesnel sınırlarının ve geçerli kullanımlarının ne olduğunu ortaya koyarken önemli bir gösterge olacaktır. Sağlam’a göre hakkın kullanımı ile “yalnızca dışsal bir bağlantı içinde gözüken eylem biçimleri” hakkın geçerli kullanımı olarak nitelendirilecek nesnel sınırları içerisinde kalmaz.⁵⁹⁶

Aile birliği kavramının tanımı yapılırken aile kurma hakkının da nesnel sınırları belirlenir. Kavramın dönüşümüyle birlikte artık zorunlu görülmeyen unsurların da hakla “dışsal bağlantı” içerisinde olduğu savunulabilecektir.

⁵⁹³ Fazıl Sağlam, 2002.

⁵⁹⁴ Sağlam, 1982, s. 50.

⁵⁹⁵ Sağlam, 1982, s. 50.

⁵⁹⁶ Sağlam, 1982, s. 50.

Aile kurma hakkı özelinde düşünöldüğünde, çocuk sahibi olma, aile birliğı kurma ile zorunlu olmayan “dışsal” bir bağlantı içerisindeyir.⁵⁹⁷ Zaman zaman “çocuk sahibi olabilme”nin aile kurma hakkı bakımından bir şart olarak öngöröldüğüne rastlanmaktadır ancak günümüzde bu anlayış çoğunlukla terk edilmiştir. Bu nedenle aile kurma hakkına “çocuk sahibi olma/ya da üreyebilme” şartı getirerek hakkın sınırlanması, hakkın nesnel sınırlarının dışında kalacaktır.

Aile kurma hakkının nesnel sınırlarını belirlemeye çalışırken nesnel sınırların toplumdan topluma ve zamana göre değişip değişmediğini de tespit etmek gerekir. Dünyanın her yerinde var olan sosyal bir kurumun farklı anlayışları ve dönüşümü o kurumun nesnel sınırlarına ilişkin ipuçları içerir. Bununla birlikte belirli bazı unsurlar üzerinde kayda değer sapmalar dünya çapında gözlemleniyorsa bu sapmaların nesnel sınırlar içerisinde kalıp kalmadığını da ayrıca tartışmak gerekecektir. Aile kurumunun karşı cinsiyetlerden kişiler arasında olması kayda değer bir oranda belki çoğı toplumda bir şart olarak -bazı noktalarda kesinlikle/mutlak- kabul ediliyorsa da, aile kurma hakkının cinsiyetlerden bağımsız olarak anlaşılması gerektiğine yönelik de çok yoğun bir eğilim varsa karşıt cinsiyetlerden olma şartının aile kurma hakkının -mutlak bir biçimde- nesnel sınırları içerisinde kaldığını söylemek mümkün olmayacaktır.

Tayvan Anayasa mahkemesi de evliliğin temel etik gerekliliklerini tespit ederken aslında aile kurma hakkının nesnel sınırlarını belirlemeye çalışmaktadır. Buna göre üreme

⁵⁹⁷ Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Obergefell v. Hodges kararında bu tespiti eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında dayanak olarak kullanmaktadır. Obergefell v. Hodges, s. 13-16.

yeteneği bu nesnel sınırlar arasında değildir nitekim üreme yeteneğinden yoksunluk ne bir hükümsüzlük ne de boşanma sebebi olarak kabul edilebilir.⁵⁹⁸

b. Anayasal Sınırlar

Temel hak ve özgürlüklerin diğer hak ve özgürlüklerle çatışmasından doğan sınırları da vardır. Haklar Anayasada güvence altına alınmış diğer haklarla ya da ilkelerle çatıştığında bu hakkın norm alanına müdahale edilmesi gerekebilecektir.⁵⁹⁹ Bu doğrultuda pratik uyuşum ilkesi gereği, her iki hakka da optimal normatif etki tanınacak bir çözüm arayışına girilir.

Anayasa mahkemesine göre de, “*Anayasa ’nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir.*”⁶⁰⁰

Ayrıca: “*Zira Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi temel hak ve özgürlüklerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve özgürlüklerin sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının Anayasa'nın bütünü dikkate alınarak belirlenmesi gerekir.*”⁶⁰¹

Anayasa Mahkemesi, aynı kararında, bu sınırların da hakkın sınırlanmasındaki ölçütlere tabi olduğunu vurgulamaktadır:

⁵⁹⁸ Judicial Yuan Interpretation No. 748, 2017/05/24, s. 16.

⁵⁹⁹ İnceoğlu, 2013, s. 24.

⁶⁰⁰ AYM, E.2009/67, K.2009/119, 01/10/2009.

⁶⁰¹ AYM, E.2014/36, K.2015/51, 27/05/2015.

*“Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur.”*⁶⁰²

AIHM’in de, Sözleşme metninde sınırlama sebebi yer almayan bir hakkın başka haklarla çatışması halinde sınırlanabileceğini ifade ettiği kararları vardır. Bir kararında mahkeme, “tanıkları sorguya çekmek/çekdirmek” hakkına madde metninde bir sınırlama sebebi öngörülmemiş olmasına rağmen, hakkın özel hayata saygı gerekçesiyle sınırlanabileceğini kararlaştırmıştır.⁶⁰³

Anayasa Mahkemesi, aile kurma ve evlenme hakkına getirilecek bazı sınırlamalarda milli güvenliğin korunması meşru amacına dayanılabileceğini ifade etmektedir:

“Bu bağlamda özellikle devlet sırlarının korunması kaygısı ve istihbari nedenlerden kaynaklandığı anlaşılan söz konusu düzenlemenin öngörülmesinde kamu yararı bulunduğu açıktır. MİT Müsteşarlığında görev yapan kişilerin yürüttüğü görevlerin ülkenin çıkarlarına yönelik hassas konumu nedeniyle istihdam edilen personelin kendisi, eşleri ve eş adayları hakkında güvenlik açısından sakınca doğurabilecek bir hâlin bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla düzenleme yapılması, bu kapsamda personele bazı yükümlülükler öngörülmesi ve

⁶⁰² AYM, E.2009/67, K.2009/119, 01/10/2009.

⁶⁰³ AIHM, S.N. v. Sweden, 34209/96 , 02/07/2002, para. 47-52. ; AIHS m. 18’in içkin sınırları kabul etmenin önüne geçtiği görüşü için bkz: Stefan Kirchner, "Outlawing Hate Speech in Democratic States: The Case against the Inherent Limitations Doctrine concerning Article 10(1) of the European Convention on Human Rights", **Brazilian Journal of International Law**, Vol. 12, No. 1, 2015, ss. 416-423.

bu yükümlülüğe aykırı davranışın da yaptırıma bağlanması millî güvenliğin korunması meşru amacını taşımaktadır.”⁶⁰⁴

Mahkeme yine, kamu yararı⁶⁰⁵, kamu güvenliği gibi nedenlerle aile kurma ve evlenme hakkına müdahale edilebileceğini ortaya koymaktadır.⁶⁰⁶

3. Sınırlamada Ölçülülük

Sağlam’a göre ölçülülük ilkesi hukuk devletinin somutlaşmış bir hali olarak hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken temel bir ilkedir.⁶⁰⁷ Bu ilke amaç-araç ilişkisinde aranan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç unsurdan oluşur. Elverişlilikte başvuru aracı sınırlamanın amacını gerçekleştirmeye elverişli olması beklenir. Bu elverişlilik en azından amaca bir katkı olarak gerçekleşmelidir. Müdahale amaca ulaşmayı tam olarak sağlamasa da kısmi olarak gerçekleştirmeye katkıda bulunması gerekmektedir.⁶⁰⁸

Gereklilik ilkesi sınırlamanın amacının gerçekleşmesinde mümkün olan en yumuşak aracın seçilmesini ifade etmektedir. Bu doğrultuda, sınırlamanın amacını gerçekleştirmeye eşit düzeyde elverişli araçlar arasından hakkın kullanımını en hafif biçimde etkileyecek

⁶⁰⁴ Ö.Ç., B. No: 2014/8203, 21/9/2016, para. 66-67.

⁶⁰⁵ Hüseyin Kesici, B. No: 2013/3440, 20/4/2016, para. 69.

⁶⁰⁶ Esas Sayısı : 2013/158, Karar Sayısı : 2014/68, Karar Günü : 27.3.2014, R.G. Tarih-Sayı: 09.04.2014-28967.

⁶⁰⁷ Sağlam, 1982, s. 112.

⁶⁰⁸ Sağlam, 1982, s. 114.

müdahale gerekli sayılabilecektir.⁶⁰⁹ Yani ulaşılmak istenen amaç daha hafif bir müdahaleyle de elde edilebiliyorsa o müdahalenin gerekli olduğundan söz edilemeyecektir.

Orantılılık ilkesinde ise ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç (sınırlama) arasında ölçülü bir oran aranmaktadır. Bu doğrultuda sınırlamanın “yöneldiği kişiye ölçüsüz bir yükümlülük” getirmemesi, kişi için “beklenmedik nitelikte olmaması” onun orantılı olduğunun göstergesi olarak kabul edilebilir.⁶¹⁰

Anayasa Mahkemesine göre de:

*“Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik, ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını; orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.”*⁶¹¹

AİHS’te ölçülülük ilkesi açık bir biçimde yer almamaktadır. Bununla birlikte AİHM bu ilkeyi içtihat yoluyla bir sınırlama kriteri olarak benimsemiştir AİHS m. 8 ve 11/2’ye dayanarak içtihat yoluyla ölçülülük kriterini uygulamaya başlamıştır. AİHM’in ölçülülük ilkesiyle ilişkili olarak benimsediği başka bir uygulama da takdir marjı doktrindir. Müdahalenin o hukuk sisteminde gerekli olup olmadığı konusunda devletlerin takdir marjı

⁶⁰⁹ Sağlam, 1982, s. 115.

⁶¹⁰ Sağlam, 10982, s. 116.

⁶¹¹ AYM, E.2019/13, K.2021/31, 29/04/2021, §15 .

söz konusudur. Ancak bu takdir marjı sınırsız değildir.⁶¹² Mahkeme, takdir marjının genişliğini tespit ederken o hukuk sisteminde bu müdahalenin yasal bir temeli olup olmadığını ve müdahalenin orantılı olup olmadığını ayrıca göz önünde bulundurur.⁶¹³

1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, kavramı açıkça ifade etmese de ölçülülük ilkesine kararlarında başvurmuştur.⁶¹⁴ 1982 Anayasası döneminde de ölçülülük ilkesi 2001 değişikliklerine kadar Anayasada açıkça yer almamıştır. 2001 değişiklikleriyle de bağımsız bir sınırlama kriteri haline gelmiştir. Bununla birlikte 2001 değişikliği öncesinde de Anayasa Mahkemesi ölçülülük kriterini çeşitli şekillerde uygulamıştır. Sınırlamanın “makul bir amaca yönelik olması”⁶¹⁵, düzenleme amacı ile bulunan çare arasında “adil ve kabul edilebilir bir denge”, “araç ile amaç arasındaki mantıki bağın kaybolması”⁶¹⁶ gibi ifadelerle mahkeme ölçülülük kriterini benimsemiştir. Ayrıca mahkeme bu dönemde de ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik, orantılılık kriterlerini aramaktadır.⁶¹⁷

Anayasa Mahkemesi aile kurma hakkına kişinin mesleği nedeniyle getirilen sınırlamaları değerlendirirken müdahalenin ölçülülüğüne ilişkin tespitlerde bulunmaktadır.

⁶¹² Handyside v. The United Kingdom, Appl. No: 5493/72, 07/12/1976, para. 48-50. ; Buckley v. the United Kingdom, Appl. No: 20348/92, 25/9/1996, para. 76-77. ; Chassagnou and Others v. France [GC] - 25088/94, 28331/95, 28443/95, 29/04/1999, para. 113.

⁶¹³ Leyla Şahin v. Turkey, para. 110.

⁶¹⁴ AYM, E.1970/48, K.1972/3, 09/02/1972. ; E.1963/330, K.1964/15, 11/02/1964.; E.1970/22, K.1971/20, 18/02/1971.; E.1973/3, K.1973/37, 20/12/1973.; E.1971/31, K.1972/5, 16/02/1971.

⁶¹⁵ AYM, E.1985/8, K.1986/27, 26/11/1986. Benzer yönde: E.1986/17, K.1987/11, 22/05/1987.

⁶¹⁶ AYM, E.1986/12, K.1987/4, 11/02/1987.

⁶¹⁷ AYM, E.1988/50, K.1989/27, 23/06/1989.

6004 sayılı Dışışleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 20. maddesinin (4) numaralı fıkrasının “İzin almadan evlenen memurlar istifa etmiş sayılır.” Hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla önüne gelen dosyada mahkeme, “memuriyetten istifa etmiş sayılma” yaptırımının orantısız bir müdahale olduğu sonucuna vararak hükmü iptal etmiştir:

“Devletin dış politikasının güven içinde yürütülebilmesi için, Dışışleri Bakanlığı memurlarına evlenmeden önce izin alma yükümlülüğü öngörülmesinde kamu yararı bulunduğu yadsınamaz. Ancak, evlenilen kişi hakkında dış politika hizmetlerinin gerektirdiği güvenlik esasları yönünden herhangi bir olumsuz tespitin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, salt evlilik öncesi izin almamasından dolayı, kişinin belli bir süre kamu hizmetine girmesine engel olan memuriyetten istifa etmiş sayılma yaptırımının öngörülmesinin, ulaşılmak istenen ama karşısında orantılı bir tedbir olduğu söylenemez. Bu durum, hukuk devletinin bir gereği olan ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü gibi Devletin, ailenin birliği ve refahını koruma hususundaki pozitif yükümlülüğünün de ihlali sonucunu doğurur.”⁶¹⁸

Bununla birlikte öngörülen yaptırımın görevden çıkarma, görev yeri değiştirilmesi gibi yaptırımlar olması halinde mahkeme müdahalenin orantılı olduğu sonucuna varmaktadır:

“Bunun yanı sıra başvuru istihbarat uzmanı görevinden alınmakla birlikte derece ve kademesi korunarak bir başka kuruma uzman olarak atanmış olduğundan müdahalenin orantılı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.”⁶¹⁹

AİHM, eşcinsel birlikteliklerin aile kurma hakkının tanınmasında birkaç kararında ölçülülük ilkesini uygulama imkanı bulmuştur. Schalk and Kopf v. Austria kararında

⁶¹⁸ AYM, Esas Sayısı : 2013/158, Karar Sayısı : 2014/68, Karar Günü : 27.3.2014, R.G. Tarih-Sayı: 09.04.2014-28967.

⁶¹⁹ Ö.Ç., B. No: 2014/8203, 21/9/2016, para. 79.

mahkeme takdir marjı doktrinine başvurmuştur. Bu doğrultuda, birlikteliklerin tanınması ve korunmasında çizilecek çerçevenin devletlerin takdir marjı içerisinde kaldığını ifade etmiştir.⁶²⁰ 2021 tarihli Fedotova v. Russia kararında da mahkeme, Rusya'nın eşcinsel birlikteliklerin korunmasına yönelik herhangi bir çerçeve çizmemiş olması nedeniyle takdir marjını aştığını, dolayısıyla da -Rusya'nın amaç olarak ileri sürdüğü- toplumun yararıyla eşcinsel çiftlerin hakları arasında makul bir dengenin sağlanamadığına hükmetmiştir.⁶²¹

Ayrıca mahkeme devletin geleneksel aileyi koruma amacıyla cinsel azınlıkların haklarının sınırlanmasında ölçülülük aramaktadır. Mahkeme bu çerçevede heteroseksüel evlenmemiş birlikteliklere birlikte evlat edinme hakkı tanınırken eşcinsel çiftlere tanınmamasını ölçülü bir müdahale olmadığından Sözleşmenin 8 maddesiyle bağlantılı olarak 14. Maddesinin ihlali olduğuna hükmetmiştir.⁶²²

Kanada Yüksek Mahkemesi, evliliğin kadın ve erkek arasında kurulacağını düzenleyen normun anayasaya aykırılığı iddiasını ele aldığı Halpern v. Canada kararında ölçülülük ilkesine başvurmuştur. Mahkeme AİHM'e ve Anayasa Mahkemesine benzer şekilde normun amacı ile doğurduğu sonuç arasında, amacı engellemeyecek düzeyde bir ölçülülük aramaktadır.⁶²³ Karara konu başvuru, evlilik kurumundan eşcinsel çiftlerin yararlanamaması

⁶²⁰ Schalk and Kopf, para. 108.

⁶²¹ Fedotova v. para. 55.

⁶²² X and Others v. Austria [GC], Appl. No: 19010/07, 19/02/2013, para. 151-153. Benzer şekilde partnerin ölümünden sonra kiracılığın devam ettirilmesi hakkının heteroseksüel çiftlere tanınıp eşcinsel çiftlere tanınmamasının ölçülü bir müdahale olmadığına hükmetmiştir. Kozak v. Poland, Appl. No: 13102/02, 02/03/2010, para. 98-99.

⁶²³ Halpern et al. v. Attorney General of Canada et al. (Halpern v. Canada), O.J. No. 2268, 10/06/2003, para. 126 vd.

olduğundan mahkeme evlilik kurumunun karşıt cinsiyetten kişiler arasında gerçekleşeceğini düzenleyen normun amacına bakmaktadır. Bu doğrultuda evlilik kurumunun amacı üreme, çocuk yetiştirme ve hayat yoldaşlığını teşvik etmek olduğu için yalnızca karşı cinsiyetten kişiler arasında gerçekleşmesi gerektiği⁶²⁴ argümanına iki yönden yaklaşmıştır. İlk olarak, evlilik kurumunun amacı bu olsa bile, yalnızca heteroseksüel kişilerin evlenmesine yol açacak bir sınırlama ile üreme ve çocuk yetiştirme amaçları arasında mantıksal bir bağ kurulamamaktadır. Bu sınırlama hem dar kapsamlı hem de aşkın kapsamlıdır çünkü heteroseksüel çiftlerin çocuk sahibi olması zorunlu kılınamayacağı gibi eşcinsel çiftler de çocuk sahibi olup çocuk yetiştirebilmektedir.⁶²⁵ Ayrıca bu amaç doğrultusunda yapılacak düzenlemede, eşcinsellerin aile kurma hakkını tanımamak seçenekler arasından en hafif müdahale de sayılamayacaktır.⁶²⁶ Dolayısıyla üreme ve çocuk yetiştirme amaçlarına yönelik olarak eşcinsel çiftlerin aile kurma hakkının sınırlanması ne gerekli ne de orantılı bir müdahaledir.⁶²⁷

Benzer şekilde, Meksika Anayasa Mahkemesi de, eşcinsel birlikteliklerin tanınmamasının anayasaya aykırı olduğuna hükmettiği kararında ölçülülük ilkesine başvurmaktadır. Halpern v. Canada kararında Kanada Yüksek Mahkemesine benzer bir akıl yürütmeye, evlilik kurumunun heteroseksüel çiftlere özgülenmiş olmasının ölçülü bir

⁶²⁴ Halpern v. Canada, para. 127.

⁶²⁵ Halpern v. Canada, para. 130.

⁶²⁶ Halpern v. Canada, para. 133-139.

⁶²⁷ Halpern v. Canada, para. 141.

sınırlama olmadığına hükmetmiştir.⁶²⁸ Mahkemenin yaklaşımı hukukça tanınma bölümünde ayrıntılarıyla ele alındığından burada yinelenmeyecektir.

4. Sınırlamanın Sınırı

a. Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

AİHS sisteminde hakka yönelik bir müdahalenin meşru olup olmadığının tespiti yapılırken demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu da önem taşımaktadır. Bu kriter ölçülülük ilkesiyle de yakından ilişkilidir. Ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan gereklilik kriteri aynı zamanda “demokratik toplum düzeninde gerekli olma”yı da içerir.

AİHM içtihatlarında demokratik toplum düzeninin gereklerini somutlaştırmaktadır. Bu doğrultuda, gereklilik ifadesinin kaçınılmazlıkla eş anlamlı anlaşılmaması gerektiğini; kabul edilebilir, olası, yararlı ya da makul kelimelerindeki gibi bir esnekliğe de sahip olmadığını ifade etmektedir.⁶²⁹ Yine mahkemeye göre demokratik toplum düzeninin gerekleri, müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaca karşılık olarak ve izlenen meşru amaçla orantılı bir biçimde sınırlamanın yapılmasını gerektirir. Ek olarak, sözleşmeyle güvence altına alınmış bir hakka getirilen istisnanın dar yorumlanması gerekmektedir.⁶³⁰

⁶²⁸ Amparo En Revisi n 581/2012 (Derivado De La Facultad De Atracci n 202/2012), akt. Vela Barba, 2015, s. 74.

⁶²⁹ Silver and Others v. The United Kingdom, Appl. No: 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25/03/1983, para. 97.

⁶³⁰ Silver and Others v. The United Kingdom, para 97/d.

AİHM demokratik toplum düzeninin ayırt edici özelliklerinin çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık öğeleri olduğuna hükmetmiştir.⁶³¹

1982 Anayasasının 2. Maddesinde demokratik devlet, devletin nitelikleri arasında sayılmaktadır. Anayasanın 13. Maddesinde de demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında bir ölçüt olarak belirtilmiştir. Anayasada ifade edilen demokratik toplum düzeni, çağdaş ve evrensel niteliklerle donatılmış bir demokrasi anlayışı olarak kabul edilmektedir.⁶³² Bu doğrultuda, 1982 Anayasasının demokrasi anlayışıyla sınırlı kalmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminin başlarında demokratik toplum düzeninin 1982 Anayasasında gösterilen demokrasi anlayışıyla belirlenen hukuk düzeni olarak anlaşılması gerektiğine hükmetmiştir.⁶³³ Bununla birlikte Mahkeme daha sonra bu yorumdan vazgeçmiş, demokratik toplum düzeni kavramını çağdaş batı demokrasisi olarak

⁶³¹ Handyside v. The United Kingdom, para. 49. ; İ. A. v. Turkey, Appl. No: 42571/98, 13/09/2005, para. 28.

⁶³² Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 87. ; Mehmet Turhan, “Anayasamız Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, **Anayasa Yargısı**, 1991, No. 8, ss. 401-420, s. 408-409.

⁶³³ “Yasa Koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde yukarıda sözü edilen sebeplere dayanmak suretiyle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur.” AYM, E.1985/21, K.1986/23, 06/10/1986.

değerlendirmeye başlamıştır.⁶³⁴ Mahkeme, demokrasi kavramının çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir:

*“Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnâî olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlandırılabilirler.”*⁶³⁵

Ek olarak Mahkeme, temel hak ve özgürlüklerin, demokratik rejimlere özgü olmayan yöntemlerle sınırlamayacağını belirtmektedir:

*“Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.”*⁶³⁶

⁶³⁴ AYM, E.2006/142, K.2008/148, 24/09/2008.; E.2009/59, K.2011/69, 28/04/2011. ; E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014.

⁶³⁵ Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, §92.

⁶³⁶ AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014.

b. Hakkın Özü

Hakkın özü kavramı, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle birlikte hakkın sınırlanmasının sınırını oluşturmaktadır. Hakkın özü, hakkın varlık nedeni olan, dokunulmaz çekirdeğidir.⁶³⁷ Hakkın özü, her hak için farklı bir koruma alanını ifade edecektir, bu nedenle her hak için ayrı tespit edilmelidir.⁶³⁸ Ayrıca Sağlam, hakkın özünün belirlenmesinde klasik yorum yöntemlerinin yeterli olmayacağını, bu yorum yöntemlerinin yanında hukuk doktrininin ve diğer sosyal bilim alanlarının katkısıyla gelişecek bir süreçle ancak hakkın özünün belirlenebileceğini ifade etmektedir.⁶³⁹

AİHS, hakkın özü kavramına yer vermemektedir. Bununla birlikte AİHM'in bazı durumlarda hakkı özü ölçütünden yararlandığı görülmektedir. Mahkemeye göre haklar ancak özlere dokunmayacak ve güvencelerinden mahrum bırakmayacak biçimde sınırlanabilecektir.⁶⁴⁰ Ayrıca mahkeme hakkın özü kriterini genellikle ölçülülük ilkesiyle birlikte kullanmaktadır.⁶⁴¹

1961 Anayasası 11. Maddesinde hakkın sınırının sınırı olarak hakkın özü kavramına yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası döneminde hakkın özü kavramına

⁶³⁷ Sağlam, 1982, s. 156.

⁶³⁸ Sağlam, 1982, s. 174.

⁶³⁹ Sağlam, 1992, s. 175.

⁶⁴⁰ Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, Appl. No: 9267/81, 02/03/1987, para. 52. ; Brand v. The Netherlands, Appl. No: 49902/99, 11/05/2004, para. 66. ; Rees v. The United Kingdom, Appl. no. 9532/81, 17/10/1986, para. 50.;

⁶⁴¹ Leyla Şahin v. Turkey, Appl. No: 44774/98, 10/11/2005, para. 154.; Müller and Others v. Switzerland, Appl. No: 10737/84, 24/05/1988, para. 31-32.

başvurmuştur. Bu dönemde geliştirdiği içtihatlarında mahkeme, hakkın kullanımını açıkça yasaklayan, kullanılmaz hale getiren ya da ciddi biçimde güçleştiren, amacına ulaşmasını önleyen ve etkisini ortadan kaldıran sınırlamaların hakkın özüne dokunacağını ifade etmektedir.⁶⁴²

1982 Anayasasının ilk halinde hakkın özü kavramına yer verilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi içtihatlarında hakkın özü ölçütünü kullanmaya devam etmiştir. 2001 Anayasa değişikliğiyle de Anayasanın 13. Maddesine eklenmiştir. 1982 Anayasası döneminde mahkeme bir süre bu kriteri hakkı tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların hakkın özüne dokunacağı şeklinde yorumlamaktaydı.⁶⁴³ Ancak hakkın kullanımını zorlaştıran ve güvencesini azaltan sınırlamaların hakkın özüne dokunmadığı yorumuna yol açabilecek bu yaklaşım daha güvencesiz olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmekteydi. Yakın tarihli kararlarında mahkemenin bu yaklaşımı değiştirdiği görülebilmektedir.⁶⁴⁴

Mahkeme yakın tarihli kararlarında da, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacağını ifade etmektedir. Bu bakımdan mahkemenin demokratik toplum düzeninin gerekleri kriteriyle

⁶⁴² AYM, E.1963/17, K.1963/84, 08/04/1963.; E.1962/208, K.1963/1, 04/01/1963.

⁶⁴³ AYM, E.1997/59, K.1998/71, 18/11/1998. ; E.2009/59, K.2011/69, 28/04/2011. ;E.2006/142, K.2008/148, 24/09/2008. ;

⁶⁴⁴ AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014. ; Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, §94; Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, §93

hakkın özü kriterini de çoğu yerde iç içe kullandığını söylemek mümkündür.⁶⁴⁵ Mahkemeye göre:

*“Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.”*⁶⁴⁶

AIHM, evlenme aile kurma hakkına ilişkin sınırlamalarda devletlerin takdir marjının hakkın özüne dokunacak kadar genişleyemeyeceğine hükmetmiştir.⁶⁴⁷ Christine Goodwin kararında da mahkeme, kişilerin doğdukları biyolojik cinsiyetlerini esas almanın evlenme ve aile kurma hakkının özüne dokunacağını ifade etmiştir.⁶⁴⁸ Ayrıca bu kararda mahkeme evlenme ve aile kurma hakkının özünün “kadın ve erkek arasında kurulan birlik” olduğunu ifade etmiştir. Yakın zamanda ise mahkeme bu anlayışı gözden geçirdiği kararlar vermiştir. Schalk and Kopf v. Austria kararında mahkeme, Sözleşmenin yapıldığı zamandan beri esaslı anlayış değişiklikleri olduğundan o zaman benimsenen aile anlayışının benimsenemeyeceğine ve 12. Maddedeki kadın ve erkek ifadelerinin artık zorunlu olarak

⁶⁴⁵ AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014. ; E.2009/59, K.2011/69, 28/04/2011 ; Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, §94; Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, §93

⁶⁴⁶ AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014.

⁶⁴⁷ Jaremowicz v. Poland, Appl. No: 24023/03, 05/01/2010, para. 48; B. and L. v. the United Kingdom, Appl. No: 36536/02, 13/09/2005, para. 34. ; F. v. Switzerland, Appl. no. 11329/85, 18/12/1987, para. 32.

⁶⁴⁸ Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], Appl. No: 28957/95, 11/07/2002, para. 97-101.

evliliğin karşı cinsiyetten kişiler arasında gerçekleşeceği biçimde anlaşılamayacağına hükmetmiştir.⁶⁴⁹

Fazıl Sağlam'ın da belirttiği üzere, hakkın özü kavramının klasik yorum yöntemlerini aşan bir değerlendirmeye belirlenmesi önem taşır. Hakkın özünün dar bir yorumla, geleneksel kurumlara/kurumların geleneksel anlayışlarına veya dini anlayışlara dayanılarak belirlenmesi hakkın bazı gruplar bakımından güvencelerini yitirmesi ve hatta doğrudan hakkın güvencesizleşmesi sonucunu doğurabilecektir. Bu bakımdan Sağlam'ın önerdiği gibi bir konsensüs sağlanamıyorsa da, diğer sosyal bilim alanlarından ve hukuk doktrininden de katkılarla, yalnızca klasik yorum yöntemleriyle sınırlı kalmayarak bir belirleme yapılması önem taşımaktadır.

⁶⁴⁹ Schalk and Kopf v. Austria, para. 61.

III. Eşcinsel Birlikteliklerin Aile Kurma Hakkı Bağlamında Korunması

Aile kurma hakkı, devletten gelebilecek ihlallere karşı hem ulusal düzeyde hem de ulusalüstü düzeyde kurulmuş birtakım araç ve mekanizmalarla korunmaktadır.

Hakların korunmasını güvence altına alan dilekçe hakkı, hak arama hürriyeti gibi birtakım haklar söz konusudur. Hukuk devleti de hakların korunmasının bir garantisi niteliğindedir. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak yasamanın ve yürütmenin yargısal denetiminin sağlanması ve vatandaşların hak arama hürriyetinin güvence altına alınması temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından önem taşımaktadır. Bu bakımdan Türkiye’de 1982 Anayasasının devletın temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. maddesi, hak arama hürriyetini güvence altına alan 36. Maddesi ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasını düzenleyen 40. Maddesi temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin güvenceler içermektedir.

Temel hak ve özgürlükler genelde koruyucusu olması gereken devlet tarafından ihlal edilir. Dolayısıyla hak ve özgürlükler çoğunlukla devletten gelen müdahalelere karşı korunur. Bu nedenle hak ve özgürlüklerin korunmasında seçilecek mekanizmaların tarafsız ve (devletten olabildiğince) bağımsız olması gerekmektedir. Hak ve özgürlüklerin bağımsız ve tarafsız yargı organları eliyle korunması da bu nedenle en etkili koruma mekanizmasını oluşturur.

Hak ve özgürlüklerin korunması yargısal olmayan mekanizmalarla sağlanabilmektedir. Yargısal olmayan mekanizmalar yasama organı ya da idare içinde yer alabilir.

Türkiye’de yasama organı içerisinde hak ve özgürlükleri koruma mekanizmaları mevcuttur. 1982 Anayasasının 74. maddesinde düzenlenmekte olan dilekçe hakkı bunlardan biridir. Dilekçe hakkı kapsamında vatandaşlar veya karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla

yabancılar, TBMM'ye ve yetkili makamlara kendileri veya kamuyla ilgili dilek ve şikayetlerini iletme hakkına sahiptir.

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında yasama organı içerisinde yer alan mekanizmalardan biri de TBMM komisyonlarıdır. Dilekçe Komisyonu, İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Kadın-Erkek Eşitliği Komisyonu bu mekanizmalardandır. Dilekçe komisyonu, TBMM'ye veya yetkili makamlara ulaştırılan genel şikayetleri incelemekle görevlidir. TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, insan haklarına ilişkin şikayetlerin iletildiği ve incelendiği komisyondur. 3686 Sayılı İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Kanununun 4. Maddesinde komisyonun diğer görevleri de sayılmaktadır. Komisyon aynı zamanda uluslararası alanda genel kabul gören insan hakları gelişmelerini izlemek, Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları alanındaki anlaşmalarla milli mevzuatın uyumunu sağlamak, meclis başkanlığınca havale edilen kanun teklifleri ve olağanüstü hal durumunda çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnamelerini görüşmek ve istem üzerine TBMM komisyonlarının gündeminde olan konular hakkında görüş bildirmek gibi görevler de üstlenmektedir. Kadın Erkek Eşitliği komisyonu da TBMM Başkanlığınca kendisine havale edilen kadın erkek eşitliği ihlali ve toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık iddialarını inceler ve gerekli gördüğü hallerde ilgili mercilere iletir.

TBMM komisyonlarının üyeleri siyasi parti gruplarının kişi sayılarına oranla belirlendiği için üyelerinin çoğunluğu iktidar partisi/partileri üyelerinden oluşmaktadır. Bununla birlikte bu komisyonlar bağlayıcı nitelikte karar alamamaktadır. Bu nedenlerle yasama organı içerisinde oluşturulmuş komisyonlar hak ve özgürlüklerin korunmasında etkili bir koruma mekanizması olarak değerlendirilemeyecektir.

İdare içerisinde oluşturulmuş bazı kurumlar da hakların korunmasında etkili olabilecek mekanizmalar içerir. Bu kurumlardan biri de kamu denetçiliği kurumudur. Kamu denetçiliği kurumu “ombudsmanlık” “halkın avukatlığı”, “parlamento komiserliği” gibi farklı isimlerle

pek çok demokratik devlette ulusal koruma mekanizmaları arasında yer almaktadır. Kurum, demokratik sistemlerde danışma organı olmanın ötesinde bir işleve sahiptir, kendiliğinden harekete geçebilir ve gerektiğinde yargı organlarını da harekete geçirerek temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli bir mekanizma olarak işleyebilir. Eşcinsel birlikteliklerin aile kurma hakkı bakımından korunmasında da bu kurumların önlerine gelen başvurulardan hareketle bir koruma sağlaması mümkündür.

Türkiye’de hak ihlallerine karşı bir koruma mekanizması olarak idare içerisinde oluşturulmuş başka bir kurum da 06.04.2016 tarihli ve 6701 sayılı Kanun ile kurulan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’dur.⁶⁵⁰ Kurum başvuru üzerine ya da kendiliğinden, insan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerini inceler ve karara bağlar. Gerekli gördüğünde idari yaptırıma da hükmedebilir. Kurumun görevleri arasında, insan haklarının korunması ve geliştirilmesine, ayrımcılıkların önlenmesine ve ihlallerin giderilmesine yönelik çalışmalar yapmak, insan hakları ve ayrımcılıkla mücadele alanındaki uluslararası gelişmeleri izlemek ve değerlendirmek, TBMM ve Cumhurbaşkanlığına sunulmak üzere çalışma alanına ilişkin yıllık raporlar hazırlamak sayılabilir. Kurumun karar organı olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulunun, insan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerinde kendiliğinden harekete geçebilmesi ve idari yaptırım kararı verebilmesi, bir koruma mekanizması olarak işlevsel olabileceğini göstermektedir. Ancak Türkiye’de idare içerisinde kurulmuş olan bu kurumların tarafsızlık ve bağımsızlıkları dikkate alındığında hak ve özgürlüklerin korunması açısından ne kadar güvence sağlayabileceği de ayrıca ele alınmalıdır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun ulusal insan hakları mekanizmalarının kuruluş ve işleyişine ilişkin olarak belirlediği bu bakımdan yol

⁶⁵⁰ 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, 6/4/2016, RG. Tarih: 20/4/2016

Sayı : 29690.

göstericidir. Paris ilkeleri olarak ifade edilen “İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması İçin Kurulan Ulusal Kuruluşların Statüsüne İlişkin İlkeler”,⁶⁵¹ bu kurumların yetkileri, sorumlulukları, oluşturulma biçimleri ve işleyişlerine ilişkin belirli bir çerçeve çizerek bu kurumların bağımsız ve etkili koruma mekanizmaları olarak işlemelerini amaçlamaktadır.

Ulusal insan hakları kurumlarının kuruluşunda/oluşturulmasında iki temel nitelik aranır: yasayla kurulma ve bağımsızlık.⁶⁵² Paris Prensiplerine göre de bu kurumların görevleri, oluşturulmaları ve yetki alanları Anayasayla ya da hukuksal geçerliği olan bir metinle belirlenmelidir.⁶⁵³ Bu bakımdan hükümet işlemiyle kurulmuş bir ulusal insan hakları kurumunun kuruluşu, bağımsızlığının sorgulanması bir yana, yasayla yapılmamış olması bakımından da Paris Prensiplerine uygun olmayacaktır.⁶⁵⁴

Bu kurumların bağımsızlıkları açısından, nasıl oluşturuldukları/kuruluşları önem taşımaktadır. Bu bakımdan Paris İlkeleri, kurumların çoğulcu bir biçimde oluşturulması gerektiğine vurgu yapmaktadır:

“Ulusal kuruluşların oluşturulması ve üyelerinin seçimle veya başka bir yoldan belirlenmesi, insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasıyla ilgili (sivil) toplum güçlerinin çoğulcu bir biçimde temsil edilmesini sağlayacak gerekli bütün güvencelerin varolduğunu gösteren bir usulle yapılmalıdır.”

⁶⁵¹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, 3/3/1992 tarihli 1992/54 sayılı; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 20/12/1993 tarihli 48/134 sayılı kararlarıyla kurulmuştur.

⁶⁵² Abdurrahman Eren, **Ulusal İnsan Hakları Kurumları**, On iki Levha Yayıncılık, 2012, s. 171.

⁶⁵³ İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması İçin Kurulan Ulusal Kuruluşların Statüsüne İlişkin İlkeler (Paris Prensipleri), Yetkileri ve Görevleri, m. 2.

⁶⁵⁴ Eren, 2012, s. 172.

Bu kurumların bağımsızlığı en genel ifadeyle hükümetten bağımsızlık anlamına gelmektedir. Bu çerçevede kurumlara üye seçiminde hükümetin etkisinin olmaması, kurum içinde hükümet temsilcileri var ise bunların oy hakkının olmaması esastır. Ulusal İnsan Hakları mekanizmalarının bağımsız olduğundan söz edebilmek için aynı zamanda bütçesel, organizasyonel ve fonksiyonel olarak da bağımsız olmaları gerekir. Kurumların kendi bütçelerinin ve personellerinin olması, kendi sekreteryasının olması ve fonksiyon olarak diğer organlardan bağımsız olmaları yani başka bir organa hesap vermiyor olmaları temel şartlardır.⁶⁵⁵

Türkiye’de kamu denetçiliği kurumunun kuruluşunda çerçevenin Anayasayla çizilmesi ve kanunla kurulması Paris İlkelerine uygun görünmektedir. Bununla birlikte kamu baş denetçisinin seçilmesi usulü meclis çoğunluğunun kamu denetçisinin seçilmesindeki etkisini kaçınılmaz hale getirmektedir. Nitekim, kurumun -özellikle de meclis çoğunluğundan-bağımsızlığının sağlanması adına, parlamento tarafından seçim halinde uzlaşma ya da nitelikli çoğunluk aranması önerilmektedir.⁶⁵⁶ Üyeleri siyasi iktidarın etkisinin kaçınılmaz olduğu bir seçimle belirlenen bir ulusal kurumun, cinsel azınlıkların haklarını koruması ve siyasi iktidardan gelen müdahaleleri tarafsız bir şekilde ortaya koyabilmesi mümkün görünmemektedir. Bu bakımdan Türkiye’de de Kamu Denetçiliği kurumunun, eşcinsel

⁶⁵⁵ Paris Prensipleri - Oluşturulma Biçimleri ve Bağımsızlık ile Çoğulculuk Güvenceleri m. 2:

“Ulusal kuruluşlar, çalışmalarını gerektiği gibi yürütebilmeleri için, uygun bir altyapıya, özellikle de yeterli mali kaynaklara sahip olmalıdır. Bu kaynaklar kendi personelini istihdam etmeyi ve kendi mekanlarına sahip olmayı sağlamalıdır, öyle ki hükümetten bağımsız olabilsinler ve bu bağımsızlıklarını tehlikeye düşürecek mali bir kontrole tabi olmasınlar.”

⁶⁵⁶ Eren, 2012, s. 239.

birlikteliklerin aile kurma hakkı bakımından korunmasında etkili bir koruma mekanizması olabileceği kanısına varmak güçtür.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, doğrudan Cumhurbaşkanlığıyla ilişkili bir kurumdur. İdari ve mali özerkliğe sahip olması ve özel bütçesinin olması kurumun bu yönleriyle Paris Prensiplerine uygun görünse de Cumhurbaşkanlığının kurum üzerindeki etkisi kurumun tarafsızlığı ve bağımsızlığına gölge düşürmektedir. 6701 sayılı kanunun kurumun kuruluşu ve işleyişini düzenleyen 8. maddesi “Cumhurbaşkanı bu teşkilatın yönetimi ile ilgili yetkilerini gerekli gördüğü hallerde bakan vasıtasıyla kullanabilir.” demektedir. Bununla birlikte kurumun karar organı Kurul’un yetki ve görevlerini bağımsız bir şekilde yerine getireceği ve hiçbir organ, makam, merci ya da kişiden emir ve talimat alamayacağı kanunun 10. Maddesinde belirtilmiş olsa da, aynı maddede kurulun on bir üyesinin Cumhurbaşkanı tarafından atanacağı düzenlenmiştir. Buna ek olarak kurumun çoğulcu niteliğinin mevcut kanuni düzenlemeyle sağlanabileceğine yönelik de şüpheler mevcuttur.⁶⁵⁷

Bu nedenle de Türkiye’de oluşturulmuş yargısal olmayan insan hakları mekanizmalarının genel olarak etkin bir koruma sağlayamadığını söylemek gerekmektedir. Bu kurumlar cinsel yönelimlere ve eşcinsellerin aile kurma hakkına ilişkin bir kararlarına rastlanmamaktadır. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu oldukça yakın bir tarihte kaleme alınmış olmasına rağmen cinsel yönelim temelli ayrımcılığın yasaklanması

⁶⁵⁷ Hayrettin Eren, **Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu**, Adalet Yayınevi, 2016, s. 101 vd. ;

Atilla Oğuşgil, “Avrupa Birliği Yolunda Türkiye İnsan Hakları Kurumu’nun Birleşmiş Milletler Paris Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi”, **Bilig**, Sayı 74, 2015, ss. 175-198, s. 183.

yönündeki uluslararası ve ulusal eğilim göz ardı edilmiş ve metinde cinsel yönelimlere yer verilmemiştir. Bu durum doktrinde de eleştirilmektedir.⁶⁵⁸

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında en önemli mekanizma yargıdır. Yargısal koruma hem ulusal hem de uluslararası düzeyde bağlayıcı karar alınabilmesi ve tarafsız bir koruma sağlaması bakımından en etkili yoldur. 1982 Anayasasının 36. maddesi hak arama hürriyeti ile herkesin yargıya erişimini güvence altına almaktadır.

Aile Kurma Hakkının korunması ve eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında da anayasa yargısı önem taşımaktadır. Türkiye’de Anayasa Mahkemesi iptal davası ve itiraz yoluyla anayasaya kanunların ve kararnamelerin anayasaya uygunluğunun denetimini yapmaktadır. Buna ek olarak 2010 yılında Anayasa değişikliğiyle sistemimize katılan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu da hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli bir yargısal mekanizmadır. Eşcinsel birlikteliklerin tanınması başlığı altında birlikteliklerin tanınmasında anayasa yargısının doğrudan ve dolaylı etkisi detaylı bir biçimde ele alındığından burada örneklere ayrıca yer verilmeyecektir. Türkiye açısından da, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolunda cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın yasaklandığı yönündeki içtihadı eşcinsel birlikteliklerin aile kurma hakkı bakımından korunmasında olumlu bir adım olarak değerlendirilebilir.⁶⁵⁹

Hukuk sistemlerinde eşcinsellerin aile kurma hakkının korunmasında en önemli mekanizmalardan biri de uluslararası sözleşmeler ve sözleşmelerin öngördüğü koruma mekanizmalarıdır. Sözleşmelerin hukuk sistemlerindeki yeri ve öngördüğü mekanizmaların

⁶⁵⁸ Zehra Odyakmaz, Bayram Keskin, Yusuf Deniz, “6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I”. **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 7, 2016, s. 76-77.

⁶⁵⁹ Z.A. [GK], B. No: 2013/2928, 18/10/2017, § 49.

aldığı kararların bağlayıcılığı önem taşımaktadır. Örneğin Bir hukuk sisteminde usulüne göre yürürlüğe koyulmuş uluslararası insan hakları sözleşmeleri normlar hiyerarşisinde Anayasa'dan üstteyse veya Anayasayla eşitse bu sözleşmelerin içerikleri ve organlarının aldığı kararlar o hukuk sistemindeki tüm normların o mekanizmaya uygunluğunu gerektirecektir. Ekvador ve Kosta Rika bu sistemlere örnek teşkil eder.

BM ve bölgesel ölçekte geçerli olan uluslararası insan hakları bildirge ve sözleşmeleri de aile kurma hakkını güvence altına alabilmektedir. Bu belgelerin bazıları, tanımış oldukları hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amacıyla koruma mekanizmaları öngörmüştür. BM sistemi içerisinde, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, İnsan Hakları Konseyi, İnsan Haklarını Geliştirilmesine ve Korunmasına İlişkin Ulusal İnsan Hakları Kurumları Uluslararası İş Birliği Komitesi hakların korunmasında ek güvenceler oluşturmaktadır. Buna ek olarak Türkiye'nin de tarafı olduğu İHEB, MSHS, ESKHS, Çocuk Hakları Sözleşmesi gibi sözleşmelerin oluşturduğu yarı-yargısal mekanizmalar da eşcinsel birlikteliklerin aile kurma hakkı bakımından korunmasında etkili olabilecektir.

Temel Hak ve özgürlüklerin ulusalüstü düzeyde yargı eliyle korunmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikalar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ve Afrika Adalet ve İnsan Hakları Mahkemesi öne çıkan mekanizmalardandır.

Türkiye açısından bakıldığında, bilindiği üzere AİHS, 1982 Anayasasının 90. maddesi gereğince iç hukuk normu niteliğindedir. 90/5. maddeye göre de, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınacaktır. Bu çerçevede, AİHS temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir belge olduğu için, çatışma halinde AİHS hükümleri esas alınacaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, AIHM devletlerin, eşcinsel birlikteliklerin korunmasını sağlamak üzere birlikteliklerin tanınacağı bir yasal çerçeve oluşturma yükümlülüğü olduğuna karar vermiştir.⁶⁶⁰ Kuşkusuz bu yükümlülük Türkiye bakımından da geçerlidir. Eşcinsel birlikteliklerin aile kurma hakkının korunmasında pozitif yükümlülöklere işaret eden bu yaklaşım 1982 Anayasasının 90. Maddesiyle birlikte değeriendirildiğinde oldukça önemli bir güvence oluşturmaktadır.

⁶⁶⁰ Fedotova and Others v. Russia - 40792/10, 30538/14 and 43439/14, 13.7.2021.

SONUÇ

Bu çalışmanın tamamlandığı 2021 yılının başlarında eşcinsel evlilikler 28 ülke tarafından tanınmaktadır. Çalışma boyunca, aile ve evlilik kurumlarının Anayasalarda nasıl düzenlendiği, Anayasayı yorumlamakla yetkili organların bu kurumları nasıl yorumladığı ortaya koyulurken bu kurumların aslında statik olmadıkları, sosyal dönüşümlerle birlikte değişip dönüştükleri gözlemlenmektedir. Son yıllarda bu dönüşümün hızlandığı ve en geleneksel kurumlar açısından bile çoğulcu anlayışlara daha çok yer verildiği görülmektedir.

Bu dönüşümün hukuk alanına yansımada parlamentolar ve mahkemeler etkin rol oynamaktadır. Aile ve evlilik kurumlarının kavrayışında gerçekleşen dönüşümün hukuk alanına yansımada aile biçimlerinde çoğulculuk anlayışını getirmiş ve bu dönüşümden etkilenen sistemleri aile kurma hakkının kapsamını yeniden düşünmeye itmiştir.

Mahkemeler ve kanun koyucular da aile kurma hakkının kapsamındaki bu dönüşüme kayıtsız kalmamıştır. Eşcinsel birlikteliklerin aile olarak kabul edilmesi ile başlayan hukuksal ve anayasal dönüşüm, birçok sistem için cinsiyetlere atıf yapmayan bir aile kurumu tanımını benimsemeye kadar varmıştır. Eşcinsel evliliklerin tanınması, bazı sistemler için var olan bir sosyal durumun hukuk sisteminde tanınması anlamına geliyorken bazı sistemler için insan hakları anlayışlarındaki dönüşümü yakalama çabasıdır.

Mahkemeler eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında rol oynayan tek aktör olmadığı gibi, parlamentolar tarafından birlikteliklerin tanınması halinde dahi hemen her zaman süreçte etkili olmuşlardır. Mahkemeler, eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında benimsenebilecek çerçeveyi çizme, anayasal dayanakları ortaya koyma ve yorumlama, yasalaşmadan önce ve/veya sonra anayasaya uygunluğunu denetleme, parlamentoyu -süre ve direktif verip ya da vermeden- harekete geçirme, eşcinsel birliktelikler tanındıktan sonra çıkabilecek idari

uyuşmazlıkları çözümleme, yasama yoluyla yapılacak bir değışikliğı teşvik etme, talepleri gündeme getirme, siyasi iktidarı harekete geçirme gibi etkilerle sürece katkıda bulunabilmektedir.

Mahkemelerin, eşcinsel birlikteliklerin tanınması taleplerini reddettiğı kararlarda dahi anayasa hükümlerini yorumlama ya da parlamentolara yol gösterme gibi işlevleri de olmuştur. Mahkemelerde bu taleplerin tartışılması dahi bir hak talebinin varlığının mesaj olarak topluma iletilmesi işlevi görür.

Dolayısıyla özellikle Avrupa’da mahkemelerin eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında doğrudan bir etkisi yokmuş gibi görünse de, mahkemelerin bu sistemlerde tanımadaki temel rolü yasa koyucu için uygun ortamı hazırlamaktır. Mahkemelerde bu tartışmaların yürütülmesi, tanımaya hiç etkisi olmasa dahi, cinsel yönelim temelli ayrımcılığa dikkat çekerek çoğulcu bir anlayışın gelişmesine ve aile kurma hakkının farklı görünüşleri olabileceğı ihtimalinin gündeme gelmesinde etkili olmuştur.

Derece mahkemeleri de merkezileşmemiş anayasa yargısı sistemi söz konusuysa doğrudan anayasaya uygunluk denetimi yoluyla; merkezi anayasa yargısı benimsenmişse de Anayasa mahkemesine olası aykırılıkları ve talepleri taşıyarak eşcinsel birlikteliklerin tanınmasın rol oynayabilmiştir.

Mahkemeler ve yasa koyucular arasındaki bu diyalog ve sürecin her sistemde farklı işlemesi de gösteriyor ki, eşcinsel birlikteliklerin tanınmasında izlenmesi/aşılması gereken belirli adımlar söz konusu değildir. Sivil birliktelikler tanınmadan, cinsel yönelim farklılığı ayrımcılık temeli olarak kabul edilmeden de eşcinsellerin aile kurma hakkı evlenme hakkını da içerecek biçimde tanınmış olabilir; ya da zorunlu görülebilecek tüm adımlar gerçekleşmesine rağmen eşcinsel evliliklerin tanınmadığı sistemler de mevcuttur. Her ülke diğer hukuk sistemlerindeki yaklaşımlardan etkilenirken kendi hukuk sisteminin özelliklerine göre şekillenen bir süreç izlemektedir.

Çalışma boyunca hukuk sistemlerinin kendine özgü karakterleriyle eşcinsel evlilikleri nasıl tanıdıkları, diğer sistemlerden farkları ve en önemlisi bu tanımın anayasa hukuku açısından ne anlama geldiği ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

Türkiye açısından eşcinsel evliliklerin tanınmasının mümkün olup olmadığı sorusu ise bu çalışmada önemli bir yere oturmaktadır. 1982 Anayasası aile ve evlilik kurumlarını tanımlamamış ve karşıt cinsiyetten kişilere özgülememiştir. Dolayısıyla denilebilir ki Anayasa, eşcinsel evliliklerin kanun yoluyla tanınmasına engel değildir. 1982 Anayasası'nın 10. maddesi maddi bir anayasa hükmü olarak eşitlik ilkesini düzenlemektedir. Anayasa Mahkemesinin içtihatlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, 10. maddeye içkin ayrımcılık yasağı, cinsel yönelim temelli ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bu doğrultuda cinsel yönelimin kanun yapımında şüpheli temeller arasında yer aldığını ileri sürmek mümkündür. Peki başka hukuk sistemlerinde rastlandığı üzere, Türk Anayasa Hukukunda eşitlik ilkesi eşcinsel evliliklerin tanınmasını zorunlu kılan bir ilke midir? Anayasa Mahkemesinin yaklaşımları incelendiğinde, yaklaşımında köklü bir değişime gidilmediği sürece eşitlik ilkesinin eşcinsel evliliklerin tanınmasında bir anayasal dayanak olarak görülmesi mümkün görünmemektedir. Çalışma boyunca ortaya koyulduğu üzere, Türkiye ile benzer özellikler gösteren hukuk sistemlerinde eğilimin, bu yönde sosyal kabulün varlığı halinde eşcinsel evliliklerin parlamentolar tarafından tanınmasıdır. Anayasa Mahkemelerinin bu tür sistemlerdeki rolü, Anayasa'nın eşcinsel evliliklerin tanınmasını yasaklayıp yasaklamadığı veya zorunlu kılıp kılmadığı sorularına cevap vermekten ibarettir.

Bununla birlikte bazı sistemlerde bu yönde bir sosyal kabul olmadan dahi eşcinsel evliliklerin tanındığı ve bir nevi “sosyal devrim” yapıldığı da görülmektedir. Dolayısıyla Türkiye’de eşcinsel evliliklerin tanınıp tanınmayacağına ilişkin bir belirleme yapmak tahminden öteye gitmeyecektir. Bu çalışma açısından ise son olarak, Türk Anayasa Hukukunda eşcinsel evliliklerin tanınması açısından bir yasak olmadığını vurgulamak ve

eşcinsel evliliklerin anayasal dayanaklarının anayasal düzeyde korunmakta olduğunu ortaya koymak gerekir.

KAYNAKÇA

- AĞIRBAŞLI, Şennur, **Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan, **International Human Rights: The Successor To International Human Rights In Context: Law, Politics and Morals**, Oxford University Press, 2013.
- ALTIPARMAK, Kerem, " Due Process of Law" Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 45, Sayı: 1-4, ss. 219-250.
- ALTMAN, Dennis, **Global Sex**, University of Chicago Press, 2001.
- AMPARO, Thiago, **Notes on Countermovements and Conservative Lawyering: The Bumpy Road to Constitutional Marriage Equality in Brazil** (June 25, 2015). FGV Direito SP Research Paper Series n. 124.
- and Evangelicals in Brazil and Chile”, **Global Perspectives On Same-Sex Marriage: A Neo Institutional Approach**, Ed. Bronwyn Winter, Maxime Forest, Réjane Sénac, Palgrave, 2018, ss. 39-60.
- ARGUELHES, Diego Werneck, RIBEIRO, Leandro Molhano, “Courts as the First and Only Legislative Chambers? The Brazilian Supreme Court and the Legalization of Same-Sex Marriage”, **Verfassung Und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America**, Vol. 50, No. 3, 2017, ss. 281–299.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, **Bireysel Başvuruda Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı**, Beta, İstanbul, 2020.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Avrupa Konseyi, 2019.

- BAIRD, Vanessa, **Cinsel Çeşitlilik Yönelimler, Politikalar, Haklar ve İhlaller**, İstanbul, 2017.
- BALL, Carlos A., "Lesbian And Gay Families: Gender Nonconformity and the Implications of Difference", **Dukeminier Awards: Best Sexual Orientation Law Review**, vol.3, 2005, ss. 691-749.
- BAMFORTH, Nicholas, "Families but Not (Yet) Marriages - Same-Sex Partners and the Developing European Convention Margin of Appreciation", **Child and Family Law Quarterly**, vol. 23, no. 1, 2011, ss. 128-143.
- BAMFORTH, Nicholas, "Same-Sex Partnerships and Arguments of Justice", **The Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law**, Hart Publishing, 2001, ss. 31-54.
- BARKER, Robert S., "Inverting Human Rights: The Inter-American Court versus Costa Rica", **University of Miami Inter-American Law Review**, Vol. 47, Issue: 1, 2016, ss.1- 19.
- BAŞOĞLU, Başak, "Legal Status of Same-Sex Couples Within the Framework of Turkish Civil Law", **Same Sex Couples - Comparative Insights on Marriage and Cohabitation**, (Ed. Macarena Saez), Springer, 2015, ss. 189- 208.
- BEDI, Sonu, **Beyond Race, Sex, and Sexual Orientation**, Cambridge University Press, 2013.
- BİCZ, Karolina "Free movement of people in the European Union and recognition of same-sex marriages on the example of Poland, Ireland and France", **Journal of Awareness**, Vol. 6, Issue:1, ss. 29-37.
- BİRDEN, Emre, "Eşcinsel Birlikteliklerin AİHS Çerçevesinde Tanınması", **Anayasa Hukuku Dergisi**, cilt: 4, Sayı: 8, 2015, ss. 159-195.

- BONILLA, Daniel, RAMIREZ, Natalia, "Colombia", **American University Journal of Gender, Social Policy & the Law**, Vol. 19, no. 1, 2011, ss. 97-112.
- BRANDÃO, Ana Maria Simões Azevedo, MACHADO, Tânia Cristina, "How Equal Is Equality? Discussions about Same-Sex Marriage in Portugal", **Sexualities**, vol. 15, Issue: 5–6, 2012, ss. 662-678.
- BRIBOSIA, Emmanuelle, et al., "Same-Sex Marriage: Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience", **Berkeley Journal of International Law**, vol. 32, no. 1, 2014, ss. 1-43.
- BRIGGS, Margaret, "Registered Partnerships in New Zealand", **The Future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?**, ed. Jens M. Scherpe, Andy Hayward, Vol. 44, Intersentia, 2017, ss. 439–468.
- BUTKOVIĆ, Hrvoje, "The Rise of Direct Democracy in Croatia: Balancing or Challenging Parliamentary Representation?", **Croatian International Relations Review**, vol. XXIII(77), 2017, ss. 39-80.
- CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José, "Privacy", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Oxford University Press, 2012.
- CHEMERİNSKY, Erwin, "Not a Masterpiece: The Supreme Court's Decision in Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission", **Human Rights**, Vol. 43, No. 4: The Ongoing Challenge to Define Free Speech, American Bar Association, https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human_rights_magazine_home/the-ongoing-challenge-to-define-free-speech/not-a-masterpiece/. (Erişim Tarihi: 15.09.2020, 13.10.)
- Cinsiyet Kimliği, Cinsiyet İfadesi ve Cinsiyet Özellikleri ile İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri**, çev. Aylin Eti, Işıl Demirakın, Kaos GL, Ayrıntı Basımevi, 2020.

- COMELLA, Victor Ferreres, "The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 2, No. 3, 2004, ss. 461-491.
- CORRALES, Javier, **LGBT Rights and Representation in Latin America and the Caribbean: The Influence of Structure, Movements, Institutions, and Culture**, Chapel Hill: The University of North Carolina, 2015.
- CURRY-SUMNER, Ian, "Same-Sex Relationships in Europe: Trends Towards Tolerance", **Amsterdam Law Forum**, Vol. 3 , Issue: 2, 2011, ss. 43-61.
- ÇAĞLAR, Selda "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu", **Ankara Barosu Dergisi**, 2012, 3, ss. 43-86.
- DARITY JR., William A.(ed.), **International Encyclopedia of the Social Sciences**, 2nd. Edition, Macmillan, 2008, s. 194.
- DE FREITAS, Tiago Fidalgo, TEGA, Diletta, "Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples", **Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions**, Daniele Gallo, Luca Paladini, Pietro Pustorino (ed.), Springer, 2014, ss. 287-318.
- DE LA CRUZ, Daniel "Explaining the Progression of the Rights of Same-Sex Couples in South America", **San Diego International Law Journal**, vol. 14, no. 2, 2013, ss. 323-358.
- DE VOS, Pierre, "A judicial revolution?: The court-led achievement of same-sex marriage in South Africa", **Utrecht Law Review**, Vol. 4, Issue 2, 2008, ss. 162-174.
- Developments in the Law: Equal Protection**, Harvard Law Review, Vol. 82, No. 5 (Mar., 1969), pp. 1065-1192.
- DEVLIN, Patrick, **The Enforcement of Morals**, Oxford University Press, 1975, s. v-vii.

- DHARMAPALA, Dhammika; GAROUPA, Nuno; MCADAMS, Richard, **“Vicious Circles” of Discrimination, the Just World Belief, and Hate Crime Statutes**, 2008.
- DIEZ, Jordi, “Institutionalizing Same-Sex Marriage in Argentina and Mexico: The Role of Federalism”, **Global Perspectives On Same-Sex Marriage: A Neo Institutional Approach**, Ed. Bronwyn Winter, Maxime Forest, Réjane Sénac, Palgrave, 2018.
- DIEZ, Jordi, **The Politics of Gay Marriage in Latin America**, Cambridge University Press, 2015.
- DIJK, Pieter van, **Theory and practice of the European Convention on Human Rights**, Intersentia, 2018.
- DION, Michelle L.; DÍEZ, Jordi, “Democratic Values, Religiosity, and Support for Same-Sex Marriage in Latin America”, **Latin American Politics And Society**, Vol. 59, Issue:4, 2017, ss. 75-98.
- DONNELLY, Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- ENCARNACIÓN, Omar, “The gay rights backlash: Contrasting views from the United States and Latin America”, **The British Journal of Politics and International Relations**, Vol. 22 Issue: 4, 2020, ss. 654-665.
- EPSTEIN, Richard A., **The worst form of judicial minimalism — Masterpiece Cakeshop deserved a full vindication for its claims of religious liberty and free speech**, SCOTUSblog, <https://www.scotusblog.com/2018/06/symposium-the-worst-form-of-judicial-minimalism-masterpiece-cakeshop-deserved-a-full-vindication-for-its-claims-of-religious-liberty-and-free-speech/>. (Erişim Tarihi: 15. 09. 2020, 12:45.)
- EREN, Abdurrahman, **Ulusal İnsan Hakları Kurumları**, On iki Levha Yayıncılık, 2012,
- EREN, Hayrettin, **Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu**, Adalet Yayınevi, 2016.

- ERGÜL, Ozan, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve Korunması**, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1998.
- ERSEN, Gizem, **Yabancıların Evlenme Hakkı**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- ESCODA, Marta Roca i; GALLUS Nicole, “Ouverture du mariage aux homosexuel·le·s en Espagne et en Belgique : une mise en question du caractère hétérosexué du droit ?”, **Nouvelles Questions Féministes**, Vol. 31, Issue: 1, 2012, ss. 44-59.
- ESEN, Selin, **Dolaşım Özgürlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ESKRIDGE, William N. Jr, "Backlash Politics: How Constitutional Litigation has Advanced Marriage Equality in the United States", **Boston University Law Review**, vol. 93, no. 2, 2013, ss. 275-324.
- FEINBERG, Jessica R., "The Survival of Nonmarital Relationship Statutes in the Same-Sex Marriage Era: A Proposal", **Temple Law Review**, Vol. 87, 2014-2015, ss. 47-98.
- FILHO, Coelho, TEIXEIRA, Luiz Carlos, “Inclusivity the Brazilian Way: The Road to Same-Sex Marriage in the Episcopal Anglican Church of Brazil”, **Journal of Anglican Studies**, Vol. 18, no. 1, 2020, ss. 9–28,
- FINCK, Michele, “The role of human dignity in gay rights adjudication and legislation: A comparative perspective”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 14, Issue 1, 2016, ss. 28-44.
- FIDALGO DE FREITAS, Tiago; TEGA, Diletta, “Judicial Restraint and Political Responsibility: A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples”, **Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions**, Daniele Gallo, Luca Paladini, Pietro Pustorino (ed.), Springer, 2014, ss. 287-318.

- FRANKE, Katherine M., “The Politics of Same-Sex Marriage Politics”, **Columbia Journal of Gender & Law**, vol.15, 2006.
- FRANTZEN, Torstein, "Norway", **American University Journal of Gender, Social Policy & the Law**, Vol. 19, No. 1, 2011, ss. 273-276.
- FREDMAN, Sandra, “Substantive Equality Revisited”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 14, No. 3, 2016, ss. 712-738.
- FREDMAN, Sandra, **Discrimination Law**, Oxford University Press, 2012.
- FREEMAN, Michael, **Human Rights: Key Concepts**, Polity Press, 2002.
- FRİDRİKSDOTTIR, Hrefna, “The Nordic Model: Same-Sex Families in Love and Law”, **Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions**, (Ed. Gallo/Paladini/Pustorino), Springer, 2014, ss. 161-180.
- FRIEDMAN, Lawrence M., **Law and Society: An Introduction**, Prentice-Hall, 1977.
- GALLO, Daniele; PALADİNİ, Luca; PUSTORİNO, Pietro (ed.), **Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions**, Springer, 2014.
- GITTINS, Diana, **Aile Sorgulanıyor**, Pencere Yayınları, İstanbul, 2011.
- GIBSON, Paul, “Gay Male and Lesbian Youth Suicide”, **Report of the Secretary’s Task Force on Youth Suicide**, vol. 3, U.S. Department of Health and Human Services, 1989, ss. 110-142.
- GLENDON, Mary Ann, **A world made new : Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights**, Random House, 2001.
- GOLDANİ, Ana Maria, ESTEVE, Albert, TURU, Anna, **Coming Out in the 2010 Census: Same-Sex Couples in Brazil and Uruguay**, 2013,
https://iussp.org/sites/default/files/event_call_for_papers/Goldani,%20Esteve,%20Tur%20IUSSP%202013%20LAST%20VERSION.pdf. (Erişim Tarihi: 24 Ağustos 2021, 13:45)

- GOLDBERG, Suzanne B., “Sticky Intuitions and the Future of Sexual Orientation Discrimination”, **UCLA Law Review**, vol. 57, 2010, ss. 1375-1414.
- GÖREGENLİ, Melek, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, **Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2018.
- GÖZLER, Kemal, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2001, Sayı: 4.
- GÖZTEPE, Ece, “Justinia’nın Gözbağının Arasından Görülenler: Anayasal Eşitlik İlkesinin Devletin Aktif Yasama Faaliyetiyle Hayata Geçirilmesinin Anlamı”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 2006, Cilt: 3, ss. 532-542.
- HALL, Donald E.; JAGOSE, Annamarie (ed), **The Routledge Queer Studies Reader**, Routledge, 2013.
- HAMILTON, Frances, "Strategies to Achieve Same-Sex Marriage and the Method of Incrementalist Change", **Journal of Transnational Law & Policy**, Vol. 25, 2015-2016, ss. 121-154.
- HARRİS, D.J. et. Al. , **Law of European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 2018.
- HAYWARD, Andy, “The Future of Civil Partnership in England and Wales”, **The Future of Registered Partnerships: Family Recognition Beyond Marriage?**, ed. Jens M. Scherpei Andy Hayward, Vol. 44, Intersentia, 2017, ss. 527–560.
- HELLO, Evelyn; SCHEEPERS, Peer; GIJSBERTS, Mérove, “Educationand Ethnic Prejudice in Europe: Explanations for cross-national variances in the educationaleffect on ethnic prejudice”, **Scandinavian Journal of Educational Research**, vol. 46 Issue: 1, 2002, ss. 5-24.
- HEYMANN, Jody, SPRAGUE, Aleta, RAUB, Amy, **Advancing Equality**, University of California Press, 2020.

- HEYWOOD, Andrew, **Global Politics**, Palgrave Macmillan, 2011.
- HEYWOOD, Andrew, **Siyasetin Temel Kavramları**, Adres Yayınları, Ankara, 2012.
- HO, Jeremiah A., "Queer Sacrifice in Masterpiece Cakeshop", **Yale Journal of Law and Feminism**, vol. 31, no. 2, 2020, ss. 249-336.
- HO, Ming-sho, "Taiwan's Road to Marriage Equality: Politics of Legalizing Same-sex Marriage", **The China Quarterly**, 238, June 2019, ss. 482–503.
- HOLLEKIM, Ragnhild, SLAATTEN, Hilde, ANDERSEN, Norman, "A Nationwide Study of Norwegian Beliefs About Same-sex Marriage and Lesbian and Gay Parenthood", **Sexuality Research and Social Policy**, Vol. 9, 2012, ss. 15-30.
- HOOGE, Marc, MEEUSEN, Cecil, "Is Same-Sex Marriage Legislation Related to Attitudes Toward Homosexuality? Trends in Tolerance of Homosexuality in European Countries Between 2002 and 2010", **Sexuality Research and Social Policy**, vol. 10, 2013, ss. 258-268.
- HUNTINGTON, Clare, "Obergefell's Conservatism: Reifying Familial Fronts", **Fordham Law Review**, Vol. 84, no. 1, 2015, ss. 23-32.
- INBAR, Y. et al., "Disgust Sensitivity Predicts Intuitive Disapproval of Gays", **Emotion**, vol. 9, issue. 3, 2009.
- ISAACSON, Ruth Butterfield, "Teachable Moments: The Use of Child-Centered Arguments in the Same-Sex Marriage Debate", **California Law Review**, vol. 98, issue.1, 2010, ss. 121-158.
- ISAILOVIC, Ivana, "Same Sex but Not the Same: Same-Sex Marriage in the United States and France and the Universalist Narrative", **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 66, ss. 267-315.
- İNCEOĞLU, Sibel (ed.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, İstanbul, 2013.

- İNCEOĞLU, Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4 , ss. 45-62.
- JACKSON, Vicki C., “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, **The Oxford Handbook Of Comparative Constitutional Law**, (Michel Rosenfeld and Andrés Sajó, eds.), Oxford University Press, 2012.
- JEFFREYS, Elaine, WANG, Pan “Pathways to Legalizing Same-Sex Marriage in China and Taiwan: Globalization and ‘Chinese Values’”, **Global Perspectives On Same-Sex Marriage: A Neo Institutional Approach**, Ed. Bronwyn Winter, Maxime Forest, Réjane Sénac, Palgrave, 2018, ss. 197-220.
- JOSLIN, Courtney G., “The Gay Rights Canon And The Right To Nonmarriage”, **Boston University Law Review**, vol. 97, 2017, ss. 425-488.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, İmge Kitabevi, Ankara, 2013.
- KANIA, Ursula, “Marriage for all (‘Ehe fuer alle’)?! A corpus-assisted discourse analysis of the marriage equality debate in Germany”, **Critical Discourse Studies**, Vol. 17, No: 2, 2020, ss. 138-155.
- KAPLAN, Ayşe Yaman, **Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Evlenme ve Aile Kurma Hakkı**, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- KARAN, Ulaş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, **Anayasa Yargısı**, 31 (1), 2015, ss. 235-306.
- KARAN, Ulaş, “Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Kapsamı ve Anayasal Dayanağı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 163, Mart 2018.
- KARAN, Ulaş, **Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, İstanbul, 2017.

- KETOLA, Kimmo, HELANDER, Elia, “Same-sex marriage and the Lutheran Church in Finland: How rapid change in values and norms challenges the church and its decision-making”, **Zeitschrift für Religion, Gesellschaft und Politik**, Vol. 4, 2020, ss. 315–334.
- KING, Katy A., "The Marriage Amendment Act: Can Australia Prohibit Same-Sex Marriage", **Pacific Rim Law & Policy Journal**, Vol. 16, No. 1, 2007, ss. 137-166.
- KIRCHNER, Stefan, "Outlawing Hate Speech in Democratic States: The Case against the Inherent Limitations Doctrine concerning Article 10(1) of the European Convention on Human Rights", **Brazilian Journal of International Law**, Vol. 12, No. 1, 2015, ss. 416-423.
- KNILL, Christoph; PREIDEL, Caroline “Institutional opportunity structures and the Catholic Church: explaining variation in the regulation of same-sex partnerships in Ireland and Italy”, **Journal of European Public Policy**, 2015, Vol. 22, No. 3, ss. 374–390.
- KOPPELMAN, Andrew, "Doma, Romer, and Rationality", **Drake Law Review**, vol. 58, no. 4, 2010, ss. 923-950.
- KOPPELMAN, Andrew, "Why Discrimination against Lesbians and Gay Men Is Sex Discrimination", **New York University Law Review**, vol. 69, no. 2, 1994, ss. 197-287.
- KOSOFSKY SEDGWICK, Eve, “Queer and Now”, **The Routledge Queer Studies Reader**, ed. Donald E. Hall and Annamarie Jagose, 2013.
- KUAN, Hsiaowei, “LGBT Rights in Taiwan—The Interaction Between Movements and the Law”, **Taiwan and International Human Rights**, (eds. Jerome A. Cohen, William P. Alford, Chang-fa Lo), Springer, 2019, ss. 593-608.

- KULOW, Marianne DelPo, "Same Sex Marriage: A Scandanavian Perspective", **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, Vol. 24, no. 4, 2002, ss. 419-438.
- KUZELEWSKA, Elzbiet, "Same-Sex Marriage - A Happy End Story? The Effectiveness of Referendum on Same-Sex Marriage in Europe", **Bialstockie Studia Prawnicze**, vol. 24, no. 1, 2019, ss. 13-26.
- LAU, Holning, "Sexual Orientation: Testing the Universality of International Human Rights Law." **University of Chicago Law Review**, vol. 71, no. 4, Fall 2004, s. 1689-1720.
- LINDBERG, Jonas, "Renegotiating the Role of Majority Churches in Nordic Parliamentary Debates on Same-Sex Unions", **Journal of Church and State**, vol. 58 no. 1, 2014, ss. 80–97.
- LİPTAK, Adam, **In Narrow Decision, Supreme Court Sides With Baker Who Turned Away Gay Couple**, The New York Times, <https://www.nytimes.com/2018/06/04/us/politics/supreme-court-sides-with-baker-who-turned-away-gay-couple.html>. (Erişim Tarihi: 15. 09. 2020, 12:50)
- LOFTUS, Jeni, "America's Liberalization in Attitudes toward Homosexuality, 1973 to 1998." **American Sociological Review**, vol. 66, no. 5, 2001, ss. 762–782.
- MAKKONEN, Timo, **Multiple, Compound And Intersectional Discrimination: Bringing The Experiences Of The Most Marginalized To The Fore**, Åbo Akademi University Institute For Human Rights, 2002.
- MAYER, Ann Elisabeth, **Islam and Human Rights: Tradition and Politics**, Routledge, 2013.
- MAYERI, Serena, "Marital Supremacy and the Constitution of the Nonmarital Family," **California Law Review**, Vol. 103, no. 5, 2015, ss. 1277-1352.

- MCCORMICK, Conor, STEWART, Thomas, “The legalisation of same-sex marriage in Northern Ireland”, **Northern Ireland Legal Quarterly**, Vol. 71, Issue 4, 2020, ss. 557-570.
- MCGOLDRICK, Dominic, “The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law”, **Human Rights Law Review**, vol. 16, 2016, ss. 613–668.
- MİNEGAR, Steven R., "Judicial Accountability versus the Separation of Powers: Perspectives on Brazil's National Council of Justice", **International Criminal Justice Review**, vol. 21, no. 4, 2011, ss. 383-401
- MOREİRA, Adilson José, “We Are Family! Legal Recognition of Same-Sex Unions in Brazil”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 60, Issue 4, 2012, ss. 1003–1042
- NAVARRO-MICHEL, Monica, "Same-Sex Couples in Spain and Catalonia", **International Journal of Legal Information**, vol. 42, no. 1, S2014, ss. 47-54.
- NEJAIME, Douglas; SIEGEL, Reva, "Religious Exemptions and Antidiscrimination Law in Masterpiece Cakeshop", **Yale Law Journal Forum**, vol. 128, 2018-2019, ss. 201-225.
- NEUMAN, Gerald L., “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, **The European Journal of International Law**, Vol. 19 No. 1, 2008.
- NUSSBAUM, Martha, **From Disgust to Humanity**, Oxford University Press, 2010.
- O'MAHONY, Conor, "There Is No Such Things as a Right to Dignity", **International Journal of Constitutional Law**, vol. 10, no. 2, 2012, s. 551-574.
- ODER, Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, İstanbul, 2010,

- ODYAKMAZ, Zehra; KESKİN, Bayram; DENİZ, Yusuf, “6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 7, 2016, s. 76-77.
- OĞUŞGİL, Atilla, “Avrupa Birliği Yolunda Türkiye İnsan Hakları Kurumu’nun Birleşmiş Milletler Paris Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi”, **Bilig**, Sayı 74, 2015, ss. 175-198.
- OPPENHEIMER, David B. et al., "Religiosity and Same-Sex Marriage in the United States and Europe", **Berkeley Journal of International Law**, vol. 32, no. 1, 2014, ss. 195-238
- OSIATYNSKI, Wiktor, **Human Rights and Their Limits**, Cambridge University Press, 2010.
- ÖDEN, Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- ÖDEN, Merih; ESEN, Selin, “Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, 2013, Cilt: 2, ss. 817-836.; Karan, 2015, ss. 235-306.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- PARSONS, Talcott, “Marriage and Radical Social Change in Malta”, **Discovering Sociology**, 2018,
[https://www.macmillanlearning.co.uk/resources/CW%20resources%20\(by%20Author\)/M/McCormack-Discovering-Sociology/DSATG/DS%20Marriage%20and%20Radical%20Social%20Change%20in%20Malta.pdf](https://www.macmillanlearning.co.uk/resources/CW%20resources%20(by%20Author)/M/McCormack-Discovering-Sociology/DSATG/DS%20Marriage%20and%20Radical%20Social%20Change%20in%20Malta.pdf). (Erişim Tarihi: 26 Ağustos 2021, 15:56)
- PATERNOTTE, David, **Revendiquer Le ‘Mariage Gay’**, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 2011.
- PLATERO, Raquel, “Love and the State: Gay Marriage in Spain”, **Feminist Legal Studies**, vol. 15, 2007, ss. 329-340, .

- POLATER, Yusuf Ziya, **Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- POLIKOFF, Nancy D., “For the Sake of All Children: Opponents and Supporters of Same-Sex Marriage Both Miss the Mark”, **New York City Law Review**, Vol. 8, Issue: 2, 2005, ss. 573-598.
- POLLIS, Adamantia, “A New Universalism”, *Human Rights: New Perspectives, New Realities*, Lynne Rienner, 2000.
- RAGONE, Sabrina; VOLPE, Valentina, "An Emerging Right to a Gay Family Life: The Case Oliari v. Italy in a Comparative Perspective", **German Law Journal**, Vol. 17, no. 3, 2016, 451-486.
- REPETTO, Giorgio, “At the Crossroads Between Privacy and Community: The Legal Status of Same-Sex Couples in German, Austrian and Swiss Law”, **Same-Sex Couples Before National, Supranational and International Juristictions**, (Ed. Gallo/Paladini/Pustorino) Springer, 2014, ss. 263-286.
- REYNIERS, Phillippe “Same-Sex Couples in France and Belgium: The Resilient Practice of Judicial Deference”, **Same-Sex Couples Before National, Supranational and International Juristictions**, (Ed. Gallo/Paladini/Pustorino) Springer, 2014, ss. 149-162.
- ROCA TRIAS, Encarna, "Family Law as a Right to Freedoms: The Case of Same-Sex Marriage in Spain", **International Journal of Law, Policy and the Family**, vol. 31, no. 1, 2017, ss. 79-93.
- ROCA, Encarna, "Same-Sex Partnerships in Spain: Family, Marriage or Contract", **European Journal of Law Reform**, vol. 3, no. 3, 2001, ss. 365-382.
- RYAN, Fergus, “Ireland’s Marriage Referendum: A Constitutional Perspective”, **DPCE Online**, 2015/2.

- RYAN, Fergus, “Out of the shadow of the Constitution: civil partnership, cohabitation and the constitutional family”, **Irish Jurist**, Legislative Comment, 2012.
- RYDSTRÖM, Jens, **Odd Couples: A History of Gay Marriage in Scandinavia**, Amsterdam University Press, 2011.
- SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hak Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1982.
- SAJO, Andras, “Universalism with Humility”, **Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism**, Andras Sajo (ed), Springer, 2004, ss. 1-32.
- SALAS, F. Jaurena, “The Law on Stable Unions of Couples in the Catalonia Autonomous Community of Spain”, **Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law**, R. Wintemute, M. Andenaes (ed), Hart Publishing, 2001.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, 2013, Sayı: 3, ss. 227-266.
- SANDERS, Anne, "Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution", **German Law Journal**, vol. 13, no. 8, 2012, ss. 911-940.
- SANDERS, Douglas, “Human Rights And Sexual Orientation In International Law”, **International Journal of Public Administration**, vol. 25, 2002, ss. 13-44.
- SAUNDERS, Bill, et al. "Masterpiece Cakeshop and Its Implications", **University of Dayton Law Review**, vol. 45, no. 2, 2020, ss. 289-314.
- SAXON Shelby, “The Fundamental Right to Family: How the Inter-American Court of Human Rights Shaped Ecuador’s Constitutional Right to Same-Sex Marriage”, **Przegląd Konstytucyjny**, 1/2020.

- SCHERPE, Jens M., "A Comparative View on Registered Partnerships and Formal Family Recognition beyond Marriage", **Journal of International and Comparative Law**, vol. 6, no. 2, 2019, ss. 273-286.
- SCRUTEN, Roger, **The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought**, 3rd. Edition, 2007.
- SEKERAK, Marian, "Same-Sex Marriages (or Civil Unions/Registered Partnerships) in Slovak Constitutional law: Challenges and possibilities", **Utrecht Law Review**, Volume 13, Issue 1, 2017, ss. 34-59.
- SEN, Amartya, **Human Rights and Asian Values**, New York, Carnegie Council, 1997.
- SEN, Amartya, **The Quality of Life**, Oxford University Press, 1993.
- SIEGEL, Reva B., "Dignity and sexuality: Claims on dignity in transnational debates over abortion and same-sex marriage", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 10, No: 2, 2012, ss. 355-379.
- SMITH, Miriam, "Historical Institutionalism and Same-Sex Marriage: A Comparative Analysis of the USA and Canada", **Global Perspectives On Same-Sex Marriage: A Neo Institutional Approach**, Ed. Bronwyn Winter, Maxime Forest, Réjane Sénac, Palgrave, 2018, ss. 61-80.
- SPERTI, Angioletta, **Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality**, Hart Publishing, 2017.
- STACEY, Judith, "Legal Recognition of Same-Sex Couples: The Impact on Children and Families", **Quinnipac Law Review**, vol. 23, issue. 2, 2004, ss. 529-540.
- SUNSTEIN, Cass R., "The Right to Marry", **Cardozo Law Review**, Vol. 26, Issue: 5, 2004, ss. 2081-2120.
- SUNSTEIN, Cass R., **Designing Democracy: What Constitutions Do**, Oxford University Press, 2001.

- SWENNEN, Frederik, CROCE, Mariano “The Symbolic Power of Legal Kinship Terminology: An Analysis of ‘Co-Motherhood’ and ‘Duo-Motherhood’ in Belgium and the Netherlands”, **Social & Legal Studies**, vol. 25, no. 2, 2016, ss. 181–203.
- ŞEN, Ersan, **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması : Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996.
- TANG, Denise Tse-Shang, KHOR, Diana, CHEN, Yi-Chien, “Legal recognition of same-sex partnerships: A comparative study of Hong Kong, Taiwan and Japan”, **The Sociological Review**, 2020, Vol. 68(1), ss. 192-208.
- TEZCAN, Durmuş, et al., **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- THOMAS, Amy, MCCANN, Hannah, FELA, Geraldine, “‘In this house we believe in fairness and kindness’: Post-liberation politics in Australia’s same-sex marriage postal survey”, **Sexualities**, Vol. 23, Issue. 4, 2020, ss. 475–496.
- TRIAS, Encarna Roca, "Family Law as a Right to Freedoms: The Case of Same-Sex Marriage in Spain", **International Journal of Law, Policy and the Family**, vol. 31, no. 1, April 2017, ss. 79-93.
- TRİBE, Laurence H., MATZ, Joshua, “The Constitutional Inevitability of Same-Sex Marriage”, **Maryland Law Review**, vol. 71, 2012, ss. 471-489.
- TURHAN, Mehmet, “Anayasamız Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, **Anayasa Yargısı**, 1991, No. 8, ss. 401-420.
- TUSHNET, Mark, “Some Reflections On Method In Comparative Constitutional Law”, **The Migration of Constitutional Ideas**, Sujit Choudhry(ed), Cambridge University Press, 2007.
- UNZELMAN, Allen C., "Latin America Update: The Development of Same-Sex Marriage and Adoption Laws in Mexico and Latin America", **Law and Business Review of the Americas**, vol. 17, no. 1, 2011, ss. 135-146.

- UZELTÜRK, Sultan, “İHAM Kararları Işığında Türkiye’de Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, ss. 220-260.
- UZELTÜRK, Sultan, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, Beta, İstanbul, 2004.
- VALIQUETTE, Tyler, WARİNG, Daniel, “A Tale of Two Congresses: Sex, Institutions,
- VELA BARBA, Estafania, Same-Sex Unions in Mexico: Between Text and Doctrine, **Same Sex Couples - Comparative Insights on Marriage and Cohabitation**, (ed) Macarena Saez, Springer, 2015, ss. 49- 84.
- VİLLAVERDE, José María Lorenzo, “And the Story Comes to an End: The Constitutionality of Same-Sex Marriages in Spain”, **Same Sex Couples – Comparative Insights on Marriage and Cohabitation**, (ed) Macarena Saez, Springer, 2015, ss. 13-48.
- WAALDIJK, Kees, “Constitutional Protection Against Discrimination of Homosexuals”, **Journal of Homosexuality**, Vol. 13, 1987, Issue: 2-3, ss. 57-68.
- WARDLE, Lynn D., “A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage”, **Brigham Young University Law Review**, 1996, ss. 1-101.
- WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D., "Right to Privacy", **Harvard Law Review**, vol. 4, no. 5, 1890-1891, ss. 193-220.
- WELSTEAD, Mary; Edwards, Susan, **Family Law**, Oxford University Press, 2011.
- WILSON, Bruce M., GIANELLA-MALCA, Camila, “Overcoming the Limits of Legal Opportunity Structures: LGBT Rights’ Divergent Paths in Costa Rica and Colombia”, **Latin American Politics and Society**, Vol. 61, No. 2, 2019, ss. 138–163.
- WİNTEMUTE, Robert, “From 'Sex Rights' to 'Love Rights': Partnership Rights as Human Rights”, Nicholas Bamforth (ed), **Sex Rights**, Oxford University Press, 2005.

WİNTEMUTE, Robert, **Sexual Orientation and Human Rights**, Oxford University Press, 1995.

WİNTER, Bronwyn, “Preserving the Social Fabric: Debating Family, Equality and Polity in the UK, the Republic of Ireland and Australia”, **Global Perspectives On Same-Sex Marriage: A Neo Institutional Approach**, Ed. Bronwyn Winter, Maxime Forest, Réjane Sénac, Palgrave, 2018, ss. 149-170.

WRİGTH, Shelley, **International Human Rights, Decolonisation and Globalisation: Becoming Human**, Routledge, 2005.

YILMAZ, Meltem, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Kapsamında Dış Görünüş Tercihleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

YOSHINO, Kenji; KAVEY, Michael, “Immodest Claims and Modest Contributions: Sexual Orientation in Comparative Constitutional Law”, **The Oxford Handbook Of Comparative Constitutional Law**, (Michel Rosenfeld and András Sajó, eds.), Oxford University Press, 2012.

ZİMMERMANN, Augusto, "The Constitutionality of Same-Sex Marriage in Australia (and Other Related Issues)", **BYU Journal of Public Law**, Vol. 27, No. 2, 2013, ss. 465-488.

ALTUN, Kardelen, Anayasa Hukuku Açısından Eşcinsel Evlilikler, Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Ali Ersoy KONTACI, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021.

ÖZET

Bu çalışma, eşcinsel evliliklerin Anayasa Hukukunda nasıl bir görünüm sergilediğini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Anayasa Hukuku alanında eşcinsel evlilikler üzerine yürütülen tartışmalar, anayasal düzenlemeler, eşcinsel evliliklerin tanınmasında ileri sürülen anayasal dayanaklar ve Anayasa Mahkemelerinin yaklaşımları çalışmanın temel araştırma alanını oluşturmaktadır.

Kuşkusuz, eşcinsel evliliklerin tanınmasında Anayasa Hukuku alanı dışında pek çok etmen vardır. Çalışma kapsamında bu etmenler, yeri geldikçe hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları ortaya koyabilmek açısından ele alınacaktır. Ancak bu değerlendirmelere, Anayasa Hukuku açısından yapılan tartışmalara katkı sağlayacağı ölçüde yer verilecektir.

Parlamentolar ve mahkemeler tarafından eşcinsel evliliklerin tanınmasında kullanılan anayasal dayanaklar eşitlik ilkesi ve aile kurma hakkıdır. Bu çerçevede eşitlik ilkesinin farklı hukuk sistemlerindeki görünümünün eşcinsel evliliklerin tanınmasındaki etkisi ele alınmaktadır. Ayrıca aile kurma hakkının anayasalarda nasıl düzenlendiği ve aile kurma hakkının kapsamındaki dönüşümün eşcinsel evliliklerin tanınmasındaki etkisi üzerinde durulmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak ortaya koyulan görünüm, Türkiye’de eşcinsel evliliklerin tanınmasının mümkün olup olmadığını ortaya koymakta bir kılavuz görevi görecektir. Türkiye eşcinsel evlilik tartışmalarının çok uzağında kalmış görünse de, dünya çapında yaşanan dönüşümler Türk hukuk sisteminde de yankı bulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Eşcinsel evlilik, Cinsel yönelim, Eşitlik ilkesi, Aile kurma hakkı, Özel hayata saygı hakkı.

ALTUN, Kardelen, Same-Sex Marriages in Constitutional Law, Thesis Advisor: Asst. Prof. Ali Ersoy KONTACI, Ankara University Graduate School of Social Sciences, Master Thesis, 2021.

ABSTRACT

This study aims to reveal the appearance of same-sex marriages in Constitutional Law. Discussions on same-sex marriages in Constitutional Law, constitutional regulations, constitutional grounds introduced for recognition of same-sex marriages and approaches of Constitutional Courts constitute the main research area of the study.

Undoubtedly, there are many factors in the recognition of gay marriage outside the Constitutional Law. Within the scope of this study, these factors will be discussed in terms of displaying the differences between legal systems. However, these evaluations will be included to the extent that they contribute to the discussions in terms of Constitutional Law.

The constitutional grounds used by parliaments and courts to recognize same-sex marriages are the principle of equality and the right to found a family. In this context, this study discusses the effect of the appearances of the principle of equality in different legal systems on the recognition of same-sex marriages. It is also to focus on how the right to found a family is regulated in constitutions and the effect of the transformation in the scope of the right to found a family on the recognition of same-sex marriages.

The framework which has been made using comparative law will serve as a guide in displaying whether it is possible to recognize same-sex marriages in Turkey. Although Turkey seems to have remained far from the debate on same-sex marriage, the transformations taking place around the world are also echoing in the Turkish legal system.

Keywords: Same-sex Marriage, Sexual Orientation, Principle of Equality, Right to Found a Family, Privacy.